



UNIVERSITÀ DELLA CALABRIA



UNIVERSITA' DELLA CALABRIA
Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche

Dottorato di Ricerca in

Impresa, Stato e Mercato

Con il contributo di

Fondo Sociale Europeo attraverso il POR Calabria FSE

2007/2013

CICLO

XXVII

***IL COSTITUZIONALISMO TRANSNAZIONALE DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI E I
FEDERALISMI 'ACCENTRATORI' MESSICANO E ARGENTINO:
PROFILI GIURIDICI DEL PROCESSO DI 'GLOCALIZZAZIONE'
NEL PANORAMA COSTITUZIONALE LATINOAMERICANO***

Settore Scientifico Disciplinare IUS/21

Coordinatore: Ch.mo Prof. Nicola Fiorita

Firma _____

Supervisore/Tutor: Ch.mo Prof. Guerino D'Ignazio

Firma _____

Dottorando: Dott. Domenico Giannino

Firma _____

*“You never change things by fighting
the existing reality.
To change something, build a new
model that makes the existing model
obsolete.”*

Richard Buckminster Fuller

La presente tesi è cofinanziata con il sostegno della Commissione Europea, Fondo Sociale Europeo e della Regione Calabria. L'autore è il solo responsabile di questa tesi e la Commissione Europea e la Regione Calabria declinano ogni responsabilità sull'uso che potrà essere fatto delle informazioni in essa contenute.

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO PRIMO	
Profili giuridici del processo di glocalizzazione: lo Stato virtuale tra locale e globale	15
1. Brevi cenni introduttivi sul processo di glocalizzazione	15
2. Il primo profilo della glocalizzazione: il processo di mondializzazione	21
3. Il secondo profilo della glocalizzazione: le tendenze al decentramento del potere a livello sub statale	29
4. Il re è nudo: i cambiamenti dello Stato-nazione di fronte al processo di glocalizzazione ‘attraverso lo specchio’ della sovranità statale	37
5. Lo stato dello Stato ed un breve ‘intermezzo’ sulla crisi dell’Eurozona	48
6. Lo scenario giuridico ‘inquinato’ della mondializzazione. Alcune riflessioni conclusive sui cambiamenti del diritto	72
CAPITOLO SECONDO	
La costituzionalizzazione dell’ordine internazionale, il pluralismo costituzionale ed il costituzionalismo societario: verso il superamento del costituzionalismo stato-centrico	80
1. ‘Frammenti costituzionali’ al di là dello Stato tra mondializzazione dei diritti umani e protagonismo delle corti	80
2. L’approccio cosmopolita all’ordine giuridico postnazionale e la costituzionalizzazione dell’ordine internazionale	105
3. L’approccio pluralista al panorama giuridico postnazionale: riflessioni generali	113

4. Il costituzionalismo societario nell'opera di Gunther Teubner: l'alternativa più 'estrema' al costituzionalismo stato-centrico	126
---	-----

CAPITOLO TERZO

Dal generale al particolare: il processo di glocalizzazione nel panorama costituzionale latinoamericano. Una breve riflessione metodologica	137
--	-----

CAPITOLO QUARTO

Il sistema interamericano di tutela dei diritti umani tra protezione dei diritti fondamentali e costituzionalismo transnazionale	151
---	-----

1. Alcune riflessioni introduttive sulle peculiarità del sistema interamericano di protezione dei diritti umani	151
2. Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani: evoluzione storica ed aspetti strutturali	178
3. Gli aspetti procedurali del sistema interamericano di protezione dei diritti umani con particolare attenzione al potere vincolante delle decisioni ed alla disciplina dei rimedi	204
4. La lotta all'impunità ed il controllo di convenzionalità: frammenti di un costituzionalismo transnazionale latinoamericano	230
5. L'impatto del costituzionalismo transnazionale latinoamericano sui sistemi costituzionali argentino e messicano: un'analisi comparata	249

CAPITOLO QUINTO

L'autonomia delle entità federate nei 'federalismi accentratori' messicano ed argentino: una riflessione costituzionale comparata	268
--	-----

1. L'autonomia delle comunità territoriali nel panorama dei federalismi latinoamericani: brevi notazioni introduttive	268
---	-----

2. <i>Dios está en todas partes pero atiende en Buenos Aires (y en Ciudad de México):</i> la logica accentratice del federalismo argentino e di quello messicano. Uno sguardo d'insieme ai due sistemi di decentramento	283
3. Il riparto delle competenze legislative in Argentina e Messico: una breve notazione comparata	305
4. Aspetti costituzionali del federalismo fiscale: la Costituzione argentina e quella messicana a confronto	317
5. La <i>Ciudad Autónoma de Buenos Aires</i> ed il <i>Distrito Federal</i> messicano: lo <i>status</i> costituzionale asimmetrico delle capitali federali	333
RIFLESSIONI CONCLUSIVE: TRADIZIONI E TRANSIZIONI	349
RINGRAZIAMENTI	360
BIBLIOGRAFIA	361

INTRODUZIONE

L'inizio di un cammino – di qualsiasi percorso, ma, ancor di più, di un 'viaggio di ricerca'¹ – è uno di quei 'magici momenti' in cui emozioni, tra di loro antitetiche, si sovrappongono: l'ansia della partenza si accompagna alle aspettative del cammino; la paura di non riuscire si mescola al coraggio ed alla forza intellettuale di provarci²; l'amore per la propria disciplina, nel mio caso il diritto, e per la propria 'tradizione scientifica', alla necessità di andare dove il sentiero non c'è ancora e lasciare dietro di sé una traccia³; lo smarrimento dovuto alla volontà di esplorare 'lidi insidiosi', si accoppia alla tranquillità d'animo di avere un 'faro' da seguire, costituito dai "contenuti più significativi della cultura costituzionale"⁴, nell'analisi dei fenomeni che avvengono nel 'nebuloso' panorama giuridico postnazionale. Nel "viaggio di esplorazione attraverso terre solo in parte note", il comparatista "nella sua valigia non deve portare le ristrettezze mentali del proprio mondo di origine e aprirsi all'esterno, al confronto, alle novità, alle contrapposizioni: non deve trascurare la lezione del passato, ma non deve essere nemmeno troppo immerso nel presente, che è transeunte"⁵.

Iniziare, quindi, non è mai cosa semplice, ogni viaggio di ricerca è prima di tutto un viaggio dentro se stessi; si è consapevoli di dover affrontare le proprie paure e le

¹ Sulla relazione tra la tematica del viaggio e la ricerca giuridica comparata si veda Scarciglia R., *Introduzione al diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 2006.

² Russo A.M., *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonomo spagnolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp.245-246, sottolineata – riprendendo il famoso saggio di Markesinis B.S., *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishing, 1997 – come: "il coraggio è uno dei caratteri necessari del comparatista autentico poiché, in realtà, la ferrea determinazione del comparatista nel proseguire le sue ricerche non discende dalla fede nel valore intellettuale della funzione comparativa, ma dalla sua convinzione nel valore intrinseco dei suoi obiettivi, ovvero ampliare la comprensione e il conoscenza reciproco; abbattere barriere; permettere il riesame di dottrine consolidate e favorire l'interazione di giuristi che condividono gli stessi interessi".

³ Il filosofo statunitense Ralph Waldo Emerson invitava a "non andare dove il sentiero ti può portare. Vai invece dove il sentiero non c'è ancora e lascia dietro di te una traccia".

⁴ Cfr. Cervati A.A., *Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica*, in *Diritto romano attuale*, fascicolo 6, 2001, p.22.

⁵ Si veda l'interessantissimo contributo di Frosini T., *Marco Polo e l'universo giuridico*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 novembre 2012.

proprie insicurezze, e che molte delle certezze che si avevano al principio cadranno durante il cammino, sostituite da altre che, seppur potranno sembrare in un primo momento assolute, saranno destinate anch'esse ad essere un giorno abbandonate. L'assolutizzazione delle teorie scientifiche – a ciò non fanno eccezione tutte le scienze sociali e il diritto in particolare – e degli ambiti istituzionali su cui si basano, è un vuoto esercizio intellettuale, espressione di mera 'vanità scientifica' destinata ad essere sconfessata dal trascorrere inesorabile della storia.

È proprio questo il bello della scienza. È proprio ciò a rendere la ricerca estremamente affascinante. La riflessione giuridica, condizionata dall'estrema storicità del suo oggetto di studio e dalle molteplici accezioni che un concetto o un principio giuridico può assumere nei diversi contesti ordinamentali, conduce ad acquisire consapevolezza – estremamente necessaria per il comparatista, 'il più bizzarro' tra i giuristi – della 'amara realtà' che "non si può tentare nulla di più se non stabilire il principio e la direzione di una strada infinitamente lunga. La presunzione di qualsiasi completezza sistematica e definitiva sarebbe, come minimo, un'illusione. La perfezione può essere qui ottenuta dal singolo studioso solo nel senso soggettivo in cui egli comunichi tutto ciò che è stato capace di vedere"⁶.

Lo studioso di diritto comparato – "novello Marco Polo mosso dall'inquietudine e dalla curiosità"⁷ – mescolando l'analisi della *law in the book* con quella della *law in action*⁸, è il giurista che meglio si 'adatta' ad un quadro di crisi non solo economica, ma soprattutto politico-istituzionale e, con riferimento al mio ambito specifico di interesse scientifico, costituzionale, che rende illusoria qualsiasi completezza sistemica.

La comparazione – quale "strumento d'indagine universale e insostituibile nell'ambito di qualsiasi studio dei fenomeni giuridici"⁹ – offre l'indubbio vantaggio di fornire l'obiettività fattuale del percorso di vita, o forse meglio di declino, degli ordinamenti giuridici contemporanei. Partendo dal presupposto che il "diritto non è l'insieme delle statuizioni consacrate in un testo di legge e operanti pel solo fatto di

⁶ L'impossibilità di raggiungere qualsiasi completezza sistemica e definitiva è evidenziata dal filosofo e sociologo tedesco George Simmel, uno dei padri fondatori della sociologia.

⁷ Cfr. Frosini T., *Marco Polo e...* cit.

⁸ Si veda sul tema Bognetti G., *L'oggetto e il metodo*, in Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G.F., *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

tale consacrazione, ma quel complesso ordinato di situazioni e di rapporti che si raccoglie in un centro di autorità, e costituisce il diritto ‘vivente’, valevole come tale anche se contrastante con quello legale”¹⁰, la scienza e il metodo comparato¹¹ – per meglio delineare il suo oggetto di studio – si avvalgono dei contributi provenienti da altri ambiti scientifici che si occupano di fenomeni sociali come l’economia, la sociologia e la scienza politica. L’adozione di una prospettiva multifocale è insita nella logica stessa della comparazione in quanto la conoscenza, la comprensione e infine la comparazione dei vari formanti¹², appartenenti a ordinamenti giuridici differenti, impongono una conoscenza degli elementi extragiuridici che condizionano, spesso in maniera fondamentale, tali proposizioni giuridiche.

Il percorso culturale dello studioso contemporaneo di diritto comparato oggi assume il nome – anche e soprattutto – di mondializzazione e dei suoi effetti sul mondo del diritto e sullo Stato¹³, la cui crisi “come Stato costituzionale e democratico spinge (...) non solo a ripensare i *topoi* classici del costituzionalismo, ossia il sistema di garanzie imposto a tutti i poteri a tutela dei diritti fondamentali, ma anche a ripensare ad un costituzionalismo sganciato dai suoi luoghi classici, vale a dire a un costituzionalismo disgiunto dalla statualità (o, come altri assumono, con molte statualità)”¹⁴. La ‘nebulosa’ concettuale delle tematiche legate ai profili giuridici del processo di mondializzazione, ben si adatta alla scienza ed al metodo comparato – e, soprattutto, alla sua capacità di adottare una prospettiva multifocale¹⁵

⁹ *Idem*, p.10.

¹⁰ Cfr. Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, p.34.

¹¹ Frosini T., *Marco Polo e...* cit., sottolineando la ‘sterilità’ dell’atavico dilemma tra scienza e metodo per descrivere il diritto comparato, afferma condivisibilmente che “il diritto comparato è scienza e metodo: anzi, è scienza in quanto ha un metodo, che si declina al plurale”.

¹² Scarciglia R., *Introduzione al diritto...* cit., p.56 – riprendendo Sacco R., *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, in Associazione italiana di diritto comparato, *Rapports Nationaux Italiens aux IX Congrès International de Droit Comparé*, Milano, Giuffrè, 1974 – definisce i formanti come: “l’insieme di regole di diritto e proposizioni che sono alla base della soluzione di un problema o della disciplina di un istituto o di un fenomeno giuridico, in un ordinamento dato”.

¹³ Scarciglia R., *Costituzionalismo globale, tradizioni legali e diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.2, 2013, sottolinea l’utilità dell’utilizzo del metodo comparato nell’analisi della globalizzazione e del costituzionalismo globale

¹⁴ Cfr. Gambino S., *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, p.5.

¹⁵ Bognetti G., *L’oggetto e il metodo...* cit., p.8, sottolinea come: “Nel respingere le costruzioni concettuali di teorie giuridiche che travisano la realtà, i costituzionalisti comparatisti si collocano al fianco degli storici della politica e della società, alleati altresì in particolare con i cultori della storia delle istituzioni e delle dottrine politiche, nonché con quelli della politologia e della sociologia politica: tutti studiosi preoccupati di rappresentare obbiettivamente gli eventi di un effettivo accaduto storico (eventi considerati da ciascuna disciplina da angoli e trattati con metodi in parte diversi, ma

nella convinzione che la conoscenza di un ordinamento costituzionale non può limitarsi solo ai suoi aspetti normativi – che, avendo l’obiettivo di creare un’immagine quanto più realistica del proprio oggetto di studio, rifiuta “le grandi costruzioni ideologiche delle teorie generali dell’età positivista”¹⁶, basate su un’idea di Stato sovrano che è, ormai, fuori dal tempo e dalla storia.

È proprio la mondializzazione – una delle tematiche più ricorrenti nel dibattito giuridico contemporaneo – il punto di partenza della mia indagine comparativa, la ‘prima tappa’ del mio “itinerario di viaggio”¹⁷.

L’analisi del processo di mondializzazione, secondo l’idea che vi sia una sostanziale corrispondenza tra il microlivello ed il macrolivello di un sistema complesso, avviene insieme a quella della sempre maggiore attribuzione di poteri e competenze alle collettività territoriali, seguendo la prospettiva analitica che evidenzia come i due processi “have become the most important trends of the new century”¹⁸. Attraverso l’utilizzo del paradigma interpretativo, di origine sociologica, della glocalizzazione¹⁹ – secondo una postura scientifica che vede i due processi, quello di mondializzazione e di decentramento, non in chiave dicotomica, bensì come un fenomeno complessivo, con conseguenze certamente non univoche, comportante “the universalization of particularization and the particularization of universalism”²⁰ – si indagano, avendo con elemento focale d’interesse il dato giuridico-normativo, due degli elementi-chiave della modernità che, come

sempre in ogni caso scrutati con occhio che mira alla descrizione neutrale della loro realtà presa in sé e per sé”.

¹⁶ *Idem*, p.7.

¹⁷ Scarciglia R., *Introduzione al diritto...* cit., p.77 – riprendendo Zweigert K., Kötz K., *Introduzione al diritto comparato*. Vol.I: *Principi Fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1992 – evidenzia come “all’inizio di ogni indagine comparativa occorre porre un problema, una ipotesi di lavoro, il proprio «itinerario di viaggio», «l’idea, senza la quale nel mondo del pensiero nulla può fiorire»”.

¹⁸ Cfr. Sharma C.K., *Emerging Dimensions of Decentralization Debate in the Age of Glocalization*, in *Indian Journal of Federal Studies*, Vol.19, n.1, p.47.

¹⁹ Si veda, in particolare, Robertson R., *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*, in Featherstone M., Lash S., Robertson R., *Global Modernities*, London, Sage Publications Ltd, 1995.

²⁰ Cfr. Robertson R., *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London, Sage Publications Ltd, 1992.

giustamente segnalato, “pasa per la conjugación de la globalización económica y la localización de la política”²¹.

L’intrecciarsi di questi due fenomeni – che rappresentano i due aspetti principali di un più ampio fenomeno redistributivo, su scale globale, della sovranità e del potere – modifica le categorie giuridiche trasmesseci dalla tradizione ed ha un impatto ‘rivoluzionario’ sull’istituzione maggiormente rappresentativa della modernità, lo Stato-nazione, con la connessa nozione di sovranità quale *suprema potestas superiorem non recognoscens*, che ha costituito per circa cinque secoli il perno dell’ordine giuridico prima europeo e poi mondiale. Lo Stato diventa troppo piccolo per gestire problematiche che assumono dimensioni planetarie – si pensi a mo’ di esempio alla questioni dell’inquinamento ambientale – o almeno continentali – si considerino le vicende legate alla recente crisi dell’Eurozona – ed è allo stesso tempo troppo grande per implementare efficientemente le politiche di cui i territori hanno bisogno.

Il *casus studi* scelto per descrivere, più nello specifico, i cambiamenti nella statualità che caratterizzano l’epoca contemporanea e ne comportano la ridefinizione, è costituito dalla recente crisi dei debiti sovrani europei. L’Europa, che è stata la culla della sovranità statale ed insieme del costituzionalismo, rappresenta un punto di osservazione privilegiato per comprendere come un evento a carattere globale – nel caso di specie la terribile crisi economico-finanziaria che a partire dal 2007 ha sconvolto, e continua a sconvolgere, l’economia mondiale con i corrispondenti interventi correttivi del livello di governo sovranazionale – abbia sugli Stati membri delle chiare implicazioni non solo istituzionali, ma anche costituzionali.

Se vi è un mestiere che, più di altri, assomiglia a quello dello studioso di diritto comparato è quello del geografo; tra i due esiste una “straordinaria affinità”, in quanto entrambi sono impegnati “a disegnare carte e mappe per favorire la conoscenza di luoghi non noti”²². Entrambi i linguaggi, quello del giurista e quello del geografo, fanno della territorialità uno dei loro elementi caratterizzanti. La

²¹ Cfr. Castells J.M., *El difícil federalismo*, in Calvo-García M., Felstiner W.L.F., *Federalismo. Federalism*, Madrid, Dykinson, 2004.

²² Cfr. Scarciglia R., *Introduzione al diritto...* cit., p.13. L’Autore cita l’opera del comparatista statunitense John Henry Wigmore (*A Panorama of the World’s Legal Systems*, Washington D.C.,

mondializzazione ha avuto dei profondi effetti sulle coordinate spazio temporali della nostra esistenza, il nuovo mondo vive in quello che è stato definito un “presente ipertrofico” in cui “la quasi cancellazione della distanza conduce a guadagnare il tempo che nel passato sarebbe stato necessario per superarla”²³. Per un linguaggio come quello giuridico “tutto intriso di richiami spaziali”²⁴ – tanto da giustificare il parallelismo con la figura del geografo – ciò ha comportato una rivoluzione spaziale che ha indotto a relativizzare l’elemento spazio-temporale del diritto.

Il cambiamento innescato dal processo di mondializzazione nel mondo del diritto non concerne solamente la dimensione spaziale e temporale, ma riguarda anche i soggetti che sono protagonisti del panorama giuridico – di cui la rinnovata centralità dei corpi giudiziari rappresenta l’elemento di più immediata percezione – il superamento della classica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato; nonché la relativizzazione della differenza tra ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law*.

Gli studi di diritto costituzionale comparato – o, detto in altra maniera, l’utilizzo del metodo comparato nell’analisi dei testi costituzionali – hanno come obiettivo quello di “produrre una conoscenza realistica e storicamente obbiettiva del loro oggetto”; ciò comporta che, essendo le Costituzioni degli “organismi vivi, dotati di una storia”, l’analisi delle “costituzioni formali non potrà essere altro che uno dei vari momenti che quello studio (*il diritto costituzionale comparato*) prende in esame”²⁵.

Seguendo tale impostazione metodologica, risulta essenziale analizzare l’impatto del processo di glocalizzazione – sia in termini di cambiamenti legali simbolici che, ancor di più, di cambiamenti a livello pratico²⁶ – sulle Costituzioni nazionali, il cui presupposto è l’idea di uno Stato sovrano, che in realtà lo è sempre meno. È naturale che se si modifica la premessa ontologica del concetto di Costituzione – costituita dal

Washington Law Book Company, 1936) che rappresentava con delle vere e proprie mappe i principali sistemi giuridici del mondo.

²³ Cfr. Ferrarese M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp.7-8.

²⁴ Cfr. Irti N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001, p.3.

²⁵ Cfr. Bognetti G., *L’oggetto e il metodo...* cit., pp.7-9 (corsivo non testuale).

²⁶ Si veda sul punto Shaffer G., *Transnational Legal Process and State Change*, in *Law & Social Inquiry*, Vol.37, n.2, 2012.

concetto di sovranità statale che sta attraversando una fase di transizione evolvendo verso forme differenti – quest’ultimo non possa, per forza di cose, rimanere invariato.

L’epoca contemporanea si caratterizza per l’apparizione di luoghi di esercizio del potere politico che vanno oltre lo Stato²⁷ che, pur essendo stati creati nella stragrande maggioranza dei casi con il contributo degli Stati, non possono semplicemente essere considerati dei semplici prolungamenti di questi ultimi. Tali luoghi, limitatamente a quelle che sono le loro competenze, sviluppano un discorso costituzionale rendendo possibile l’individuazione di un costituzionalismo, o meglio di ‘frammenti costituzionali’²⁸, che vanno al di là dello Stato sotto una duplice accezione: da un lato delle problematiche a carattere costituzionale si pongono in una dimensione transnazionale, dall’altra assistiamo ad una privatizzazione della dimensione politica.

Se l’insieme di tali frammenti rappresenta “una forma costituzionale priva della sua sostanza ovvero sia una sostanza costituzionale priva ancora della sua forma è difficile stabilirlo”²⁹, tuttavia non mancano gli elementi – *in primis* la tendenza universale alla tutela dei diritti umani nonché la rinnovata centralità assunta dalle istituzioni giudiziarie – che fanno propendere per la seconda ipotesi, ovvero la presenza di una “sostanza costituzionale”³⁰ al di là dello Stato, nell’ambito di un costituzionalismo che ha assunto nuove forme, postnazionali, post-territoriali e post-statali³¹.

Esistono diverse teorie che hanno cercato di mettere ordine in un panorama costituzionale transnazionale forse eccessivamente affollato.

In prima battuta si può fare riferimento a quel filone di ricerca che cerca di trasferire a livello transnazionale i modelli costituzionali nazionali, teorizzando una

²⁷ Si veda Walker N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *The Modern Law Review*, Vol.65, n.3, 2002.

²⁸ Con riferimento al processo di integrazione europea – che, essendo il processo di integrazione maggiormente sviluppato a livello globale, rappresenta senza dubbio un punto di osservazione privilegiato delle dinamiche costituzionali in atto – Gambino S., *Diritto costituzionale comparato...* cit., p.7, afferma che: “se è chiaro, allora, che il diritto primario europeo non è (ancora) declinabile come ‘diritto costituzionale’, è altrettanto evidente, tuttavia, che esso è innervato da molti elementi che tale natura posseggono e che (...) danno vita non a una Costituzione europea, bensì ad un ‘sistema costituzionale’ che, formalmente retto dai trattati vive e si esprime materialmente attraverso organi con competenze assimilabili all’esercizio di poteri tradizionalmente considerati sovrani”.

²⁹ Cfr. Gambino S., *Diritto costituzionale comparato...* cit., p.7.

³⁰ Cfr. Cassese S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p.188.

presunta costituzionalizzazione del panorama giuridico internazionale. La correttezza di tali teorizzazioni viene spesso dimostrata prendendo come esempio l'ampia tematica della tutela internazionale dei diritti umani, quale settore maggiormente 'costituzionalizzato' a livello transnazionale. L'affermazione di un diffuso cosmopolitismo giuridico, favorito dai processi di mondializzazione del diritto, e la correlata presunta costituzionalizzazione dell'ordine internazionale rappresentano la prima chiave di lettura per un costituzionalismo che abbandona la sua connotazione esclusivamente stato-centrica. Si tratta di un approccio al tema che, nel nome della volontà di preservare le grandi conquiste del costituzionalismo nazionale, punta al trasferimento dei concetti chiave di tale sistema a livello sovranazionale ed internazionale. Siamo di fronte al palese tentativo, non scevro di molteplici ambiguità, "to establish continuity with central political concepts and domestic traditions: it tries to avoid the normative rupture often feared in discussion of globalization and global governance"³².

In secondo luogo è necessario analizzare con particolare attenzione – visti gli indubbi vantaggi interpretativi e pratici che tali teorie forniscono – l'approccio pluralista al panorama giuridico transnazionale. L'epoca contemporanea si caratterizza, a livello giuridico naturalmente, per la presenza di una serie di concetti tipici delle analisi formulate dai sostenitori meno recenti del cosiddetto pluralismo giuridico – i cui studi ebbero origine dalle esperienze coloniali delle nazioni europee – che possono essere utili a superare la visione dell'ordinamento giuridico come "a single, unified and exclusive hierarchical normative ordering depending from the power of the state"³³, senza per ciò 'cantare prematuramente il *'requiem'* dello Stato-nazione. Sto facendo riferimento all'irriducibile pluralismo degli ordini giuridici a livello globale, alla mancanza di una precisa gerarchia normativa ed istituzionale e, infine, alla crescente importanza delle fonti giuridiche di origine non statale.

Dalla constatazione dell'irriducibile pluralismo del panorama giuridico postnazionale ha origine un paradigma interpretativo – quello del costituzionalismo

³¹ Si veda sul tema Zumbansen P., *Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order*, in *Comparative Research in Law & Political Economy*, York University, 2011.

³²Cfr. Krisch N., *Beyond Constitutionalism: The Pluralistic Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.67.

societario – che merita, per la ‘carica rivoluzionaria’ della sua costruzione teorica, di essere attentamente analizzato. La costruzione teorica, ideata dal giurista tedesco Gunther Teubner, è quella che si spinge ‘più oltre’ nel processo di superamento concettuale dei classici strumenti analitici del costituzionalismo novecentesco, in quanto si basa su un “systemic pluralism without compromise or melancholic remnants of a constitutional structure”³⁴. Secondo tale approccio – intriso di forti ‘condizionamenti sociologici’, coerentemente all’idea per cui “la costituzione è troppo importante per lasciarla nelle sole mani di studiosi di diritto costituzionale e filosofi politici”³⁵ – stanno emergendo un gran numero di costituzioni civili che regolano i vari sottosistemi sociali, cosicché i processi di costituzionalizzazione dell’ordine giuridico transnazionale non sarebbero da ricercare nella sedi della politica internazionale o nella creazione di un’irrealistica costituzione mondiale, bensì nella “molteplicità di sottosistemi autonomi della società mondo”³⁶.

Dopo aver analizzato gli aspetti giuridici fondamentali del processo di globalizzazione, è necessario – per garantire l’imprescindibile ‘riscontro pratico’ utile a confermare, o eventualmente smentire, le conclusioni individuate a livello generale – operare il ‘delicato passaggio’ dal generale al particolare, focalizzando l’attenzione scientifica ad un ambito tematico e spaziale ben definito.

Per quanto concerne il primo aspetto, relativo all’ambito materiale, le tematiche correlate alla tutela transnazionale dei diritti umani rappresentano, senza dubbio, l’aspetto d’indagine più interessante di un costituzionalismo che travalica i confini della statualità classica; invece con riferimento alla ‘versante locale’ del processo in analisi, quelle forme di stato che si definiscono federali costituiscono un punto

³³ Cfr. Griffiths J., *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, n.24, 1986, p.4.

³⁴ Cfr. Krisch N., *The Case for Pluralism in Postnational Law*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n.12, 2009, p.19.

³⁵ Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012, p.5.

³⁶ Cfr. Teubner G., *Costituzionalismo societario: alternativa alla teoria costituzionale stato-centrica*, in Teubner G., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005, p.111.

d'osservazione privilegiato della “resurgence in interest in federal idea”³⁷, e quindi del decentramento del potere a livello territoriale.

L'ambito spaziale di riferimento è quello latinoamericano – e più nello specifico gli ordinamenti costituzionali argentino e messicano – che, al di là dell'interesse scientifico personale, rappresenta, da un lato, il ‘laboratorio’ extraeuropeo più attivo in fatto d'integrazione in materia di diritti umani; dall'altro, ha visto lo sviluppo di una forma ‘peculiare’ di federalismo centralizzante.

Trattare la tematica del costituzionalismo transnazionale in America Latina significa analizzare il sistema interamericano di protezione dei diritti umani, che ne costituisce la principale ‘fucina’. Tale sistema di tutela è chiamato ad operare in uno scenario sociale, politico e giuridico estremamente complesso, caratterizzato per lungo tempo da una costatante e reiterata pratica di disprezzo dei più elementari diritti degli individui. Ciò ha fatto sì che la Corte di San José non si sia limitata ad un ruolo meramente sussidiario – quale dovrebbe avere un'istituzione sovranazionale di tutela dei diritti dell'uomo – interpretando anzi in maniera molto estensiva il suo mandato con lo scopo di ‘costringere’ gli Stati ad adeguare i propri ordinamenti interni alle disposizioni del *Pacto de San José*.

La ‘vocazione costituzionale’ della *Corte Interamericana de Derechos Humanos* è dimostrata non solo dalla materia segnatamente costituzionale – quella dei diritti umani – di cui tale organo giurisdizionale si occupa, ma soprattutto dal carattere estremamente creativo della sua giurisprudenza e dall'ampio esercizio delle competenze attribuitele dalla Convenzione. I due principali esempi di tale attitudine della Corte di San José sono costituiti da un lato dalla sua giurisprudenza sulle leggi di amnistia – con cui la Corte entra prepotentemente nel delicatissimo dibattito sulle difficili transizioni democratiche nel continente latinoamericano e sulla cosiddetta *justicia transicional* – e dall'altro dal controllo di convenzionalità, che rende palese un duplice processo di internazionalizzazione del diritto costituzionale e di costituzionalizzazione del diritto internazionale.

³⁷ Cfr. Griffiths A., Nerenberg K., *Handbook of Federal Countries*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2005, p.xv.

La Corte di San José con una serie di pronunciamenti che hanno fatto scuola, a partire dalla *Sentencia de fondo* del 14 marzo 2001 sul caso *Barrios Altos versus Perú*, si è comportata a mo' di 'corte costituzionale' latinoamericana non solo per aver dichiarato l'inconvenzionalità di diverse *leyes de amnistía*, ma – dato ancora più importante dal punto di vista costituzionale – per aver imposto agli ordinamenti statali la loro immediata cessazione di validità; perciò, a fronte della gravità delle violazioni in analisi, si è avuto chiaramente “uno sconfinamento da quello che sarebbe il regime giuridico dei rapporti Corte/stati voluto nella Convenzione”³⁸. Si tratta di un'attitudine giurisprudenziale estremamente innovativa a livello sovranazionale in quanto avvicina di molto l'operato della Corte di San José – relativamente al profilo degli effetti delle sue sentenze – a quello di un tribunale costituzionale nazionale; è infatti la prima volta in cui, in maniera estremamente rivoluzionaria, “une juridiction internationale déclare que des lois nationales son dépourvues d'effets juridiques a l'intérieur du system étatique ou elles ont été adoptées, et oblige pare conséquence l'État à agir comme si ces lois n'avaient jamais été dictées”³⁹.

La postura interpretativa relativa all'attitudine costituzionale della Corte di San José trova un ulteriore elemento di conferma nell'obbligo – che ha iniziato a prendere corpo in una serie di pronunciamenti della Corte dei primi anni del 2000 – per gli operatori giuridici nazionali, principalmente giurisdizionali, di disapplicare le norme interne anticonvenzionali. Ciò risulta ancora più interessante ove si rifletta sul fatto che una previsione analoga è prevista – a partire dalla celebre sentenza *Simmenthal SPA versus Amministrazione delle finanze dello Stato* del 9 marzo 1978 dell'allora Corte di Giustizia delle Comunità Europee – per un ordinamento a 'finalità tendenzialmente generale come l'Unione Europea; mentre il sistema di tutela di diritti umani europeo, certamente di maggiore tradizione tanto da essere stato più volte preso come modello da parte di quello interamericano, non impone la disapplicazione del diritto nazionale in contrasto con quello convenzionale.

³⁸ Cfr. de Vergottini G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010, p.55.

³⁹ Cfr. Cassese A., *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Parigi, Presse Universitaires de France, 2002, p.16.

La trascendenza scientifica del costituzionalismo transnazionale latinoamericano – che ha origine nell’ambito del sistema interamericano di tutela dei diritti umani – è dimostrata non solo dalla creatività, manifestatasi a più riprese e su diversi temi, della giurisprudenza della *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ma anche dalla recezione dei suoi elementi più significativi da parte degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Dall’analisi comparata di due sistemi costituzionali della regione, più nello specifico quello argentino e quello messicano, si evince come sia elevato il ‘potere di penetrazione’ del *ius commune* interamericano in materia di diritti umani.

In primo luogo è possibile riscontrare un’apertura dei testi costituzionali dei due ordinamenti in analisi al diritto dei diritti umani, attraverso l’attribuzione di gerarchia costituzionale agli strumenti normativi in materia. A ciò si aggiunga che può essere riscontrata una recezione giurisprudenziale da parte delle giurisdizioni costituzionali dei due Paesi non solo della giurisprudenza interamericana in materia di *leyes de amnistía* – di cui il caso argentino, con i diversi interventi della *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, del legislatore nazionale e della *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, è la ‘rappresentazione icastica’ dell’estrema delicatezza e politicizzazione della *justicia transicional* – ma anche con riferimento alla tematica del controllo di convenzionalità. L’obbligo da parte degli operatori giuridici nazionali di disapplicare le norme anticonvenzionali è stato infatti recepito sia dalla giurisprudenza della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina, che dalla *Corte Suprema de Justicia de la Nación* messicana; il controllo di convenzionalità a livello nazionale, anche alla luce dell’incorporazione del *Pacto de San José* nel *bloque de constitucionalidad* dei due Paesi, seguirà i ‘classici canali’ dei rispettivi sistemi di controllo di costituzionalità.

I sistemi costituzionali di Argentina e Messico rappresentano un interessante *casus studi* anche con riferimento al processo, a cui ho fatto in precedenza riferimento, dell’attribuzione di maggiori poteri alle collettività territoriali e di un maggiore riconoscimento del principio di autonomia.

Dall'analisi comparata del federalismo argentino e di quello messicano – relativamente ai profili del riparto costituzionale delle competenze legislative, della potestà impositiva delle entità federate, nonché della configurazione istituzionalmente asimmetrica delle due capitali federali – emerge, come caratteristica fondamentale e comune ai due modelli, il fatto che i due sistemi, pur avendo adottato uno schema costituzionale ispirato al modello statunitense per quanto riguarda l'autonomia delle proprie entità federate, risentono fortemente dell'influsso del sistema coloniale spagnolo, la cui caratteristica fondamentale può essere individuata nel centralismo esercitato dalla capitale dell'impero. Ciò ha convertito i due modelli costituzionali in analisi, pur formalmente federali, in sistemi di decentramento 'anomali', ovvero caratterizzati da forti 'accenti' centralistici.

La natura centralizzatrice dei due sistemi federali oggetto d'analisi sembrerebbe, a primo acchito, contraddire quanto detto in precedenza relativamente alla tendenze al decentramento presente nel panorama giuridico globale. L'esperienza dimostra che dinanzi ad un quesito complesso vi è sempre una risposta semplice che, spesso, è quella sbagliata; ed anche in tal caso le eccessive semplificazioni potrebbero indurre in confusione. Se da un lato è vero che le 'modalità applicative' delle previsioni costituzionali inducano ad un processo di progressiva centralizzazione che ha prodotto "a notorious disarrangement between the formal constitution and reality"⁴⁰; dall'altro non si può trascurare che ciò sia stato prevalentemente dovuto non alla mancanza di "un' *affectio foederalis* della società"⁴¹ – ovvero l'adozione di un sistema federale in risposta alla "necessità di rispondere ad aspirazioni profonde di una società caratterizzata da un pluralismo, non importa se economico, religioso, razziale, storico, linguistico, di tipo territoriale"⁴² – che in realtà si è manifestata già a ridosso dell'indipendenza dalle madrepatrie europee, bensì al passaggio di entrambi i sistemi per lunghi periodi di dittatura, con effetti chiaramente defederalizzanti. Tale ricostruzione è confermata dal fatto che con il passaggio ad un sistema politico realmente pluralista – nel 1983 in Argentina ed agli inizi del nuovo millennio in Messico – si è potuto assistere ad una lenta e graduale rivitalizzazione dei due sistemi

⁴⁰ Cfr. Hernández A.M., *The Distribution of Competences and the Tendency Towards Centralization in the Argentine Federation*, in www.federalism.it, n.19, 2008, p.3.

⁴¹ Groppi T., *Il federalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.12.

federali con l'intento di 'risintonizzare' la Costituzione materiale non solo alla Costituzione formale, ma soprattutto al carattere decisamente pluralista della società argentina e di quella messicana.

⁴² *Ibidem.*

CAPITOLO PRIMO

PROFILI GIURIDICI DEL PROCESSO DI GLOCALIZZAZIONE: LO STATO VIRTUALE TRA LOCALE E GLOBALE

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi sul processo di glocalizzazione – 2. Il primo profilo della glocalizzazione: il processo di mondializzazione – 3. Il secondo profilo della glocalizzazione: le tendenze al decentramento del potere a livello sub-statale – 4. Il re è nudo: i cambiamenti dello Stato-nazione di fronte al processo di glocalizzazione ‘attraverso lo specchio’ della sovranità statale – 5. Lo stato dello Stato ed un breve ‘intermezzo’ sulla crisi dell’Eurozona – 6. Lo scenario giuridico ‘inquinato’ della mondializzazione. Alcune riflessioni conclusive sui cambiamenti del diritto

1. Brevi cenni introduttivi sui processi di glocalizzazione

Nel 1918 Santi Romano, pur mantenendo inalterato “il dogma della sovranità dello Stato-persona concepito come ente astratto”¹, affermava che “quella che è stata detta la crisi dello Stato moderno potrebbe essere non soltanto quel fenomeno, che si è spesso avuto nel suo interno, effetto di forze disgregatrici, ma anche un fenomeno concernente le relazioni interstatuali”²; ed inoltre, come conseguenza di tali processi,

¹ Cfr. Fioravanti M., *Per l'interpretazione giuridica dell'opera di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè Editore, n.10, 1981, p.219.

² Cfr. Romano S., *Oltre lo Stato*, in *Rivista diritto pubblico*, 1919, pp.2-3. L'opera in questione rappresenta una ulteriore riflessione rispetto alla sua ben nota prolusione pisana di dieci anni prima (Romano S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it, 1909) in cui il giurista siciliano, riflettendo sull'evoluzione della società a lui contemporanea, affermava “il diritto pubblico moderno non domina ma è dominato dal mondo sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie”; ed inoltre aggiungeva: “la crisi (...) dello Stato attuale si può ritenere che sia caratterizzata dalla convergenza di (...) due fenomeni (...) il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre

l'indipendenza dello Stato "sarebbe destinata a sparire o quasi, perché soltanto in un piccolo numero di centri si radunerebbe e soltanto da essi si irradierebbe ogni effettiva sovranità"³. Lo studioso siciliano individuava, o meglio prevedeva, due delle tendenze giuridiche che sarebbero diventate di piena attualità mezzo secolo più tardi: da un lato la creazione di sistemi istituzionali su base sub-statale, dall'altro la pressione esercitata sullo Stato dai processi di internazionalizzazione – che avrebbero assunto, oltre settanta anni dopo, i caratteri dei processi di globalizzazione/mondializzazione – delle funzioni pubbliche⁴. La riflessione romaniana sulla crisi dello Stato – descritta prima nella ben nota prolusione pisana e poi nel saggio *Oltre lo Stato* – fu uno dei più importanti segnali della difficoltà di mantenimento del paradigma statalista, messo in difficoltà da "la pressione dei particolarismi (corporativi e territoriali)"⁵ e da "la spinta alle aggregazioni superstatuali"⁶; fu inoltre "l'inizio di una lunga riflessione (...) secondo la quale lo Stato è uno dei molti poteri pubblici, il cui pluralismo caratterizza il mondo giuridico contemporaneo"⁷.

L'interazione dei processi descritti da Romano viene efficacemente descritta dal lessema *glocalizzazione* che ha la sua origine negli studi sociologici di Robertson⁸, ma, senza dubbio alcuno, tale "prospettiva offerta dagli studi sociologici e culturali può rilevarsi particolarmente fruttuosa per il giurista contemporaneo, specie se

più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza di mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per far rispettare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato". Sull'analisi della prolusione pisana romaniana si vedano gli interessanti contributi alla giornata di studio del Consiglio di Stato e dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "*Lo Stato moderno e la sua crisi*" a un secolo dalla Prolusione pisana di Santi Romano, Roma, 30 novembre 2011, ed in particolare le conclusioni di Cassese S., *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno ed il suo tempo*, disponibile su www.irpa.eu. Di particolare interesse metodologico è il contributo di Morrone A., *Per il metodo del costituzionalista: riflettendo sul «Lo Stato moderno e la sua crisi» di Santi Romano*, in *Quaderni Costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, n.2, 2012.

³ Cfr. Romano S., *Oltre lo Stato...* cit., pp.6-9.

⁴ Si veda sul punto Massera A., *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Vol.51, n.1, 2001.

⁵ *Idem*, p.2.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. Cassese S., *La prolusione romaniana...* cit., p.7.

⁸ Si veda Robertson R., *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London, Sage Publications Ltd, 1992; ed inoltre Id., *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*, in Featherstone M., Lash S., Robertson R., *Global Modernities*, London, Sage Publications Ltd, 1995. Il termine ha raggiunto maggiore fama grazie all'opera di Bauman Z., *Globalizzazione e Glocalizzazione*, Roma, Armando Editore, 2005. Di particolare interesse sul tema è il saggio di Swyngedouw E., *Globalisation*

costituzionalista o internazionalista, nella misura in cui invita ad osservare gli sviluppi delle rispettive discipline contestualmente ed in diverse dimensioni spaziali”⁹. È questa la prospettiva che intendo adottare nel prosieguo del mio lavoro, analizzando gli effetti – seppure per ambiti tematici e spaziali ben definiti, in quanto una trattazione a livello generale e solamente teorico mancherebbe del riscontro pratico, essenziale, dal mio punto di vista, alla comprensione del tema – sullo Stato e sul concetto di sovranità dei due processi di globalizzazione e decentramento che “have become the most important trends of the new century”¹⁰. Tale tipo di approccio intende evitare – tenendo in considerazione l’insegnamento romaniano per cui “gli uomini non vedono mai ciò che sta ad essi vicino e cade sotto i loro occhi, o piuttosto non vogliono vederlo, per non distrarre il loro sguardo dal più seducente spettacolo delle stelle”¹¹ – la tendenza, tipica sia degli studi sociologici sui processi di mondializzazione/globalizzazione che degli studi giuridici relativi al loro impatto sul diritto, a trascurare del tutto l’elemento regional-locale¹². Questa mancanza di una necessaria prospettiva locale – motivata da una “perdurante diffidenza verso il locale come sinonimo di chiuso, di isolato e di ostacolo allo sviluppo”¹³ e dalla fede cieca nell’immotivata idea che “bigger is better”¹⁴ – non tiene in debita considerazione che tra i due livelli di analisi, ovvero quelli dei processi di mondializzazione e quelli di decentramento, avvengono continui rimandi e si possono individuare numerosissime interdipendenze¹⁵, rendendo plausibile anche per le scienze sociali, e più

or ‘Glocalisation’? Networks, Territories and Rescaling, in *Cambridge Review of International Affairs*, Vol.17, n.1, 2004.

⁹ Cfr. Di Martino A., *Il territorio dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p.281.

¹⁰ Cfr. Sharma C.K., *Emerging Dimensions of Decentralization Debate in the Age of Glocalization*, in *Indian Journal of Federal Studies*, Vol.19, n.1, p.47. Afferma sul tema Giddens A., *Le conseguenze della modernità*, Bologna, Il Mulino, 1994, p.71: “La trasformazione locale è una componente della globalizzazione perché rappresenta l’estensione laterale delle connessioni sociali nel tempo e nello spazio. (...) Il risultato non è per forza di cose una serie generalizzata di mutamenti che agiscono in direzione univoca, bensì una serie di tendenze reciprocamente opposte. (...) Nello stesso tempo in cui le relazioni sociali subiscono uno stiramento laterale assistiamo, nell’ambito stesso del processo, al rafforzamento delle pressioni per ottenere una maggiore autonomia locale e un’identità culturale regionale”.

¹¹ Cfr. Romano S., *Lo Stato moderno...* cit., p.3.

¹² Si veda Robertson R., *Glocalization: Time-Space...* cit.

¹³ Cfr. Perulli P., *Politiche locali tra decentralizzazione e ricentralizzazione*, in *Stato e Mercato*, n.90, 2010, p.365.

¹⁴ Cfr. Robertson R., *Glocalization: Time-Space...* cit., p.25.

¹⁵ Si veda sul punto Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2006.

specificatamente per il diritto, l'ipotesi – riassunta da Robertson nella formula “the universalization of particularization and the particularization of universalism”¹⁶ – che vi sia una sostanziale corrispondenza tra il microlivello ed il macrolivello di un sistema complesso.

I due fenomeni in questione, le cui caratteristiche ed implicazioni saranno analizzate con maggiore precisione nelle pagine seguenti, fanno entrare in crisi non solo la concezione del diritto come qualcosa di fortemente legato al territorio, ma soprattutto l'istituzione caratteristica della modernità, ovvero lo Stato-nazione – con la connessa nozione di sovranità quale *suprema potestas superiorem non recognoscens* – che ha costituito per circa cinque secoli il perno dell'ordine giuridico prima europeo e poi mondiale. La mia riflessione su tale crisi mi ha condotto ad accostare a tale istituzione – senza voler dare a ciò nessuna implicazione filosofica, ma riferendomi esclusivamente al significato letterale dei termini – la definizione di virtualità di Deleuze che, utilizzando le parole di Proust, la definisce come qualcosa che è “reale senza essere attuale, ideale senza essere astratto”¹⁷. Tale concetto vuole sottolineare come in questa sede non si voglia sostenere la prematura morte dello Stato in quanto mi sembra corretto, “più che parlare di declino dello Stato in termini generali o troppo allusivi”, portare alla luce “l'intricata mescolanza di parziali espropriazioni di poteri”, così come l'imposizione “di limiti e vincoli al loro esercizio e di condizionamenti che essi subiscono, senza poter affermare in maniera assoluta che queste o quelle funzioni dello Stato vengono meno”¹⁸. Lo Stato diventa quindi virtuale nel senso che esso è reale senza essere attuale, ideale senza essere astratto, in quanto da un lato non è più attuale quell'idea di statualità trasmessaci dalla classica teoria del potere pubblico, la quale quindi è divenuta ormai esclusivamente ideale; dall'altro, tuttavia, nel breve e nel medio periodo ogni profezia di scomparsa dello Stato non appare per nulla plausibile, conseguentemente esso mostra di essere ancora reale e quindi non astratto. La definizione proposta è senza dubbio utile ad evitare gli eccessi sia di quegli studiosi che amo definire ‘i profeti della morte dello Stato’, sia quelli delle correnti di pensiero, arroccate su un

¹⁶ Cfr. Robertson R., *Globalization: ... cit.*

¹⁷ Cfr. Deleuze G., Guattari F., *Che cos'è la filosofia?*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2002, p.12.

¹⁸ Cfr. Allegretti U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta, 2002, p.225.

miope dogmatismo di stampo positivista, che “continuano ad ispirarsi a linee e direttrici ormai largamente disattese dalla realtà”¹⁹. Su tale ultimo aspetto mi rendo conto della necessità, e spero di essere riuscito a farlo, di mantenere metodo giuridico e rigore scientifico nell’affrontare tali tematiche che si trovano al crocevia di diverse discipline in quanto – coerentemente alla mia idea della tradizione come faro da seguire soprattutto nell’analisi di quei fenomeni i cui confini precisi non sono ancora perfettamente delineati – “sarebbe un errore ritenere che alla crisi della dogmatica normativistica e statalistica corrisponda una dissoluzione dei contenuti più significativi della cultura costituzionale, perché tali contenuti hanno profonde radici nella storia sociale prima che nella scienza del diritto”²⁰.

Osservando la realtà davanti ai nostri occhi, possiamo individuare un duplice ordine di fenomeni che modificano le categorie giuridiche trasmesseci dalla tradizione. Da un lato i processi di mondializzazione condizionano il mondo del diritto in quanto “è inevitabile, data natura e funzione del diritto, che forme e orizzonti della globalità si ripercuotano nell’ordine dei diritti e dei poteri”²¹, ovvero “non diversamente dalle altre sfere della vita sociale, anche il diritto – via via che incontra la globalizzazione [...] – non può non registrare cambiamenti nel suo modo di essere”²². Dall’altro – oltre a segnalare la rinascita a livello globale di fenomeni culturali, caricati di forti connotati simbolici, che, come risposta a quello che Ramonet definisce *la pensée unique*²³, tendono a riscoprire le identità a livello individuale e collettivo²⁴ – è possibile individuare a livello globale, sia nei paesi sviluppati che in quelli in via di sviluppo, numerosi processi di riforma della struttura organizzativa del territorio e di decentramento dei poteri a livello territoriale. In tale contesto è possibile condividere pienamente l’idea di quelli che, “all’interno di tale

¹⁹ Cfr. Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit., p.152.

²⁰ Cfr. Cervati A.A., *Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica*, in *Diritto romano attuale*, fascicolo 6, 2001, p.22.

²¹ Cfr. Allegretti U., *Diritti e Stato nella...* cit., p.127.

²² Cfr. Ferrarese M.R., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012, p.5.

²³ Si veda Ramonet I., *La pensée unique*, in *Le Monde diplomatique*, gennaio 1995. Tale termine descrive, utilizzando le parole dello stesso autore, “la traduction en termes idéologiques à prétention universelle des intérêts d’un ensemble de forces économiques, celles, en particulier, du capital International”.

dialettica spaziale”²⁵, individuano nello Stato l’unico ente capace di svolgere un’imprescindibile funzione “di mediazione e sutura tra più livelli territoriali”²⁶.

In quella che viene definita la “crociata della glocalizzazione”²⁷, lo Stato diventa troppo piccolo per gestire problematiche che assumono dimensioni planetarie – si pensi a mo’ di esempio alla questioni dell’inquinamento ambientale – o almeno continentali – si considerino le vicende legate alla recente crisi dell’Eurozona – ed è allo stesso tempo troppo grande per implementare efficientemente le politiche socio-culturali; sono così gli enti intermedi ad assumere “la configurazione di *optimal size* (...) perché capaci di adattare il piano micro-identitario interno alle esigenze macro-funzionali dell’esterno”²⁸.

I processi descritti, ovvero la globalizzazione/mondializzazione ed il decentramento di poteri a livello regionale o locale, possono essere visti come due facce della stessa medaglia, ovvero come i due aspetti principali di un più ampio fenomeno redistributivo, su scale globale, della sovranità e del potere²⁹.

L’uso del termine processo, con riferimento sia alla mondializzazione sia alle istanze di decentramento ed autonomia territoriale, non è per nulla casuale in quanto intende sottolineare una loro caratteristica essenziale ovvero quella della processualità: infatti ci troviamo davanti a dei processi *in fieri*³⁰ che – mettendo in crisi la configurazione gerarchica del diritto e degli ordinamenti giuridici e dando centralità a principi con una connotazione fortemente dinamica ed ‘agerarchica’ come ad esempio quello di sussidiarietà – segnano il passaggio dalla logica della piramide a quello della rete³¹, che esprime in maniera compiuta la mancanza di un centro e di una gerarchia. Il panorama giuridico che abbiamo di fronte non è più riconducibile alla classica visione gerarchica dello Stato e del diritto, riassumibile

²⁴ Si veda Bussani M., *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2010.

²⁵ Cfr. Di Martino A., *Il territorio dallo Stato-nazione...* cit., p.282.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. Russo A.M., *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonomo spagnolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p.19.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Si veda sul punto Bauman Z., *Globalizzazione e...* cit.

³⁰ Sulla mondializzazione come processo si vedano Adda J., *La mondialisation de l’économie. I. Genève, II. Problèmes*, Parigi, La Découverte, 1998; ed inoltre Robertson R., *Globalization: Social...* cit.

³¹ A tal proposito si veda Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit.

nell'immagine della piramide, ma piuttosto bisogna far riferimento ad una struttura reticolare e multilivello degli ordinamenti giuridici³² in cui “gli stati-nazione non dovrebbero più essere considerati gli unici poteri di governo: essi sono ora una classe fra diversi tipi di poteri e di agenzie politiche in un complesso sistema di potere dal livello globale a quello locale”³³; ed è conseguentemente avvertita la necessità impellente di “riorientare e riorganizzare (...) le nostre organizzazioni ed istituzioni, e gli studi che si occupano di esse, lungo l'asse locale-globale”³⁴.

2. Il primo profilo della glocalizzazione: il processo di mondializzazione

Il primo dei due processi a cui allude il concetto di glocalizzazione è quello della globalizzazione/mondializzazione. Prima di valutarne gli impatti sul sistema nazionale-statale e sul mondo del diritto, mi sembra opportuno analizzare quali siano gli aspetti salienti di tale processo. Tale analisi, data la multidimensionalità e la complessità del fenomeno in questione, non potrà che avvalersi di contributi provenienti da diverse discipline, pur mantenendo un approccio il più fedele possibile alla conoscenza scientifica del diritto. La necessità di un approccio intersettoriale al tema, o meglio di una “prospettiva multifocale”³⁵, è dettata dalla volontà di evitare una visione parziale, e quindi incompleta, del fenomeno³⁶. Da ciò discende una

³² Sul governo multilivello e la crisi del pensiero gerarchico, nonché sul concetto di sovranità reticolare, sviluppato da Daniel Elazar, si veda l'interessante contributo di Carrozza P., *Rapporti tra istituzioni e comunicazione nello Stato contemporaneo*, disponibile in www.masterdau.jus.unipi.it.

³³ Cfr. Sassen S., *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, Bruno Mondadori, 2008, p.291 e la bibliografia ivi citata.

³⁴ Cfr. Beck U., *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, Carrocci editore, 1999, p.25 (corsivo non testuale). Afferma sul punto Caravita B., *Lineamenti di diritto costituzionale regionale e federale*, Torino, Giappichelli, 2009, p.66: “(...) in Italia, come in Europa e nel mondo, stanno avvenendo contemporaneamente (...) quattro fenomeni istituzionali (...): spinte verso modelli federali di governo; *multilevel governance*; pluralismo sociale; glocalismo. Il difetto è – a ben vedere – nella dottrina costituzionale che ancora non riesce a costruire modelli di osservazione e di studio che tengano insieme e coniughino i diversi fenomeni: e le analisi appaiono tuttora manchevoli”.

³⁵ Cfr. Di Martino A., *Il territorio dallo Stato-nazione... cit.*, p.273.

³⁶ Mi sembra significativa e dotata di molto fascino la metafora dell'orizzonte, utilizzata da U. Allegretti, *Diritti e Stato nella... cit.*, p.101, che ben sintetizza, a mio modo di vedere, i due aspetti della processualità e dell'intersectorialità: “Questo autorizza a descrivere la globalizzazione come un *orizzonte*, a volte reale a volte immaginario, spesso dotato di un certo grado di realtà e di un maggiore coefficiente di immaginazione, di tensione mentale, di inclinazione e volontà di azione. E perciò la sua

naturale difficoltà ad offrire una definizione condivisa del processo in analisi, in quanto tale definizione, seppur minima, è condizionata non solo dal punto di vista dell'osservatore – è semplice comprendere come un giurista avrà un approccio differente e tenderà a sottolineare alcuni aspetti e non altri del fenomeno rispetto ad un sociologo o ad un'economista o ad uno storico – ma anche dal fatto che, trattandosi come abbiamo detto di un processo *in fieri*, risulta alquanto complicato individuarne il punto di arrivo e, data la velocità dei cambiamenti in atto, gli elementi caratterizzanti.

In via preliminare mi sembra opportuno chiarire due aspetti della mia analisi che, se fraintesi, potrebbero indurre in confusione.

Il primo chiarimento necessario è di carattere semantico e riguarda da un lato l'utilizzo del binomio mondializzazione/globalizzazione e dall'altro l'uso del termine processo. Come si sarà potuto notare nelle pagine precedenti io utilizzo i due termini in maniera sostanzialmente equipollente – anche se alcuni autori sono soliti differenziare tra globalizzazione, internazionalizzazione e mondializzazione³⁷ – pur avendo una preferenza per l'uso del termine mondializzazione. Tale ultimo termine mi sembra più rigoroso dal punto di vista semantico, in quanto il termine globalizzazione, oltre ad essere influenzato dal corrispondente termine inglese, comprende i processi di liberalizzazione economica associati alla mondializzazione che definiamo, utilizzando le parole di Allegretti, come “una condizione di cose per cui il mondo intero costituisce un complesso – economico, politico, ambientale, culturale, sociale – unitario o unificato, in virtù del quale le modalità ed il senso anche di fatti di per se puntuali e localizzati vengono condizionati dal riferimento a

verifica avviene in tante e varie direzioni: da quella economica a quella militare e a quella culturale, comprensiva di tutta una serie di effetti sociali, psicologici, comportamentali”.

³⁷ Si veda su tutti l'interessante contributo di Rocher G., *La mondialisation: un phénomène pluriel*, in Mercure D., *Une société-monde? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Laval (Québec), Presses de l'Université Laval, 2001, p.19. Il sociologo canadese afferma: “celle-ci (*l'internationalisation*) nous réfère aux échanges de diverses natures, économiques, politiques, culturels, entre nations, aux relations qui en résultent, pacifiques ou conflictuelles, de complémentarité ou de concurrence. Si l'on parle de mondialisation, on entend évoquer une autre réalité, contemporaine celle-là: l'extension de ces relations et de ces échanges internationaux et transnationaux à l'échelle du monde, conséquence de la rapidité toujours croissante des transports et des communication dans la civilisation contemporaine. Quant à la globalisation [un terme qui a la préférence du sociologue], elle

una totalità che si estende fino all'intero pianeta"³⁸. Per quanto concerne il precedente uso del termine processo, con riferimento alla mondializzazione, esso non è per nulla casuale in quanto intende sottolineare una delle sue principali caratteristiche ovvero quella della processualità, infatti più che di uno *statu quo* la mondializzazione rappresenta un processo *in fieri*³⁹.

Il secondo elemento che mi preme chiarire è di natura storica e riguarda l'inquadramento temporale del fenomeno in questione. Anche su questo aspetto del processo le ipotesi sono molteplici e spesso divergenti, vengono infatti individuate varie "ondate di mondializzazione"⁴⁰ a volte risalenti all'impero romano, passando per i commerci medievali delle città stato italiane e dei centri fiamminghi, per le grandi scoperte geografiche del XVI secolo e, infine, per il periodo di dominio delle potenze coloniali nel XIX secolo⁴¹. Sul tema esiste un intenso dibattito tra i sostenitori della globalizzazione/mondializzazione come un fenomeno del tutto nuovo, che avrebbe inaugurato l'era della postmodernità⁴², e coloro i quali ritengono gli attuali fenomeni come il risultato, o il naturale sviluppo, di eventi cominciati molti secoli addietro. Ai fini del mio lavoro – tenendo in considerazione la natura processuale della globalizzazione che, come avviene per ogni processo, rende difficile individuare dei riferimenti cronologici precisi⁴³ – avrò come riferimento due eventi storici che, seppur non possono essere individuati come il punto di partenza del fenomeno, ne rappresentano due momenti di forte accelerazione.

ferait référence à un système-monde au-delà des relations internationales, au-delà de la mondialisation, un fait social total au sens propre du terme, un référent en soi" (corsivo non testuale).

³⁸ Cfr. Allegretti U., *Diritti e Stato nella...* cit., p.14.

³⁹ Sulla mondializzazione come processo si veda Adda J., *La mondialisation de...* cit.

⁴⁰ Cfr. Allegretti U., *Diritti e Stato nella...* cit.

⁴¹ Per una panoramica sul tema si veda Bénichi R., *Histoire de la mondialisation*, Paris, Vuibert, 2003.

⁴² Sulla relazione tra globalizzazione e la postmodernità, vista come la terza fase storica del capitalismo, ovvero quella della globalizzazione, si veda Jameson F., *Postmodernismo. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, Roma, Fazi, 2007. Per definire tale periodo storico viene utilizzato anche il termine – di più chiara connotazione economica –postindustriale, coniato da Bell D., *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*, New York, Basic Books, 1973. La caratteristica principale della società postindustriale è data dal fatto che la ricchezza sia diventata – utilizzando a mo' di esemplificazione le parole di Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 13 – "una variabile indipendente dall'aumento della produzione industriale".

⁴³ Si veda Ferrarese M.R., *Prima lezione...* cit. Sul rapporto tra storia e globalizzazione Giovagnoli A., *Storia e globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

Il primo evento in questione è la conferenza di Bretton Woods del luglio 1944 in cui furono presi gli accordi che diedero vita ad un sistema di regole e procedure volte a regolare la politica monetaria internazionale con l'obiettivo di governare i futuri rapporti economici e finanziari, impedendo il ritorno alla situazione che diede vita al secondo conflitto mondiale. Secondo gli storici tra le cause della guerra andavano infatti conteggiate anche le diffuse pratiche protezionistiche, le svalutazioni dei tassi di cambio per ragioni competitive e la scarsa collaborazione tra i Paesi in materia di politiche monetarie. Secondo il sistema definito a Bretton Woods – rimasto alla storia come *gold exchange standard* – il dollaro era l'unica valuta convertibile in oro, quindi valuta di riferimento per gli scambi, mentre alle altre valute erano consentite solo oscillazioni limitate in un regime di cambi fissi a parità centrale⁴⁴. Tale sistema aveva come conseguenza diretta “un mercato con il minimo delle barriere e la libera circolazione dei capitali privati”⁴⁵.

Il secondo evento storico a cui faccio riferimento è la caduta del muro di Berlino⁴⁶ e la nascita di un mondo tendenzialmente unipolare basato sul predominio della potenza statunitense; utilizzo il termine tendenzialmente in quanto la fase attuale si caratterizza, dato il declino economico-politico degli Stati Uniti d'America, per il passaggio ad un mondo multipolare⁴⁷. Tra questi due eventi avviene il passaggio tra quella che viene definita la “globalizzazione alla Bretton Woods” e la cosiddetta “globalizzazione neoliberista”; in mezzo vi sono due eventi che caratterizzeranno fortemente lo sviluppo successivo dell'economia capitalista e, a parere di molti, la sua deriva finanziaria: il crollo del *gold exchange standard*⁴⁸ e l'avvio dei processi di

⁴⁴ Si veda sul tema il contributo contenuto in www.borsaitaliana.it.

⁴⁵ Cfr. Raviolo G., *La crisi globale. Da Bretton Woods ai mutui subprime*, Roma, Edizioni Universitarie Romane, 2009, p.29.

⁴⁶ Sulla correlazione tra la caduta del muro di Berlino e l'accelerazione del processo di globalizzazione si veda Di Giorgi P., *Persona, globalizzazione e democrazia partecipativa*, Milano, Franco Angeli, 2004.

⁴⁷ Si veda sul tema l'interessante contributo di Dotti S., *Dal mondo bipolare al mondo multipolare, passando per l'unipolare*, in www.cartografareilpresente.org, 2010.

⁴⁸ La guerra del Vietnam, il forte aumento della spesa pubblica e del debito americano segnarono la fine del sistema istituito a Bretton Woods. Il 15 agosto 1971, a Camp David, Richard Nixon, sospese la convertibilità del dollaro in oro, in quanto, con le crescenti richieste di conversione in oro le riserve americane si stavano sempre più assottigliando. Il dicembre del 1971 segnò l'abbandono degli accordi di Bretton Woods da parte dei membri del G10 (il gruppo dei dieci paesi formato da Germania, Belgio, Canada, Stati Uniti, Francia, Italia, Giappone, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia). Con lo *Smithsonian Agreement* il dollaro venne svalutato e si diede il via alla fluttuazione dei cambi. Conseguentemente all'abbandono del sistema di Bretton Woods, in cui per emettere moneta erano

liberalizzazione e deregolamentazione finanziaria⁴⁹, con la conseguente finanziarizzazione dell'economia, sia nei paesi industrializzati che in quelli emergenti.

Giunti a tal punto, dopo questi imprescindibili chiarimenti, mi potrò dedicare – seppur per grandi linee in quanto una compiuta analisi del processo di mondializzazione esula dalle finalità della mia indagine – a mettere alla luce gli elementi caratteristici del fenomeno in questione. Come si è da più parti sottolineato⁵⁰, il termine globalizzazione/mondializzazione è stato usato ed abusato sia nel linguaggio tecnico-scientifico che in quello comune, come se si trattasse della panacea o della causa di tutti i mali. Ciò ha innescato la curiosa polemica – a mio parere sterile in quanto siamo ormai di fronte ad un processo irreversibile e si tratterebbe, quindi, di discutere, piuttosto che sulla minore o maggiore bontà dello stesso, su quale direzione far prendere al fenomeno – tra integrati, che “hanno

necessarie delle risorse reali sottostanti, da un lato la finanza si è del tutto sganciata dall'economia reale, dall'altro è aumentato il 'potere di signoraggio' del dollaro, che ha reso possibile il peggioramento del deficit pubblico, commerciale e della bilancia dei pagamenti statunitensi alla base della crisi iniziata nel 2007. Tale correlazione tra eventi così lontani nel tempo viene evidenziata sia da Steil B., *Lessons of the financial crisis*, 45° rapporto del Center for Geoeconomic studies del Council on Foreign Relations, 2009; sia dal discorso del governatore della Banca Centrale Cinese Xiaochuan Z., *Reform the international monetary system*, 23 March 2009.

⁴⁹ Alla base di tale deregolamentazione vi sono delle chiare responsabilità della classe politica statunitense che nell'ultimo ventennio ha favorito politiche improntate alla fiducia sulle presunte capacità autoregolamentative del mercato che – utilizzando le parole di Draghi M., *Gli economisti e la crisi*, relazione alla cinquantesima riunione scientifica annuale della società italiana degli economisti, Roma, 22 ottobre 2009 – si è rilevata “mal riposta” come avviene per “tutte le rappresentazioni apologetiche che dimenticano o tacciono le limitazioni, logiche, e descrittive, di una costruzione intellettuale per altri versi elegante e rigorosa”. Si pensi, a mo' di esempio, all'abolizione nel 1999 del Glass-Steagal Act che, fin dal 1933, introduceva, con la finalità di frenare la speculazione finanziaria che aveva ‘messo in ginocchio’ le banche statunitensi, la separazione tra banche d'investimento e banche commerciali con un sistema di assicurazione federale sui depositi delle ultime. I dubbi sulla buona fede di tali interventi vengono alimentati dal fatto che – secondo quanto riportato da Bini Smaghi L., *Le regole per salvare il capitalismo*, in *Aspenia*, 2009, p.143 – “le istituzioni finanziarie (tra cui le banche commerciali, le banche di investimento, gli hedge fund e le compagnie di assicurazione) hanno speso nel periodo 1998-2008 circa 5 milioni di dollari in contributi a campagne elettorali ed in attività di pressione sul congresso e sull'amministrazione statunitense”, con la chiara finalità di ottenere una deregolamentazione ulteriore del sistema finanziario attraverso l'abolizione e la modifica di quei ‘sistemi di sicurezza’ approntati ai tempi della cosiddetta grande depressione.

⁵⁰ Sul punto afferma Twining W., *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2009, p.12: “I teach a course called ‘Globalisation and Law’. At our first meeting I usually ban all ‘g-words’ from the classroom – ‘global’, ‘globalising’, ‘globalisation’ etc. (...) There are two reasons for the rule. The first is obvious: ‘g-words’ are ambiguous and tend to be used very loosely. They are abused and over-used in many

enfaticamente le nuove capacità di socializzazione e condivisione, oltre e contro le vecchie frontiere nazionali degli stati e le necessità della vicinanza fisica”⁵¹, ed apocalittici, che immaginano “un capitalismo [...] ormai privo di freni e controlli”⁵². A fronte di tale abuso e delle difficoltà definitive – che portano alla curiosa condizione per cui “people use it to mean different things”, e “it means different things to different people”⁵³ – mi sembra poco utile tentare una definizione, o riportarne qualcuna⁵⁴, che abbia velleità di completezza; piuttosto nelle prossime pagine sottolineerò i diversi fattori che hanno contribuito, a mio parere, a delineare i contorni del processo in questione.

In primo luogo abbiamo un fattore storico-politico a cui in precedenza ho fatto riferimento descrivendo i due momenti di forte accelerazione del processo di mondializzazione. A quello che già detto in precedenza, e che rappresenta l’elemento ‘macrostorico’ del fenomeno, bisogna aggiungere una serie di interventi politici piccoli e graduali – partiti con i governi Thatcher nel Regno Unito e Reagan negli Stati Uniti e da lì diffusosi in tutto il mondo – riconducibili al ‘trattico’ delle “3D”⁵⁵ – deregolamentazione, decompartmentazione e disintermediazione finanziaria – che hanno permesso “la genesi del regime di accumulazione mondializzato a dominante finanziaria”⁵⁶. Senza entrare nello specifico degli interventi adottati, sembra abbastanza chiaro che sia stata la politica a creare – almeno in questa prima fase – le condizioni necessarie allo sviluppo del processo di mondializzazione “predisponendo un quadro giuridico liberista in cui *le forze della mondializzazione* potessero muoversi a loro piacimento”⁵⁷. Se è vero che l’attuale situazione vede una netta predominanza – con tutto ciò che ne consegue a livello di tutela di interessi privati

ways, often as a part of generalizations that are false, exaggerates, misleading, meaningless, superficial, ethnocentric, or a combination of all these. “

⁵¹ Cfr. Detti T., Gozzini G., *Storia contemporanea II. Il Novecento*, Milano, Bruno Mondadori, 2002, p.440.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. Friedman L.M., *Frontiers: National and Transnational Order*, in Ladeur K-H., *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, 2004, p.25.

⁵⁴ Le due definizioni di globalizzazione maggiormente citate nella letteratura sul tema sono quelle di Giddens A., *Le conseguenze della...* cit., e Beck U., *Che cos’è la globalizzazione...* cit.

⁵⁵ Si veda sul tema Bouguinat H., *Finance Internationale*, Paris, Presses universitaires de France, 1992.

⁵⁶ Chesnais F., *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1997, p.32-33. Si vedano sul tema Allegretti U., *Diritti e Stato nella...* cit.; Ferrarese M.R., *Prima lezione...* cit.; Sassen S., *Territorio, autorità...* cit.

più che dell'interesse collettivo – del fattore economico, o utilizzando un termine di maggiore attualità il 'fattore tecnico', sull'elemento politico; sembra altrettanto innegabile che alla base di tale "crescita di forme di autorità privata in materie un tempo esclusiva dello stato e del dominio pubblico"⁵⁸ vi sia stato un chiaro disegno politico con la precisa finalità di "facilitare le operazioni globali delle imprese statunitensi e la globalizzazioni dei mercati"⁵⁹ e di creare le condizioni per il trionfo di "il linguaggio vittorioso dell'economia e della tecnica *che* esige un unico spazio, un unico concetto di spazio, come forma a priori, libera da ogni differenza di luogo"⁶⁰. Mi sembra di poter condividere pienamente l'opinione di quelli che rifiutano nettamente la visione del mercato come qualcosa di naturale, quasi biologico, che possa 'autocrearsi', 'autoregolarsi' ed 'autorigenerarsi', prescindendo totalmente da qualsiasi indirizzo politico-giuridico. Se si accetta tale seconda visione del mercato come *locus artificialis* – caratterizzato da artificialità, giuridicità, storicità⁶¹ – non ci si dovrà meravigliare che siano stati la politica ed il diritto a creare i presupposti per lo sviluppo del 'mercato globale'. La politica economica dei governi "se prima guidava l'economia, ora è seguace o adattiva: serve a correggere la tendenza della economia, il cui andamento complessivo sfugge ai governi nazionali"⁶² ed alla base di tale cambiamento vi è stata, a mio modo di vedere, una chiara responsabilità della politica.

Il secondo elemento che ha reso possibile lo sviluppo del processo di mondializzazione è quello tecnologico. Ho accennato in precedenza a diverse teorie storiche che fanno risalire l'origine del fenomeno in questione ad epoche passate, anche molto lontane, ed individuano nell'attuale situazione il naturale evolversi di processi iniziati secoli addietro, o in alcuni casi segnalano come forme di globalità *ante litteram* i grandi imperi del passato o il pluralismo politico-giuridico medievale. Tale ricostruzioni teoriche – di cui naturalmente non valuto la bontà dal punto di vista storiografico – trascurano il fatto che il livello attuale di interazione globale non

⁵⁷ Cfr. Allegretti U., *Diritti e Stato nella...* cit., p.79, (corsivo non testuale).

⁵⁸ Cfr. Sassen S., *Territorio, autorità...* cit., p.245.

⁵⁹ Cfr. Sassen S., *Una sociologia della globalizzazione*, Torino, Einaudi, 2008, p.68.

⁶⁰ Cfr. Cacciari M., *Geo-filosofia dell'Europa*, Milano, Adelphi, 1994, p.126.

⁶¹ Si veda sul punto l'analisi di Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2004, di cui condivido a pieno l'analisi.

⁶² Cfr. Cassese S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp.37-38.

è minimamente paragonabile a nessun'altra epoca storica precedente a causa dello straordinario ed impreveduto sviluppo delle tecnologie di comunicazione che hanno reso possibile “the compression of the world and the intensification of consciousness of the world as a whole”⁶³. A partire dagli anni Settanta del secolo scorso si è infatti avviato un processo di progressiva e rapidissima ‘tecnologicizzazione’ di tutti i settori dell’esistenza che ha mutato le coordinate spazio-temporali della nostra vita relativizzando sia il concetto di spazio che quello di tempo. È quello che viene definito il “presente ipertrofico della globalizzazione” in cui “la quasi cancellazione della distanza conduce a guadagnare il tempo che nel passato sarebbe stato necessario per superarla”⁶⁴. Le interpretazioni degli effetti della tecnologia – e della loro maggiore o minore possibilità di fruizione – possono essere raggruppati, ancora una volta, lungo due direttrici principali. Analogamente a quanto richiamato in precedenza circa la disputa tra integrati ed apocalittici, vi è una parte degli osservatori del fenomeno in questione che enfatizzano le possibilità offerte dalle nuove tecnologie informatiche e di comunicazioni come vettori di uno sviluppo economico e socio-culturale quasi infinito, di contro una più attenta riflessione induce a valutare che quello tecnologico sta diventando – o meglio è già diventato – un ulteriore fattore di stratificazione sociale a livello globale⁶⁵. Sembra pienamente condivisibile l’analisi di chi sostiene che “gli ultraricchi (...) utilizzano le tecnologie più moderne per muovere con rapidità ingenti somme di denaro attraverso il globo e per speculare con sempre maggiore efficienza. Sfortunatamente la tecnologia non ha alcun impatto sulla vita dei poveri. In realtà la globalizzazione è un paradosso: mentre ha effetti molto positivi per pochissimi, taglia fuori o mette ai margini due terzi della popolazione mondiale”⁶⁶.

⁶³ Cfr. Robertson R., *Globalization: Social...*, p.8.

⁶⁴ Cfr. Ferrarese M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp.7-8. Per una completa ed interessantissima analisi delle implicazioni dell’economia informazionale e della società in rete si faccia riferimento all’interessantissima trilogia di Castells D., *The Information Age: Economy, Society and Culture* (Vol.I: *The rise of Network Society*, 1996; Vol.II: *The Power of Identity*, 1997; Vol.III: *The End of Millenium*, 1998), Oxford, Blackwell.

⁶⁵ Si veda sul punto Bauman Z., *Globalization. The Human Consequences*, Cambridge-Oxford, Polity Press-Blackwell Publishers Ltd., 1998.

⁶⁶ È questa l’opinione di John Kavanagh del Washington Institute of Policy Research citato da Bauman Z., *Globalization. The Human...*cit.

L'ultimo elemento caratteristico del processo di mondializzazione è un fattore a carattere ideologico, che ha fornito la base teorica del fenomeno in questione, una forte propensione al mercato ed alle sue presunte capacità di autoregolamentazione. A tal proposito – senza voler giungere, forse per un mio inguaribile ottimismo, alle tesi che descrivono attraverso il neologismo mercatismo, visto come “l'ultima ideologia totalitaria del Novecento”⁶⁷ e come “la divinizzazione politica del mercato”⁶⁸, degli scenari futuri in realtà per nulla confortanti – risulta palese il fatto che “la ricchezza, per potersi internazionalizzare, si è dovuta dematerializzare. Se il mercato è la Mano invisibile che regge la vita economica, la ricchezza dematerializzata ne rappresenta l'espressione sublime: è ricchezza invisibile e intangibile, è la ricchezza elevata a puro concetto”⁶⁹. Oltre al concetto di ricchezza dematerializzata il retroterra ideologico dei processi di mondializzazione è costituito, come ho già accennato in precedenza, dalla “naturalizzazione dell'economia”⁷⁰, che presenta il mercato come un modo di organizzazione spontaneo e naturale dell'attività economica, autonomo da quelle che possono essere le influenze della politica e le regolazioni giuridiche. Si tratta di una rappresentazione fuorviante della realtà in quanto, se si guarda al mondo ed alla storia⁷¹, l'istituzione del mercato non è sempre, e dovunque, esistita, da ciò discende la naturale conseguenza che si tratta semplicemente di una costruzione sociale, agevolata e guidata da decisioni della politica.

3. Il secondo profilo della glocalizzazione: le tendenze al decentramento del potere a livello substatale

Il secondo processo a cui allude il termine glocalizzazione – per come da me inteso, ovvero da un punto di vista strettamente giuridico – è quello del

⁶⁷ Cfr. Tremonti G., *Uscita di sicurezza*, Milano, Rizzoli, 2012, p.211.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. Galgano F., *La globalizzazione...* cit., p.17.

⁷⁰ Si veda Ziegler J., *La privatizzazione del mondo. Predoni, predatori e mercenari del mercato globale*, Milano, il Saggiatore/Net, 2005, p.56, che la definisce “l'ultima astuzia dell'ideologia neoliberista”.

⁷¹ Si veda tra tutti Polanyi K., *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 2000.

decentramento del potere statale ai livelli substatali di governo attraverso il riconoscimento dell'autonomia delle comunità territoriali. Tale "resurgence in interest in federal idea"⁷² è una delle caratteristiche principali degli ordinamenti costituzionali contemporanei, essendo ormai totalmente obsoleto lo Stato rigidamente accentrato di origine napoleonica, che è stato superato da innovativi sistemi costituzionali che hanno nel pluralismo istituzionale, e di conseguenza nell'autonomia delle loro collettività territoriali, il loro fulcro. Tale principio di autonomia ha la sua manifestazione per eccellenza in quelle forme di stato che si definiscono come federali – o comunque vengono definite tali avendo forti elementi di similitudine con quei sistemi – che hanno nell'esperienza costituzionale di Filadelfia il loro archetipo.

Il concetto di federalismo, quale forma di organizzazione politica volta alla valorizzazione del principio di autonomia dei livelli di governo intermedi, può essere analizzato sotto vari punti di vista. Un'analisi 'poliedrica', che non si fermi esclusivamente al versante normativo del fenomeno, ma ne analizzi anche i contenuti metagiuridici, risulta necessaria alla luce del fatto che "il federalismo è una ideologia che può caratterizzare principi di comportamento adottati da una costituzione statale anche prescindendo da una caratterizzazione strettamente federale di quest'ultima. Il federalismo non investe unicamente il settore giuridico istituzionale, ma altresì quello sociale, economico, spirituale e culturale"⁷³, in quanto "there is certainly more than one way to be a federalist; it is the common idea that matters"⁷⁴.

L'approccio poliedrico al tema mi porta a non dare particolarmente peso al *nomen iuris* dei fenomeni in questione; a tal proposito mi sembra particolarmente adeguata la definizione di federalismo di Bognetti che – piuttosto che soffermarsi sulle questioni terminologiche – definisce il federalismo come "il termine con cui si suol designare la tendenza, presente come fenomeno abbastanza diffuso nella storia moderna, a organizzare ordinamenti politico-giuridici ripartendo i poteri tipici dello Stato tra enti politici distinti, un apparato centrale ed una pluralità di apparati di governo periferico, l'uno e gli altri sovrapposti allo strato delle semplici autorità

⁷² Cfr. Griffiths A., Nerenberg K., *Handbook of Federal Countries*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2005, p.xv.

⁷³ Cfr. De Vergottini G., *Lo stato federale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1990, p.1.

amministrative municipali o locali”⁷⁵. Pur essendo consapevole che “federalismo e regionalismo, Stato federale e Stato regionale rappresentano assetti istituzionali qualitativamente differenziati, benché accomunati dal tentativo di fornire risposta a una medesima esigenza: quella di conciliare un certo tasso di unità e un certo tasso di autonomia nell’ambito della forma organizzativa dello Stato moderno”⁷⁶, mi sembra più adeguato far rientrare i due fenomeni nei più recenti processi di decentramento che, al di là del *nomen iuris* assunto, comportano “un trasferimento, sulla base di norme costituzionali, di parte della (...) potestà decisionale, compresa la potestà legislativa, a enti rappresentativi di comunità stanziate su porzioni, più o meno ampie, del territorio statale”⁷⁷. Alla luce di ciò mi pare pienamente condivisibile la teoria che vede lo Stato regionale come una forma di Stato decentrato, parimenti a quello federale.

L’approccio allo studio del federalismo che si confà maggiormente alla mia visione dei processi di decentramento è quello definito dinamico che – partendo dalla sostanziale inutilità del tentativo di creare delle rigide schematizzazioni del fenomeno⁷⁸, data l’estrema varietà in cui esso si manifesta – predilige un’analisi che non si fissa sugli aspetti formali delle esperienze federali e sull’allocazione della sovranità in tali sistemi⁷⁹ – vista la concezione della sovranità come un mito⁸⁰ – ma piuttosto cerca di individuare gli elementi caratterizzanti il processo che conduce alla costruzione degli Stati federali. Tale processo, meglio conosciuto come *federalizing process*⁸¹, si svolge lungo una linea immaginaria ai cui due estremi si posizionano

⁷⁴ Griffiths A., Nerenberg K., *Handbook of Federal...* cit., p.xvi.

⁷⁵ Cfr. Bognetti G., *Il federalismo*, Torino, Utet, 2001, p.5.

⁷⁶ Cfr. Groppi T., *Il federalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.12.

⁷⁷ *Idem*, p. 53.

⁷⁸ Afferma sulla tendenza alle schematizzazioni di parte della scienza giuridica Bognetti G., *Il federalismo...* cit., p.114: “La dottrina di impronta positivistica ritiene che il compito della scienza giuridica sia quello di incasellare in maniera esaustiva i fenomeni particolari appartenenti all’area del diritto dentro concetti più generali che di quei fenomeni rileverebbero l’essenza. Di qui la passione classificatoria di quella dottrina – che si estrinseca nel tentativo di costruire una serie chiusa di precisi concetti generali e di inserirvi senza residui i fenomeni particolari. È una passione che meglio potrebbe confarsi ad un entomologo afflitto da pedanteria”.

⁷⁹ Tale tematica sarà compiutamente analizzata nel prosieguo del mio lavoro.

⁸⁰ Sul punto di veda Scelle G., *Précis de droit de gens. Principe set systematique*, Paris, Rec. Sirey, 1932.

⁸¹ Il maggiore esponente delle teorie del *federalizing process* è Friederich C. J. che teorizza l’approccio dinamico allo studio del federalismo nella sua opera *Trends of federalism in theory and practice*, New York, Praeger Publishers Inc., 1968.

rispettivamente lo Stato unitario e la Comunità sovranazionale di Stati indipendenti. Lungo tale linea abbiamo una varietà, teoricamente infinita, di gestione dei rapporti centro-periferia, risultato di processi sia centrifughi che centripeti, ovvero risultato del decentramento di Stati precedentemente unitari o dell'aggregazione di unità territoriali precedentemente divise. Tale concetto viene chiarito in maniera esemplare dal teorico del *federalizing process*, Friederich, per il quale si tratta di un processo "by which a number of separate political communities enter into arrangements for working out solutions, adopting joint policies, and making joint decisions on joint problems" ed inoltre si tratta di un processo "by which an unitary political community becomes differentiated into a federally organized whole"⁸². Tale processo "deve comunque svolgersi all'interno di un constitutional arrangement il quale comporta, come elementi essenziali, la possibilità per le comunità federale di partecipare alla revisione della costituzione e la presenza di un organo giurisdizionale che risolva i conflitti tra federazione e comunità federate"⁸³.

Dal punto di vista storico i processi di decentramento sono strettamente correlati ai notissimi eventi nordamericani della fine del XVIII secolo.

Nel periodo che va dalla Dichiarazione di indipendenza del 1776 alla convocazione della Convenzione di Filadelfia, che partorirà la prima Costituzione scritta della storia moderna, si manifestò all'interno delle ex-colonie, unite solamente da un debole patto confederativo, una duplice incapacità a relazionarsi in maniera autorevole con la madrepatria e a creare uno sviluppo economico adeguato. Emerse quindi all'interno della Convenzione la stringente necessità di creare una forma di Stato che permettesse di raggiungere prosperità economica ed autorevolezza nell'agone internazionale, pur cercando di mantenere la sovranità delle ex-colonie. Le alternative storiche che si ponevano ai costituenti di Filadelfia erano o lo Stato unitario, che a partire dall'esperienza francese 'contagerà' quasi l'intera Europa, o la possibilità di creare una confederazione di Stati. Dalla Convenzione venne fuori, forse non del tutto volutamente, dato che il termine nasce solo dopo la fine dei lavori

⁸² *Idem*, p.7.

⁸³ Cfr. Comba M., *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il caso del Judicial federalism negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 1996, p.22.

della Convenzione stessa, un'opera di ingegneria costituzionale, frutto del compromesso tra la fazione unitarista o federalista e quella confederativista, che avrà un'enorme fortuna "al punto di poter sostenere che, nel 1987, più del 40 per cento della popolazione mondiale viveva in comunità politiche formalmente federali, e contare ben 58 Stati ispirati ai principi federali"⁸⁴. Risulta interessante notare come mentre nell'esperienza statunitense i federalisti erano i sostenitori dell'unitarietà dello Stato, come emergerà nello scontro con i confederati sudisti, nell'esperienza rivoluzionaria francese i federalisti girondini erano i sostenitori di uno Stato decentrato in contrasto con i giacobini favorevoli allo Stato accentrato. Fin dal principio possiamo perciò notare un'ampia flessibilità del fenomeno che, adattandosi alle peculiarità del luogo, assume caratteristiche difficilmente inquadrabili in rigidi incasellamenti classificatori.

Proseguendo sulla linea dell'evoluzione storica del concetto i cambiamenti nella forma di stato hanno causato – come è facile immaginare – dei cambiamenti nella tipologia di decentramento; così con il passaggio da una concezione dello Stato in chiave liberale ad una concezione sociale della statualità abbiamo assistito ad una evoluzione da un federalismo dualista o verticale, *dual federalism*, ad un federalismo cooperativo o orizzontale. Lo Stato liberale si fonda sulla idea fondamentale della separazione tra società civile e stato-apparato, quest'ultimo deve lasciare la massima libertà, soprattutto in ambito economico, ai propri cittadini, ovvero "la società civile si compone di individui cui vanno riconosciute sfere inviolabili di libertà in tutti i campi in cui possono esplicarsi le attività umane"⁸⁵. Lo Stato, pertanto, si fa garante della tutela di spazi di libertà, essendo il suo intervento limitato alla garanzia di interessi supremi della collettività. In tale sistema, attraverso una separazione orizzontale dei poteri – che ritardando i processi decisionali garantiva al massimo l'autonomia della società civile – e una separazione verticale delle competenze tra centro e periferia – che si configurava piuttosto in chiave conflittuale che cooperativa senza alcuna possibilità, o meglio possibilità limitatissime, di interferenza tra i due livelli – si riusciva "a contenere gli interventi statali al livello minimo" così come

⁸⁴ Cfr. Groppi T., *Il federalismo...* cit., p.7.

⁸⁵ Cfr. Bognetti G., *Il federalismo...* cit., p.16.

“richiesto dal modello liberale”⁸⁶. Per descrivere tale sistema di relazioni centro-periferia, basate sostanzialmente su una tendenziale separazione dei due livelli, si utilizza sovente l’immagine della “torta a molti strati (layer cake), a indicare proprio che le competenze risultano nettamente ripartite tra i diversi livelli di governo”⁸⁷.

Con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un intervento maggiore dello Stato nell’economia e nella società civile volto all’implementazione di politiche redistributive e di protezione sociale, come abbiamo già anticipato, avviene un netto cambio nelle relazioni tra Stato centrale ed enti federati. Si passa dalla reciproca separazione, a volte addirittura in chiave conflittuale tra i due livelli, ad una “crescita del ruolo del governo centrale accompagnata però, a scopo di riequilibrio, dall’affermazione di moduli e strumenti di cooperazione-collaborazione tra istituzioni, sia in senso orizzontale che verticale”⁸⁸. Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale ha, quindi, provocato un cambiamento assoluto nel modo di essere dei sistemi federali difatti non si può più parlare di rapporti paritari tra centro e periferia nell’ambito di una netta separazione, da leggere delle volte anche in chiave conflittuale, tra i due livelli; si è giunti invece ad un sistema di relazioni, che vede il livello federale essere competente per una estesissima gamma di materie, soprattutto in ambito economico-sociale; la sua legislazione, in caso di concorrenza con quella degli Stati membri, è prevalente, e questi ultimi collaborano, da una posizione ormai nettamente subordinata, alla implementazione delle politiche pubbliche. In tale ottica è molto diffusa la prassi di lasciare agli Stati membri la semplice esecuzione amministrativa delle decisioni prese dal livello federale, così si suole parlare di un federalismo di esecuzione per descrivere il sistema di relazioni tipiche dello Stato federale contemporaneo. Sarebbe scorretto pensare ad una sopravvenuta inutilità degli Stati membri con l’aumento delle competenze e degli interventi del livello federale, innanzitutto il livello di governo intermedio aggiunge all’intero sistema una necessaria dose di democraticità, dovuta al fatto che molte decisioni sono prese e tante politiche vengono implementate a quel livello; inoltre, si creano delle classi politiche locali, distinte da quelle nazionali, che mantengono una

⁸⁶ Cfr. De Vergottini G., *Lo stato federale...* cit., p.24.

⁸⁷ Cfr. Groppi T., *Il federalismo...* cit., p.73.

⁸⁸ *Idem*, p.70.

relazione molto più stretta con il territorio, sapendone tradurre desideri e necessità in specifici interventi pubblici⁸⁹. È palese comprendere che tale modo di essere del federalismo necessita di moduli collaborativi, a livello organizzativo e funzionale, tra gli enti costituenti la Federazione. Stiamo facendo riferimento ai vari sistemi, nel quadro di una collaborazione sia verticale, ovvero tra Federazione e Stati membri, sia orizzontale, ovvero tra i singoli Stati federati, che vengono utilizzati dai sistemi federali.

Con la crisi dello Stato sociale e la conseguente crescita di istanze neoliberiste, sembra che la cooperatività tra i vari livelli di governo non sia utile a garantire efficienza e trasparenza al processo decisionale, dato che potrebbero prevalere metodi consociativi di gestione della cosa pubblica. Di contro, creando un sistema basato su efficienza, flessibilità e competizione, tipiche dell'analisi economica dei processi decisionali, che operi cioè in termini competitivi, si crea una competizione tra gli amministratori, puniti o premiati dal cittadino-utente sia con il voto sia attraverso l'eventuale trasferimento verso le giurisdizioni che offrono migliori servizi, il cosiddetto 'voto con i piedi', che condurrebbe al superamento delle pericolose connivenze tra politici ed amministratori ed alla creazione di un sistema efficiente e trasparente⁹⁰. Risulta agevole comprendere come, dietro alla differenza tra i sistemi federali competitivi e cooperativi, vi sia un modo diverso di intendere il ruolo dello Stato e soprattutto del suo intervento nell'economia e nella società, tipico rispettivamente della cultura nordamericana ed europea, e di un divergente modo politico e culturale di approcciarsi alla gestione della cosa pubblica.

Dopo il mio breve *excursus* sull'evoluzione storica del federalismo – o meglio sui cambiamenti dei rapporti tra enti decentrati e Stato centrale alla luce delle modificazioni della forma di stato – invece di enumerare le caratteristiche comuni delle varie esperienze di decentramento nel panorama comparato – il che risulta essere, a mio modo di vedere, un tentativo di inquadrarle in rigidi schemi interpretativi che difficilmente riusciranno a descrivere un fenomeno le cui 'cause'

⁸⁹ Cfr. Bognetti G., *Il federalismo...* cit.

⁹⁰ Si veda sul tema Groppi T., *Il federalismo...* cit.

sono spesso di natura metagiuridica⁹¹ e le cui diverse modalità di realizzazione, a seconda delle specificità dei singoli sistemi costituzionali, fanno sì che esistano una pluralità di forme organizzative, tra le quali quella federale riveste storicamente una notevole importanza – preferisco sottolineare due aspetti conclusivi.

Il primo aspetto del fenomeno che merita un certo approfondimento è costituito dalle modalità di creazione dello Stato federale. L'esperienza storica e giuridica ci ha insegnato che gli Stati federali moderni si formano essenzialmente secondo due modalità: da un lato abbiamo dei processi che portano entità prima indipendenti a formare delle Federazioni, *come together*; dall'altro lato abbiamo degli Stati inizialmente unitari che, per mantenere tale unità, devono concedere alle entità decentrate sempre maggiori dosi di autonomia per bilanciare spinte disgregative, ovvero per mantenersi uniti, *hold together*.

Infine, seguendo l'impostazione di Friedrich⁹², è opportuno sottolineare che i processi di federalizzazione seguono una triplice linea: una federalizzazione che riguarda l'assemblea legislativa, un federalismo esecutivo ed un federalismo giurisdizionale. “Si può dunque affermare che nell'esame di un determinato *federalizing process* sia opportuno distinguere tra processo federativo legislativo, esecutivo e giurisdizionale, intendendo per ciascuno di tali processi sia il variare del livello di influenza che le comunità federate esercitano nei confronti dei rispettivi organi federali, sia il mutare dell'allocazione di competenza all'interno di ciascuna coppia di organi costituzionali in relazione a ciascuno dei tre poteri”⁹³. Per concludere possiamo affermare che il *federalizing process* investe tutti gli elementi dello Stato – incidendo in tal modo sulla modalità di esercizio dei poteri pubblici e sulla concezione della sovranità statale – provocando un decentramento di tutti i tre classici poteri dello Stato.

⁹¹ Groppi T., *Il federalismo...* cit., p.12, mette alla luce come nelle varie esperienze comparate possiamo riscontrare la presenza di quella che viene definita “un' *affectio foederalis* della società” ovvero “la necessità di rispondere ad aspirazioni profonde di una società caratterizzata da un pluralismo – non importa se economico, religioso, razziale, storico, linguistico – di tipo territoriale”.

⁹² Sul tema si veda Friederich C. J., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Ginn, 1950.

⁹³ Cfr. Comba M., *Esperienze federaliste...* cit., p.47.

4. Il re è nudo: i cambiamenti dello Stato-nazione di fronte al processo di glocalizzazione 'attraverso lo specchio' della sovranità statale

Hans Christian Andersen nella sua celebre fiaba *I vestiti nuovi dell'Imperatore* racconta di un imperatore molto vanitoso che si fece cucire un vestito da due scaltri impostori con un tessuto dalla presunta caratteristica di risultare invisibile agli stolti ed agli indegni. Il sovrano sfilò, sotto il suo bel baldacchino, col 'vestito invisibile' dinanzi al suo popolo che, per evitare di apparire stolto o indegno, lodava le magnificenze dell'abito imperiale, pur rendendosi conto di come il re fosse in realtà nudo. La farsa venne svelata dall'ingenuità di un bimbo che, non preoccupandosi dei giudizi di chi lo circondava, gridò che il re era in realtà nudo; quest'ultimo, consapevole del fatto che il bambino avesse detto il vero, rabbrivì, ma non poté fare altro che proseguire tronfiamente seguito dai suoi dignitari che reggevano il suo invisibile strascico.

La figura dello Stato-nazione, con la connessa nozione di sovranità per come tramandatoci dalla tradizione delle teorie del potere pubblico europeo, si è trovato per lungo tempo nella stessa situazione dell'imperatore vanitoso, precedente pieno di sé lungo il cammino della storia – dove ha sempre trovato sia dei 'ciambellani' disposti a cantarne la gloria, che dei 'bambini ingenui' pronti ad affermarne la prematura scomparsa – perdendo, man mano, per strada gli attributi che lo avevano reso sovrano. In tale sede, come già chiarito in precedenza, non si vuole affermare la prematura – e per alcuni versi poco auspicabile – morte dello Stato, né tantomeno teorizzare il passaggio ad una nebulosa teoria del diritto postsovrano⁹⁴, ma l'intento è quello di mettere alla luce i cambiamenti, sul piano interno come su quello esterno, che l'istituzione statale ha subito in seguito all'impatto con le spinte centrifughe derivanti dal processo di glocalizzazione.

Tale analisi dello "stato dello Stato"⁹⁵ verrà effettuato attraverso il 'fedele specchio' della sovranità statale cercando di evidenziare come quello che Einaudi

⁹⁴ Si veda sul punto Catania A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2008.

⁹⁵ Il gioco di parole è di Strange S., *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello stato e dispersione del potere*, Bologna, Il Mulino, 1998.

definiva il “mito dello stato sovrano”⁹⁶ sia stato, e continui ad essere, un concetto più politico che giuridico, molto sensibile alle necessità del potere dominante nei vari periodi storici⁹⁷. Nel prosieguo del mio lavoro sottolineerò, seguendo la linea evolutiva del concetto di sovranità, come l’assolutezza che le veniva riconosciuta fosse più che una sua caratteristica, una *fictio* legata alla necessità di carattere contingente di legittimare la creazione di nuovi ordini politico-sociali, che si ponevano in forte discontinuità con il passato.

La mia scelta di utilizzare lo specchio della sovranità statale è dovuta alla constatazione che a subire i maggiori ‘danni’ dall’impatto con il processo di glocalizzazione è stata, senza dubbio, “l’ingombrante nozione di sovranità statale, che viene aggirata in vari modi, neutralizzandola, trasformandola in sovranità condivisa, mettendola in catene (quindi, annullandola)”⁹⁸. Ciò è tanto più vero nella fase attuale che si caratterizza, dal punto di vista giuridico, per il contemporaneo sviluppo di almeno due processi – quello di mondializzazione e quello di decentramento, a cui se ne potrebbero aggiungere tranquillamente altri, come ad esempio la tendenza a livello globale ad integrazioni regionali sia a carattere generale che su ambiti materiali ben precisi – e per l’emergere di quelle che vengono definite “sovranità relative”⁹⁹, relative sia a livello spaziale che a livello materiale. Inoltre mi avvarrò della duplice consapevolezza che, da un lato, il modello del diritto moderno imposto dalla territorialità quale sistema chiuso è stato “molto declamato ma mai

⁹⁶ Si veda sul punto Morelli U., *Contro il mito dello stato sovrano. Luigi Einaudi e l’unità europea*, Milano, Franco Angeli, 1990.

⁹⁷ Afferma sul concetto di sovranità Luciani M., *Sovranità*, in *Italianieuropei*, n.7, 2011, che “la questione ha assunto una posizione centrale nella teoria e nella pratica politica allorché si è trattato di fondare nuovi ordini politico-sociali, formalizzando e legittimando una discontinuità rispetto al passato”. Sugli attuali sviluppi del concetto di sovranità si vedano tra gli altri: MacCormick N., *Beyond the Sovereign State*, in *The Modern Law Review*, Vol.56, n.1, 1993; Goodman R., Jinks D., *Toward an Institutional Theory of Sovereignty*, in *Stanford Law Review*, Vol.55, 2003; Harding C., Lim C.L., *The Significance of Westphalia: an Archeology of the International Legal Order*, in Harding C., Lim C.L., *Renegotiating Westphalia*, The Hague, Kluwer Law International, 1999; Elias O., *Regionalism in International Law-Making and the Westphalian Legacy*, in Harding C., Lim C.L., *Renegotiating Westphalia...* cit.; Frohnen B., *A Problem of Power: The Impact of Modern Sovereignty on the Rule of Law in Comparative and Historical Perspective*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol.20, 2012; Tajadura Tejada J., *¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.123, 2004.

⁹⁸ Cfr. Cassese S., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 2008, p.31.

⁹⁹ Cfr. Catania A., *Metamorfosi del diritto...* cit., p.150.

compiutamente attuato”¹⁰⁰, dall’altro si sono mostrati scarsamente attendibili “le proposizioni, o predizioni, circa l’esaurimento del ruolo degli apparati statali”¹⁰¹, che risultano essere certamente “obsoleti, ma non irrilevanti”¹⁰².

Gli effetti sullo Stato e sulla sovranità dei processi di mondializzazione e di decentramento saranno analizzati nelle prossime pagine in maniera separata – o meglio indicando volta per volta quale aspetto della sovranità sto analizzando – al fine di mantenere una maggiore chiarezza espositiva, ma bisogna avere ben chiaro che i sistemi giuridici contemporanei vengono sottoposti a diverse sollecitazioni e, conseguentemente a ciò, i fenomeni oggetto della mia analisi non possono essere assunti come cause univoche di un determinato cambiamento, ma concorrono insieme ad altri a determinarlo.

L’origine del concetto di sovranità quale attributo essenziale dello Stato¹⁰³ può essere rinvenuta nel tardo Medioevo europeo in cui, pur mancando la concezione dello Stato modernamente intesa, iniziano ad affiorare gli embrioni degli Stati nazionali, e viene riassunta nella celebre formula di incerta paternità¹⁰⁴ *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*. Da tale formula deriva un duplice ordine di conseguenze: la prima finalità che il *rex* si poneva, in forte

¹⁰⁰ Cfr. Gentili A., *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Politica del diritto*, n.2, 2011, p.190

¹⁰¹ Cfr. della Cananea G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009, p.16. Afferma sull’intenso dibattito a riguardo del cambiamento nel paradigma della sovranità statale Besson S., *Sovereignty in Conflict*, in Warbrick C., Tierney S., *Towards an ‘International Legal Community’? The Sovereignty of States and the Sovereignty of International Law*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p.133: “Recently (...) sovereignty has been subject to growing challenges both in theory and in practice. Over the last 50 years or so, lawyers, political theorists and specialist of international relations have become more and more divided on the issue of the state sovereignty and sovereignty in general”.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Su tale stretta correlazione tra Stato e sovranità si vedano tra gli altri: Domingo R., *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p.65 che evidenzia come “(...) sovereignty is to the state what the will is to the person: its master and slave”; Sgueo G., *Il concetto di sovranità nella storia. Il Medio-Evo e le principali teorie interpretative sul tema*, in www.diritto.it, 2008, il quale sottolinea che “non sarebbe possibile individuare le caratteristiche di base della sovranità in assenza di un ente pubblico che possieda le caratteristiche proprie dello Stato moderno”; ed infine Cortese E., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, Bulzoni Editore, 1966, p.1: “L’accezione attuale della sovranità, malgrado le numerose incertezze di cui si correda, rimane concettualmente collegata con la figura dello Stato, anch’essa ormai definita stabilmente in chiave moderna e acquisita al patrimonio teorico del giurista come rappresentazione di un’entità qualificata negli aspetti propri del giorno d’oggi”.

¹⁰⁴ La paternità della celebre formula sarebbe ‘contesa’ tra Marino da Caramanico, Bartolo di Sassoferrato e la dottrina francese della seconda metà del Duecento.

discontinuità politico-istituzionale con il periodo storico precedente, era di affermare l'indipendenza dei nascenti Stati nazionali dalle due istituzioni fino ad allora egemoni, da un lato l'Impero e dall'altro il Papato; la seconda finalità era di attribuire ai nuovi sovrani un potere sui propri territori – e sui particolarismi che vi imperavano – corrispondente a quella imperiale. Fin dalla sua origine il concetto di sovranità, più che descrivere uno *statu quo*, ha lo scopo di giustificare un nuovo sistema di potere, è quindi palese che tale idea “che ebbe una straordinaria fortuna nell'età di mezzo, essendo servita a designare, fin nel cuore dell'età moderna, la sintesi dei poteri dello Stato che noi diciamo sovrano, risenta nella sua stessa fattura, delle condizioni politico-giuridiche fra le quali venne pensata ed alle quali doveva adattarsi”¹⁰⁵; inoltre si può individuare fin dai primordi i suoi due versanti, quello interno e quello esterno.

Com'è facile intuire la progressiva affermazione dei due aspetti della sovranità, a cui ho dinanzi fatto riferimento, comportano due processi che, pur avendo come comune finalità la creazione di un potere esclusivo ed escludente, sono del tutto asimmetrici, essendo differenti le necessità che vi stanno alla base.

Nel caso della sovranità interna abbiamo un processo centripeto, o meglio a carattere integrativo, in quanto all'interno vi era la necessità di eliminare tutte le forme di potere particolaristico che potessero essere concorrenti al nascente potere regio; tale processo raggiungerà il suo apice con l'assolutismo monarchico del XVII secolo, ed è riassunto efficacemente dalla celebre affermazione, attribuita a Luigi XIV, *l'État c'est moi*.

Per quanto riguarda invece il versante esterno della sovranità, ci troviamo di fronte ad un processo a carattere centrifugo che vede lo Stato ‘combattere la sua battaglia’

¹⁰⁵ Cfr. Calasso F., *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano, Giuffrè, 1957, p.40. Le motivazioni storico-politiche che si possono individuare dietro al concetto di sovranità statale sono riassunte efficacemente da Ferrara G., *La sovranità popolare e le sue forme*, in Labriola S., *Valori e principi del regime repubblicano*, Vol.1, Roma-Bari, Laterza, 2006, p.255: “[e]ra il tempo dell'eliminazione, senza residui, del particolarismo medievale, dei poteri giuspolitici che la nobiltà vantava sul territorio dei regni, era il tempo dell'eguale sottoposizione dei nobili, degli ecclesiastici, dei borghesi e dei contadini alla sola potestà del sovrano, in una parola, della costruzione dello Stato moderno come stato nazione”. A tal proposito è stato correttamente notato da Kelsen H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, Giuffrè,

contro i poteri unificanti di Papato ed Impero, il cui definitivo affrancamento si avrà con i trattati di Osnabrück e Münster – meglio conosciuti come pace di Westfalia – che nel 1648 posero fine alla lunga e sanguinosa guerra dei Trent’anni. Con tali trattati nasce un nuovo ordine mondiale estremamente eurocentrico ed una concezione di comunità internazionale come “comunità a ordinamenti separati di diritto pubblico interno”¹⁰⁶, ponendo definitivamente fine a qualsiasi velleità universalistica di stampo asburgico-cristiano.

Dal punto di vista teorico alla formulazione del concetto di sovranità statale hanno contribuito nel periodo in questione molti filosofi e teorici del diritto e della politica e le loro intuizioni, volte al superamento del sistema istituzionale previgente, sono tanto rilevanti che meriterebbero una attenzione che in questa sede non può essere data¹⁰⁷ e che esula dagli scopi della mia ricerca. Quel che mi preme sottolineare è che in tal periodo, ovvero quello dell’affermazione degli Stati nazionali, si afferma un concetto di sovranità assoluta, che sarà messa in discussione nei secoli successivi, ed una totale identificazione tra Stato e sovranità. A tal proposito, tra i molti studiosi che si sono occupati della materia, il filosofo britannico Hobbes – autore di una “indagine intorno alla sovranità che costituisce una pietra miliare nella moderna teoria dello Stato”¹⁰⁸ – elaborerà un’idea, quella della personalità giuridica dello Stato, che giungerà intonsa fin quasi alla nostra epoca¹⁰⁹. Lo Stato sovrano così

1989, p.5: “nessun altro concetto più di quello di sovranità ha offerto copertura teoretica a postulati quanto mai pratici”.

¹⁰⁶ Cfr. Battaglini G., *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, Padova, Cedam, 1999.

¹⁰⁷ Per una ricostruzione del concetto di sovranità nella filosofia politica e del diritto si vedano: Ferrajoli L., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997 e l’ampia bibliografia ivi citata; Silvestri G., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n.1, 1996.

¹⁰⁸ Passerin D’Entreves A., *La dottrina dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1967, p.154, citato da Helzel P.B., *Il recupero del binomio sovranità-autorità alla luce della tradizione giuridica*, in Helzel P.B., Katolo A.J., *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, CEDAM, 2012.

¹⁰⁹ Afferma sul punto Ferrajoli L., *La sovranità nel...* cit., p.22: “Si tratta di un’idea basilare per la futura storia del diritto pubblico. Nasce con essa la metafora antropomorfa dello Stato «persona» o «uomo artificiale», tuttora dominante nella dottrina giuspubblicistica, cui la sovranità viene associata come essenza o «anima artificiale» e insieme come potere assoluto”. Utilizzando le parole dell’introduzione di Hobbes T., *The Leviathan*, 1651, reperibile sul sito www.csus.edu: “(...) Art goes yet further, imitating that rational and most excellent work of nature, man. For by art is created that great LEVIATHAN called a COMMONWEALTH, or STATE, in Latin CIVITAS, which is but an artificial man; though of greater stature and strength than the natural, for whose protection and defence it was intended; and in which the sovereignty is an artificial soul, as giving life and motion to the whole body(...)”. Per una compiuta sistematizzazione giuridica dello Stato-persona bisognerà attendere – come afferma Ferrajoli L., *La sovranità nel...* cit., pp.31-32 – la fine dell’Ottocento con

concepito, tuttavia, nonostante propugnasse un'idea di sovranità totalizzante che presupponeva un sistema ideale, scarsamente plausibile anche al momento del suo concepimento, “non ha potuto impedire neppure con la forza che esistessero altri ordinamenti esterni ed interni di cui il suddito fosse attore, ma grazie alla forza con cui li garantiva ha potuto pretendere che gli interni (...) fossero giuridicamente rilevanti in quanto si piegassero al suo riconoscimento, e gli esterni (...) in quanto si assoggettassero alla sua ratifica”¹¹⁰.

La sovranità come concetto assoluto, ammesso che sia mai esistito, viene messo in crisi dalla nascita dello Stato liberale ed a partire dal 1789 – con la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* – fino alle moderne costituzioni “cambia (...) fino a svuotarsi il principio stesso della sovranità interna”¹¹¹. Ancora una volta la sovranità cambia pelle – dimostrando di essere “di tutti i concetti giuridici (...) il più soggetto all'influsso di interessi attuali”¹¹² – sotto la spinta di necessità di ordine contingente; ancora una volta tale cambiamento – analogamente a quanto avvenuto nel passaggio dal medioevo all'età moderna – si doveva alla necessità di giustificare dal punto di vista teoretico un nuovo ordine politico-giuridico che si era già imposto e si poneva in chiave di forte discontinuità con il passato.

A partire dalla fine del XVII secolo – con la *glorious revolution* inglese – fino alla fine del XVIII secolo – con le rivoluzioni francese e americana – assistiamo all'affermazione di una nuova classe dominante, quella borghese, che afferma una serie di principi innovativi rispetto all'ordine previgente, “trasformando i poteri

“la costruzione ad opera della giuspubblicistica tedesca (in particolare di Gerber e Laband) e italiana (Orlando e Santi Romano), della figura giuridica e non più semplicemente politica dello Stato-persona quale soggetto originario, fondante ma non fondato, titolare di sovranità in luogo del *princeps* o del popolo”. Sui contributi della giuspubblicistica italiana e tedesca si veda Sgueo G., *Il tema della sovranità tra il XVIII ed il XIX secolo*, in www.diritto.it, 2008. Tale concezione della sovranità dello Stato in quanto persona giuridica convivrà con altre due accezioni di sovranità quella della sovranità della nazione – derivante dagli eventi rivoluzionari francesi e positivizzata nell'art.3 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che affermava “la sovranità appartiene alla Nazione da cui emanano tutti i poteri” – e quella della sovranità popolare, teorizzata da Rousseau J.J. nella sua celebre opera del 1762 *Du contact social ou Principes du droit politique*, per cui “in uno Stato c'è una forza comune che lo regge, e questa forza è sorretta dalla volontà generale che è l'applicazione di ciò che costituisce la Sovranità”. Sulle diverse ‘concezioni’ di sovranità si veda Bin R., Pitruzzella G., *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹¹⁰ Gentili A., *La sovranità nei...* cit., p.185.

¹¹¹ Cfr. Ferrajoli L., *La sovranità nel...* cit., p.30.

¹¹² Cfr. Schmitt C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del “politico”*, Bologna, Il Mulino, 1972, p.43; citato da Luciani M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996.

pubblici da potestà assolute in potestà funzionali”¹¹³ e cambiando, in maniera consona ai suoi interessi, sia la forma di stato che la connessa nozione di sovranità. Il nuovo Stato liberale – che si affermerà con tempi e modalità diverse nelle varie esperienze costituzionali per poi entrare in crisi nei primi anni del Novecento – si baserà su principi quali legalità, rappresentanza, uguaglianza, divisione dei poteri che sostanzialmente equivalgono “a una dottrina di negazione della sovranità”¹¹⁴. Da tale forma di Stato e dalla sua crisi evolverà – sperimentando in alcuni casi il passaggio attraverso periodi di autoritarismo in cui “il paradigma hobbesiano del Leviatano e la metafora antropomorfa della sovranità statale cessano di essere una finzione e sono prese sul serio”¹¹⁵ – lo Stato costituzionale di diritto in cui “la sovranità interna quale *potestas absoluta*, non esistendo più nessun potere assoluto ma essendo tutti i poteri sottoposti al diritto, definitivamente si dissolve”¹¹⁶.

Per quanto concerne il versante esterno della sovranità, abbiamo avuto modo di assistere ad un processo antitetico rispetto a quello dinanzi descritto per la sovranità interna.

Mentre quest’ultima veniva gradualmente limitata fino quasi a dissolversi, la prima si libera “da ogni residuo vincolo giusnaturalistico, sia esso di stampo teologico o razionalistico, (...) e da ogni vincolo e remora giuridica”¹¹⁷. A partire dalla pace di Westfalia – con la correlata idea che “externally, a sovereign power obeys no other authority”¹¹⁸ – e fino alle grandi dichiarazioni della seconda metà del

¹¹³ Cfr. Ferrajoli L., *La sovranità nel...* cit., p.30.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Cfr. Ferrajoli L., *La sovranità nel...* cit., pp.32-33.

¹¹⁶ *Idem*, p.34.

¹¹⁷ *Idem*, p.35 (corsivo non testuale).

¹¹⁸ Cfr. Fassbender B., *Sovereignty and Constitutionalism in International Law*, in Walker N., *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p.116; aggiunge l’Autore che “externally, sovereignty was understood as legal independence from all ‘foreign’ powers, and as impermeability–protecting the relevant territory against all outside interference”. A tal proposito si riporta la celebre definizione di sovranità contenuta nella sentenza pronunciata dal giudice Max Huber nel caso arbitrale, dinanzi alla Corte Permanente di Arbitrato, *Island of Palmas*: “sovereignty in the relation between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations”.

Novecento si sviluppa un paradigma della sovranità statale a “vocazione espansionistica e distruttiva *che* giunge al suo massimo fulgore e insieme al suo tragico fallimento nella prima metà del nostro secolo, con quella nuova guerra europea dei trent’anni (1914-1945) che sono state le due guerre mondiali e che ne segna, per così dire il suicidio”¹¹⁹.

Il sistema westfaliano e l’ordine internazionale basato sullo Stato-nazione quale unico attore rilevante del panorama internazionale, viene definitivamente abbandonato attraverso la Carta dell’Organizzazione delle Nazioni Unite del 1945, la Dichiarazione universale dei diritti umani ed i successivi patti del 1966. Tali documenti, sancendo “l’imperativo della pace e la tutela dei diritti umani”¹²⁰, comportano il passaggio ad una “sovranità internazionale liberale”¹²¹ in cui “la sovranità e l’autonomia nazionale sono ora incorporati in quadri più ampi di governance e diritto, entro i quali gli Stati sono soltanto uno dei luoghi di esercizio del potere e dell’autorità politica”¹²². Il cambiamento di paradigma del concetto di sovranità, dovuto alla Carta dell’Organizzazione delle Nazioni Unite del 1945, non è di poco conto e conseguentemente la “absolute conception of sovereignty cannot account satisfactorily for new developments in political and legal organization”¹²³, tanto che il vecchio concetto di sovranità viene abbandonato a favore della “sovranità eguaglianza di tutti i suoi membri”¹²⁴.

¹¹⁹ Cfr. Ferrajoli L., *La sovranità nel...* cit., pp.37-39 (corsivo non testuale).

¹²⁰ *Idem*, p.40.

¹²¹ Cfr. Held D., *Governare la globalizzazione. Un’alternativa democratica al mondo unipolare*, Bologna, Il Mulino, 2005, p.175.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Cfr. Besson S., *Sovereignty in...* cit., p.152.

¹²⁴ Si veda l’art.2 della Carta dell’Organizzazione delle Nazioni Unite. A tal proposito afferma Fassbender B., *Sovereignty and Constitutionalism...* cit., p.125: “(...) However, the phrase ‘sovereign equality’, newly introduced into international law by the Charter, is a signal indicating profound change. ‘Sovereign equality’ is not simply the addition of ‘equality’ and ‘sovereignty’ of states in a traditional sense. It is not an expression which would have transposed the old concepts into the Charter. Instead, the year 1945 constitutes a deep dividing line in the history of sovereignty. Pre-Charter explanations and definitions of sovereignty must be approached carefully in order to evaluate their relevance in the age of the UN”. Si veda sul punto Kelsen H., *The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organisation*, in *The Yale Law Journal*, Vol.53, n.2, 1944. Afferma Di Martino A., *Il territorio dallo...* cit., pp.307-308, con riferimento al principio della sovranità uguale degli Stati: “Esso (...) nella sua dimensione prescrittiva, impone di salvaguardare un moderato pluralismo di valori e istanze democratiche nella comunità internazionale, assumendo come unità sociale di base quella nazionale. Detto altrimenti, valorizzando implicitamente la separazione dualistica tra sovranità territoriale, perno del diritto internazionale, e sovranità popolare, principio costituzionalistico interno – seppur non in ciascun Stato della Comunità internazionale, stante la

Il nuovo panorama giuridico che viene fuori da tale cambiamento è assolutamente innovativo rispetto al passato; si passa infatti da un sistema di relazioni prevalentemente bilaterale ad un sistema fondato sul multilateralismo¹²⁵ e la conseguente creazione di organismi internazionali deputati alla gestione di tali strumenti. Si è avuto così il passaggio dalla coesistenza alla cooperazione, ovvero “il consolidamento di una strutturale interdipendenza tra gli Stati, gli obbiettivi del diritto internazionale contemporaneo sono diretti, oltre la logica del bilateralismo e della reciprocità, alla soddisfazione di interessi comuni entro una cornice minima di valori condivisi”¹²⁶.

La più importante conseguenza di tale nuovo approccio al diritto ed alle relazioni internazionali può essere individuato nel “l’esplosione del fenomeno delle relazioni internazionali”¹²⁷ ovvero quel fenomeno per cui “gli Stati oggi abitano lo spazio internazionale non più solo in forma diretta, ma, per così dire, anche per interposta persona, ossia affidandosi ad organizzazioni internazionali, di cui sono parte, ma che finiscono inevitabilmente per acquisire un ruolo sempre più significativo ed un’autonoma e propria *ratio* organizzatrice, erodendo in misura più o meno significativa la capacità di controllo da parte degli Stati”¹²⁸.

Seguendo le intuizioni di S. Cassese¹²⁹ ci troveremmo di fronte ad un ordinamento giuridico a carattere globale¹³⁰ che “non è retto da un’autorità superiore, ma si tiene

ristretta efficacia interna del diritto di autodeterminazione – il principio democratico può essere parzialmente tradotto nel diritto internazionale in quello della sovrana eguaglianza degli Stati”.

¹²⁵ Si veda Attinà F., *La scelta del multilateralismo. L'Italia e le operazioni di pace*, Milano, Giuffrè, 2009 che, citando Ruggie J.C., *Multilateralism: the Anatomy of an Institution*, in Ruggie J.G., *Multilateralism Matters. The Theory and Praxis of an Institutional Form*, New York, Columbia University Press, 1993, p.11, definisce il fondamento del multilateralismo come “principles which specify appropriate conduct for a class of actions, without regard to the particularistic interests of the parties or the strategic exigencies that may exist in any specific occurrence”.

¹²⁶ Cfr. Di Martino A., *Il territorio dallo...* cit., p.328.

¹²⁷ Cfr. Leanza U., *Il nuovo multilateralismo nel mantenimento della pace: Nazioni Unite ed Unione Europea*, in *La Comunità Internazionale*, n.1, 2007, p.53.

¹²⁸ Cfr. Ferrarese M.R., *Prima lezione...* cit., p.20. Afferma sul punto Cassese S., *La crisi dello...* cit., p.3: “la crisi dello Stato è servita ad indicare il progresso dei poteri pubblici internazionali, che sono istituiti dagli Stati, ma finiscono per tenerli sotto controllo”, ed inoltre “gli ordinamenti descritti non possono essere inquadrati nell’ambito dello Stato o intesi come mera estensione degli Stati, perché vanno al di là di essi e perché si impongono ad essi” (p.20).

¹²⁹ Si vedano Cassese S., *La crisi dello...* cit.; Cassese S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2002; Cassese S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

¹³⁰ Afferma Cassese S., *Lo spazio giuridico...* cit., p.7, che in tale ordinamento giuridico sarebbero “presenti tutti e tre gli elementi degli ordinamenti giuridici: plurisoggettività (principalmente, *ma non*

grazie a forme di cooperazione e integrazione tra i soggetti che ne fanno parte”¹³¹ ed ha una serie di caratteristiche ben precise che cercherò di riassumere brevemente. Si tratta di un sistema di organizzazioni internazionali/sovrnazionali/transnazionali¹³² molto frammentato – non vi è dunque un ‘disegno organico’ a cui ispirarsi – essendo incompleto ed asimmetrico – sia dal punto di vista delle materie di cui si occupa, sia dal punto di vista geografico – essendo senza competenze ben definite. Tale ordinamento è nato allo scopo di controllare problematiche che travalicano i limiti statali¹³³, ha quindi un carattere essenzialmente funzionale ovvero non mira alla difesa di supposti valori morali, come gli ordinamenti statali, bensì mira alla risoluzione di problematiche, ben precise, di ordine economico e materiale.

La correlazione tra processi di decentramento del potere a livello territoriale ed allocazione della sovranità – o detto altrimenti l’effetto del pluralismo territoriale sul versante interno della sovranità – è stata a lungo oggetto di quegli studi giuridici raggruppati nell’approccio statico allo studio dei sistemi federali.

Le problematiche legate all’allocazione della sovranità sono prese in considerazione dalle cosiddette teorie statiche sul federalismo; il punto essenziale a cui si cerca di dare risposta è se la sovranità sia attribuita allo Stato centrale o agli Stati membri della Federazione, o se avviene l’esatto contrario, ovvero se ad essere sprovvista di sovranità sarebbe la Federazione e di conseguenza quest’ultima sarebbe nella disponibilità degli Stati membri.

Ritengo necessario ribadire la mia preferenza per quelle correnti di pensiero giuridico che, invece di soffermarsi su questioni formali – quali possono essere quelle correlate all’allocazione della sovranità – si concentrano sui processi che portano al decentramento dell’esercizio dei poteri pubblici. Conseguentemente condivido a pieno le opinioni di quelli che – relativamente a tale approccio statico

esclusivamente Stati), organizzazione (principalmente organizzazioni internazionali), normazione (per lo più convenzionale o pattizia, ma anche regolamentare)”.
¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Rossi L.S., *Le organizzazioni internazionali come strumento di governo multilaterale*, Milano, Giuffrè, 2006, offre una buona panoramica delle maggiori e più influenti organizzazioni internazionali presenti nel panorama giuridico globale.

¹³³ Afferma sul punto Cassese S., *La crisi dello...cit.*, p.16: “globalizzazione e global governance vanno intesi come fenomeni diversi e persino contrapposti, pur se vanno, nella stessa direzione, di sottrarre una parte del diritto al suo abituale sovrano, lo Stato.

allo studio del federalismo – sottolineano le difficoltà di “evitare la critica di autoreferenzialità derivante dalla considerazione che lo studioso, prendendo ad esempio ordinamenti positivi che egli considera classificabili come Stati federali, costruisce un modello che serve a sua volta per stabilire, con valore prescrittivo, quali siano le caratteristiche essenziali degli Stati federali. Il risultato dell’operazione risulta così già predeterminato in partenza, dalla scelta dei casi concreti che vengono presi a base della costruzione del modello di Stato federale. Le teorie statiche del federalismo vengono dunque a risolversi in un circolo vizioso: esse debbono presupporre un’idea di Stato federale per poter selezionare gli ordinamenti positivi da cui iniziare l’indagine, e finiscono poi inevitabilmente per confermare tale idea di partenza, attribuendo inoltre al modello così ottenuto un valore prescrittivo”¹³⁴.

Nonostante tale mia preferenza è opportuno descrivere, seppur brevemente, i contributi di quelli che hanno analizzato la problematica dell’allocazione della sovranità nei sistemi federali. Le posizioni in materia sono le più svariate e molto spesso sono legate a contingenti motivazioni politiche; si va da una sovranità attribuita agli Stati membri, in quanto, essendo la Federazione creazione degli Stati membri, non sarebbe giustificata l’attribuzione alla prima della sovranità. É questa la posizione di Calhoun¹³⁵.

Un’altra corrente dottrinarie, sostenuta da Zorn e ripresa da Crosa¹³⁶ in Italia, ritiene che la sovranità appartenga alla Federazione, in quanto quest’ultima è competente a dividere le competenze tra essa e gli Stati membri.

Infine abbiamo una posizione intermedia che, abbandonando il ‘dogma’ dell’indivisibilità della sovranità, postula una sua suddivisione tra Federazione e Stati membri¹³⁷ o evita di affrontare direttamente il problema della sovranità¹³⁸.

¹³⁴ Cfr. Comba M., *Esperienze federaliste tra garantismo...*cit., p.17.

¹³⁵ Calhoun J.C., *A discourse on the Constitution and Government of the United States*, in *Union and liberty. The political philosophy of John Calhoun*, Indianapolis, Liberty Fund, 1992.

¹³⁶ Crosa E., *Diritto costituzionale*, Torino, Utet, 1941.

¹³⁷ Si veda sul punto Romano S., *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, che sostiene uno sdoppiamento della sovranità tra Federazione, che sarebbe titolare di una sovranità esterna, e Stati membri, che, in quanto ordinamenti giuridici originari, sarebbero titolari di sovranità, però solo di carattere interno.

¹³⁸ Tale approccio scientifico sarebbe sostenuto dal fatto che durante la Convenzione di Filadelfia la problematica dell’allocazione della sovranità non sarebbe stata oggetto di particolare discussione, ciò dovuto al pragmatismo dei padri costituenti americani che evitarono di ‘perder tempo’ in astratte discussioni dogmatiche. Afferma sul punto Elazar D.J., *Idee e forme del federalismo*, Milano,

Per concludere risulta di notevole rilievo scientifico la posizione, nell'ambito della teoria normativa, di Kelsen. Lo studioso sostiene "la tripartizione dello Stato federale in ordinamento totale, Stato federale e Stati membri (...) ne consegue che il rapporto tra Stato federale e Stati membri non è gerarchico, ma di competenza, e che la differenza tra Stato federale e Confederazione, è quantitativa e non qualitativa, dipendendo esclusivamente dall'ampiezza relativa delle competenze accentrate e decentrate"¹³⁹.

Il problema dell'allocazione della sovranità è tuttavia un 'falso problema' ove si rifletta sull'evidenza che in tutte le esperienze statuali moderne – a prescindere dal fatto che siano più o meno decentrate o non lo siano affatto – possono essere individuate una pluralità di luoghi di esercizio del potere politico prescindendo dal "concetto dogmatico di sovranità come potere originario, assoluto ed illimitato di comando che sarebbe caratteristico dell'ente stato"¹⁴⁰; ed inoltre, laddove si voglia continuare a ragionare sulla sovranità, risulta palese come essa tenda a "svincolarsi dal riferimento territoriale e a scindersi in un fascio di competenze, da collocare tra vari livelli di governo (...) alla luce di un criterio funzionale e di efficienza"¹⁴¹.

5. Lo stato dello Stato ed un breve 'intermezzo' sulla crisi dell'Eurozona

La precedente analisi, in chiave storico-giuridica, dei cambiamenti del concetto di sovranità statale alla luce dei processi di glocalizzazione conduce il mio ragionamento ad un'analisi dei mutamenti – a livello strutturale, ma anche e soprattutto a livello di implementazione delle politiche pubbliche – dello Stato contemporaneo.

Mondadori, 1998, p.35: "il significato profondo della soluzione americana fu quello di escogitare un modo di eludere il problema della sovranità esclusiva degli stati; in altre parole di fornire un'alternativa moderna per l'organizzazione della comunità politica su una base più democratica di quella dello stato giacobino. Invece di accettare le concezioni europee del XVI secolo dello Stato sovrano, gli americani considerarono che la sovranità appartenesse al popolo. Le varie unità di governo – federali, statali o locali – potevano esercitare solo poteri delegati".

¹³⁹ Cfr. Comba M., *Esperienze federaliste tra garantismo...* cit., p.12, che si riferisce alla celebre opera di Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 2000.

¹⁴⁰ Cfr. Bognetti, *Il federalismo...* cit., p.7.

¹⁴¹ Cfr. Di Martino A., *Il territorio dallo...* cit., p.307.

Ad essere oggetto della mia attenzione saranno le conseguenze riconducibili al processo di mondializzazione/globalizzazione, in quanto – per quanto concerne le conseguenze derivanti dai processi di decentramento – sono di facile individuazione essendo fissate nei testi costituzionali o nelle disposizioni legislative dei diversi Stati. Di converso per quanto concerne il primo profilo del fenomeno della glocalizzazione – ovvero il processo di mondializzazione – non esiste alcun tipo di ripartizione per ambiti materiali, né tantomeno esistono degli schemi fissi di “distribuzioni di funzioni tra stati, unioni continentali, autorità mondiali”¹⁴².

La differenza tra i cambiamenti ‘imposti’ dai due tipi di fenomeni in questione può essere riassunta, parafrasando Shaffer¹⁴³, nell’opposizione tra cambiamenti legali simbolici – che sono quelli che avvengono nei testi legislativi e sono oggetto principale degli studi giuridici, come nel caso dei processi di decentramento – e cambiamenti a livello pratico che avvengono “in terms of established patterns of institutional and individual behavior”¹⁴⁴, tipici invece del processo di mondializzazione. Ciò naturalmente non significa che il diritto non possa avere alcun ruolo nella comprensione dei cambiamenti in atto, confinando il tutto in una ‘fumosa’ – nel senso di inconsistente e boriosa – *international realpolitik*¹⁴⁵. A mio modo di vedere, il ruolo del diritto – quale elemento essenziale della vita e delle relazioni sociali – e dei suoi studiosi – quali principali conoscitori e teorici dello Stato – conferisce loro l’onere interpretativo dei mutamenti in questione e delle nuove ‘regole del gioco’¹⁴⁶. È infatti pienamente condivisibile sia l’opinione di quelli

¹⁴² Cfr. Allegretti U., *Diritti e Stato nella...* cit., p.236.

¹⁴³ Si veda Shaffer G., *Transnational Legal Process and State Change*, in *Law & Social Inquiry*, Vol.37, n.2, 2012.

¹⁴⁴ *Idem*, p.14.

¹⁴⁵ Si veda Shaffer G., *Transnational Legal...* cit.

¹⁴⁶ La poca attenzione dei giuristi verso i cambiamenti che il processo di mondializzazione induce nel mondo del diritto e sullo Stato viene sottolineata da più parti. Afferma sul punto Mazzaresse T., *Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale*, in *diritto & questioni pubbliche*, n.8, 2008, p. 93: “A volte perché soggiogati dal fascino discreto della tradizione, a volte, invece, perché attratti da un più insidioso essenzialismo metafisico, spesso i giuristi, e ancor più spesso i teorici del diritto, tendono ad ignorare o, secondo i casi a metabolizzare entro le rassicuranti coordinate di un consolidato anche se desueto apparato categoriale, molte delle innovazioni che si susseguono nel diritto, molti dei cambiamenti che ne connotano la pluralità eterogenea delle sue molteplici configurazioni”. Sempre sullo stesso tema concordano sia Benhabib S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Cortina, 2006, p.5: “siamo come viaggiatori che esplorano un territorio sconosciuto con l’aiuto di vecchie mappe, disegnate in tempi diversi e in risposta a bisogni differenti. Mentre il terreno sul quale stiamo procedendo, la società mondiale degli stati, è cambiato, le nostre mappe non lo sono”; che Cassese S., *Oltre lo...* cit., p.103: “è difficile analizzare la

che affermano come “pensare alla de-regolazione da parte dello Stato, o delle sue istituzioni, come fenomeno foriero di un’assenza di regole, è hobby da positivisti incalliti, od intellettualmente disoccupati, perché congedati dalla realtà”¹⁴⁷; sia la visione per cui “l’economia globale, caratterizzata da un’assoluta insensibilità ai luoghi ed al territorio, se rifugge la *legge* non può fare a meno del *diritto*, regola dell’azione socialmente e giuridicamente vincolante”¹⁴⁸.

L’entità dei cambiamenti che saranno in seguito discussi – ed anche la capacità di evitare di esserne travolti e cercare di guidarne il corso – dipenderà, naturalmente, dal potere e dall’influenza del singolo Stato¹⁴⁹, ma possono essere individuate delle tendenze a carattere generale a cui nessuno degli Stati contemporanei sviluppati, in particolar modo quelli occidentali, può ritenersi immune.

Una chiara chiave interpretativa dei cambiamenti dello Stato e delle *public policies* in epoca di globalizzazione è quella che individua – con lo scopo di affrontare la questione con una maggiore chiarezza analitica – tre possibili approcci al tema: *the strong State, the efficient State, the globalizing State*¹⁵⁰. Tale modalità di analisi – anche se a primo acchito può apparire come un’eccessiva semplificazione di processi in realtà più complessi – ha l’indubbio vantaggio di offrire dei modelli di riferimento ‘idealtipici’ – che, in quanto tali, non si presentano mai in maniera

concatenazione verticale e orizzontale tra diritti nazionali, diritti sopranazionali e diritto globale, perché ancora non conosciamo la incompleta, ma già molto sviluppata, grammatica giuridica universale, mentre conosciamo troppo bene quella degli ordinamenti giuridici indigeni”.

¹⁴⁷ Cfr. Bussani M., *La globalità asservita e il dirottamento dello Stato*, in AA.VV., *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Verona, ombre corte, 2012, p.228.

¹⁴⁸ Cfr. La Porta U., *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell’economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, Liguori Editore, 2005, p.4.

¹⁴⁹ Bussani M., *Il diritto dell’Occidente...* cit., p.94 – con un discorso riferito al caso specifico, ma emblematico, del commercio mondiale – differenza, per indicare il dislivello di potere tra gli attori in campo, tra *rule-makers* e *rule-takers* ed afferma: “(...) è sotto gli occhi di tutti che le interdipendenze economiche e le cooperazioni, militari, commerciali, tecnologiche, giuridiche, che corrono a differenti livelli e fra attori a volta a volta diversi, sono fenomeni che non impattano su quegli stessi attori con benevola indifferenza. Essi conducono per un verso (...) a una generale perdita di autonomia per gran parte dei soggetti statuali. Per altro verso, i medesimi fenomeni finiscono per offrire ad alcuni Stati (Usa, Cina) e agli attori economici più forti (...) un’estensione e un’iniezione di sovranità. Ciò si deve a) alla loro capacità di influire sulla produzione di diritto globale, *formale e informale* (...) b) al condizionamento esercitato, proprio per tal via, sulle scelte degli attori economicamente più deboli...”.

¹⁵⁰ Si veda sul punto Aman A.C., *The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.31, n.1, 1998, e l’ampia bibliografia ivi citata.

totalmente pura – capaci di delineare i tratti essenziali, o l’abbozzo delle mappe a cui fa riferimento Benhabib¹⁵¹, dei mutamenti considerati.

La tipologia dello *strong State*, che potrebbe essere tranquillamente accostata agli Stati Uniti d’America, si presenta sotto due diverse accezioni. La prima rappresenta una sorta di ‘*revival*’ delle teorie relative ad uno stato minimo¹⁵², caratterizzato da privatizzazioni, deregolamentazioni, decentramento ed una netta linea di demarcazione tra pubblico e privato¹⁵³. La seconda accezione è quella di uno stato regolatore forte che, peccando di una visione estremamente americano-centrica, suppone che “the state can simply regulate markets as always have and the rest of the world will either cope or follow our lead”¹⁵⁴ e coincide con la prima nel basarsi su una forte dicotomia pubblico/privato. Entrambi le visioni dello *strong State* presuppongono che gli Stati siano gli attori principali del sistema internazionali e che abbiano un quasi totale controllo sulle proprie economie, tale da poter “maxime competition at home and abroad”¹⁵⁵.

La seconda tipologia analitica – ovvero l’*efficient State* – è quella di uno Stato che non ‘arretra’¹⁵⁶ di fronte alle forze del mercato, ma agisce in maniera differente rispetto al passato con la finalità di lavorare meglio e costare meno, prendendo in prestito le forme e le strutture tipiche del mondo dell’impresa.

L’ultimo approccio, quello del *globalizing State*, risulta essere il più innovativo ed interessante, in quanto, mentre i due modelli precedenti riprendono teorie sullo Stato e sull’azione dei pubblici poteri pensate in epoche passate ed in risposta a bisogni differenti – sto alludendo alle analogie tra *strong State* e Stato minimo e tra *efficient State* e le formule organizzative delle *independent regulatory agencies* che fiorirono

¹⁵¹ Si veda Benhabib S., *I diritti degli...* cit.

¹⁵² Tra le costruzioni teoriche più interessanti sul tema dello Stato minimo si veda Nozich R., *Anarchia, stato, utopia*, Milano, Il Saggiatore Tascabili, 2008.

¹⁵³ Si veda Aman A.C., *The Globalizing State...* cit.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 806. Sulla questione dello Stato regolatore è intervenuto Cassese S., *La crisi dello...* cit., p.40 (corsivo non testuale), affermando: “Nell’ultimo quarto di secolo, da questo duplice ruolo dello Stato (*che controlla e protegge*), ben racchiuso nella formula dello Stato pedagogo, si è transitati in un nuovo regime, nel quale è divenuto prevalente un ruolo diverso del potere pubblico, quello di regolatore. (...) Qui il rapporto Stato-economia è ben più complesso. Lo Stato non indica fini, ma stabilisce regole e procedure e non svolge esso stesso l’attività di esecuzione, ma la affida ad autorità o di regolazione o di aggiudicazione”.

¹⁵⁵ Cfr. Aman A.C., *The Globalizing State...* cit., p. 807.

durante il *New Deal*¹⁵⁷ – quest’ultimo modello è stato appositamente pensato per affrontare il processo di mondializzazione. Il *globalizing State* risulta essere la soluzione analitica che meglio si confà alla mia visione del fenomeno della glocalizzazione – quale fenomeno redistributivo, su scale globale, della sovranità e del potere¹⁵⁸ – poiché si basa sull’idea che “the line between the global and the local is blurry at best, and irrelevant in most instances”¹⁵⁹, ed inoltre “the global and the local are facets of a single, dynamic system, not simply an arrangement of parts and a whole”¹⁶⁰. In tale modello teorico il potere statale è frammentato¹⁶¹ ed è condiviso sia con altri attori statali sia con nuovi attori non statali – le organizzazioni a carattere sopranazionale o globale, le grandi imprese multinazionale, le organizzazioni non governative – richiedendo non solo un ripensamento della classica distinzione tra pubblico e privato¹⁶², ma anche una gestione territorialmente decentrata del potere. Un’altra caratteristica fondamentale della tipologia analitica in esame è quella della dinamicità: ovvero tale modello è ‘costretto ad essere’ “a constant work in progress”¹⁶³, come risposta ad una mondializzazione che muta le strutture economiche e le modalità operative in maniera costante. Infine il *globalizing State* allude, già a livello terminologico, ad un concetto ambivalente: da un lato fa riferimento alle trasformazioni dello Stato e delle sue modalità operative dovute al processo di globalizzazione/mondializzazione; dall’altro fa riferimento al fatto che gli Stati possano essere indicati come tra i maggiori protagonisti del suddetto processo¹⁶⁴.

¹⁵⁶ Secondo la traduzione della celebre formula inglese che fa da titolo al saggio di Strange S., *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, il cui titolo italiano è Strange S., *Chi governa...* cit.

¹⁵⁷ Si veda sul punto Aman A.C., *The Globalizing State...* cit.

¹⁵⁸ Si veda sul punto Bauman Z., *Globalizzazione e...* cit.

¹⁵⁹ Cfr. Aman A.C., *The Globalizing State...* cit., p.813.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Sulla frammentazione degli ordinamenti statali si veda, tra gli altri, Cassese S., *La crisi dello...* cit.

¹⁶² Del superamento della dicotomia pubblico *versus* privato, e di quella conseguente tra diritto pubblico e diritto privato, mi occuperò più compiutamente nel prosieguo del mio lavoro.

¹⁶³ Cfr. Aman A.C., *The Globalizing State...* cit., p.813.

¹⁶⁴ A tal proposito Ferrarese M.R., *Prima lezione...* cit., p.15, utilizzando la celebre metafora dell’uovo e della gallina, afferma: “la poderosa trasformazione dell’economia a cui abbiamo assistito non avrebbe potuto compiersi senza qualche copertura istituzionale, ossia senza che fossero varate almeno alcune misure giuridiche atte a fornirle gli strumenti adeguati, oltre a misure di protezione e legittimità giuridica. Ad esempio, per costruire le infrastrutture giuridiche atte ad accompagnare una nuova economia che eccedesse lo spazio degli Stati sono stati necessari vari importanti accordi interstatali, siglati soprattutto in materia economica...”.

Dopo aver analizzato il concetto cardine dell'ordine giuridico europeo degli ultimi cinque secoli, ovvero quello di sovranità, ed aver riproposto i modelli analitici attraverso cui gli studiosi di diritto – nel caso di specie il Professore Aman della *School of Law* dell'*Indiana University* – hanno tentato di interpretare l'ampiezza dei cambiamenti in atto, è possibile fare delle, seppur brevi, considerazioni.

A mio modo di vedere sono da evitare sia le posizioni estremamente 'catastrofistiche' di quelli che sostengono una totale espropriazione delle funzioni statali da parte delle forze che agiscono nel panorama globale – segnatamente organizzazioni sovranazionali ed internazionali, nonché grosse multinazionali – sia di coloro i quali sostengono – sotto la protezione della 'abitudine statalistica' – che, con un'espressione di biblica memoria, *nihil novum sub sole*.

In linea generale posso affermare, con una buona dose di convinzione, che piuttosto che far riferimento a cambiamenti, espropriazioni o ritirate¹⁶⁵ della statualità in termine generali¹⁶⁶, bisognerebbe dedicarsi – alla luce di quello che Mauro Bussani definisce lo "spacchettamento dell'interesse nazionale"¹⁶⁷ – ad un'indagine per singola materia, o per gruppi di materie affini, al fine di mettere alla luce quanto vi sia di quella "meccanica trasposizione su istituzioni internazionali di quelli che erano o possono essere i compiti dei singoli stati"¹⁶⁸ e quanto in realtà permanga nelle competenze statali. Anche qui la differenza tra uno Stato e l'altro possono essere rilevanti – vivendo noi in un mondo di "poteri dispari, poteri

¹⁶⁵ Si allude qui nuovamente all'opera di Strange S., *The Retreat of the State...* cit.

¹⁶⁶ A tal proposito Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, p.104, afferma: "Quello a cui si assiste è infatti un processo di trasformazione della sovranità, senza che quantitativamente possa dirsi se essa si sia accresciuta o sia invece diminuita: per certi versi essa appare allargata in estensione e raggio d'azione, distribuita e quasi polverizzata tra un più alto numero di soggetti; per un altro verso essa appare un più esile appannaggio in capo ai soggetti detentori, siano essi di diritto, come gli stati e le organizzazioni internazionali, o di fatto, come le *corporations* o le *transnational nongovernmental organizations*".

¹⁶⁷ A tal proposito Bussani M., *Il diritto dell'Occidente...* cit., p.88, afferma: "Una nozione (...) ovviamente esposta allo specchio degli altrui interessi nazionali, ma anche di quelli regionali (...). Una nozione, quella d'interesse nazionale, ormai facilmente scomponibile in una varietà di preferenze e istanze settoriali, continuamente ri-costruite all'interno di ciascun Stato attraverso processi di negoziazione non sempre trasparenti e debitori di politiche spesso (solo) contingenti". Inoltre tale tipo di approccio è coerente con l'opinione di quelli, Sassen S., *Territorio, autorità...* cit., p.237, che considerano la globalizzazione come "uno sviluppo parziale non assoluto; non abbraccia tutte le componenti della società".

¹⁶⁸ Cfr. Allegretti U., *Diritti e Stato nella...* cit., p.226.

irresponsabili”¹⁶⁹ – e solo un’analisi di un Paese specifico per delle materie ben determinate, che esula dagli scopi del mio lavoro, potrebbe condurre a delle conclusioni a carattere univoco.

Il primo elemento che può essere considerato tra gli effetti sullo Stato del processo di mondializzazione è quello del superamento della “grande dicotomia pubblico/privato”¹⁷⁰. Tale dicotomia, da cui deriva la conseguente distinzione tra diritto pubblico e diritto privato¹⁷¹, è uno dei pilastri della tradizione politico-giuridica occidentale, tanto che stabilisce “una divisione che è insieme totale, in quanto tutti gli enti cui attualmente e potenzialmente la disciplina si riferisce debbono potervi rientrare, e principale, in quanto tende a far convergere verso di sé altre dicotomie che diventano rispetto ad essa secondarie”¹⁷².

Una trattazione dell’origine e dell’evoluzione della relazione dicotomica tra pubblico e privato richiederebbe un’attenzione particolare che in questa sede non può essere data; si tenga però in considerazione che tale rapporto dicotomico è stato tanto importante nella storia del pensiero giuridico che si è arrivato, a mio modo di vedere molto esageratamente, a sostenere che “la sua negazione avrebbe comportato il dissolversi dello stesso diritto (giacché, se tutto pubblico, «esso sarebbe stato espressione di forza non controllata né limitata di chi detiene il potere»); se tutto

¹⁶⁹ Cfr. Bussani M., *Il diritto dell’Occidente...* cit., p.94.

¹⁷⁰ Dalla nota espressione di Bobbio N., *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in Id., *Stato, Governo, Società. Per una teoria generale della Politica*, Torino, Einaudi, 1985. Su tale superamento si vedano: Aman A.C., *The Globalizing State...* cit.; Sassen S., *Territorio, autorità...* cit.; Kennedy D., *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, in *The University of Pennsylvania Law Review*, Vol.130, n.6, 1982; Schoenhard P.M., *A Three Dimensional Approach to the Public-Private Distinction*, in *Utah Law Review*, n.2, 2008; Teubner G., *Costituzionalismo societario e politica del comune*, in AA.VV., *Il diritto del comune...* cit.; Weintraub J., *The Theory and Politics of the Public/Private Distinction*, in Weintraub J., Krishan K., *Public and Private in Thought and Practice*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1997.

¹⁷¹ Tale distinzione “un tempo fondamentale e che, oggi, sfuma al punto di essere difficilmente individuabile”. È questa l’opinione di Ruscello F., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, Vol.1, 2011, pp.35-36 che sostiene, a mio modo di vedere correttamente, una relatività della suddetta distinzione sia sulla base degli interessi riconosciuti, sia sulla base dei soggetti che vengono coinvolti nelle relazioni da regolare; risultando inadeguata anche la distinzione “in base al criterio del rispetto della libertà e dell’eguaglianza”. Ci troviamo di fronte ad un panorama di “reciproche interferenze” in cui “il diritto privato tende sempre più a ricevere interferenze dal diritto pubblico e viceversa”. Sullo stesso tema afferma Cassese S.(a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Milano; Giuffrè Editore, 2009, p.12 “... la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è molto incerta e va considerata solo come indicativa. Ad esempio (...) vi sono poteri pubblici che agiscono in forma privatistica. Nell’altro senso molte attività private sono qualificate come di interesse pubblico (...) In secondo luogo, la distinzione è mutevole. In determinati periodi, alcune attività sono private, in altri pubbliche”.

privato, sarebbe stato «organismo senza la forza di un potere – quello, privo di garanzia, questo, privo di vitalità»¹⁷³. Come ulteriore segno dell'influenza di tale relazione binaria su tutte le discipline giuridiche si constata amaramente che, pur di fronte al venir meno della sua importanza, “the distinction is dead but it rules us from the grave”¹⁷⁴.

L'epoca contemporanea si caratterizza – pur nel mantenimento, almeno formale, di “molte delle capacità cruciali per la distinzione tra sfera pubblica e privata”¹⁷⁵ – per una complessità sociale, e di conseguenza giuridica, che sfugge da qualsiasi categorizzazione dicotomica¹⁷⁶, e in cui è necessario prender coscienza dell'ibridazione¹⁷⁷ degli istituti, dei modelli e degli ordinamenti giuridici e in cui perciò è indispensabile, conseguentemente, far sì che la dicotomia pubblico *versus* privato divenga “oggetto di un superamento dialettico nel duplice senso di distruzione e conservazione”¹⁷⁸. Tale ripensamento diviene ancor più necessario ove si rifletta che abbiamo assistito, e continuiamo ad assistere, all'inversione della tendenza al predominio del settore pubblico su quello privato attraverso lo sviluppo di nuove forme di autorità private che assorbono le competenze dello Stato; alla nascita di forme miste pubblico private che gestiscono delle funzioni prima riservate

¹⁷² Cfr. Bobbio N., *La grande dicotomia...* cit.,

¹⁷³ Cfr. Lo Castro G., *Il mistero del diritto. III. L'uomo, il diritto, la giustizia*, Torino, Giappichelli, 2012, p.106. (L'espressione tra virgolette caporali è di Pugliatti S., *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, p.III della prefazione.)

¹⁷⁴ Cfr. Kennedy D., *The Stages of the...* cit., p.1353.

¹⁷⁵ Cfr. Sassen S., *Territorio, autorità...* cit., p.237.

¹⁷⁶ Afferma sul punto Teubner G., *Costituzionalismo societario e politica...* cit., p.48: “(...) i linguaggi e le pratiche sociali contemporanee non sono più suscettibili di venire intercettati attraverso una singola distinzione binaria; (...) Ne consegue che la semplice distinzione stato/società che si traduce giuridicamente nell'opposizione diritto pubblico/diritto privato deve essere sostituita con una molteplicità di prospettive sociali, molteplicità che deve essere riflessa pure nel diritto”.

¹⁷⁷ Catania A., *Metamorfosi del diritto...* cit., p.32, afferma: “Impossibile purificare metodologicamente, selezionando ciò che è giuridico da ciò che non lo è: tutto invece si mescola, e livelli di argomentazioni non confrontabili e spesso tecnici o moralmente indisponibili coesistono con procedure e tecniche amministrative o privatistico-commerciali oppure, magari, ibride tra pubblico e privato”.

¹⁷⁸ *Idem*, pp.50-51. Aggiunge l'Autore sul punto “1) La semplice dicotomia (...) deve essere distrutta e rimpiazzata dalla molteplicità delle prospettive sociali che sono riflesse e rielaborate all'interno del diritto. 2) (...) la vecchia divisione tra pubblico e privato sarà preservata nei limiti in cui essa venga compresa come la differenza tra la razionalità politica e quella economica le quali, tuttavia, vengono relativizzate in quanto rappresentano solo due tra una molteplicità di relazioni sociali. 3) (...) la divisione pubblico/privato riapparirà in ognuno dei contesti che danno forma alla policontestualità (...) sotto forma di precaria differenza tra responsabilità sociale e il perseguimento degli interessi dei singoli attori (...)”.

al settore pubblico; alla ‘pubblicizzazione’, o meglio alla loro rappresentazione come tale, di interessi che sono in realtà privati¹⁷⁹.

Un altro elemento che può essere considerato, a mo’ di riflessione, è quello relativo al profilo del rapporto tra economia e Stato, in cui è possibile individuare il passaggio dal “dominio statale sull’economia (...) *al* dominio dell’economia sullo Stato”¹⁸⁰, ovvero l’incremento della capacità del capitale globale – totalmente liberato dai legami con un determinato territorio ed ordinamento giuridico – “di condizionare e perfino costringere gli stati nazionali ad adottare politiche particolari”¹⁸¹.

Il processo¹⁸² si trova in uno stadio talmente avanzato che non è rara l’impressione che sia “il mercato a dettare l’agenda della politica, come si può notare quando Governo e Parlamento affrontano l’appuntamento annuale della legge finanziaria (...) Non è la democrazia parlamentare a giudicare della bontà della manovra finanziaria, ma piuttosto quella che – con ironia non so quanto consapevole – spesso si chiama la ‘democrazia della borsa’”¹⁸³; segnalandosi a tal proposito il passaggio da quella che viene definita “la teologia politica” ad una nuova “teologia economica”, attraverso la formula estremamente esplicativa per cui “nell’attuale contesto di un’economia globalizzata, tutti o quasi tutti i concetti e gli strumenti più rilevanti sono concetti economici giuridicizzati”¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Sul dispiegarsi di tali processi si veda Sassen S., *Territorio, autorità...* cit. L’illustre studiosa aggiunge sul punto (p.238): “La globalizzazione economica ha portato con se una nuova formalizzazione della sfera privata, incluso il rafforzarsi della rappresentazione di quest’ultima come neutrale tecnica e del mercato come ordinamento migliore dello stato”.

¹⁸⁰ Cfr. Cassese S., *La crisi dello...* cit., p.36 (corsivo non testuale).

¹⁸¹ Cfr. Sassen S., *Territorio, autorità...* cit., p.290.

¹⁸² Sulla tematica afferma Shaffer G., *Transnational Legal...* cit., p.22: “Transnational legal processes provide legal rules and models that reconfigure the respective roles of the State, the market and other forms of social ordering. (...) They can signal and call for the state to do more or to do less. In some case the state devolves or outsources previous state functions; in others it takes on new responsibilities; in yet others it creates new public-private models of governance. These shifts involve both the state’s direct engagement in economic production (reflected in privatization initiatives) and the state’s regulation of production (reflected in regulatory and deregulatory policies)”.

¹⁸³ Cfr. Bin R., *Soft law, no law*, in Somma A., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, p.3. Aggiunge l’Autore che la principale preoccupazione del Governo e del Parlamento, in sede di approvazione della legge finanziaria, è la valutazione che danno “la Commissione europea, la Banca centrale e gli investitori istituzionali, le agenzie internazionali di rating, prima ancora di quale sarà l’accoglienza che le daranno i cittadini-elettori”.

¹⁸⁴ Cfr. Morrone A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*,

Un ulteriore punto di riflessione è quello relativo ai cambiamenti nel diritto come disciplina, a cui dedicherò in seguito un'attenzione particolare. Al momento è mia intenzione sottolineare come il processo di mondializzazione – unitamente a quello che viene definito *transnational legal process*¹⁸⁵ – provochi dei mutamenti nella struttura istituzionale degli Stati e nel riparto delle competenze, o meglio nella distribuzione dei poteri, tra i vari soggetti istituzionali statali. A livello comparato si può notare, ad esempio, un ridimensionamento del ruolo dei legislativi a favore degli esecutivi – reso ancora più palese in ambito europeo dalla recente crisi dei debiti sovrani – “schiacciati da scelte e decisioni prese in solitudine a livello governativo (*ed a livello sovranazionale/transnazionale/globale*)”¹⁸⁶.

Un altro elemento comune a diverse esperienze giuridiche è quello dell'istituzione delle autorità regolative indipendenti con una chiara volontà di ‘depoliticizzare il diritto’: in altre parole lo Stato – in transizione verso forme di Stato regolatore, come abbiamo precedentemente evidenziato – evita accuratamente di intervenire nella regolazione dei mercati in via di liberalizzazione, o se interviene lo fa attraverso forme di intervento tecniche e non politiche, tipiche appunto delle autorità indipendenti¹⁸⁷.

n.4, 2012, p.829. L'Autore allude alla celebre formula di Schmitt C., *Teologia politica...* cit.: “Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati”.

¹⁸⁵ La definizione del fenomeno che preferisco è quella di Shaffer G., *Transnational Legal...* cit., p.9, il quale afferma: “The concept includes legal norms that are substantive and specific to discrete areas of law, and not just general principles of conflicts of law, nor only substantive law applied to cross border business transactions. In others words, this conceptualization of transnational law comprehensively includes public and private international law (with their traditional state-based focus), global law (with its universalist pretensions) and non-globalized law that applies to more than one state”.

¹⁸⁶ Cfr. Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e della sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p.19 (corsivo non testuale).

¹⁸⁷ Si vedano sul tema delle autorità indipendenti Cassese S., *La crisi dello...* cit.; Giraudi G., *Lo Stato regolatore tra globalizzazione ed europeizzazione*, in Foradori P., Scartezzini R., *Globalizzazione e processi di integrazione sopranazionale: l'Europa, il Mondo*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2006. Sul punto è intervenuto Bin R., *Ordine giuridico ed ordine politico nel diritto costituzionale globale*, disponibile in www.robertobin.it, 2006, affermando: “L'idea è che il mercato possa produrre da sé le proprie regole, indipendentemente dalla politica e dagli «interessi estranei» che alla politica potrebbe venire in mente di perseguire. (...) Le c.d. Autorità amministrative indipendenti sono un modello in scala di questo progetto: sono ispirate dall'idea esplicita di portare la politica fuori dalla regolazione del mercato. Lo Stato – si dice – tende a ritrarsi dall'intervento diretto e dall'esercizio del potere normativo e affida i compiti di regolazione a soggetti che, pur istituiti e disciplinati per legge, si collocano ai margini o fuori del sistema dell'autorità pubblica. Sono «indipendenti» nel senso che vengono sottratti al circuito politico-rappresentativo: ciò dovrebbe rafforzare il carattere «neutrale» della loro attività normativa”. Affrontando il tema ad un livello maggiore di astrazione Arienzo A.,

I periodi di crisi – e più in generale alcuni eventi storici epocali, si pensi a mo' di esempio alla caduta del muro di Berlino quale punto di forte accelerazione dei processi di mondializzazione – hanno la capacità di innescare dei processi di cambiamenti¹⁸⁸ tanto profondi, a livello economico, politico, istituzionale e giuridico, da lasciare “un mondo diverso quando scoppiano”¹⁸⁹.

Ciò è tanto più vero per la crisi scoppiata negli Stati Uniti nel 2007, e da lì propagatisi in tutto il mondo, visto che siamo di fronte ad un evento di “una gravità che non ha paragoni negli ultimi cent’anni”¹⁹⁰. Tale crisi della finanza privata statunitense ha attraversato in pochissimo tempo l’Atlantico, grazie all’estrema interconnessione dei mercati finanziari globali, e “nell’eurozona ha preso la forma di una crisi della finanza pubblica (...) ed oggi, come drammaticamente ci ricordano le cronache, sta investendo l’economia reale: la produzione, l’occupazione, i consumi” assumendo “i tratti di una vera e propria crisi di sistema”¹⁹¹.

Ad attirare la mia attenzione non saranno le motivazioni a carattere economico e geopolitico¹⁹² che possono essere individuate come cause o concause della crisi – anche se un breve accenno esplicativo a ciò andrà fatto – ma piuttosto gli interventi

Stato minimo e minimo di stato. sulla governance commissaria di mercato, in AA.VV., *Il diritto del comune...* cit., pp.201-202 afferma: “La *governance* si propone, allora, di mettere all’opera reti di attori, di saperi e competenze per favorire orizzontali forme di mediazione non giuridica ma basate sulla regolazione amministrativa e l’autoregolazione. (...) ad una *alta politica* centrata sul governo verticale dello stato e sulla legge, nonché della mediazione giuridica e politica, viene sostituendosi una *bassa politica* fatta di negoziazione e regolazione, accade che la partecipazione e la capacità di attivare competenze si trasformano in comitologia ed espertocrazia. (...) si rischia costantemente di slittare in una silenziosa democrazia dell’emergenza dove all’autorità sovrana subentrano le *authorities* e i poteri commissari”.

¹⁸⁸ Sul punto concorda Shaffer G., *Transnational Legal...* cit., p.33 che indica tali eventi come *harnessing historic events* in quanto creano “opportunities on which actors can capitalize to convey transnational legal norms to change domestic law and institutions”. L’Autore riporta, inoltre, l’opinione sul tema di Campbell J.L., *Institutional Change and Globalization*, New York, Princeton University Press, 2004, p.21 per il quale: “a crisis upsets the institutional equilibrium and precipitates a search for a new (...) order that, once institutionalized, ushers in a new period of institutional equilibrium”.

¹⁸⁹ Cfr. Targetti F., *I problemi lasciati aperti dalla globalizzazione e quelli aggravati dalla crisi finanziaria: per una governance dell’economia globale*, disponibile in www.ferdinandotargetti.it, 2009, p.13. Tale contributo è stato pubblicato in Amato G., *Governare l’economia globale. Nella crisi ed oltre la crisi*, Firenze, Passigli Editore, 2009.

¹⁹⁰ *Idem*, p.12.

¹⁹¹ Cfr. Cantaro A., *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, in www.dirittifondamentali.it, 2012, p.1.

delle istituzioni europee di risposta alla crisi dei debiti sovrani e le loro implicazioni a livello costituzionale.

L'Europa rappresenta un punto di osservazione privilegiato – per essere stata la culla della sovranità statale ed, insieme a gli Stati Uniti, del “costituzionalismo come limite intrinseco all’esercizio del potere politico (...) come baluardo ultimo della garanzia stessa delle libertà fondamentali contro il tiranno e (...) come elemento in grado di fornire un originale titolo di legittimazione agli ordinamenti politici che si andavano affermando”¹⁹³ – al fine dell’osservazione di come certe dinamiche di superamento, o meglio ridefinizione, della sovranità statale¹⁹⁴ e di cambiamento della statualità, che abbiamo individuato nelle pagine precedenti, siano state accelerate, almeno in Europa, dalla crisi economico-finanziaria, a conferma della natura di *harnessing historic event*¹⁹⁵ di tale momento.

Bisogna fare una distinzione tra le due crisi che si sono intrecciate a partire dal 2007-2008.

La prima crisi, conosciuta come crisi dei mutui *subprime* e che dagli Stati Uniti si è diffusa in tutto il globo, viene da lontano. Più specificatamente si possono individuare, secondo gli orientamenti dominanti, un duplice ordine di fattori che ne hanno permesso lo sviluppo: il crollo del cosiddetto sistema monetario di Bretton Woods¹⁹⁶ che ha permesso agli Stati Uniti di pagare i propri debiti attraverso la stampa di nuova moneta senza che ciò causasse una perdita del valore del dollaro grazie al suo ruolo di moneta internazionale; il sistema di deregolamentazione¹⁹⁷ perversa che “ha consentito il proliferare di innovazioni finanziarie sempre più sofisticate ed opache che avrebbero in teoria dovuto distribuire e minimizzare il

¹⁹² Per una profonda analisi economico-politica delle origini e dello sviluppo della crisi in atto si veda Di Gaspare G., *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Lavis, Cedam, 2011.

¹⁹³ Cfr. Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi...* cit., pp.1-2.

¹⁹⁴ A tal proposito mi pare molto esplicativa l’espressione di una “sovranità che cambia padrone” utilizzata da Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi...* cit.

¹⁹⁵ Si veda Shaffer G., *Transnational Legal...* cit.

¹⁹⁶ Si veda la nota n.48.

¹⁹⁷ Si veda la nota n.49.

rischio, ma in realtà hanno comportato la sempre maggiore prevaricazione tra la presa di rischio ed il rendimento atteso degli investimenti finanziari”¹⁹⁸.

La seconda crisi a cui faccio riferimento è quella dell’Eurozona che “ha natura politico-istituzionale, erroneamente percepita come economico-finanziaria, nonostante i fondamentali europei in termini di debito, deficit, riserve e risparmio siano nettamente migliori di quelli americani”¹⁹⁹. Si tratta quindi, a mio modo di vedere, di una situazione di criticità che – seppur amplificata dall’impatto del generale aggravarsi dei bilanci pubblici di molti paesi europei per effetto delle costosissime operazioni di salvataggio degli istituti bancari colpiti dalla crisi finanziaria globale attraverso il curioso meccanismo per cui “i debiti privati insostenibili si mutarono in debiti pubblici insostenibili”²⁰⁰ – ha la sua origine nella creazione di un sistema monetario comune in mancanza di un potere fiscale accentrato e di un sistema di regolamentazione finanziaria unico che si pensava, evidentemente erroneamente, potesse essere surrogato da regole di comportamento e procedure disciplinari²⁰¹. A suffragare l’ipotesi della natura prevalentemente politico-istituzionali della crisi europea contribuiscono un duplice ordine di motivi: da un lato si è innescato un “circolo vizioso austerità-recessione recessione-austerità”²⁰²; dall’altro “nei paesi dell’Unione la crisi si è manifestata nella forma di una crisi acuta

¹⁹⁸ Cfr. Saraceno F., *Le cause di fondo della crisi economica: diseguaglianza e squilibri sociali*, in www.aspeninstitute.it, 2012. Sulle cause più specifiche della crisi finanziaria si veda Targetti F., *I problemi lasciati...* cit.

¹⁹⁹ Cfr. Castaldi R., *Lo sviluppo dell’Unione Europea e la sua crisi nel contesto globale*, paper per il XXVI convegno della società italiana di scienza politica, Roma 13-15 settembre 2012, p.14. La condizione non preoccupante della situazione del debito europeo, rispetto a quello di altre economie avanzate come Stati Uniti e Giappone, viene sottolineato da Bonanni A., *La guerra mondiale dei debiti*, in *La Repubblica*, 17 gennaio 2012, che afferma: “nel 2012, secondo le stime del Fondo monetario internazionale, i governi mondiali avranno bisogno di prendere a prestito dai mercati più di undicimila miliardi di dollari. I debiti europei in scadenza ammontano a meno di millequattrocento miliardi. Una cifra enorme, ma è un’inezia se confrontata agli oltre 4700 degli Usa e agli oltre tremila del Giappone”.

²⁰⁰ Cfr. Micossi S., *Eurozona dalla crisi alla Road map verso l’unione economica e monetaria*, prolusione per l’inaugurazione dell’anno accademico 2012/2013 dell’Università Carlo Cattaneo-LIUC, 12 novembre 2012, p.4. Si tratta di quello che Cantaro A., *Crisi costituzionale europea...* cit., p.4 definisce “il trionfo del paradosso. Il fallimento dei mercati finanziari viene percepito e rappresentato come un fallimento degli Stati il cui debito diviene bersaglio della speculazione”. Sulla massiva centralizzazione del sistema bancario transnazionale si veda lo studio Vitali S., Glattefelder J. B., Battiston S., *The network of global corporate control*, presentato sul *New Scientist Magazine* del 22 ottobre 2011.

²⁰¹ Sul punto si veda Bini Smaghi L., *Quale Europa dopo la crisi?*, discorso tenuto per l’inaugurazione dell’anno accademico 2011 dell’Institute for Advanced Studies di Lucca, 11 marzo 2011.

²⁰² Cfr. Cantaro A., *Crisi costituzionale europea...* cit., p.4.

dei debiti sovrani ed ha presto assunto i caratteri di una crisi di sistema, le cui ragioni possono essere individuate nel deficit di sovranità politica ed economica delle istituzioni nazionali ed europee”²⁰³. Siamo di fronte, quindi, ad un problema di sovranità che metterà “l’Europa a un bivio, o meglio su un piano inclinato verso la statualità europea”²⁰⁴; ciò non deve sorprendere ove si rifletta sul fatto che “il problema della sovranità costituisce la *crux* della costruzione europea, il suo costitutivo dilemma: essa è nata per inibire la distruttività del sovrano, per proteggere la società europea ed il mondo dalla sovranità, ma ora rischia di implodere per mancanza di sovranità”²⁰⁵.

Il sistema di politica economico-monetaria costruito a Maastricht, dando vita “al primo esperimento storico di una moneta senza Stato”²⁰⁶, si basava sull’obbligo degli Stati membri di evitare disavanzi eccessivi – il rapporto deficit prodotto interno lordo deve mantenersi al di sotto del 3% e il debito pubblico non deve superare il 60% del prodotto interno lordo – e su una procedura sanzionatoria in caso di disavanzi eccessivi²⁰⁷. Il timore che le previsioni in questione fossero “insufficienti per garantire la sostenibilità delle finanze pubbliche dei Paesi dell’Eurozona”²⁰⁸ ne comportò il miglioramento attraverso il patto di stabilità e crescita²⁰⁹. In questa sede non posso approfondire in maniera adeguata le dinamiche di tale sistema, ma mi preme sottolineare come si venisse a configurare un sistema abbastanza rigido che comportava “una forte compressione dell’autonomia dello Stato non solo della determinazione degli indirizzi di politica fiscale, ma, secondo alcuni, degli indirizzi politici tout court”²¹⁰; tanto che nel 2005²¹¹, dopo che alcuni Paesi, con in prima fila

²⁰³ *Idem*, p.5.

²⁰⁴ Cfr. Castaldi R., *Lo sviluppo dell’Unione Europea...* cit., p.14.

²⁰⁵ Cfr. Foglio G., *Debito e sovranità nella storia europea. Storia di un’opportunità*, in www.lex.unict.it, 2011, p.7.

²⁰⁶ Cfr. Pitruzzella G., *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, n.1, 2012, p.16.

²⁰⁷ Si vedano il Titolo VI ed il Protocollo n.20 del Trattato sull’Unione Europea.

²⁰⁸ Cfr. Pitruzzella G., *Chi governa la finanza pubblica...* cit., p.17.

²⁰⁹ Si vedano: la Risoluzione del Consiglio europeo relativa al patto di stabilità e di crescita adottata ad Amsterdam il 17 giugno 1997, il regolamento n.1466 del 1997 del Consiglio economia e finanza dell’Unione Europea, ed il regolamento n.1467 del 1997 del Consiglio economia e finanza dell’Unione Europea.

²¹⁰ Cfr. Pitruzzella G., *Chi governa la finanza pubblica...* cit., p.18.

²¹¹ Si vedano il regolamento n.1055 del 2005 del Consiglio economia e finanza dell’Unione Europea, ed il regolamento n.1056 del 2005 del Consiglio economia e finanza dell’Unione Europea.

Francia e Germania, avevano violato i parametri fissati, venne introdotta una certa dose di flessibilità nel sistema.

Nel complesso il meccanismo disegnato dal Trattato di Maastricht e dal patto di stabilità e crescita si basava sull'assunto che l'imposizione di una serie di parametri e regole stringenti potesse sopperire alla mancanza di una politica fiscale comune, in "maniera coerente con la tendenza, da sempre presente nel processo di integrazione a mettere fra parentesi la politica (...) per privilegiare la ricerca di soluzioni tecniche ottimizzanti"²¹². Un ulteriore punto che è necessario sottolineare è la mancanza nel sistema di *governance* economica dell'Unione di un meccanismo di solidarietà tra gli Stati membri a causa dell'operatività della *non-bail out clause*²¹³, che prevede un "divieto di intervento a sostegno di un membro in difficoltà"²¹⁴ tranne quando "uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo"²¹⁵. A causa dell'insieme delle disposizioni citate ci siamo trovati di fronte alla paradossale situazione per cui da un lato "gli Stati membri si sono trovati senza gli strumenti per poter affrontare la crisi" ovvero "senza potere monetario, senza politica di cambio, senza politica industriale, senza politiche di sostegno della domanda interna e quasi senza politica fiscale"; dall'altro "le istituzioni europee non possono colmare tale vuoto, limitandosi ad adottare una politica monetaria limitata alla stabilità dei prezzi"²¹⁶.

Tale sistema ha mostrato tutti i suoi limiti nell'affrontare una crisi a carattere sistemico come quella dei debiti sovrani; si sono perciò resi necessari una serie di interventi per ricalibrare la *governance* economico-finanziario europea, ponendo rimedio alla 'bizzarra' situazione per cui gli Stati erano stati spogliati della possibilità di ricorrere agli strumenti inflazionistici e fiscali di riduzione del debito pubblico senza che questi potessero essere posti in essere dal livello europeo, ed inoltre per evitare il temutissimo contagio tra i paesi dell'Unione.

²¹² Su tale punto si veda Verola N., *L'Europa e la crisi squilibri finanziari ed equilibri costituzionali*, in www.astrid-online.it, 2010, p.10.

²¹³ Si vedano artt.124 e 125 TFUE.

²¹⁴ Cfr. Cantaro A., *Crisi costituzionale europea...* cit., p.11.

²¹⁵ Si veda art.122, paragrafo 2, TFUE, .

²¹⁶ Pitruzzella G., *Chi governa la finanza...* cit., p.23.

Dopo le incertezze iniziali nell'affrontare la crisi greca²¹⁷ – in cui la *governance* economica europea ha ‘tristemente’ mostrato tutta la sua inadeguatezza “ricorrendo ad estenuanti trattative tra le Cancellerie europee” e scontrandosi “per settimane con i veti di un solo Stato membro”²¹⁸, che hanno rischiato di portare ad un forte ridimensionamento, non solo economico-finanziario, dell’Unione europea – si sono introdotte, attraverso un “tortuoso percorso giuridico-istituzionale”²¹⁹, una serie di innovazioni che trasformano l’Unione “in comunità di rischi, non solo di benefici”²²⁰. Dopo aver approvato il 2 maggio 2010 un pacchetto di aiuti alla Grecia per l’ammontare di 110 miliardi di euro – di cui 30 a carico del Fondo Monetario Internazionale ed i restanti 80 suddivisi tra i Paesi della zona euro sulla base delle rispettive quote in capitale alla Banca Centrale Europea, in cambio di un piano di austerità basato su pesantissimi tagli alla spesa – il Consiglio dell’Unione Europea, alla luce del fatto che le ‘preoccupazioni’ dei mercati si spostavano verso altri Stati con forti disavanzi pubblici, con il regolamento n.407 del 2010 istituisce il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria che ha il suo fondamento giuridico su un’interpretazione estensiva dell’art.122, paragrafo 2, TFUE²²¹. Tale meccanismo stabilisce le condizioni per la concessione di un prestito o di una linea di credito allo Stato che si dovesse trovare in una situazione di difficoltà.

²¹⁷ Si tenga in considerazione che, secondo quanto affermato da Castaldi R., *Lo sviluppo dell’Unione Europea...* cit., p.17, allo scoppio della crisi greca “l’intero debito pubblico greco ammontava al 3% del Pil dell’Eurozona. Era dunque possibile sterilizzare immediatamente la crisi mediante l’acquisto in blocco dell’intero debito pubblico greco, mediante un prestito alla Grecia, ai tassi di interesse di mercato di allora, che erano bassi, e che la Grecia sarebbe stata in grado di ripagare mediante un Piano di austerità meno impegnativo di quello realizzato finora” ed aggiungerei con minori sofferenze per una popolazione ormai ridotta allo stremo. Certo si è agito in ossequio al principio di coordinamento ma ciò ha comportato che – secondo Verola N., *L’Europa e la crisi...* cit., p.9 – si sia “perso un tempo infinito fra veti reciproci, diatribe e recriminazioni, facendo montare l’isteria dei mercati”, ed aumentando enormemente i rischi di contagio, “così quando si è deciso di agire ci si è accorti che i costi di intervento erano lievitati enormemente. Nel febbraio 2010 i giornali economici parlavano della necessità di un sostegno di 15 miliardi di euro. A marzo, la cifra era salita a 40 miliardi, per arrivare a 110 a fine aprile”.

²¹⁸ Cfr. Verola N., *L’Europa e la crisi...* cit., p.7.

²¹⁹ Cfr. Napolitano G., *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell’Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p.461.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Il paragrafo in questione prevede che “qualora uno Stato membro si trovi in gravi difficoltà o sia seriamente minacciato di gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un’assistenza finanziaria allo Stato membro interessato”. Il regolamento n.407/2010 prevede tra le circostanze eccezionali che sfuggono al controllo dello Stato venga ricompreso “il grave deterioramento del contesto economico e finanziario internazionale”.

Congiuntamente alla creazione del meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, viene decisa l'istituzione del *European financial stability facility*, meglio conosciuta come fondo salva-Stati, una società di diritto lussemburghese emittente di obbligazione, creata dai 17 Stati dell'Eurozona il 7 giugno del 2010, che è autorizzata ad intervenire come prestatore, dopo una valutazione della Banca Centrale Europea, per i Paesi in difficoltà finanziaria, operando sui mercati primari e secondari del debito; può inoltre effettuare operazioni di ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie e compiere attività volte a prevenire il verificarsi di situazioni di instabilità.

I meccanismi di salvataggio fin qui previsti, superando la logica emergenziale che li aveva inizialmente dettati, vengono resi permanenti in seguito alla decisione del Consiglio europeo del 25 maggio 2011 che aggiunge – in base alla procedura semplificata di revisione prevista nell'art.48, paragrafo 6, TUE – un terzo paragrafo²²² all'art.136 TFUE. Successivamente a tale modifica del Trattato, viene istituito il meccanismo europeo di stabilità con un trattato internazionale tra i 17 Stati dell'Eurozona, che crea un'organizzazione intergovernativa di diritto pubblico internazionale, sul modello del Fondo Monetario Internazionale²²³, che andrà a svolgere sia le funzioni del meccanismo europeo di stabilizzazione sia quelle del *European financial stability facility*²²⁴.

A tali interventi volti a creare una rete di protezione per i Paesi dell'Eurozona si sono aggiunti una serie di altre iniziative con lo scopo di “coordinare e sorvegliare le politiche economiche e di bilancio al fine di assicurare il rigore finanziario e promuovere la crescita”²²⁵. Innanzitutto nella riunione del Consiglio europeo del 7

²²² Il terzo paragrafo dell'art.136 TUE prevede che “gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità”.

²²³ Ruffert M., *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, n.48, 2011, p.1790, afferma che tale analogia con il Fondo monetario internazionale appare, data la natura dell'Unione Europea, “more than anachronistic”.

²²⁴ Il meccanismo europeo di stabilità sarebbe dovuto essere operativo a partire dal luglio 2012, ma si è dovuta attendere la pronuncia del Tribunale Federale Tedesco del 12 settembre 2012 sul Meccanismo Europeo di Stabilità. Sul punto si vedano De Petris A., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul meccanismo europeo di stabilità e sul fiscal compact. Guida alla lettura*, in www.federalismi.it, 2012; Boggero G., *La corte costituzionale tedesca: ago della bilancia in Europa?*, in www.aspeniainstitute.it, 2012.

²²⁵ Cfr. Pitruzzella G., *Chi governa la finanza pubblica...* cit., p.28.

settembre 2010 viene creato il semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche – “congegnato come un sistema di coordinamento delle procedure di bilancio a livello nazionale, tale da garantire un raccordo della tempistica ex ante e una più efficace vigilanza delle politiche economiche e di bilancio nei paesi dell’euro zona e in quelli dell’Ue”²²⁶ – quale primo pilastro della nuova *governance* economica europea²²⁷. In secondo luogo viene firmato, a margine del Consiglio europeo del 24 e 25 maggio 2011, da 23 Stati, i 17 dell’Eurozona più altri 6, un patto a carattere programmatico chiamato patto *europlus*, che “mira a rafforzare il coordinamento delle politiche economiche degli Stati partecipanti e la loro convergenza verso più alti livelli di competitività”²²⁸.

Un ulteriore intervento riguarda la modifica del patto di stabilità e crescita attraverso un rafforzamento sia della parte preventiva che di quella correttiva, attraverso una serie di interventi ai più noti come *six-pack*²²⁹.

Infine la ‘ciliegina sulla torta’ della nuova *governance* europea è costituita dal Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* dell’Unione economica e monetaria, meglio conosciuto come *fiscal compact*, approvato il 25 marzo 2012 come accordo di diritto internazionale da 25 Stati membri – Inghilterra e Repubblica Ceca non hanno firmato l’accordo – con cui gli Stati firmatari si impegnano, tra le altre cose, ad inserire la regola del pareggio di bilancio nel quadro legislativo nazionale con modifiche a carattere preferibilmente costituzionale.

²²⁶ Cfr. Nuges F., *Il Fiscal compact. Prime riflessioni su un accordo ricognitivo*, in www.forumcostituzionale.it, 2012, pp.1-2.

²²⁷ La copertura legislativa di tale meccanismo è avvenuta attraverso il regolamento (UE) n.1175/2011 che modifica il regolamento (CE) n.1466/97.

²²⁸ Cfr. Tosato G.L., *L’impatto della crisi sulle istituzioni dell’Unione*, in Bonvicini G., Brugnoli F., *Il fiscal compact*, Roma, 2012, p.17.

²²⁹ Il pacchetto di provvedimenti in questione si compone: regolamento (UE) n.1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all’effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro; regolamento (UE) n.1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro; regolamento (UE) n.1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n.1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; regolamento (UE) n.1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici; regolamento (UE) n.1177/2011 del Consiglio, dell’8 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n.1467/97 per l’accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi; direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell’8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

I provvedimenti adottati a livello europeo manifestano alcuni punti deboli relativi non solo ai meccanismi di adozione, ma anche agli impatti, da più parti segnalati, sui sistemi costituzionali nazionali soprattutto di quei paesi che, raggruppati ‘gentilmente’ sotto l’acronimo PIGS, verrebbero posti sotto la ‘guardiania’ degli Stati economicamente virtuosi²³⁰.

Per quanto concerne l’aspetto relativo ai meccanismi di adozione è facile notare – già a primo acchito – come sia il prestito alla Grecia, sia l’istituzione del *European financial stability facility*, sia il meccanismo europeo di stabilità ed, infine, il patto *europlus* ed il *fiscal compact* siano meccanismi di diritto internazionale adottati dagli Stati in quanto soggetti di tale diritto; ciò, data natura e ruolo dell’Unione Europea, può sembrare “more than anachronistic”²³¹. Per quanto concerne il *fiscal compact*, data l’opposizione di Regno Unito e Repubblica Ceca, il ricorso ad un meccanismo di diritto internazionale è risultato forzato, per gli altri strumenti non vi era a mio avviso la necessità di uscire dal quadro istituzionale europeo²³² anche alla luce della modifica dell’art.136 TFUE.

Inoltre sollevano diverse perplessità le problematiche relative alla scarsa *accountability* degli strumenti finanziari in analisi. A tal riguardo è stato giustamente notato che molto dipenderà – con riferimento in particolar modo al meccanismo europeo di stabilità che potrà proporre “programmi di correzioni macroeconomiche (...) tutt’altro che indolori per lo Stato beneficiario”²³³ – dall’evoluzione della crisi dei debiti sovrani. Se infatti “la speculazione sui titoli del debito pubblico

²³⁰ Si veda sul punto Cantaro A., *Crisi costituzionale europea...* cit.

²³¹ Ruffert M., *The European Debt Crisis...* cit., p.1790. Sul metodo scelto per l’approvazione del cosiddetto *fiscal compact* si è espresso il Parlamento Europeo in una risoluzione del 18 gennaio 2012 – riguardante le conclusioni del Consiglio europeo del 8 e 9 dicembre 2011 su un progetto di accordo internazionale per un’unione di stabilità fiscale – in cui sottolinea le sue “perplessità circa la necessità di un siffatto accordo intergovernativo, i cui principali obiettivi possono essere, nella maggior parte dei casi, raggiunti in modo migliore e più efficace attraverso misure nel quadro del diritto dell’Unione, in modo da fornire una risposta rapida, ferma e sostenibile all’attuale crisi finanziaria ed economica e alla crisi sociale in molti Stati membri dell’Unione europea; resta tuttavia disponibile a lavorare per una soluzione costruttiva” ed inoltre aggiunge come sia “profondamente convinto del fatto che soltanto avvalendosi del metodo comunitario l’unione monetaria potrà divenire una vera unione economica e fiscale; ricorda che l’UE è un progetto politico, basato su valori comuni, su istituzioni comuni forti e sull’osservanza di regole comuni”.

²³² Sul tema dell’inquadramento giuridico degli interventi di modifica della *governance* economica europea si veda l’analisi di Tosato G.L., *L’impatto della crisi sulle istituzioni...* cit.

²³³ Cfr. Cantaro A., *Crisi costituzionale europea...* cit., p.12.

dell'Eurozona si allenterà (...) il Meccanismo resterà sullo sfondo come istituzione potenziale. Se, al contrario, vi saranno nuovi attacchi (...) diventerà fondamentale sciogliere i nodi istituzionali che affliggono il vigente quadro normativo”²³⁴, con riferimento specifico sia al coinvolgimento del Parlamento Europeo, sia a quello dei Parlamenti nazionali²³⁵, sia, infine, alla natura giuridica dei suoi atti²³⁶. Sul ruolo dei Parlamenti nazionali si è espresso il *Bundesverfassungsgericht* – “da sempre protagonista, nella difesa della posizione del principio democratico rappresentativo”²³⁷ – nella già citata²³⁸ sentenza del 12 settembre 2012 chiarendo come “le norme in oggetto²³⁹, finalizzate alla tutela della riservatezza rispetto a terzi non autorizzati che agiscono nel mercato di capitali, non possono valere per il *Bundestag* che altrimenti vedrebbe pregiudicati i suoi diritti di informazione (*e il dovere di render conto ai propri cittadini*) e quindi la sua responsabilità finanziaria”²⁴⁰.

Un ultimo elemento che merita di essere sottolineato è quello relativo al ruolo della Banca Centrale Europea in tale crisi. Nelle pagine precedenti abbiamo sottolineato la crescita dell'importanza degli organismi tecnico-politici nell'ambito del processo di mondializzazione, ed è proprio in tale tendenza generale²⁴¹, rafforzata ulteriormente dalla crisi economico-finanziaria, che si può notare un notevole

²³⁴ Cfr. Napolitano G., *Il Meccanismo europeo di stabilità...* cit., p.464.

²³⁵ Sui meccanismi di legittimazione degli atti e delle decisioni assunte nell'ambito del Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* dell'Unione economica e monetaria e sul ruolo dei Parlamenti nazionali e del Parlamento europeo si veda l'interessante contributo di Martinico G., *L'articolo 13 del Fiscal Compact ed il ruolo dei Parlamenti nel sistema multilivello*, in Bonvicini G., Brugnoli F., *Il fiscal compact...* cit., pp.35-44.

²³⁶ A tal proposito afferma Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi...* cit., p.139: “(...) la realtà giuridica indefinibile, che caratterizza il MES, e il miscuglio che si realizza tra modalità operative di tipo privatistico e prerogative pubblicistiche renderebbe assai problematica la sindacabilità degli atti dell'istituzione”.

²³⁷ Cfr. Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi...* cit., p.143.

²³⁸ Si veda la nota n.224.

²³⁹ Si fa riferimento alle norme, altamente problematiche e contestate, relative all'inviolabilità degli archivi e della documentazione (Art.32, V comma, Trattato MES), all'obbligo del segreto professionale (art. 34 Trattato MES) dei membri e degli *ex*-membri ed, infine, all'immunità di giurisdizione ed all'inviolabilità di tutti gli atti (art.35, I comma, Trattato MES).

²⁴⁰ Cfr. De Petris A., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht...* cit., p.9 (corsivo non testuale).

²⁴¹ Una crescita nel ruolo e nell'importanza della *Federal Reserve* statunitense è sottolineato da Sassen S., *Territorio, autorità...* cit. Più in generale sul ruolo delle banche centrali nello “Stato denazionalizzato”, l'Autore afferma (p.301): “Le banche centrali sono istituzioni nazionali che trattano questioni nazionali, eppure nell'ultima decade sono diventate sede istituzionale, all'interno dello stato nazionale, di politiche monetarie necessarie all'incremento dello sviluppo di un mercato globale del capitale, anzi, più in generale, di un sistema economico globale”.

aumento del suo ‘potere sostanziale’ ben oltre la lettera dei Trattati²⁴². Il suo *modus operandi*²⁴³, senza una cornice giuridica ben precisa a cui ancorarsi, ha fatto sì che essa divenisse – traendo beneficio sia dalla sua indipendenza che dalla sua capacità finanziaria – “un agente comunitario ormai di fatto, dotato di poteri di *enforcement* più efficace di quelli delle altre istituzioni europee, a cominciare dalla Commissione”²⁴⁴.

Spostando il nostro piano di osservazione al livello nazionale le problematiche relative alla crisi *tout court*, e più specificatamente agli strumenti di risposta approntati dalle istituzioni europee, sono di carattere segnatamente costituzionale. Quello che viene definito il nuovo “diritto della crisi”²⁴⁵ ha dei fortissimi impatti, che in seguito cercherò di analizzare nei loro aspetti principali, di diversa natura sui sistemi costituzionali degli Stati membri.

Il primo profilo che va attentamente valutato è quello relativo all’ormai palese declino della rappresentanza politico-parlamentare. Si tratta, per utilizzare una metafora, di una ‘infezione’ già in stato avanzato – che ha la sua origine nel più generale processo di ridimensionamento della dimensione politica a favore di quella economico-finanziaria, a cui ho spesso fatto accenno nelle pagine precedenti – ma che ha iniziato a mostrare i suoi ‘sintomi’ e tutta la sua ‘virulenza’ negli anni della crisi. I ‘sintomi’ a cui alludo – che si sono manifestati insieme al costante ‘spettro’ della situazione emergenziale – sono da un lato la lunga serie di crisi di governo

²⁴² Sul ruolo della Banca Centrale Europea si veda Perassi M., *Banca Centrale Europea*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, Giuffè, 2011.

²⁴³ Sul punto si veda Napolitano G., *Il Meccanismo europeo di stabilità...* cit.

²⁴⁴ *Idem*, p.403. Afferma sul tema Caretti P., *Introduzione generale alle V Giornate Italo-Ispano-Brasiliane di Diritto Costituzionale: La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, Lecce, 14-15 settembre 2012: “Non appena sono emersi con drammaticità tutti i nodi di un sistema che ha unificato alcune politiche, che ha adottato una moneta unica, ma che ha lasciato ai singoli Stati membri le decisioni in materia economica e fiscale, la risposta non poteva che essere un’immediata e incontrastabile attrazione verso l’alto del potere di predisporre le misure di emergenza (*prater, extra o contra* il dettato dei trattati qui poco importa), verso quegli organi che hanno l’effettiva responsabilità della tenuta complessiva del sistema (la BCE e il Consiglio europeo)”.

²⁴⁵ L’espressione è di Cantaro A., *Crisi costituzionale europea...* cit., p.2, che afferma: “nel declino dell’ordine di Maastricht, e nel disordine costituzionale che ne è conseguito, ha cominciato a muovere i primi passi un inedito diritto della crisi. Un diritto che ambisce a trarre la sua legittimazione da categorie note al discorso giuridico (l’emergenza, lo stato di necessità) ma il cui punto di caduta è tutt’altro che definito. Ci sono, infatti, forze che spingono in direzione di una rifondazione della sovranità politica e forze che, al contrario, spingono in direzione di una ulteriore spoliticizzazione del potere. La posta in gioco è altissima e la partita tutt’altro che chiusa”.

‘eterodirette’ che si sono susseguite in diversi Paesi nel biennio 2011-2012, dall’altro l’esclusione dei Parlamenti nazionali, ma anche di quello europeo, dal circuito decisionale.

In primo luogo abbiamo avuto modo di assistere a diverse crisi di governo – nonostante quest’ultimi fossero, molte volte, sostenuti da ampie maggioranze parlamentari – ed a conseguenti elezioni anticipate in molti Paesi dell’Eurozona, soprattutto in quelli con maggiore difficoltà economica. Al di là delle motivazioni politiche contingenti, in molti casi – tra tutti in Spagna, Italia²⁴⁶ e Grecia – è stato possibile riscontrare delle forti pressioni esterne da parte di quelli che vengono definiti “gli attori ed i soggetti vincenti del mercato finanziario”²⁴⁷. In quello che è stato definito il nuovo “stato debitore”²⁴⁸ si inserisce, volente o nolente, un ulteriore soggetto – i mercati finanziari – di cui i governi devono tener conto, e di cui devono ottenere la fiducia.

In seconda battuta possiamo notare la marginalizzazione dei Parlamenti nazionali, soprattutto nei Paesi in maggiore difficoltà, dal circuito decisorio – sottolineata dall’abuso delle varie *species* della normazione d’urgenza – riducendo il loro ruolo ad una funzione meramente notarile di decisioni prese in altre sedi dentro e fuori dallo Stato²⁴⁹.

²⁴⁶ Sul caso Italiano si vedano: Gambino S., Nocito W., *Crisi dello Stato, governo dell’economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in www.astrid-online.it, 2012; Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi...* cit.; Ruggeri A., *Art.94 della Costituzione vivente: “il Governo deve avere la fiducia dei mercati” (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in www.federalismi.it, 2011.

²⁴⁷ L’espressione è di Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi...* cit., pp.16-17, che osserva – riferendosi al Fondo monetario internazionale, alla Banca Centrale Europea, all’organizzazione mondiale per il commercio, ai fondi sovrani, alle Agenzie di *rating*, alle grandi imprese multinazionali, ecc. – come tali soggetti “(...) non sono in alcun modo rappresentativi, nel senso che il costituzionalismo aveva insegnato, hanno potere senza responsabilità, non trovano legittimazione nel momento elettorale...”.

²⁴⁸ La definizione è di Streeck W., *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, Feltrinelli Editore, 2013, pp.100-101, che afferma: “(...) all’interno dello stato debitore si afferma nel tempo un’altra classe che detiene diritti e concede autorizzazioni, oltre a quella costituita dalla cittadinanza, che nello stato fiscale democratico e nella teoria tradizionale della democrazia rappresentava l’unico gruppo di riferimento per lo stato moderno. (...) così per garantire la fiducia dei creditori i governi devono convincere o costringere i cittadini a limitare le loro pretese nei confronti del bilancio pubblico a favore dei mercati finanziari. (...) Questi ambienti funzionano secondo logiche tendenzialmente incompatibili, con cui tuttavia la politica statale deve fare i conti, se possibile contemporaneamente”.

²⁴⁹ Sul punto afferma Caretti P., *Introduzione generale...* cit.: “i Parlamenti nazionali non hanno potuto (e tuttora non possono) esercitare in modo efficace la loro funzione di controllo sui rispettivi Governi, frenati come sono dal pericolo che elementi di instabilità significhino, nelle condizioni date,

Il secondo elemento che va preso in considerazione, e che risulta maggiormente preoccupante, è “l’impatto svalutativo del rigorismo europeo sul welfare nazionale e sui diritti sociali”²⁵⁰; in altri termini, la necessità di rientrare nei parametri di bilancio fissati a livello europeo fa sì che “le disposizioni costituzionali in tema di diritti fondamentali (in particolare di quelli sociali) rischiano di diventare false promesse, se non vere e proprie menzogne. Vere e proprie menzogne – è da dirsi – non in tutti i Paesi europei, ma solo in quelli deboli dell’Eurozona”²⁵¹, giungendo alla paradossale situazione per cui, mentre da un lato si giustifica l’austerità con la necessità di preservare il modello sociale europeo, dall’altro “la demolición del Estado social se realiza en nombre de su conservación; los derechos sociales se recortan en aras de su mantenimiento”²⁵².

Le sempre maggiori difficoltà di bilancio, nonché l’adozione di politiche pubbliche sempre più eterodirette, ha reso ormai un’illusione il soddisfacimento di un’ampia gamma di diritti – quelli sociali *in primis*, in quanto sono quelli che richiedono maggiori risorse, ma anche quelli civili e politici, che comunque richiedono delle risorse per il loro soddisfacimento – rendendo palese il fatto che “crisi economica e diritti (nell’intero catalogo previsto dai testi costituzionali novecenteschi) sono termini generalmente considerati antitetici”²⁵³. Il quadro d’insieme è ancora peggiore ove si rifletta sul fatto che, ad una compressione del profilo dei diritti, soprattutto quelli sociali, a livello nazionale, non è corrisposto un’assunzione di responsabilità da parte del livello europeo; e questo in maniera coerente con la storia di un’Unione Europea che non ha mai saputo mettere al centro della sua azione il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali.

perdita di credibilità sul piano europeo e conseguente peggioramento della situazione generale”. Tale depauperamento del ruolo dei Parlamenti nazionali, come afferma anche l’Autore, ha riguardo in maniera maggiore i Paesi in difficoltà economica, in altre esperienze comparate i legislativi nazionali hanno partecipato attivamente alla risoluzione delle problematiche economico-finanziarie. È esemplificativo a tal proposito quanto affermato sul ruolo del Parlamento nazionale tedesco, quindi di un paese finanziariamente forte, dal *Bundesverfassungsgericht* nella sua pronuncia del 12 settembre 2012.

²⁵⁰ Cfr. Gambino S., Nocito W., *Crisi dello Stato...* cit., p.28.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² Cfr. García Herrera M.A., Maestro Buelga G., *Constitución y capitalismo financiarizado: por un constitucionalismo crítico*, in www.constitucionalismo.it, 2012, p.1.

²⁵³ Cfr. Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi...* cit., p.147.

Il rischio maggiore è di avere un'Europa bloccata dai veti incrociati, dalla sfiducia reciproca, dallo scarso coraggio politico e da un nuovo sistema di *governance* economica che viola apertamente “il principio di uguaglianza tra gli Stati membri dell'Unione Europea e della pari dignità formale, oltre che sostanziale dei relativi sistemi di governo”²⁵⁴, e risulta incapace di muoversi verso necessarie forme di integrazione politica sempre più forte.

Tale accelerazione nel processo di integrazione sovranazionale – minacciato dal rinnovato consenso politico in quasi tutti i Paesi per forze populistiche fortemente euroscettiche – deve superare la ‘trappola intellettuale’ del richiamo a forme obsolete di sovranità che, seppur mossa dal nobile tentativo di estrema difesa dei diritti e delle libertà fondamentali consacrati nei testi costituzionali nazionali, sembrerebbe un vano tentativo, per dirlo con un vecchio adagio popolare, di ‘chiudere il recinto quando i buoi sono già tutti scappati’ ed, inoltre, risulterebbe essere incompatibile con un mondo ormai globalizzato²⁵⁵. La consapevolezza della necessità di maggiore integrazione europea non deve assolutamente trascurare la democratizzazione delle istituzioni dell'Unione Europea, che, riuscendo finalmente a perdere il suo spirito estremamente economicista, possa mettere al centro della sua azione i diritti e le libertà fondamentali.

Il problema non è tanto, o almeno non solo, la crisi economico finanziaria, bensì la mancanza di punti di riferimento ideali e della tensione etica verso valori e principi, sostituiti dal culto del profitto e del consumo. Mancano soprattutto una visione del futuro chiara – che superi la logica degli interventi esclusivamente emergenziali – è un progetto comune – basato sui diritti e le libertà nella terra che ne

²⁵⁴ Cfr. Bilancia F., *Note critiche sul c.d. “pareggio di bilancio”*, in *Rivista telematica giuridica dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, n.2, 2011, p.4.

²⁵⁵ A tal proposito condivido pienamente l'opinioni di quelli – come Bassanini F., *Sovranità condivisa chance per l'Italia*, in *Corriere della Sera*, 23 agosto 2012 – che sostengono: “l'unico modo per contenere le limitazioni di sovranità di fatto ceduta a poteri irresponsabili e opachi, è di costruire una vera unità politica” mettendo in comune “poteri sovrani, trasferendoli a istituzioni democratiche comuni, capaci di recuperare l'autonomia di scelta e di decisione, che oggi le nazioni meno virtuose o troppo piccole non sono in grado di esercitare”. A fronte di ciò, come correttamente affermato da Luciani M., *Costituzionalismo irenico e polemico*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 2006 “il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti (...) occorre rifuggire, insomma, i rischi di un costituzionalismo irenico che si limita a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali (...) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere”.

è stata la culla – che faccia rinascere il “sogno europeo”²⁵⁶ e ci ridia la capacità di guardare con speranza, e non con triste rassegnazione, al futuro.

6. Lo scenario giuridico ‘inquinato’ dalla mondializzazione. Alcune riflessioni conclusive sui cambiamenti del diritto.

L’ultimo punto che ho intenzione di sviluppare in questo capitolo introduttivo è quello relativo ai cambiamenti, dovuti al processo di mondializzazione, nella concezione e nel ‘modo di essere’ del diritto e al superamento, dovuto al palese declino della classica concezione della statualità, della visione del diritto, di hobbesiana memoria, per cui *auctoritas non veritas facit legem*²⁵⁷.

Il processo di mondializzazione, di cui abbiamo dato conto nelle pagine precedenti, non può che avere delle conseguenze sul diritto, data la centralità di quest’ultimo nella regolazione della vita di tutte le società contemporanee. Si aprono per il diritto nuovi spazi soprattutto per la stringente necessità di dare risposta a problemi globali che travalicano i singoli territori statali²⁵⁸, se così non fosse, ovvero “se il diritto rimanesse chiuso nel fondamento terrestre, allora gli spazi globali cadrebbero in dominio di altre potenze, di interessi selvaggi, di nomadi avidi e crudeli”²⁵⁹.

Nelle prossime pagine cercherò di individuare – utilizzando il percorso di osservazione che la Ferrarese riconduce all’immagine della foresta²⁶⁰ – i caratteri essenziali del nuovo scenario giuridico che siano sintomatici dei cambiamenti in atto.

²⁵⁶ Si fa riferimento all’opera di Rifkin J., *Il sogno europeo. Come l’Europa ha creato una nuova visione del futuro che sta lentamente eclissando il sogno americano*, Milano, Mondadori, 2004.

²⁵⁷ L’espressione è utilizzata da Hobbes T., *The Leviathan*, 1651, per sottolineare la matrice politica del diritto in forte connessione, o meglio in simbiosi, con lo Stato.

²⁵⁸ Afferma sul punto Cassese S., *Oltre lo Stato...* cit., p.105: “(...) la globalizzazione giuridica è il risultato dell’emersione di problemi che nessun ordine giuridico nazionale può risolvere da solo...”. Si veda inoltre sul tema Denninger E., *Derecho en «desorden» global. Sobre los efectos de la globalización*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.8, 2004.

²⁵⁹ Cfr. Irti N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001, p.80.

²⁶⁰ Si veda Ferrarese M.R., *Prima lezione...* cit.

Come abbiamo già messo alla luce in precedenza la mondializzazione ha avuto dei profondi effetti sulle coordinate spazio temporali della nostra esistenza, il nuovo mondo vive in quello che è stato definito un “presente ipertrofico” in cui “la quasi cancellazione della distanza conduce a guadagnare il tempo che nel passato sarebbe stato necessario per superarla”²⁶¹.

Per un linguaggio come quello giuridico “tutto intriso di richiami spaziali”²⁶², e di cui la territorialità costituisce uno dei capisaldi, le conseguenze non possono che essere profonde, ed allora lo studioso del diritto non può che analizzare i fenomeni giuridici della globalizzazione prescindendo dall’elemento spaziale, o almeno relativizzandolo. Ciò non deve stupire ove si rifletta sulla natura prevalentemente, o almeno primariamente economica della globalizzazione, in quanto gli scambi economici sono da sempre stati insofferenti ai lacci territoriali, ovvero, parafrasando Schmitt, “il linguaggio vittorioso dell’economia e della tecnica esige un unico spazio, un unico concetto di spazio, come forma a priori, «libera» da ogni differenza di luogo”²⁶³. Tale ragionamento è ancor più valido per gli scambi finanziari che si muovono in uno spazio virtuale che non ha più alcun legame con lo spazio reale, o meglio costituisce, a mio modo di intendere la questione, una nuova spazialità artificiale con cui, volente o nolente, bisogna fare i conti²⁶⁴.

Sono l’economia e la tecnica – quali elementi principali del processo di mondializzazione – che rendono obsolete le coordinate spazio-temporali in cui le istituzioni ed il diritto si muovevano, inaugurando una rivoluzione spaziale che procede, secondo la Ferrarese, attraverso tre strategie di deterritorializzazione.

La prima consiste nel denazionalizzare materie che storicamente erano state intrinsecamente nazionali; a tale prima strategia si ricollega l’ampio discorso precedentemente fatto a riguardo del cambiamento del ruolo dello Stato e dei cambiamenti nel paradigma della sua sovranità. Ulteriori manifestazioni di tali

²⁶¹ Cfr. Ferrarese M.R., *Il diritto al presente...* cit., pp.7-8.

²⁶² Cfr. Irti N., *Norma e luoghi...* cit., p.3.

²⁶³ Cfr. Schmitt C., *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, p.302.

²⁶⁴ Sul punto afferma Irti N., *Norma e luoghi...* cit., p.66: “Lo spazio telematico si distende intorno alla terra come un sopra-mondo, un’epidermide, popolata da esseri intangibili, percepiti soltanto dal nostro occhio e dal nostro orecchio. Il navigante non si sposta da un luogo all’altro, non lascia una terra per un’altra, ma si muove in un indefinito campo d’energia”.

strategia di denazionalizzazione²⁶⁵ sono sia i fenomeni di *forum shopping*, sia la regolazione di ambiti giuridici altamente specializzati da parte di norme a natura privata²⁶⁶, che ha nella nuova *lex mercatoria* il suo esempio maggiormente conosciuto.

Per quanto concerne tale ultimo fenomeno, ovvero quello della nuova *lex mercatoria*, si tratta di una risposta uniforme e spontanea alle esigenze dei traffici commerciali transnazionali, ed allude “alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti nell’epoca intermedia”²⁶⁷. Gli elementi²⁶⁸ su cui si basa tale disciplina sono i seguenti: si tratta di regole che emergono, nella stragrande maggioranza dei casi, da modelli contrattuali elaborati per concludere le transazioni commerciali transnazionali; vengono quindi elaborati dagli operatori di un dato Paese e infine recepiti dagli operatori di altri Paesi, trovando la loro legittimazione nel “principio (...) della autonomia contrattuale”²⁶⁹; la loro legittimazione *inter partes* è data dall’*opinio iuris*, tipica delle consuetudini, di osservare un comportamento conforme a diritto; derivano dall’abitudine da parte dei giudici delle camere arbitrali internazionali di conformarsi alla *ratio decidendi* adottata dai loro colleghi nei casi precedenti.

Siamo di fronte alla “forma più compiuta di diritto completamente deterritorializzato, proprio perché corrisponde al tentativo di far astrazione dell’elemento territoriale, provando a far comunicare soggetti economici che appartengono a diversi paesi e a diverse famiglie e culture giuridiche, in nome di un comune obiettivo di scambio che essi intendono raggiungere”²⁷⁰.

²⁶⁵ Sul punto si veda inoltre l’ampio contributo sugli obiettivi dello Stato denazionalizzato contenuto in Sassen S., *Territorio, autorità...* cit., p.300, che afferma: “L’adattamento di un paese agli interessi di imprese ed investimenti stranieri in condizioni in cui la maggior parte dei suoi domini istituzionali sono stati costruiti come nazionali richiede un negoziato. Questo negoziato, nella fase attuale tende verso la denazionalizzazione di numerose componenti istituzionali nazionali altamente specializzate”.

²⁶⁶ Su tale tema si veda il capitolo 12 – *The significance of non-state law* – dell’opera di Twining W., *General Jurisprudence...* cit.

²⁶⁷ Cfr. Galgano F., *La globalizzazione...* cit., p.57.

²⁶⁸ Sulla nuova *lex mercatoria* si vedano: Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit.; Ferrarese M.R., *Prima lezione...* cit.; Galgano F., *La globalizzazione...* cit.; Teubner G., *Breaking Frames: La globalizzazione economica e l’emergere della lex mercatoria*, in Teubner G., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.

²⁶⁹ Cfr. Galgano F., *La globalizzazione...* cit., p.58.

²⁷⁰ Cfr. Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit., p.80.

Le due caratteristiche che ho sottolineato a riguardo della *lex mercatoria* sono l'uniformità e la spontaneità, e ci inducono ad effettuare alcune riflessioni ulteriori.

In primo luogo la disciplina in analisi rappresenta la 'normazione uniforme' di un particolare collettivo, quella della *societas mercatorum*, dimostrando come, di fronte al 'pluralismo selvaggio' della società contemporanea globalizzata, i nuovi fenomeni di giuridificazione conducano ad un diritto che "si accoppia alla razionalità dei diversi sottosistemi sociali, alla policontestualità sociale, e non più solo a quella del sistema politico ed economico"²⁷¹.

In seconda battuta, con riferimento all'elemento della spontaneità – quale caratteristica generale del diritto 'inquinato' dalla mondializzazione – non si può non fare un parallelismo con "gli usi e le consuetudini che si presentano dunque non solo come un residuo del passato, ma anzi come una nuova spiccata inclinazione del presente"²⁷² ed hanno in comune, con i nuovi regimi di regolazione privata, la caratteristica di avere un'origine sociale e di non nascere dalla legislazione positiva di un sovrano²⁷³.

Tornando alle strategie di deterritorializzazione, la seconda strategia individuata consiste in una integrazione normativa volontaria tra gli Stati nei più diversi ambiti giuridici. A tale strategia sono riconducibili tutti quegli esempi relativi al fenomeno della circolazione dei modelli giuridici, che è un processo – già da tempo dibattuto ma che ha subito un'indubbia accelerazione in seguito ai processi di mondializzazione – per cui "il diritto, seppur di regola legittimato da un processo politico locale (di norma coerente con i confini della legislazione statale), viene

²⁷¹ Cfr. Prandini R., *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, in G. Teubner, *La cultura del diritto...* cit., p.218.

²⁷² Cfr. Ferrarese M.R., *Prima lezione...* cit., p.117.

²⁷³ Si veda Teubner G., *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in G. Teubner, *La cultura del diritto...* cit., pp.63-64, che definisce il nuovo diritto spontaneo "un modello dominante di produzione normativa", ed inoltre aggiunge "limitarci a definirlo produzione giuridica spontanea, senza ulteriori specificazioni, è certamente un falso romanticismo: ci troviamo infatti di fronte a decisioni pianificate e implementate "costruttivisticamente" dai regimi privati, sulla base di normative positivamente statuite della *International Standards Organisation*, da esigenze commerciali tipiche, da regolamenti dettagliatamente codificati nelle imprese multinazionali e nelle associazioni internazionali specialistiche. Siamo evidentemente di fronte a un intreccio inedito di processi spontanei ed organizzati".

sovente riprodotto ben oltre tali confini”²⁷⁴. È facile notare che allentandosi il legame tra il diritto, il processo politico ed il territorio – rompendosi definitivamente, a causa dei processi di mondializzazione, “la barriera che non permetteva di comprendere l’adattabilità degli stessi istituti a contesti giuridici differenti”²⁷⁵ – la circolazione avviene sempre più frequentemente. La problematica principale legata a tale fenomeno è la possibilità – ed in alcuni ambiti come quello commerciale non si tratta di una semplice possibilità, bensì di un dato di fatto – che i modelli a circolare siano quelli provenienti dagli ordinamenti giuridici più forti – in taluni settori i modelli di riferimento provengono in maniera quasi esclusiva dall’esperienza giuridica anglo-americana – con il conseguente pericolo di colonizzazione degli ordinamenti più deboli²⁷⁶.

La circolazione dei modelli giuridici viene favorita dalla pratica – già da tempo diffusa negli arbitrati internazionali e che sta assumendo una rinnovata centralità alla luce del processo di mondializzazione – dell’adozione da parte delle parti – o in mancanza di indicazioni a riguardo sarà l’arbitro ad individuare il diritto che ritiene maggiormente appropriato – di un diritto, per la regolazione del caso concreto, che gli sia neutro. È il fenomeno meglio conosciuto come *lex shopping* che alcune volte – come nel caso della riforma societaria italiana del 2004 che consente, ispirandosi alla logica dello *shopping* legislativo, alle società di scegliere il modello di *corporate governance* che ritengono più adeguato²⁷⁷ – vede gli stessi legislatori favorirlo e predisporre delle forme specifiche.

La terza ed ultima strategia consiste, infine, nella creazione di modelli giuridici, come quelli di diritto transnazionale e diritto sovranazionale, che implicano un modo diverso di relazionarsi con i territori ed i confini. Il diritto transnazionale e il diritto sovranazionale sono le due forme di diritto sconfinato per eccellenza in quanto “in

²⁷⁴ Cfr. Mattei U., *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2004, p.173.

²⁷⁵ Cfr. Cassese S., *Oltre lo Stato...* cit., p.98.

²⁷⁶ Afferma sul punto Pizzorusso A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, disponibile in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008, p.30: “La circolazione di modelli giuridici si realizza più spesso fra un paese che attraversa una fase più avanzata di sviluppo economico-culturale ed uno che si trova (...) in condizioni più arretrate (...) Nei casi in cui, il rapporto di dipendenza culturale risulta più forte, quali che ne siano le ragioni, si parla addirittura di trapianti di parti di ordinamento da un paese ad un altro”.

²⁷⁷ Si veda sul punto Galgano F., *La globalizzazione...* cit.

primo luogo (...) diritto che sconfinava, ossia che va oltre i limiti fissati: un diritto che travalica i tradizionali confini statali e che si apre a nuove estensioni, pur mantenendo un rapporto più o meno significativo con i territori: è questo il caso del diritto sovranazionale. In secondo luogo, il diritto può essere sconfinato in quanto addirittura senza confini, ossia non riducibile alla territorialità e ai confini, e dunque esorbitante, enorme, senza limiti o misure: ed è il caso del diritto transnazionale²⁷⁸.

Il cambiamento innescato dal processo di mondializzazione non concerne solamente la dimensione spaziale, ma anche quella temporale in cui possiamo riscontrare “una affermazione sempre più imperiosa del presente come dimensione temporale propria della globalizzazione. Una dimensione in cui il passato e le tradizioni, così come i rimandi al futuro, vengono entrambi risucchiati, nel nome di una dinamica sempre più accelerata²⁷⁹, naturalmente ciò comporta “una profonda perdita di senso delle istituzioni che ci ha consegnato il nostro recente passato²⁸⁰”.

Passando ai soggetti che sono protagonisti del panorama giuridico, ciò che si può subito notare è che la classica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, come del resto anche quella tra ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law*²⁸¹, viene decisamente meno.

Per quanto riguarda il superamento della distinzione tra diritto pubblico e privato – quale conseguenza principale del superamento della “grande dicotomia pubblico/privato²⁸²” a cui abbiamo fatto riferimento in precedenza – la diffusione di moduli giuridici ibridi rende tale discriminazione un retaggio del passato, che non ha alcun valore descrittivo in un panorama giuridico ormai mondializzato.

Un discorso simile può essere fatto con riferimento alla seconda dicotomia tra ordinamenti di *civil law* ed ordinamenti di *common law*, poiché si è assunta piena

²⁷⁸ Cfr. Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit., pp.24-25.

²⁷⁹ Si veda, a riguardo dell'aspetto temporale di tale cambiamento Ferrarese M.R., *Il diritto al presente...* cit., pp.9-10.

²⁸⁰ *Idem*, p.12.

²⁸¹ A tal proposito M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato...* cit., p.46, afferma, riferendosi alle nuove forme di diritto transnazionale e sovranazionale, che: “le nuove tipologie giuridiche (...) si pongono al crocevia tra due ben distinte tradizioni giuridiche dell'Europa: la tradizione di *civil law* e quella di *common law*”.

²⁸² Si veda Bobbio N., *La grande dicotomia...* cit.

consapevolezza del fatto che “le nuove tipologie giuridiche (...) si pongono al crocevia tra due ben distinte tradizioni giuridiche dell’Europa: la tradizione di *civil law* e quella di *common law*”²⁸³; ed inoltre l’incremento degli studi di diritto comparato ha evidenziato come “la contrapposizione fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, che in una certa fase storica era sembrata dotata di una importante forza discriminante, sia in realtà molto meno profonda di quanto fosse apparso alla luce dell’impostazione giuspositivistica”²⁸⁴.

Come abbiamo ampiamente dimostrato in precedenza, è ormai decisamente superata la posizione che vede nella sola statualità, o al massimo negli accordi tra gli Stati, l’origine del diritto – tanto da giungere ad affermare che in tale materia “dagli Stati si parte ed agli Stati si ritorna”²⁸⁵ – in quanto gli Stati hanno ormai chiaramente perso tale monopolio. Nel panorama mondializzato si muovono, oltre agli Stati, una molteplicità di soggetti – dalle organizzazioni internazionali alle varie corti, sia sovranazionali che di arbitrato, dalle organizzazioni non governative ai vari comitati di esperti – che, “pur potendo essere classificati in base al criterio pubblico/privato, spesso presentano un profilo non chiaro ed addirittura controverso”²⁸⁶, creano norme giuridiche globali. A conferma di ciò basta citare la centralità assunta, nel panorama giuridico globale, sia dall’istituto contrattuale sia dagli organi giurisdizionali.

Della tematica relativa alla centralità dei corpi giudiziari²⁸⁷ mi occuperò compiutamente in seguito. Al momento mi preme esclusivamente sottolineare il loro aumento quantitativo, il loro significativo cambiamento di ruolo – il giudice ormai produce ed applica nella pratica il diritto di cui ha bisogno – e, infine, il loro accentuato cosmopolitismo.

Il contratto, quale forma principale di diritto spontaneo, ha assunto un’indubbia centralità nella regolazione di un mondo sempre più complesso ed insofferente alle “pastroie giuridiche di leggi inefficaci”²⁸⁸. Non si tratta di una tendenza che riguarda solo il mondo del mercato, in quanto si può osservare la diffusione del paradigma

²⁸³ Cfr. Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit., p.46

²⁸⁴ Cfr. Pizzorusso A., *La produzione normativa...* cit., p.7.

²⁸⁵ Cfr. Irti N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, p.633.

²⁸⁶ Cfr. Ferrarese M.R., *Prima lezione...* cit., p.127.

²⁸⁷ Si veda sul tema Cassese S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

²⁸⁸ Cfr. Catania A., *Metamorfosi del diritto...* cit., p.66.

contrattualistico con finalità di ordine sociale²⁸⁹ e nell'ambito internazionalistico sia pubblico che privato, tanto da far parlare di “contratto al posto della legge”²⁹⁰.

²⁸⁹ È quella che Ferrarese M.R., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, definisce la “governance contrattuale”.

²⁹⁰ Si veda Galgano F., *La globalizzazione...* cit. Vi sono alcuni Autori – tra cui Catania A., *Metamorfosi del diritto...* cit., pp.66-67 – che hanno sollevato alcuni dubbi circa la bontà di tale “attivismo contrattualistico”, in quanto “le forme contrattuali che emergono (...) in verità sembrano essere assai lontane dal tipico antichissimo istituto del contratto, simbolo di un diritto dei *cives* che si sottrae al dominio statale. Laddove una rete di garanzie ordinamentali permettevano l'esplicazione del potere contrattuale dei singoli attraverso un retroterra di norme di controllo che *assicuravano* l'elemento fiduciario del rapporto, nell'attuale diffuso attivismo contrattuale – regole e stipulazioni giuridiche che si svolgono a livello orizzontale tra parti e che danno luogo (...) a decisioni che hanno incidenza sulle vite di cittadini di molti paesi – il mandato fiduciario e delegato senza specifiche garanzie”.

CAPITOLO SECONDO

LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINE INTERNAZIONALE, IL PLURALISMO COSTITUZIONALE ED IL COSTITUZIONALISMO SOCIETARIO: VERSO IL SUPERAMENTO DEL COSTITUZIONALISMO STATO-CENTRICO

SOMMARIO: 1. 'Frammenti costituzionali' al di là dello Stato tra mondializzazione dei diritti umani e protagonismo delle corti – 2. L'approccio cosmopolita all'ordine giuridico postnazionale e la costituzionalizzazione dell'ordine internazionale – 3. L'approccio pluralista al panorama giuridico postnazionale: riflessioni generali – 4. Il costituzionalismo societario nell'opera di Gunther Teubner: l'alternativa più 'estrema' al costituzionalismo stato-centrico

1. 'Frammenti costituzionali' al di là dello Stato tra mondializzazione dei diritti umani e protagonismo delle corti

L'insieme dei processi di cui mi sono occupato nel capitolo precedente, e più nello specifico quello della globalizzazione giuridica con il conseguente cambiamento del paradigma della sovranità statale non può non avere un notevole impatto anche sulle Costituzioni nazionali il cui presupposto è l'idea di uno Stato che, come ho avuto modo di sottolineare, è sempre meno sovrano. È naturale che se si modifica la premessa ontologica del concetto di Costituzione – costituita dal concetto di sovranità statale che, come è stato ampiamente messo alla luce, sta attraversando una fase di transizione evolvendo verso forme differenti – quest'ultimo non può, per forza di cose, rimanere invariato¹.

¹ Si veda su tali temi Bustos Gisbert R., *El constitucionalismo en red*, in D'Ignazio G., Russo A.M., *Il Diritto della cooperazione territoriale nel pluralismo costituzionale europeo*, in corso di pubblicazione. Sull'impatto del processo di mondializzazione sulle costituzioni e sul costituzionalismo

L'epoca contemporanea si caratterizza per l'apparizione di luoghi di esercizio del potere politico che vanno oltre lo Stato² e che, pur essendo stati creati nella stragrande maggioranza dei casi con il contributo degli Stati, non possono semplicemente essere considerati dei semplici prolungamenti di quest'ultimi.

Tali luoghi, limitatamente a quelle che sono le loro competenze, sviluppano un discorso costituzionale rendendo possibile l'individuazione di un costituzionalismo, o meglio di una serie di 'frammenti costituzionali', che va al di là dello Stato sotto una duplice accezione: da un lato varie problematiche a carattere costituzionale si pongono in una dimensione transnazionale, dall'altra assistiamo ad una privatizzazione della dimensione politica³. Per essere maggiormente accurati dal punto di vista definitorio, i suddetti luoghi svilupperebbero un discorso metacostituzionale in quanto tali centri di potere esercitano un potere limitato, un metapotere appunto, non avendo il carattere onnicomprensivo che in passato si riconosceva al potere statale⁴.

Per una corretta comprensione dei fenomeni in atto è necessario abbandonare quelle che Walker definisce le lenti statali⁵, ovvero quegli elementi dell'analisi costituzionale inseparabili dal concetto di Stato.

Uno degli elementi che ho precedentemente sottolineato come caratteristico dell'impatto dei processi di mondializzazione sul diritto è quello della rivoluzione spaziale. Tale cambiamento induce a fare i conti con forme di diritto sconfinato⁶ e riguarda naturalmente anche le Costituzioni moderne che "sono consegnate ad un paradossale destino. Per un verso esse, fondando e accompagnando gli Stati cosiddetti costituzionali nati dalla fine del Settecento, avevano precisi rapporti con i

si vedano, tra gli altri: Biaggini G., *La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.7, 2003; De Vega García P., *Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.100, 1998; Ruipérez J., *¿La Constitución en crisis? El Estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.120, 2003.

² Si veda Walker N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *The Modern Law Review*, Vol.65, n.3, 2002.

³ Si veda sul punto Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012.

⁴ Si veda Bustos Gisbert R., *El constitucionalismo en...* cit.

⁵ Si veda Walker N., *The Idea of Constitutional...* cit.

⁶ Si veda Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2006.

confini (...) per un altro verso, le Costituzioni hanno sempre avuto una tensione etica e l'ambizione di interpretare ragioni di carattere universalistico”⁷.

La nostra epoca si caratterizza per l'affievolimento dei legami delle Costituzioni con le istituzioni statali e il rafforzamento della suddetta tensione etica verso valori e principi a carattere universale, che possano dare risposta alle sfide di un mondo globalizzato in cui si avverte la pregnante necessità di riportare sotto il controllo di processi costituzionali globali le dinamiche derivanti sia dalle aggressive forze del capitalismo finanziario contemporaneo⁸, sia dall'instabilità dovuta da una scena politica internazionale caratterizzata da un multilateralismo che, non mi sembra eccessivo definire, confusionario. A fronte di ciò, come correttamente affermato da Luciani, “il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti (...) occorre rifuggire, insomma, i rischi di un costituzionalismo irenico che si limita a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali (...) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere”, bisognerebbe perciò evitare di “illuderci che il costituzionalismo abbia vinto una volta per tutte (Guantanamo, ricordiamolo, non è un incubo del passato, ma è qui ed oggi) e che la storia abbia una fine, alla quale abbiamo avuto in sorte di essere già arrivati”⁹.

In maniera analoga a quanto avvenuto con la creazione del paradigma dello Stato costituzionale di diritto, sarà compito principale del costituzionalismo mettere ordine in un panorama giuridico caratterizzato da vari centri di esercizio del potere variamente costituzionalizzati, da un lato disciplinando “the power of the emerging non-state polities by law”, dall'altro regolando “the relationship between the state and the other emerging (...) levels of governance and the issue of adequate allocation of competences so as to establish legitimacy and coherence of what we would like to call the whole ‘constitutional system’”¹⁰.

⁷ *Idem*, pp.104-105.

⁸ Si veda sul tema Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit.

⁹ Cfr. Luciani M., *Costituzionalismo irenico e polemico*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 2006.

¹⁰ Cfr. Cottier T., Hertig M., *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.7, 2003, p.298.

Ci si sta muovendo, quindi, verso un sistema costituzionale globale ben riassunto dall'immagine del puzzle costituzionale¹¹, le cui "tessere non corrispondono solo a testi costituzionali, ma anche a una molteplicità di altri percorsi e processi, che in vario modo si fanno portatori di esigenze di natura costituzionale"¹². In tale contesto assumono una rinnovata centralità le corti¹³ che "diventano fonti autoritative l'una per l'altra, indipendentemente da appartenenze statali e gerarchiche di fonti e questa zona di dialogo è indipendente dagli Stati (...) come se le appartenenze giuridiche evaporassero in nome di una nuova comunità giuridica mondiale"¹⁴.

I due elementi che analizzerò nel prosieguo del mio lavoro in quanto costitutivi di un costituzionalismo che va al di là dello Stato – o meglio espande le proprie potenzialità oltre i confini di una sua obsoleta concezione che pretende di "non usare il chinino solo perché non cresce nel proprio orto"¹⁵ – sono da un lato la tendenza universale alla tutela dei diritti umani e dall'altro la rinnovata centralità delle istituzioni giudiziarie. Naturalmente ciò non è affatto sufficiente a far parlare di una Costituzione globale, almeno se si spera di individuare al di là dello Stato i caratteri propri delle Costituzioni statali, è però innegabile che esista una "sostanza costituzionale, costituita dalla consacrazione di alcuni diritti fondamentali, dalla delineazione di una separazione di poteri o di funzioni, dall'istituzione di un sistema di garanzie"¹⁶.

Il processo di mondializzazione per come analizzato nel capitolo precedente ha condotto ad un'ampia convergenza tra i sistemi costituzionali nazionali¹⁷ sia nelle

¹¹ Si veda Ferrarese M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.

¹² Cfr. Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit., p.126.

¹³ Si veda Slaughter A.M., *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol.40, 2000.

¹⁴ Cfr. Ferrarese M.R., *Il diritto al presente...* cit., p.117 (corsivo non testuale).

¹⁵ L'autore della nota espressione – riportata da Cassese S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006 – è Rudolf Jhering.

¹⁶ Cfr. Cassese S., *Oltre lo Stato...* cit., p.188. Afferma sul tema Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit., p.125: "Si è reso qui evidente il carattere dinamico che ha assunto il diritto costituzionale, staccandosi sempre più dal tradizionale *status* di diritto racchiuso esclusivamente in testi: tanti testi quanti erano gli Stati. (...) Oggi invece, al di sopra e al di sotto dei testi costituzionali, non cessano di essere intessuti altri fili di natura costituzionale, che con i testi variamente si intrecciano e che talora li ridisegnano significativamente".

¹⁷ Sull'impatto della mondializzazione sui sistemi costituzionali nazionali si veda, tra gli altri, Müller J-W., *Three Constitutionalist Responses to Globalization*, in Tulis J.K., Macedo S., *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

strutture costituzionali che nella protezione dei diritti fondamentali, nell'ambito del più ampio fenomeno della circolazione di principi e valori comuni a livello globale¹⁸.

Tale circolazione è stata favorita sia dalla 'fioritura' di carte di protezione dei diritti a livello universale e regionale, ma anche e soprattutto dall'azione dei vari sistemi di garanzia giurisdizionale ideati nell'ambito delle suddette carte. La giurisprudenza di tali sedi giudiziarie è stata il vettore principale dell' 'inquinamento' dei sistemi costituzionali nazionali con principi e valori 'alieni', favorendo una progressiva convergenza e – nei casi di sistemi regionali di tutela dei diritti particolarmente strutturati¹⁹ – un'armonizzazione.

Il primo passo da fare allo scopo di approcciarsi ad una analisi del costituzionalismo – o meglio utilizzando le parole di S. Cassese della "sostanza costituzionale"²⁰ – individuabile al di fuori dello Stato-nazione è quello di individuare gli elementi caratterizzanti tale fenomeno.

La nozione di Costituzione²¹ – con i termini correlati costituzionalismo e costituzionalizzazione – è abbastanza controversa²², anche quando l'indagine viene

¹⁸ Sul tema si veda Tushnet M., *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, 2006. Afferma Law D.S., *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, in *Northwestern University Law Review*, Vol.102, n.3, 2008, p.1268, sull'impatto delle nuove tecnologie di comunicazione sul costituzionalismo: "Thanks to these advances, person who once interacted with each other rarely or with difficulty for reasons of time and space can now influence each other quickly and with ease. The spread of constitutional ideas has no doubt been facilitated by these developments. Commentators have remarked specifically upon the growth of legal cross-fertilization in the areas of human rights and constitutional law".

¹⁹ Sulla particolare natura delle carte dei diritti di carattere sovranazionale Ferrarese M.R., *Il diritto al presente... cit.*, p.171, sottolinea come tali strumenti siano diversi "sia dai tradizionali documenti costituzionali nazionali, sia dalle «carte» o «dichiarazioni» a carattere internazionale. La differenza da queste ultime è data da un più stringente rapporto con la sovranità, che fa apparire le carte sovranazionali come documenti giuridici vicini ad una valenza «positiva»".

²⁰ Cfr. Cassese S., *Oltre lo Stato... cit.*, p.188.

²¹ Su tale concetto e sulla sua evoluzione si veda, tra gli altri, Mortati C., *La costituzione in generale*, in *Una e indivisibile*, Milano, Giuffrè, 2007.

²² Affermano sul punto Crisafulli V., Sandulli A.M., *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani,1975: "Diversi sono i significati che la parola 'costituzione' assume nell'ambito del pensiero politico-giuridico: nel quale, d'altronde, al pari delle equivalenti espressioni che si ritrovano in altre lingue, deve considerarsi acquisizione relativamente recente. Diversi, un po' a causa della varietà (subiettiva) delle concezioni che ne sono state elaborate nella dottrina e dei relativi presupposti, anche di ordine gnoseologico e metodologico; molto, però, e soprattutto, per la ben più profonda ragione che, dietro la parola, non c'è – neppure circoscrivendo l'indagine al fenomeno 'Stato' quale si configura nell'era moderna – un solo, pur se complesso, oggetto (e già tale sua complessità giustificherebbe la varietà dei punti di vista dai quali è suscettibile di essere riguardato). Il fatto è che gli oggetti cui si allude, accomunandoli sotto il medesimo segno linguistico, sono più di uno, dando luogo, per ciò stesso, a concetti distinti e diversi (anche se tra loro interferenti e influenzantisi a vicenda, come si vedrà nel corso della esposizione)".

limitata al solo fenomeno statale; tale impossibilità di giungere ad una definizione condivisa è ancora maggiore ove si volga lo sguardo al panorama giuridico transnazionale. In tale contesto sembra opportuno non solo rendersi conto che il costituzionalismo non va inteso “in black-and white, all-or-nothing terms, but as a question of nuance and gradation”²³, ma anche che esso – oltre a non presupporre in alcun modo l’esistenza di una Costituzione scritta – si basa in maniera prevalente su “the interplay between social and institutional practices to which claims to legality, legitimacy and democracy are key”²⁴.

Oltre alla centralità assunta dai corpi giudiziari ed all’ampia tematica della tutela dei diritti umani di cui mi occuperò compiutamente in seguito, un ulteriore elemento da segnalare è il superamento della visione delle Costituzioni, a partire da quelle statali, come dotate di completezza. Tale operazione concettuale richiede in primo luogo l’abbandono delle “insidiose certezze della tradizione”²⁵ statualista che, pur dovendo fungere da punto di riferimento imprescindibile, non devono impedire l’osservazione delle nuove forme – postnazionali, post-territoriali e post-statali²⁶ – assunte dal costituzionalismo. Ciò risulta imprescindibile in quanto risulterebbe parecchio complicato trasferire un’idea di Costituzione costruita come norma suprema di un ente politico – lo Stato-nazione – con competenze teoricamente illimitate su un territorio limitato, ad una situazione come quella attuale caratterizzata da diversi poli di esercizio del potere che hanno nella stragrande maggioranza dei casi delle competenze esclusivamente settoriali²⁷.

²³ Cfr. Walker N., *The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key*, in de Búrca G., Scott J., *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p.33.

²⁴ Cfr. Wiener A., *Global Constitutionalism: Mapping an Emerging Field*, paper preparato per la conferenza *Constitutionalism in a New Key? Cosmopolitan, Pluralist and Public Reason-Oriented*, Berlino, 2011.

²⁵ L’espressione è del compositore Allevi G., *Classico Ribelle*, Milano, Rizzoli, 2011.

²⁶ Si esprime in tal modo Zumbansen P., *Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order*, in *Comparative Research in Law & Political Economy*, York University, 2011.

²⁷ Si veda sul punto Walter C., *Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in *German Yearbook of International Law*, 2001, p.194 che afferma: “Where legislation is directly taking place on the international sphere (law-making treaties), where representatives of governmental agencies meet in order to create an international network structure, or where regulation is left to private initiative, tasks move from the control of national public law to other legal arenas. Hence they are out of the reach of national constitutional law, which, consequently loses its claim to regulate comprehensively the exercise of public authority within the territorial limits of the state. The result is, on the one side, a proliferation of constitutions, because it is possible to speak of a constitution for each of the emerging

Conseguentemente a ciò è necessario superare la visione 'totale e totalizzante' delle Costituzioni nazionali²⁸ poiché, in un panorama giuridico estremamente complesso come quello attuale, esse non sono più capaci di garantire la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali; ciò è ancora più vero ove si rifletta sul fatto che la maggior parte delle violazioni in tale ambito vede come protagonisti persone che agiscono in nome e per conto dello Stato.

È possibile, a questo punto, iniziare l'analisi del primo 'macro-settore' che abbiamo indicato come costitutivo di un costituzionalismo che va al di là dello Stato.

L'ampia tematica della protezione sovranazionale ed internazionale di diritti umani – oltre ad essere una delle forme meglio sviluppate di diritto sconfinato²⁹ – rappresenta il caso paradigmatico di come alcune funzioni costituzionali – nel caso in analisi la limitazione del potere attraverso il principio del rispetto dei diritti umani – vengano esercitate non più solo a livello statale, ma anche – in talune situazioni di *deficit* democratici nazionali sarebbe il caso di dire soprattutto – a livello transnazionale³⁰; tanto da rendere palese come “no human problem transcends national

regimes. On the other side, the development implies a qualitative change of what is meant by the term 'constitution'”.

²⁸ Sul carattere parziale delle costituzioni contemporanee Walter C., *Constitutionalizing (Inter)national Governance...* cit., p.194 afferma: “Instead of continuing to constitute a comprehensive framework for the exercise of public authority, each of these constitutions is in fact only a 'partial constitution' for the regime concerned. At the same time, national constitutions are also reduced to partial constitutions within an emerging international network. They are incapable of regulating issues of governance beyond the nation state”. Su tal punto concorda Peters A., *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol.19, 2006, p.580: “Overall, state constitutions are no longer 'total constitution'. In consequence, we should ask for compensatory constitutionalization on the international plane. Only the various levels of governance, taken together, can provide full constitutional protection”.

²⁹ Si veda Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit., p.103, che afferma: “Nel primo significato, i diritti umani propongono una forma di diritto «sconfinato», poiché segnano il distacco dei diritti da quel passato in cui non conoscevano altro territorio che quello degli Stati (...) Nel suo secondo significato, l'aggettivo «sconfinati» apposto ai diritti umani indica l'intrinseca sconfinatezza del loro contenuto e del loro compito, poiché vogliono simboleggiare e presidiare una sorta di intoccabile essenza degli esseri umani e proteggerla da violazioni e crimini...”.

³⁰ Afferma sul punto Walter C., *Constitutionalizing (Inter)national Governance...* cit., p.196: “In national constitutional law, limiting public authority by means of human rights protection is one of the most important constitutional functions. Under the Westphalian structure, assuring human rights protection within the constitutional system of each state seemed to be a logical rule. Under the law of cooperation this was put into question to some extent”. Discutendo dell'ampia tematica della tutela dei diritti umani, si preferisce l'utilizzo del termine transnazionale, rispetto ad internazionale o sovranazionale. Tale scelta è dettata dalla condivisione dell'opinione di Ferrarese M.R., *Il diritto al presente...* cit., pp.166-169, che – proprio al fine di sottolineare come la questione dei diritti sia

boundaries to the degree that violations of human rights do, not only in terms of the causes, but also in the search for solutions”³¹.

Il cammino che ha portato al riconoscimento della tutela dei diritti umani³² è stato lungo, tortuoso e particolarmente discontinuo, conoscendo periodi di accelerazione e rallentamenti³³. Nelle grandi Dichiarazioni del passato – nello specifico in Inghilterra il *Bill of Rights* del 1689 ed in Francia la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 – così come in alcuni testi costituzionali nazionali – ad esempio le Costituzioni di alcuni Stati americani e la Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1789 – sono rinvenibili i prodromi del riconoscimento dei diritti dell'uomo quali pilastri dell'ordinamento giuridico, ma la svolta decisiva avviene alla fine del secondo conflitto mondiale³⁴.

È a partire da tale momento che la comunità internazionale, traumatizzata dagli immani orrori della guerra, prende coscienza del fatto che “la protezione di taluni

slegata dai vecchi schemi interpretativi che avevano nella sovranità e nella territorialità le loro chiavi di lettura – sottolinea come “lo spazio transnazionale è quello spazio mobile e cangiante disegnato e ridisegnato in continuazione dai soggetti che lo percorrono specialmente con le loro comunicazioni: comunicazioni sociali, giuridiche, politiche, economiche”. In un nuovo contesto mondializzato “le istituzioni giuridiche, che tradizionalmente erano legate al territorio statale, oltre a inseguire le dimensioni internazionali e sovranazionale, tentano l'impresa di installarsi anche nella dimensione transnazionale. Non a caso (...) vengono valorizzate quelle espressioni giuridiche che sono apolitiche, come il contratto (...) o come i diritti ...”.

³¹ Cfr. Crahan M., *Human Rights and Basic Needs in the Americas*, Washington, Georgetown University Press, 1982, p.ix.

³² Sull'ampia tematica della tutela dei diritti umani si vedano: Cassedy S., *Globalization and the Modern Conception of Human Rights*, in López-Alves F., Johnson D.E., *Globalization and Uncertainty in Latin America*, Basingstoke, Palgrave Mcmillan, 2007; McCrudden C., *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.20, n.4, 2000; Rodotà S., *Antropologia dell'homo dignus, lectio magistralis* tenuta presso l'Aula Magna dell'Università di Macerata in occasione del conferimento della *Laurea honoris causa*, 6 ottobre 2010. Sul lungo e tortuoso cammino dell'affermazione dei diritti dell'uomo si veda Bobbio N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p.45: “attraverso la diffusione delle dottrine giusnaturalistiche, prima, le dichiarazioni dei diritti dell'uomo, incluse nelle costituzioni degli stati liberali, poi, il problema segue la nascita, lo sviluppo, l'affermazione, in una parte sempre più ampia del mondo, dello stato di diritto (...) è anche vero che solo dopo la fine della seconda guerra mondiale questo stesso problema da nazionale è diventato internazionale, e ha coinvolto per la prima volta nella storia tutte le genti”.

³³ Afferma sul tema della discontinuità dello sviluppo della tutela internazionale degli individui e dei popoli, Cassese A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2005, p.16: “Un andamento (...) tutt'altro che lineare, nel quale i punti di discontinuità sono rappresentati da eventi catastrofici che hanno scosso l'umanità fin dalle fondamenta, e la hanno indotta a ripensare le strutture sociali e i modelli di vita esistenti”.

³⁴ Afferma sul punto Cassese A., *Diritto internazionale. II. Problemi della comunità internazionale*, Bologna, il Mulino, 2004, p.83: “A partire dal 1945, la dottrina dei diritti dell'uomo è apparsa sulla scena internazionale con conseguenze dirompenti (...) dopo la Seconda guerra mondiale, questa

diritti non potesse più essere abbandonata ai variabili umori degli affari interni dei singoli paesi”; ciò “indusse a puntare a uno strumento che ‘costituzionalizzasse’ i limiti al potere degli Stati su una serie di diritti spettanti agli individui”³⁵. Inizia quella che viene definita da Bobbio “l’età dei diritti”³⁶ – Allegretti utilizza l’appropriata espressione “mondializzazione dei diritti”³⁷ – che ha condotto ad un totale capovolgimento dei classici paradigmi del diritto internazionale, primo fra tutti l’esclusione dal panorama delle relazioni internazionali di quei soggetti che non fossero Stati sovrani ed indipendenti.

È indubbio che la dottrina dei diritti umani – per quanto si possa a lungo discutere sulla natura più o meno giuridica dei diritti riconosciuti³⁸ e sull’etnocentrismo di tale dottrina³⁹ – abbia “inevitably and irrevocably altered the main tenets of the traditional paradigm of International law. When the community of states accepted the idea of human rights it inadvertently let a Trojan horse into the strongly state-centred system of international relations”⁴⁰.

I documenti che costituiscono il nucleo essenziale di una prima forma di tutela dei diritti dell’uomo a livello sovrastatale sono: la Dichiarazione Universale dei Diritti

dottrina è divenuta per molti Stati uno dei postulati cui conformare le scelte di politica estera, un parametro di valutazione per guidare le proprie politiche all’interno di organizzazioni internazionali”.

³⁵ Cfr. Bussani M., *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2010, p.135.

³⁶ Si veda Bobbio N., *L’età dei diritti...* cit. Sul tema si veda inoltre Schiavello A., *La fine dell’età dei diritti*, in *Etica & Politica*, Vol.15, n.1, 2013.

³⁷ Si veda Allegretti U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta, 2002.

³⁸ Twining W., *General Jurisprudence...* cit., afferma – nel capitolo dal titolo *Human rights as moral, political and legal rights* – che i diritti umani sono stati osservati secondo cinque differenti prospettive: “a) *A species of evolving legal regimes* at national, international, regional, and other levels. (...) b) *Substantive moral theories: A set of universal moral standards* that apply to all people at all time and in all places, irrespective of their beliefs. (...) c) *Discourse theories*: for those who accept deeply rooted diversity of beliefs as a fact, a standard move has been to shift from substantive moral theories, including theories of rights, into discourse ethics. (...) d) *‘Subaltern’ perspectives: A body of political ideas and practices*, which has emerged not from abstract theorizing nor conscious law making, but from the largely local experiences of suffering of millions of people and from struggles against poverty, injustice, colonialism and other forms of deprivation and oppression. (...) e) *A Western colonial and neo-colonial ideology* that has been imposed by the West on the rest.” Sul tema delle modalità attraverso cui vengono fatti rispettare i diritti umani si veda Koh H.H., *How Is International Human Rights Law Enforced?*, in *Indian Law Journal*, Vol.74, 1999.

³⁹ Sull’ampio dibattito relativo alla maggiore o minore universalità dei diritti umani si rinvia alle pagine successive.

⁴⁰ Cfr. Bianchi A., *Globalization of Human Rights: The Role of Non-State Actors*, in Teubner G., *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p.182. Sul tema del rapporto tra sovranità e diritti si veda Giupponi T., *Sovranità degli stati versus sovranità dei diritti: sfere di immunità e giustizia internazionale*, in Mezzetti P., Pizzolo C., *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2012.

Umani del 1948; il Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966; il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

Prima di proseguire in una breve analisi dei suddetti documenti internazionali mi sembra necessario chiarire che, pur esistendo mezzi di tutela dei diritti umani maggiormente efficaci – si pensi alle varie carte regionali di protezione diritti umani ed ai relativi strumenti giurisdizionali pensati per assicurarne il rispetto – e delle convenzioni internazionali su tematiche specifiche, la mia scelta analitica è dettata dalla convinzione della centralità di tali documenti – al di là dei discorsi strettamente giuridici relativi alla loro minore o maggiore normatività⁴¹ – per aver essi avviato “un processo alla fine del quale i diritti dell’uomo dovrebbero essere non più soltanto proclamati o idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti anche contro lo stesso stato che li ha violati”⁴². Si tratta di un filo rosso che lega tali dichiarazioni successive al secondo conflitto mondiale agli strumenti di tutela regionale dei diritti – primi fra tutti i sistemi di tutela creati nell’ambito della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo del 1950 e della Convenzioni americana sui diritti umani del 1969 – per cui esiste una complementarità tra il livello universale e quello regionale in cui “il livello universale offre soprattutto una definizione dei diritti; viceversa, il livello regionale rappresenta la soluzione ottimale per risolvere il problema della loro applicazione”⁴³.

⁴¹ A tal proposito condivido l’opinione di Viola F., *Dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo ai Patti internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti*, in *Ragion Pratica*, Vol.6, n.11, 1998, pp.41-42, che afferma: “Il filosofo del diritto s’è fermato alla *Dichiarazione universale*, pago del fatto che Stati ben diversi sotto molti aspetti essenziali abbiano concordato sull’esistenza di diritti universali propri d’ogni essere umano. (...) le discussioni filosofiche sui diritti sono spesso rivolte alla loro definizione, alla loro catalogazione, alla loro fondazione o giustificazione, e sono, non rare volte, totalmente incuranti della pratica effettiva dei diritti. Il giurista, al contrario, tende a considerare la *Dichiarazione universale* come proclamazione retorica, priva di rilevante peso giuridico, e rivolge tutta la sua attenzione alle tecniche d’attuazione dei diritti sia a livello costituzionale sia a livello internazionale. Da questo punto di vista i Patti internazionali successivi alla *Dichiarazione* sono giuridicamente ben più importanti e, tuttavia, essi sono ancora privi di quell’ampia adesione che aveva caratterizzato la *Dichiarazione* stessa. Le proclamazioni di principio sono universali, ma scarsamente reali; gli atti d’applicazione sono reali, ma spesso privi di consenso generale. La tendenza del giurista è quella di smarrirsi nei complessi percorsi interni della pratica dei diritti, non riuscendo a volte a coglierne il senso unitario e l’orientamento di fondo. Bisognerebbe, pertanto, riuscire a coniugare l’atteggiamento del filosofo con quello del giurista senza, però, perdere al contempo l’universalismo dell’uno e la concretezza dell’altro”.

⁴² Cfr. Bobbio N., *L’età dei diritti...* cit., p.23.

⁴³ Cfr. Cassese A., *I diritti umani...* cit., p.52.

La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani⁴⁴ venne adottata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite dopo un lungo e travagliato dibattito con 48 voti a favore, 8 astensioni e nessun voto contrario. Già in seno alla Commissione dei diritti umani – organo creato per la stesura della Dichiarazione nel 1946 dal Consiglio economico e sociale – sorsero i primi contrasti relativi alla natura giuridica del documento, tanto che, di fronte all'impossibilità di addivenire ad un accordo, si scelse di approvare due documenti distinti: uno giuridicamente non vincolante, la Dichiarazione appunto, e l'altro giuridicamente vincolante, i successivi Patti del 1966.

In seno all'Assemblea Generale si vennero quindi a creare quattro raggruppamenti di Stati⁴⁵.

Il primo gruppo quello dei paesi occidentali si mostrò particolarmente propenso alla difesa dei diritti civili e politici proponendo “di proclamare sul piano interstatale le concezioni giusnaturalistiche che avevano ispirato i loro grandi testi politici interni”⁴⁶, dimenticando però i diritti economici e sociali, storicamente meno rilevanti nella propria tradizione costituzionale.

Il principale gruppo che si opponeva alle tesi delle liberal-democrazie occidentali – per motivi ideologici ma soprattutto geopolitici, dato che “la discussione che si dipanò alle Nazioni Unite sulla Dichiarazione fu in tutto e per tutto un pezzo di guerra fredda”⁴⁷ – fu quello dei paesi socialisti. Tale gruppo utilizzò il dibattito in Assemblea Generale col chiaro fine politico di mettere in difficoltà i paesi del blocco occidentale. Partendo dal presupposto che i diritti sanciti nella Dichiarazione fossero pienamente rispettati nel blocco sovietico⁴⁸, da un lato tali Stati sostennero l'inserimento di una serie di diritti maggiormente legati alla tradizione ideologica socialista, nonché di meccanismi di attuazione dei diritti sanciti; dall'altro proposero, senza successo, una serie di emendamenti volti a limitare i diritti sanciti non solo col

⁴⁴ Si veda sulla Dichiarazione Universale il contributo di Oraá J., *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, in Gómez I.F., Pureza J.M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

⁴⁵ Si veda sul punto Cassese A., *I diritti umani...* cit.

⁴⁶ *Idem*, p.34.

⁴⁷ Cfr. Cassese A., *I diritti umani...* cit., p.33.

⁴⁸ Si esprime in tal senso Andrej Višinskij delegato sovietico presso l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

pretesto di evitare di “portar acqua al mulino del fascismo”⁴⁹, ma in realtà per salvaguardare la sovranità statale.

Oltre a questi due gruppi principali furono attivi in assemblea sia il gruppo dei paesi asiatici e musulmani, il cui contributo alla Dichiarazione Universale fu peraltro veramente scarso, sia il raggruppamento dei paesi latinoamericani che, pur potendo essere ideologicamente ricondotti al gruppo dei paesi occidentali, “sostennero a spada tratta la causa dei diritti umani ed in qualche occasione (...) furono più coraggiosi dei paesi industrializzati dell'Occidente, suggerendo soluzioni e propugnando formule che anche l'Occidente esitava ad accettare”⁵⁰.

L'adozione del Patto Internazionale sui diritti civili e politici e di quello sui diritti economici, sociali e culturali si dovette, come già accennato in precedenza, ai contrasti tra il blocco occidentale e quello socialista in sede di Commissione dei diritti umani che impedirono l'approvazione di un unico trattato generale sui diritti umani, in quanto da un lato i paesi del blocco occidentale preferivano – e riuscirono alla fine ad imporla – l'approvazione di due Patti differenti⁵¹ – uno per i diritti di prima generazione ed un altro per quelli di seconda generazione – dall'altro i paesi socialisti sottolineavano l'indivisibilità dei diritti umani. La visione occidentale, coerentemente alla tradizione costituzionale di quei paesi, si basava sulla convinzione che solo i diritti di prima generazione, ovvero quelli civili e politici, erano immediatamente esigibili, mentre quelli di seconda generazione – diritti economici, sociali e culturali – avevano un mero valore programmatico e quindi non potevano essere in alcun modo garantiti per via giudiziaria.

A causa di tali contrasti politico-ideologici, del raddoppiamento del numero dei membri dell'Organizzazione delle Nazioni Unite tra il 1954 ed il 1966, grazie ai processi di decolonizzazione, e nonostante la Commissione dei diritti umani avesse presentato già nel 1954 le bozze dei due Patti, l'approvazione avvenne più di dieci anni più tardi e gli strumenti normativi entrarono in vigore solo nel 1976.

⁴⁹ Cfr. Cassese A., *I diritti umani...* cit., p.36.

⁵⁰ Cfr. Cassese A., *I diritti umani...* cit., p.33 (corsivo non testuale).

⁵¹ Sul punto si vedano: Novak M., *El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, in Gómez I.F., Pureza J.M., *La protección internacional...* cit.; Milá Moreno J., *El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, in Gómez I.F., Pureza J.M., *La protección internacional...* cit.

Un'indagine specifica sul contenuto e sui meccanismi di protezione, invero scarsamente efficaci⁵², dei documenti universali a tutela dei diritti umani esula dai fini del mio lavoro. Mi dedicherò, piuttosto, all'analisi dei due profili maggiormente problematici dei documenti in questione: la loro natura giuridica e la maggiore o minore universalità dei diritti ivi proclamati.

Per quanto concerne il primo punto relativo alla natura giuridica della Dichiarazione Universale⁵³ e dei Patti del 1966 – quindi alla loro vincolatività – se si adotta un approccio che si fermi esclusivamente al dato formale è chiaro che nel caso della Dichiarazione siamo di fronte ad un atto programmatico incapace di vincolare se non con blandi strumenti di *moral suasion*, mentre i Patti del 1966 sono degli strumenti giuridicamente vincolanti.

Un giudizio sulla Dichiarazione che tenesse in considerazione solo gli aspetti formali legati alla vincolatività dello strumento normativo sarebbe tuttavia ingeneroso e trascurerebbe colpevolmente le conseguenze politico-culturali che da essa sono scaturite ed inoltre nasconderebbe il suo grosso merito di aver portato e mantenuto la questione dei diritti umani al centro del dibattito internazionale. Tale visione eccessivamente formalistica, inoltre, non terrebbe in debito conto il fatto che da un lato l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha utilizzato la Dichiarazione come fosse uno strumento giuridicamente vincolante, dall'altro gli Stati non hanno mai opposto alcuna resistenza a tale *modus operandi*⁵⁴; a ciò si aggiunga che il

⁵² Afferma Cassese A., *I diritti umani...* cit., p.102. “Nel complesso i meccanismi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani costituiscono una rete di protezione vasta (si tratta di Convenzioni ampiamente ratificate), ma sicuramente non molto efficace”.

⁵³ Afferma a tal proposito Zanghì C., *Diritti dell'uomo (protezione internazionale dei)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989: “Nel 1962, il Segretario generale, a richiesta della Commissione dei diritti dell'uomo, formulò il parere secondo il quale “nella prassi dell'Organizzazione, una ‘dichiarazione’ è uno strumento formale e solenne che si giustifica in rare occasioni quando si enunciano principi di grande rilevanza e di stabile validità, come nel caso della Dichiarazione dei diritti dell'uomo. La raccomandazione è invece un atto meno formale. Al di fuori di tale distinzione non esiste altra differenza sotto il profilo strettamente giuridico tra una raccomandazione e una dichiarazione. Ambedue gli atti sono adottati mediante una risoluzione di un organo dell'ONU ed in quanto tali non possono essere considerati obbligatori per le parti, almeno nel senso in cui lo sono un accordo, un trattato internazionale. Considerata tuttavia la solennità ed il significato più ampio di una dichiarazione, si può sostenere che l'organo che l'ha adottata manifesta in tal modo il vivo desiderio che gli Stati membri della comunità internazionale la rispettino.”

⁵⁴ Afferma sul punto Viola F., *Dalla Dichiarazione Universale...* cit.: “Di fatto, cioè per consuetudine, la *Dichiarazione universale* è stata considerata dalle Nazioni Unite come obbligatoria per gli Stati membri, tant'è vero che è stata più volte invocata per accusarli di aver violato obblighi che gli stessi si erano assunti adottandola (cfr., ad esempio, la risoluzione 1514 (XV) del 14.12.1960 a proposito dell'indipendenza dei paesi e dei popolo coloniali e la risoluzione 1904 (XVIII) del 20.11.1963 a

documento è stato più volte richiamato in decisioni giudiziarie di organi nazionali ed internazionali nonché in accordi internazionali e testi costituzionali nazionali. Ciò induce ad affermare con una certa dose di sicurezza che ci troviamo davanti ad una fonte di *jus cogens*⁵⁵ – ovvero “una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere”⁵⁶ – e di obbligazioni *erga omnes*, ovvero “the obligations of a State towards the International community as a whole”⁵⁷.

Siamo chiaramente di fronte ad uno dei segni principali dell'esistenza di frammenti squisitamente costituzionali che possono essere individuati al di là dello Stato. Ciò viene suffragato dalla semplice riflessione che le norme di *jus cogens* da cui derivano obbligazioni *erga omnes* – mi sto riferendo al diritto internazionale dei diritti umani – sono “manifestazioni di valori universali (...) che prescindono dall'elemento del consenso dello Stato ed esprimono la loro forza vincolante anche nei confronti degli Stati non consenzienti. Tali genuine norme costituzionali sorgono nel processo di trasformazione del diritto internazionale da un mero ordinamento contrattuale di Stati sovrani a un ordinamento giuridico indipendente, che si crea esso stesso il proprio fondamento nell'*ordre public transnational* con norme di carattere costituzionale. È proprio e solo questa costituzionalizzazione a consentire al diritto internazionale di fare cose impensabili per un mero ordinamento contrattuale tra stati, privo d'un compiuto ordinamento giuridico – arrivando fino a produrre norme vincolanti anche contro l'espressa volontà degli stati contraenti, (norme) che si

proposito dell'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale). D'altra parte la *Dichiarazione universale* si può considerare anche come un'interpretazione autentica dei principi stabiliti dallo stesso Statuto dell'ONU e in questo senso sarebbe fornita di un fondamento pattizio indiretto, confermato dal conferimento all'ONU di poteri sempre più ampi in materia di diritti e dall'accettazione esplicita o tacita delle decisioni relative. Solitamente gli Stati accusati di violazione della Carta dei diritti non eccepiscono di non essere obbligati a rispettarla, ma di essere ingiustamente imputati.”

⁵⁵ Sul punto concorda gran parte della dottrina internazionalistica, si veda, tra gli altri, Verdross A., *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, in *American Journal of International Law*, Vol.60, 1966. Per approfondire circa il contenuto materiale del *jus cogens* si veda Cançado Trindade A.A., *Jus Cogens: the Determination and the Gradual Expansion of its Content in Contemporary International Case-Law*, disponibile in www.oas.org.

⁵⁶ Si veda l'art.53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

legittimano non in base ai trattati fra Stati, bensì a partire dall'orientamento verso il bene comune dell'ordinamento giuridico”⁵⁸.

Lo studio degli strumenti universali di tutela dei diritti umani conduce ad un'ulteriore riflessione relativa al profilo dell'universalità di tali documenti in quanto alla “loro matrice euro-americano-centrica” viene spesso fatta risalire “l'insufficiente salvaguardia operativa offerta ai diritti umani su scala globale”⁵⁹.

E' certo innegabile che la scienza giuridica occidentale abbia sempre coltivato delle tendenze all'universalismo sui grandi temi etici, ma tale ‘volontà ecumenica’ è stata spesso accompagnata da una scarsa conoscenza delle tradizioni politico-giuridico-religiose delle altre tradizioni culturali e dalla convinzione che il proprio modo di vivere sia migliore e più civile di tutti gli altri, cosicché più che di tendenze all'universalismo sarebbe più corretto parlare di etnocentrismo⁶⁰. Ciò rischia di mettere seriamente in crisi il diritto dei diritti umani non solo nei rapporti tra ordinamenti giuridici appartenenti a tradizioni differenti, ma anche all'interno delle stesse società liberaldemocratiche occidentali che si caratterizzano per essere sempre più multiculturali ed eticamente plurali. Queste brevi considerazioni ci inducono a concordare con l'opinione di A. Cassese per il quale “l'universalità è, per ora, un mito”⁶¹; non si tratta di sfiducia nella possibilità di raggiungimento di una ampia condivisione sul tema – in quanto “se non si ha la minima fiducia, la partita è persa prima di cominciare”⁶² – ma della consapevolezza che “la storia dei diritti umani è la storia dei tempi lunghi”⁶³. Se da un lato è vero che l'universalità dei diritti rappresenta una mito e che “i grandi testi che sanciscono la tutela universale dei diritti umani siano di matrice occidentale e giusnaturalistica”⁶⁴, altrettanto bizzarra appare la preoccupazione rispetto all'imperialismo morale dei testi di tutela universale dei diritti umani in quanto “disconosce il concorso dei paesi occidentali ed

⁵⁷ Si tratta della definizione della Corte Internazionale di giustizia nel famoso *dictum* del 1970 sul caso *Barcelona Traction*.

⁵⁸ Cfr. Teubner G., *Costituzionalismo della società transnazionale*, relazione al XXVIII convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2013 (corsivo non testuale).

⁵⁹ Cfr. Bussani M., *Il diritto dell'Occidente...* cit., p.141.

⁶⁰ Sul tema si veda Twining W., *Human Rights: Southern Voices. Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai and Upendra Baxi*, in *Review of Constitutional Studies*, Vol.11, n.2, 2006.

⁶¹ Cfr. Cassese A., *I diritti umani...* cit., p.61.

⁶² Si veda Bobbio N., *L'età dei diritti...* cit.

⁶³ *Idem*.

orientali, del nord e del sud del mondo, nella stesura del loro catalogo nella Dichiarazione Universale, ma, soprattutto ignora che quella dei diritti è la dottrina che più di ogni altra è laicamente improntata al rispetto del pluralismo culturale e morale”⁶⁵. Tale dottrina “è il frutto di più ideologie: il punto di incontro e di raccordo di concezioni diverse dell'uomo e della società”⁶⁶.

La necessità – a fronte dei *cleaveges* culturali e religiosi in cui è suddivisa la comunità internazionale, e delle diverse concezioni filosofiche dei diritti umani che sono venute fuori *ab initio* nel processo di approvazione dei grandi testi universali – è di riuscire a dosare una buona quantità di universalismo, “nella forma di una concezione transnazionale ed ubiqua dei diritti”⁶⁷, con un doveroso relativismo, “nella forma del rispetto per le (o adesione alle) differenze culturali e giuridiche locali”⁶⁸, avendo sempre come punto di riferimento il convincimento che “culture e tradizioni giuridiche non si possono imporre, né sono in grado di transitare verso le nostre visioni nello spazio temporale di una notte, né di una guerra”⁶⁹.

Tale approccio può sembrare ambiguo nel voler conciliare ciò che appare, a primo acchito, inconciliabile – l'universale ed il particolare – ma, nella prospettiva analitica suggerita nella mia ricerca, ho bene a mente come i fenomeni complessi – ed è questo certamente il caso della “mondializzazione dei diritti”⁷⁰ – siano sempre pieni di ambiguità, di elementi costitutivi che suggeriscono conclusioni analitiche antitetiche. Ciò è ancor più vero per l'ampio settore della tutela universale dei diritti, in cui – riportando le splendide parole di Bobbio – “rispetto alle grandi aspirazioni dell'uomo siamo già troppo in ritardo. Cerchiamo di non accrescerlo con la nostra sfiducia, con

⁶⁴ Cfr. Cassese A., *I diritti umani...cit.*, p.64.

⁶⁵ Cfr. Mazzaresse T., *Minimalismo dei diritti: “ragionevole apologia” o insidiosa delegittimazione?*, in *openfiler.jus.unibs.it*, 2006, p.7.

⁶⁶ Cfr. Cassese A., *La Dichiarazione universale dei diritti umani. Quaranta anni dopo*, in Cassese A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p.47. Sul punto concorda Ignatieff M., *Human Rights as Idolatry*, in Gutmann A., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p.64, che afferma: “Many traditions, not just Western ones, were represented at the drafting of the Universal Declaration of Human Rights (...) and the drafting committee members explicitly construed their task (...) as different religious, political, ethnic, and philosophic backgrounds (...) the secular ground of the document is not a sign of European cultural domination so much as a pragmatic common denominator designed to make agreement possible across a range of divergent cultural and political viewpoints”.

⁶⁷ Cfr. Bussani M., *Il diritto dell'Occidente... cit.*, p.148.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. Bussani M., *Il diritto dell'Occidente... cit.*, p. 126.

⁷⁰ Si veda Allegretti U., *Diritti e Stato... cit.*

la nostra indolenza, con il nostro scetticismo (...) La storia, come sempre, mantiene la sua ambiguità procedendo verso due direzioni opposte: verso la pace o verso la guerra, verso la libertà o verso l'oppressione. La via della pace e della libertà passa certamente attraverso il riconoscimento e la protezione dei diritti"⁷¹.

Il secondo elemento costitutivo di un costituzionalismo che mostra sempre di più la propensione a superare i confini statali ed a muoversi agevolmente in un panorama ultrastatale è dato dal nuova centralità assunta dai corpi giudiziari. In panorama globalizzato in cui non esiste un potere centrale capace di riportare armonia nel 'caos pluralistico' di organismi ed istituzioni di vario tipo che agiscono nei medesimi ambiti materiali con competenze spesso sovrapposte, "la proliferazione dei tribunali può essere considerata un modo per superare la frammentazione degli ordini giuridici settoriali e creare un tessuto connettivo costituito da principi comuni"⁷².

Uno dei settori in cui emerge maggiormente quella che viene definita "l'ubiquità giudiziaria"⁷³ è certamente quello della tutela dei diritti umani in cui si è sempre più diffusa l'idea che non esistano, e non debbano esistere, degli spazi in cui tali diritti non vengano in qualche modo presidiati, anche nei punti più remoti della Terra. Si è venuta a creare una comunità epistemica dei giudici allo scopo della ricerca – nel panorama giuridico postnazionale e più nello specifico in una materia strettamente costituzionale come la tutela dei diritti dell'uomo – di "un nuovo ordine globale"⁷⁴. Le varie corti nel mondo che si occupano di una questione apolide come quella dei diritti umani sono in continua comunicazione reciproca, al di là dell'ambito territoriale in cui operano, generando anche in ambito costituzionale quel fenomeno – definito dalla dottrina giuridica anglosassone *judicial globalization* – per cui "high court judges (whether international, regional, or national) entering into a global conversation by referring to and borrowing from each other and – similar to political

⁷¹ Cfr. Bobbio N., *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, in Bobbio N., *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999, pp.439-440.

⁷² Cfr. Cassese S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine mondiale*, Roma, Donzelli Editore, 2009, p.8.

⁷³ Cfr. Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit., p.117.

⁷⁴ Si veda Cassese S., *I tribunali di Babele...* cit.

leaders – gathering information as they see each other at special meetings or even at summits”⁷⁵.

Prima di soffermarmi sul tema del dialogo tra le corti mi sembra necessario occuparmi brevemente, a mò di introduzione al tema, della rinnovata centralità dell'istituzione giudiziaria e della sua proliferazione nel panorama sovrastatale⁷⁶.

I processi di mondializzazione descritti in precedenza hanno nella mutevolezza temporale una delle loro principali caratteristiche, la realtà economico-sociale cambia velocemente ed il mondo del diritto non può, e soprattutto non deve, rimanere indietro affidandosi a strumenti di regolazione come quelli legislativi caratterizzati da una intrinseca staticità. Alla luce di ciò, analogamente a quanto già avveniva a riguardo del ruolo normativo della giurisprudenza nei paesi di *common law*⁷⁷, “pur nell'ambito di un sistema a diritto legislativo, entro il quale il giudice è a rigore vincolato dalla legge, la giurisdizione sia funzione creativa del diritto e non soltanto applicativa del diritto prodotto per legge, è convincimento a tal punto diffuso da poterlo considerare come dato di cultura giuridica ormai acquisito”⁷⁸.

La nuova centralità assunta del potere giudiziario è, dunque, in primo il luogo la risposta ai bisogni provenienti da un panorama giuridico mondializzato – caratterizzato da “una situazione di rarefazione dell'universo normativo, con

⁷⁵ Cfr. Baudenbacher C., *Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles?*, in *Texas International Law Journal*, Vol.38, 2003, p.505.

⁷⁶ Sulla questione relativa all'aumento del numero delle Corti e dei Tribunali Internazionale esiste un interessante *network* di ricercatori – inizialmente creato nel 1997 nell'ambito una collaborazione accademica tra il Center on International Cooperation della New York University, la londinese Foundation for International Environmental Law and Development ed il Center for International Courts and Tribunals dell'University College di Londra – dal nome *Project on International Courts and Tribunals*, nel cui sito internet è disponibile una ricca bibliografia, nonché numerose ricerche, sul tema.

⁷⁷ Afferma sul punto Eisenberg M.A., *La Natura del Common Law*, Milano, Giuffrè, 2010, pp.82-83: “Il ragionamento per precedenti è forse il modo più caratteristico di ragionamento in common law. Di fatto, i commentatori che parlano di un «caso semplice» in common law di solito hanno in mente un caso che può essere deciso semplicemente attraverso l'applicazione di una regola stabilita in un precedente vincolante”.

⁷⁸ Cfr. Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, p.119. L'Autore afferma lucidamente (p.140): “Continuiamo a proclamarci interpreti della legge e ad elaborare teorie sulla sua interpretazione; ma ci troviamo di fatto ad operare, sempre più frequentemente, come interpreti della sentenza (e del contratto). La legge, nel senso pieno dell'espressione, è ormai una specie alquanto rara, e la funzione di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà è sempre più largamente svolta dal giudice (o è svolta dalla modellistica contrattuale)”.

l'insediamento del diritto in un flusso comunicativo continuo e multipolare”⁷⁹ – che ha bisogno di dare risposte celeri incompatibili con la ‘lenta logica’ della legislazione; “ovviamente questa affermazione dell’istituzione giudiziaria acquista tanto più peso politico e significato giuridico nei paesi dominati da una cultura giuridica positivista: qui vi è un rapporto diretto tra l’ascesa dell’istituzione giudiziaria e la perdita di terreno della legislazione”⁸⁰.

Seguendo la ricostruzione della Ferrarese⁸¹ è possibile individuare ulteriori ragioni, oltre alla sopracitata, alla centralità dell’istituzione giudiziarie ed al motivo per cui, soprattutto nel panorama sovrastatale, “(...) lentamente (molto lentamente), il diritto prende il posto della politica nell’arena globale. Se prima si era passati dalle spade alle feluche, ora si passa dalle feluche alle toghe”⁸².

La prima di tali motivazioni è da ricondurre alla crisi delle istituzioni rappresentative che si manifesta sia come crisi della rappresentanza politica che come crisi della legittimazione la quale causa “la difficoltà a praticare in sede parlamentare sintesi di interessi in società ad alta complessità e sempre meno omogenee”⁸³. Il compito di tale sintesi, e la ricerca continua di un equilibrio dinamico del sistema, passa dalla politica al giudiziario, sicché “la giurisdizione appare (...) sfuggire definitivamente alla sua tradizionale configurazione ancillare, per apparire sotto le nuove spoglie di un soggetto istituzionale che contraddice la tradizionale unità dello Stato”⁸⁴.

In secondo luogo, come già più volte accennato in precedenza, uno degli elementi attraverso cui il potere giudiziario ha acquistato una rinnovata centralità nel panorama giuridico contemporaneo è quello dell’essere divenuto protagonista, partendo dalla centralità dei diritti umani, del processo di ‘costituzionalizzazione’ dell’ordine giuridico globale. Tale fenomeno, particolarmente accentuato nel caso

⁷⁹ Cfr. Ferrarese M.R., *Il diritto al presente...* cit., p.196.

⁸⁰ Cfr. Ferrarese M.R., *Il diritto al presente...* cit., p.189. L’Autore continua affermando (p.190): “(...) è il rapporto che esiste tra i moduli temporali di riferimento di legge e giurisdizione che si inverte. Se le norme che dominavano nello Stato «legislativo» erano «pensate per durare», oggi al protagonismo della giurisdizione è affidata la capacità di ricollocare nel presente le previsioni legislative, e quasi di ridefinirle, trovando le dizioni adatte al singolo caso: la giurisdizione riafferma le ragioni del presente in un contesto giuridico fluido, mutevole e multipolare”.

⁸¹ Si veda Ferrarese M.R., *Il diritto al presente...* cit.

⁸² Cfr. Cassese S., *I tribunali di Babele...* cit., p.5.

⁸³ Cfr. Ferrarese M.R., *Il diritto al presente...* cit., p.204.

della Corte europea di giustizia, riguarda, con tratti più o meno marcati, tutti i sistemi di regolazione presenti nel panorama globale⁸⁵, in cui vengono sconvolte le vecchie connotazioni gerarchiche che davano ordine alle interazioni tra le diverse corti nel piano nazionale come su quello ultrastatale. Si viene perciò a creare un sistema improntato all'orizzontalità in cui l'importanza del singolo corpo giudiziario non viene più determinato solo in maniera gerarchica, ma "si afferma via via anche sulla base di prestazioni che conquistano «sul campo» prestigio e seguito"⁸⁶. I rapporti tra i vari corpi giudiziari vengono regolati non più da rigide separazioni gerarchiche, ma "da alcune «dottrine», che consentono la cooperazione, agendo da «frizione», per collegare e scollegare i sistemi giuridici, o da «collante», per tenerli insieme, o da artificio retorico, per consentire più agevolmente rinunce"⁸⁷. Lo scopo è quello di superare la frammentazione dell'ordine giuridico globale e "i giudici nello svolgere la funzione indicata, finiscono per ricoprire un ruolo diverso dalle corti operanti in ambiti puramente nazionali. In questi ultimi, essi agiscono come limite degli altri poteri. Nell'arena globale non vi sono altri poteri ai quali opporsi e le corti operano come organi chiamati a completare l'ordinamento"⁸⁸.

Ritornando al tema del cosiddetto dialogo tra le corti, si tratta di uno delle grandi aree tematiche del diritto pubblico contemporaneo in cui "è agevole ammettere che si assiste all'accelerazione di un *processo di diffusione*, che in realtà anche se con varia intensità è sempre esistito nei rapporti tra ordinamenti, consistente nel disseminarsi di principi e regole che si presentano oggettivamente come *modelli* da tenersi presenti

⁸⁴ *Idem*, p.207.

⁸⁵ Per avere una idea di massima del numero delle istituzioni giudiziarie presenti nel panorama globale si veda la carta sinottica disponibile sul sito web del già citato *Project on International Courts and Tribunals* (www.pict-pcti.org) che individua 125 corpi giudiziari. Si tenga in considerazione che il numero totale è di molto superiore in quanto la mappa raggruppa solo i corpi giudiziari internazionali che rispondono a determinate caratteristiche: la permanenza dell'istituzione; l'indipendenza dei giudici; il lavorare sulla base di procedure predeterminate; l'obbligatorietà delle decisioni; l'occuparsi di dispute tra due o più soggetti, di cui almeno uno è uno Stato o un'organizzazione internazionale.

⁸⁶ Cfr. Ferrarese M.R., *Il diritto al presente...* cit., p.228.

⁸⁷ Cfr. Cassese S., *I tribunali di Babele...* cit., p.10. Secondo l'Autore queste dottrine sono: i contro limiti; il margine di apprezzamento; la distinzione tra supremazia e primazia; l'utilizzo di norme interposte; l'effetto diretto e l'interpretazione conforme; i rinvii tra regimi regolatori; la protezione equivalente; la divisione dei compiti; la sussidiarietà.

⁸⁸ *Idem*, p.100.

ed imitarsi”⁸⁹. Si tratta, quindi, di un fenomeno non del tutto nuovo che ha avuto una diffusione ancora maggiore in seguito ai processi di globalizzazione giuridica; naturalmente le differenze esistenti tra i vari ordinamenti giuridici fanno sì che le modalità di tale *transjudicial communication*⁹⁰ siano estremamente variegate. Nonostante ciò è possibile individuare delle caratteristiche comuni ai vari sistemi giuridici per cui si suole distinguere tra: un *horizontal communication* che “takes place between courts of the same status, whether national or supranational, across national o regional borders”⁹¹; una *vertical communication* che “takes place between national and supranational courts”⁹²; e, infine, una *mixed vertical-horizontal communication* che avviene, ad esempio, quando i tribunali sopranazionali fungono da *medium* nella comunicazione orizzontale tra due corti costituzionali nazionali.

Uno degli ambiti in cui il dialogo tra le corti è maggiormente sviluppato è, ancora una volta, quello della tutela dei diritti umani. In tale settore la creazione di numerosi regimi regionali di tutela ha reso tale comunicazione imprescindibile per il loro funzionamento; ciò è possibile in quanto il rispetto dei sistemi convenzionali di tutela dei diritti umani è spesso garantito attraverso l’operatività di un organo giurisdizionale, conseguentemente si viene a creare un necessario dialogo tra l’istanza giurisdizionale sovranazionale e le corti nazionali ed inoltre una “tendenza all’omogeneizzazione dei regimi”⁹³. È particolarmente accentuata in tali meccanismi di tutela, come in tutti quei sistemi internazionali particolarmente strutturati che prevedono dei tribunali utili a garantire il rispetto delle regole, la cosiddetta *cross-fertilization*⁹⁴ – attraverso comunicazioni orizzontali, verticali e miste tra le corti – ovvero quel fenomeno per cui alcuni principi giuridici comuni circolano in diversi

⁸⁹ de Vergottini G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010, p.20. Sul tema del dialogo tra le corti si veda l’interessante contributo di Caponi R., *Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo*, in Barsotti V., Varano V., *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell’ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

⁹⁰ Si veda sul punto Slaughter A-M., *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, 1994.

⁹¹ *Idem*, p.103.

⁹² *Idem*, p.106.

⁹³ Cfr. de Vergottini G., *Oltre il dialogo... cit.*, p.25.

⁹⁴ Slaughter A-M., *A Typology of Transjudicial... cit.*, p.118 afferma sul tema: “As the metaphor of cross-fertilization suggests, the court that is the source of legal rules or principles in question casts them into the transnational winds without any particular knowledge of, or concern for, where they will land”.

ambiti materiali tra i differenti corpi giudiziari, non perché vi siano delle motivazioni specifiche – di ordine gerarchico o di altro tipo – che inducono o obbligano tale circolazione, ma esclusivamente per la particolare forza persuasiva, o meglio ‘efficacia persuasiva’, tipica delle buone idee.

La centralità del tema della tutela transnazionale dei diritti umani – così come l'importanza dei corpi giudiziario nel panorama giuridico mondializzato, nonché la loro complementarietà – viene dimostrato da un lato dall'accelerazione dello sviluppo delle giurisdizioni penali universali, che vede “speciali corti di giustizia, chiamate ad operare secondo diritto non solo nei confronti degli Stati, ma anche nei riguardi degli individui”⁹⁵ per sanzionare crimini di guerra, contro l'umanità e di genocidio; dall'altro dallo sviluppo della dottrina della giurisdizione universale, ovvero la competenza di qualsiasi Stato di sanzionare quelle condotte offensive dei principi cardine dell'intera comunità internazionale.

Entrambi gli sviluppi dimostrano come da un lato ci sia un ordine giuridico universale con dei precisi principi di valenza costituzionale da tutelare e dall'altro come i diversi sistemi giurisdizionali, dal livello nazionale a quello internazionale, siano lo strumento principale di tale tutela.

Per quanto concerne le corti speciali internazionali⁹⁶ la pratica iniziò nel 1945 con il processo di Norimberga, continuando poi nel 1946 con il processo di Tokio; ma è nell'ultimo ventennio che l'istituzione di un tribunale internazionale è divenuta pratica comune a tutte quelle situazioni di conflitto in cui si è configurata la violazione del *ius in bello*, fino all'istituzione della Corte penale internazionale⁹⁷, il cui trattato istitutivo – meglio conosciuto come Statuto di Roma – fu approvato il 17 dicembre 1998 dalla Conferenza diplomatica di Roma ed entrò in vigore, al raggiungimento della sessantesima ratifica, il 1 luglio del 2002. Senza entrare nell'analisi dei singoli casi è possibile raggruppare tali strumenti giudiziari in tre

⁹⁵ Cfr. Bussani M., *Il diritto dell'Occidente...* cit., p.114.

⁹⁶ Si veda sul punto Del Vecchio A., *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismo*, Bari, Cacucci editore, 2009.

⁹⁷ Per una riflessione sulla Corte penale internazionale si veda Prosperi L., *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *www.federalismi.it*, n.4, 2013.

grossi gruppi: i tribunali penali internazionali⁹⁸, creati con apposite risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite; i tribunali penali misti⁹⁹, istituiti nell'ultimo decennio per garantire la repressione di gravi crimini di rilevanza internazionale attraverso la cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e le Nazioni Unite; ed i tribunali penali internazionalizzati¹⁰⁰. I suddetti tribunali presentavano un elemento di debolezza per cui “la competenza parziale dei Tribunali (...) ha talvolta oscurato la portata universale dei principi in base ai quali essi giudicano”¹⁰¹; esso comunque viene superato con l'istituzione della Corte penale internazionale, ovvero un'istituzione internazionale permanente, indipendente sia dagli Stati membri che dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, dotata della competenza – complementare rispetto a quella degli Stati – di giudicare le persone responsabili dei crimini contemplati nel suo Statuto.

Di ancor maggiore interesse ai nostri fini è la diffusione del principio della giurisdizione universale che ha nel caso dell'*ex*-dittatore cileno Augusto Pinochet¹⁰² la sua applicazione più celebre, in quanto si tratta del primo caso della storia in cui si è applicato tale principio ad un *ex*-capo di Stato.

⁹⁸ A tale gruppo sono riconducibili: il Tribunale dell'Aja per l'*ex*-Jugoslavia, corte *ad-hoc* istituita nel 1993 con la risoluzione 827 del Consiglio di sicurezza dell' Organizzazione delle Nazioni Unite; il Tribunale penale internazionale per il Ruanda, istituito nel 1994 con la risoluzione 955 del Consiglio di sicurezza dell' Organizzazione delle Nazioni Unite.

⁹⁹ Appartengono a tale categoria: la Corte speciale per la Sierra Leone, costituita congiuntamente dal governo della Sierra Leone e dall'Organizzazione delle Nazioni Unite; le Camere straordinarie in seno ai Tribunali cambogiani per la repressione dei crimini contro l'umanità commessi durante il regime degli Khmer rossi, istituite in seguito ad un accordo tra il regno di Cambogia e l'Organizzazione delle Nazioni Unite; gli *Special Panels* per i gravi crimini a Timor Est, creati dalla amministrazione transitoria delle Nazioni Unite a Timor Est.

¹⁰⁰ Fanno parte di tale gruppo: i *Regulation 64 Panels* in Kosovo, Il Tribunale speciale per il Libano, il Tribunale speciale iracheno.

¹⁰¹ Si veda Zappalà S., *La giustizia penale internazionale: dai tribunali ad hoc dell'Onu alla Corte penale permanente*, in www.italianieuropei.it, 2008.

¹⁰² Si vedano sul caso Pinochet: Bianchi A., *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, in *European Journal of International Law*, Vol.10, n.2, 1999; Burneo Labrín J.A., *Jurisdicción Universal y Ex Jefes de Estado. El caso Pinochet*, in *Décimo Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2009; Davis M., *The Pinochet Case*, in *Research Paper dell'Institute of Latin American Studies dell'University of London*; De Vittor F., *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Rivista di diritto internazionale*, n.3, 2002; Wedgwood R., *Augusto Pinochet and International Law*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2000.

Senza soffermarci oltremodo sulla vicenda processuale¹⁰³, ci basterà ricordare che il dittatore cileno fu arrestato a Londra il 16 ottobre del 1998 e dichiarato estraibile in Spagna¹⁰⁴ dalla giustizia inglese, ma l'*Home Secretary* Jack Straw – nonostante l'infermità medica non costituisse un motivo valido per rifiutare l'estradizione secondo la Convenzione europea di estradizione su cui si basava la richiesta spagnola – autorizzò il ritorno in patria dell'*ex*-dittatore cileno sulla base di una presunta incapacità mentale.

Quello che in tale sede rileva, tralasciando i 'delicati' ragionamenti giuridici relativi all'immunità degli *ex*-capi di Stato, è l'affermazione di una nozione emergente di ordine pubblico internazionale basata sulla primazia di certi valori universali dal chiaro contenuto costituzionale, ricollegati a concetti quali il *jus cogens* e le obbligazioni *erga omnes*, a cui spesso fanno riferimento i *Lords* dell'*Appellate Committee*. Sulla base di tale diffuso convincimento si è registrato – soprattutto a causa della mancata costituzione, se non in anni recenti, della Corte penale internazionale ed alla difficoltà di giungere alla costituzione, per mezzo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, di tribunali *ad hoc* – un “increasing activism of municipal court in enforcing International criminal law”¹⁰⁵, volto all'affermazione del principio *aut dedere aut judicare*, ovvero “the obligation of states to extradite or prosecute perpetrators of universally condemnable crimes irrespective of the context in which they occur”¹⁰⁶.

¹⁰³ I giudici Carlos Castresana Fernández e Miguel Miravet Hombrados presentarono due denunce, rispettivamente nel marzo e nel luglio del 1996, in nome dell'associazione spagnola Unión Progresista de Fiscales, per le gravi violazioni dei diritti umani avvenuti in Argentina durante la dittatura militare ed in Cile durante la dittatura di Pinochet. La prima denuncia fu assegnata al giudice Baltasar Garzón del Juzgado de instrucción n.5 dell'Audiencia Nacional, che iniziò il processo il 10 giugno dello stesso anno; mentre la seconda denuncia, relativa al Cile, spettò al giudice Manuel García Castellón del Juzgado de instrucción n.6 dell'Audiencia Nacional. I due processi proseguirono tra alterne vicende fino ad essere esaminati congiuntamente – in realtà ad essere oggetto d'analisi furono i ricorsi del Ministerio Público español del 19 maggio 1998, relativamente al caso argentino, e del primo ottobre dello stesso anno, relativamente al caso cileno, in cui si metteva in dubbio la competenza del giudice spagnolo di giudicare violazioni dei diritti umani avvenuto in un altro – dall'Audiencia Nacional il 29 ottobre 1998, che confermò all'unanimità le decisioni dei giudici, dichiarando la giustizia spagnola competente sul caso in virtù del principio di giurisdizione universale. In seguito a ciò il Governo spagnolo inoltrò, il 6 novembre del 1998, al governo del Regno Unito una richiesta di estradizione a carico di Augusto Pinochet.

¹⁰⁴ La vicenda processuale si concluse nel Regno Unito il 24 marzo 1999 quando l'*Appellate Committee* della *House of Lords* decise per l'ammissibilità dell'estradizione di Augusto Pinochet.

¹⁰⁵ Cfr. Bianchi A., *Immunity versus Human...* cit., p.253.

¹⁰⁶ Si veda sul punto Enache-Brown C., Fried A., *Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedere Aut Judicare in International Law*, in *McGill Law Journal*, Vol.43, 1998.

Nelle pagine precedenti ho evidenziato – trattando le tematiche della tutela transnazionale dei diritti umani e della nuova centralità degli organi giurisdizionali di ogni livello – come possa essere individuata una “sostanza costituzionale”¹⁰⁷ al di là dello Stato, ovvero si possano individuare una serie di elementi, *in primis* quelli da me analizzati, riconducibili ad una progressiva costituzionalizzazione¹⁰⁸ dell’ordine giuridico transnazionale, che richiede un totale cambio di prospettiva analitica rispetto ai canoni del costituzionalismo stato-centrico.

Siamo di fronte ad un cambiamento di paradigma radicale che, come tutte le grandi trasformazioni, “comes with freedom, opportunities and anxiety”¹⁰⁹: si tratta del passaggio, anche in ambito costituzionale, verso sistemi costituzionali postnazionali in cui “the national constellation, that is the convergence of resources, recognition and the realization of governance goals in one political organization – the nation state – seems to be in process of transformation into a post-national constellation. The nation state is no longer the only site of authority and the normativity that accompanies it”¹¹⁰.

Nel prosieguo del capitolo analizzerò alcune teorie che hanno cercato di mettere ordine in un panorama costituzionale transnazionale forse eccessivamente affollato.

In primo luogo analizzerò quel filone di ricerca che cerca di trasferire a livello transnazionale i modelli costituzionali nazionali, teorizzando una presunta costituzionalizzazione del panorama giuridico internazionale. La correttezza di tali teorizzazioni viene spesso dimostrata prendendo come esempio l’ampia tematica

¹⁰⁷ Cfr. Cassese S., *Oltre lo Stato...* cit.

¹⁰⁸ La definizione di costituzionalizzazione che preferisco, in quanto meglio si confà ad un panorama giuridico mondializzato, è quella di Möllers C., *Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism*, in von Bogdandy A., Bast J., *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p.216, il quale afferma: “Constitutionalisation can be understood as a phenomenon of the gradual formation of a new legal level. It may be described as the unorganised intensification of a legal regime, whose increasing quantity of norms finally enables the emergence of normative structures – of legal principles – that can be generalised and that are also, at least factually, difficult to amend due to their generality”.

¹⁰⁹ Cfr. Krisch N., *Beyond Constitutionalism: The Pluralistic Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.4.

¹¹⁰ Cfr. Zürn M., *The State in the Postnational Constellation – Societal Denationalization and Multi-Level Governance*, in *ARENA Working Papers*, n.35, 1999.

della tutela internazionale dei diritti umani quale settore maggiormente 'costituzionalizzato' a livello transnazionale.

In seconda battuta saranno oggetto della mia analisi le teorie relative al pluralismo costituzionale, ovvero quegli approcci interpretativi che, senza proporre una gerarchia normativa o valoriale, cercano di dare una risposta 'costituzionalmente soddisfacente' all'irriducibile pluralismo degli ordini giuridici a livello globale, alla mancanza di una precisa gerarchia normativa ed istituzionale e, infine, alla crescente importanza delle fonti giuridiche di origine non statale.

L'ultima parte del capitolo sarà dedicata all'approccio del costituzionalismo societario ideato dal giurista tedesco Gunther Teubner che è quello che si spinge 'più oltre' nel processo di superamento concettuale dei classici strumenti analitici del costituzionalismo novecentesco, in quanto si basa su un "systemic pluralism without compromise or melancholic remnants of a constitutional structure"¹¹¹.

2. L'approccio cosmopolita all'ordine giuridico postnazionale e la costituzionalizzazione dell'ordine internazionale

Come ho già accennato in precedenza a partire dalla fine della seconda guerra mondiale si è profondamente radicata una visione cosmopolita dell'ordine giuridico transnazionale, ovvero ha preso corpo l'idea dell'esistenza di un *corpus* di "valori fondamentali che fissano nuovi standard o vincoli che nessun soggetto, sia esso rappresentante di un organismo globale, di uno Stato o di un'associazione civile, può violare"¹¹². Su tale convincimento si è innestato un processo costituzionale bidirezionale: da un lato la costituzionalizzazione del diritto internazionale, dall'altro l'internazionalizzazione del diritto costituzionale nazionale¹¹³.

¹¹¹ Cfr. Krisch N., *The Case for Pluralism in Postnational Law*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n.12, 2009, p.19.

¹¹² Cfr. Held D., *Governare la globalizzazione. Un'alternativa democratica al mondo unipolare*, Bologna, Il Mulino, 2005, p.215. Sul tema del cosmopolitismo si veda inoltre Perju V., *Freedom and Imagination: Constitutional Space in the Cosmopolitan Project*, paper per la conferenza *Constitutionalism in a New Key: Cosmopolitan, Pluralist and Reason-Oriented*, Berlino, gennaio 2011.

¹¹³ Si veda Focarelli C., *Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale*, in *Politica del diritto*, n.2, 2011.

Le teorie relative alla costituzionalizzazione dell'ordine giuridico internazionale non sono materia di studio esclusiva dell'epoca contemporanea anche se è indubbio che l'attenzione su tali tematiche sia aumentata esponenzialmente nell'ultimo ventennio, in quanto “i processi di globalizzazione, soprattutto successivi alla fine della guerra fredda, hanno provocato forti interferenze del diritto internazionale nel diritto interno, in particolare nel diritto costituzionale”¹¹⁴. L'affermazione di un diffuso cosmopolitismo giuridico, favorito dai processi di mondializzazione del diritto, e la correlata presunta costituzionalizzazione dell'ordine internazionale rappresentano la prima chiave di lettura per un costituzionalismo che abbandona la sua connotazione esclusivamente stato-centrica¹¹⁵. Si tratta di un approccio al tema che, nel nome della volontà di preservare le grandi conquiste del costituzionalismo nazionale, punta al trasferimento dei concetti chiave di tale sistema a livello sovranazionale ed internazionale¹¹⁶. Siamo di fronte al tentativo “to establish continuity with central political concepts and domestic traditions: it tries to avoid the normative rupture often feared in discussion of globalization and global governance”¹¹⁷.

Prima di addentrarmi nell'analisi della tematica dell'approccio cosmopolita all'ordine giuridico postnazionale, mi sembra opportuno chiarire come, ben prima dei cambiamenti epocali dettati dai processi di mondializzazione, vi siano stati degli interessanti contributi sul tema della costituzionalizzazione dell'ordine giuridico internazionale.

¹¹⁴ *Idem*, p.207.

¹¹⁵ Si veda sul tema De Wet E., *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, in *Leiden Journal of International Law*, n.19, 2006.

¹¹⁶ Si veda sul tema Krisch N., *Beyond Constitutionalism...* cit. L'Autore individua tre approcci al paradigma postnazionale: il *containment* che “combines a vision of threat and a prospect of continuity”(p.14); il *transfer* riconducibile alla visione cosmopolita di cui stiamo discutendo; il *break* i cui teorici “eschew constitutionalism's emphasis on law and hierarchy and propose more pluralistic models, which would leave greater space for politics in the heterarchical interplay of orders” (p.17); inoltre sottolinea come “the classical distinction between domestic and international spheres that had sustained them in increasingly blurred, with a multitude of formal and informal connections taking the place of what once were relatively clear rules and categories. In this sense, law has become 'postnational'-the national sphere retains importance, but it is no longer the paradigmatic anchor of the whole order” (p.4).

¹¹⁷ *Idem*, p.67.

Uno tra i primi e più interessanti studiosi ad avere introdotto nel dibattito scientifico giusinternazionalistico elementi tipici dell'analisi costituzionale è l'austriaco Verdross¹¹⁸, il cui percorso intellettuale è stato oggetto di un rinnovato interesse in tempi abbastanza recenti proprio per essere stato egli il primo autore a trasferire “a meaningful concept of constitution from the domestic context to international law”¹¹⁹.

La teoria costituzionale verdrossiana possiede una chiara impronta universalistica e può perciò vantare un illustre *background* che va dalle idee cosmopolitiche stoiche alla teorizzazione della repubblica cristiana medievale, passando per gli insegnamenti degli internazionalisti della scuola di Salamanca e per il cosmopolitismo kantiano.

La sua idea di Costituzione è chiaramente influenzata dagli insegnamenti del suo maestro Kelsen e può essere ricondotta alla “*Grundnorm* of the international legal system, the norm that crowns the system or the norm that is the condition of all other norms without being conditioned by them”¹²⁰. In un primo momento – sto alludendo alla sua opera del 1926 *Die Verfassung der Völkerrechtseinschaft* (La costituzione della comunità giuridica internazionale) – Verdross identifica la costituzione della comunità internazionale con alcune norme fondamentali del diritto internazionale consuetudinario, che costituiscono la base dell'ordine giuridico internazionale inteso come un sistema unitario¹²¹.

Il contenuto materiale della *Grundnorm* dell'ordinamento giuridico internazionale viene precisato meglio col prosieguo della sua attività scientifica fino a giungere – nell'opera del 1976 coedita con Simma *Universelles Volkerrecht: Theorie und Praxis* – all'idea per cui la Carta delle Nazioni Unite costituisce il punto di perfezionamento del processo di progressiva costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico

¹¹⁸ Si vedano sul punto Kleinlein T., *Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?*, in *Goettingen Journal of International Law*, n.4, 2012; Koeck E.F., *Alfred Verdross – A Visionary of Contemporary Doctrine and Practice of International Law*, in *Studia Iuridica Toruniensia*, Tomo VIII, 2011; Simma B., *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in *European Journal of International Law*, n.6, 1995.

¹¹⁹ Cfr. Kleinlein T., *Alfred Verdross as a...* cit., p.389.

¹²⁰ *Idem*, p.390.

¹²¹ Afferma l'Autore nella sua opera *Die Verfassung der Völkerrechtseinschaft* (citato da Kleinlein T., *Alfred Verdross as a...* cit., p.391): “We call the general part of public international law the ‘Constitution of the International Legal Community’ in order to express that also public international law is not a mere compilation of several rudiments without any inner coherence, but constitutes a harmonious order of norms which are anchored in a unitary fundamental order”.

internazionale, rappresentando perciò la norma suprema, o almeno parte fondamentale della *Grundnorm*, della comunità internazionale giuridica.

La natura costituzionale della Carta dell'Organizzazione delle Nazioni Unite – o meglio del binomio costituito dalla Carta e dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 – è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina giusinternazionalistica. Ad essersi occupato del tema è, tra gli altri, Simma¹²², coautore ed allievo di Verdross, che giunge alla conclusione, con le necessarie cautele, della natura sostanzialmente costituzionale della Carta. Tale opinione è sempre più diffusa tanto da affermare che “it has become obvious in recent years that the Charter is nothing else than the constitution of the international community”¹²³.

Un'analisi di particolare interesse sul tema della natura costituzionale degli strumenti normativi in esame è quella di Dupuy¹²⁴ che esamina non solo il rapporto della Carta dell'Organizzazione delle Nazioni Unite con le norme di *jus cogens*, ma anche l'efficacia delle previsioni contenute nella stessa. Le conclusioni della sua analisi possono essere ampiamente condivise in quanto se è pur vero che – come abbiamo messo alla luce nel paragrafo precedente – la Carta e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani hanno cambiato radicalmente il modo di essere del diritto internazionale, bisogna essere consci che la supposta natura costituzionale degli strumenti in questione “entails for a part a metaphoric dimension”¹²⁵, anche se “the promotion of the Charter as the effective and stable constitution of the International community constitutes a challenge of particular importance”¹²⁶, da raggiungere, secondo lo studioso, attraverso il superamento della lamentata frammentazione del diritto internazionale.

¹²² Si veda Simma B., *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

¹²³ Cfr. Tomuschat C., *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*, Cambridge, Kluwer Law International, 1995, p.ix.

¹²⁴ Si veda Dupuy P-M., *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.1, 1997.

¹²⁵ *Idem*, p.30.

¹²⁶ *Idem*, p.32.

A partire dalle teorizzazioni di Verdross fino a giungere al periodo contemporaneo, diversi autori si sono occupati, adottando vari approcci alla materia, della costituzionalizzazione dell'ordine giuridico internazionale¹²⁷, ma è solo in epoca recente che si inizia a discutersi del tema in maniera più approfondita, “se ne parla in un senso che richiama il costituzionalismo europeo e più precisamente l'idea che il potere (internazionale) venga esercitato da organi (internazionali) nel rispetto di limiti e controlli di carattere sia sostanziale che procedurale”¹²⁸.

Volgendo lo sguardo all'epoca contemporanea possiamo renderci facilmente conto di come, rispetto alle teorizzazioni a cui abbiamo fatto accenno in precedenza, il panorama giuridico sia mutato radicalmente nel segno dell'affermazione di una visione maggiormente solidaristica e cosmopolitica dell'ordine internazionale, dello sviluppo di una serie di principi comuni – o almeno ampiamente condivisi – a tutta la comunità internazionale e, infine, di un alto grado di istituzionalizzazione dei processi di *policy and law making* nello spazio giuridico transnazionale. Ciò non può che avere delle conseguenze sul ‘costituzionalismo’ internazionale poiché esso, anziché cercare delle regole per garantire l'unitarietà e la coerenza dell'ordinamento giuridico internazionale a fini quindi meramente descrittivi, assume sempre di più una natura propulsiva e prescrittiva¹²⁹.

L'affermazione recente di teorie relative all'affermazione di un modello cosmopolita a livello giuridico transnazionale e della costituzionalizzazione dell'ordine internazionale¹³⁰ trova le sue fondamenta in un duplice ordine di fattori: da un lato l'affermazione di istituzioni politiche al di fuori dello Stato che “replaced unitary states as the key actors in the global political system”¹³¹; dall'altro la tesi per cui “a cosmopolitan legal system regulating global politics actually exists and that it is already constitutionalized”¹³².

¹²⁷ Per il caso italiano si vedano, tra gli altri, Romano S., *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1939; e Quadri R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori, 1968.

¹²⁸ Cfr. Focarelli C., *Costituzionalismo internazionale... cit.*, p.214.

¹²⁹ Si veda sul punto Focarelli C., *Costituzionalismo internazionale... cit.*

¹³⁰ Si veda per un approfondimento sul tema Cohen J.L., *Whose Sovereignty? Empire Versus International Law*, in *Ethics & International Affairs*, Vol.18, n.3, 2004 e la bibliografia ivi citata.

¹³¹ *Idem*, p.6.

¹³² *Idem*, p.8.

A sostegno di tali teorie vi sono una serie di elementi che ho approfonditamente analizzato nelle parti precedenti del mio lavoro: in primo luogo la disamina effettuata nel capitolo precedente a riguardo del superamento del paradigma della sovranità statale; in seconda battuta il lungo discorso sulla tematica della tutela dei diritti umani e la centralità delle corti effettuata al principio di questo capitolo.

Le perplessità sollevate da un approccio costituzionale al diritto internazionali sono molteplici e ciò non manca di causare “confusion, uncertainties and ambiguities”¹³³.

La tendenza a strutturare l'arena giuridica globale – caratterizzata da un accentuato pluralismo e da una estrema settorializzazione e frammentazione – in maniera simile agli ordinamenti giuridici interni, utilizzando ancora una volta le “insidiose certezze della tradizione”¹³⁴ come canoni interpretativi di fenomeni che con tale tradizione hanno ben poco in comune, è forse sintomo di una malcelata paura di fronte a dei processi che sconvolgono i pilastri di una scienza giuridica la quale ha a lungo sottostimato i cambiamenti nel suo oggetto di analisi; o forse si tratta di quello che viene definito un “craving constitutionalization”, ovvero “an international lawyer's addiction for a constitutionalism which promises order”¹³⁵.

Come tutte le ‘dipendenze’ anche quella per la costituzionalizzazione dell'ordine giuridico internazionale si accompagna, o meglio è favorita, da una serie di ‘miti’ che ostruiscono una visione corretta della realtà, ovvero si assumono alcuni ‘dogmi’ come veritieri pur di ricreare a livello globale l'ordine assicurato sul piano interno dal rassicurante costituzionalismo liberale. Nonostante alcuni elementi che farebbero presumere l'esistenza di un ‘embrione costituzionale’ nel panorama giuridico transnazionale – si pensi a quanto detto a riguardo dell'ampia tematica della tutela dei diritti umani – risulta ancora fortemente incerto come tali elementi possano essere

¹³³ Cfr. Kleinlein T., *Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law*, in *Nordic Journal of International Law*, Vol.81, 2012, p.99.

¹³⁴ Si veda la nota n.25.

¹³⁵ Si esprime in tal modo Schwöbel C., *The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers*, in *German Law Journal*, Vol.13, n.1, 2012, pp.17-18. L'Autore afferma inoltre che “the compulsive side of a craving is often due to an addiction (...) Liberal constitutionalism is a very potent drug with highly addictive properties. It can offer a momentary relief on the contradictions and diversity evident in the global arena by promising hierarchies, order and control”.

considerati “the sign of a cosmopolitan legal order that has *replaced* instead of *supplement* international law based on the consent of states”¹³⁶.

Pur ammettendo che vi sia un'ampia convergenza su cosa sia o debba essere una costituzione¹³⁷, il presupposto essenziale perché una costituzione possa funzionare è l'esistenza di un'autorità superiore – nel caso degli ordinamenti giuridici interni tale autorità è naturalmente lo Stato – che la faccia rispettare, e ciò sembra essere una mera utopia a livello internazionale¹³⁸. Non è raro che si faccia riferimento al Consiglio di Sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite ed alle burocrazie internazionali quali autorità ultime di garanzia, ma ciò trascura come tali organi siano stati “notoriamente esposti agli interessi immediati delle grandi potenze ed in seguito all'egemonia degli Stati Uniti”¹³⁹.

Un ulteriore mito su cui si fonda una visione cosmopolita dell'ordine giuridico internazionale è quello relativo all'esistenza di *corpus* valoriale comune a livello globale. Mi sono già espresso sul tema analizzando i grandi testi universali di tutela dei diritti umani ed ho evidenziato come, anche in un ambito materiale ben definito come quello dei diritti umani, l'universalità sembra essere un mito¹⁴⁰ e si consideri, a sostegno della mia posizione, come tale pretesa universalità “trova concretizzazione anzitutto all'interno dei confini statali in seguito ad aspri conflitti”¹⁴¹.

La difficoltà di parlare in termini eccessivamente allusivi di costituzionalizzazione dell'ordine internazionale e di una presunta universalità valoriale globale, emerge ancor di più ove si consideri come esempio storico di riferimento il costituzionalismo del secondo dopoguerra che, attraverso “l'ottimizzazione dei valori universali legati

¹³⁶ Cohen J.L., *Whose Sovereignty?*... cit., p.12.

¹³⁷ Afferma condivisibilmente Focarelli C., *Costituzionalismo internazionale*... cit., p.221: “Si dà per scontato che esista una sorta di nucleo ben noto ed indiscutibile circa l'essenza di una costituzione. A volte l'uso del termine è presentato in modo intuitivo di auto-evidenza, simile all'espressione di sana e robusta costituzione, cioè per indicare o fotografare il modo di essere del diritto internazionale. Quasi sempre tuttavia il modo di essere contiene un tono prescrittivo e sembra alludere a ciò che deve essere, o che già è *in nuce*”.

¹³⁸ Kleinlein T., *Between Myths and Norms*... cit., p.100, parla a tal proposito del “myth of world state” affermando inoltre che “if constitutionalism is transferred to the international level, this implies establishing a comprehensive, justified political order: in short, a world state”.

¹³⁹ Cfr. Di Martino A., *Il territorio dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p.382.

¹⁴⁰ Si veda Cassese A., *I diritti umani*... cit.

¹⁴¹ Cfr. Di Martino A., *Il territorio dallo*... cit., p.384.

alla dignità umana”¹⁴², riuscì a neutralizzare i conflitti politico-sociali di società sconvolte dalla guerra; di contro in ambito globale “the promise of replacing politics by a common undertaking to realize global values is necessarily empty. Recourse to values is simply not capable of transcending politics”¹⁴³.

Continuando nell'individuazione degli aspetti problematici non si può non notare come si tenda ad utilizzare il termine Costituzione per attribuire un'aurea di legittimazione a dei fenomeni, ed a dei processi decisionali, che hanno ben poco a che spartire con un discorso squisitamente costituzionale¹⁴⁴.

A livello transnazionale sarebbe infine difficoltoso individuare una gerarchia normativa comparabile a quella individuabile a livello nazionale. Come già in precedenza affermato, sia la Carta delle Nazioni Unite, sia le norme di *jus cogens*, sia le obbligazioni *erga omnes* possono essere considerati solo ‘metaforicamente’ costituzionali, principalmente poiché è del tutto assente l'elemento della superiorità gerarchica, non essendo tali norme, al contrario di quanto avviene per quelle costituzionali, la fonte che autorizza la creazione delle ‘presunte’ norme gerarchicamente inferiori.

Giunti a tal punto mi sembra necessario ribadire delle considerazioni fatte al principio di questo capitolo.

Le perplessità fin qui sollevate rendono palese come sia estremamente complicato, dal punto di vista strettamente giuridico, sostenere la presenza di una Costituzione globale, almeno se si spera di individuare al di là dello Stato i caratteri propri delle Costituzioni statali. Tale constatazione non ci deve portare a negare che esista, come ho già affermato, una “sostanza costituzionale, costituita dalla consacrazione di alcuni diritti fondamentali, dalla delineazione di una separazione di poteri o di funzioni, dall'istituzione di un sistema di garanzie”¹⁴⁵. Tuttavia, piuttosto che

¹⁴² *Idem*, p.383.

¹⁴³ Cfr. Kleinlein T., *Between Myths and Norms...* cit., p.104.

¹⁴⁴ A dimostrazione di tale tendenza Kleinlein T., *Between Myths and Norms...* cit., p.105, fa riferimento ai processi decisionali della World Trade Organization e dell'Organizzazione delle Nazioni Unite: “Decision-making in the WTO and the composition of the UN Security Council exemplify that referring to certain structures and procedures at the WTO or the UN as ‘constitutional’ does not solve problems of legitimacy, but serves as a palliative.”

¹⁴⁵ Cfr. Cassese S., *Oltre lo Stato...* cit., p.188.

riproporre a livello transnazionale dei modelli interpretativi ormai obsoleti, bisognerebbe effettuare un notevole sforzo teorico volto all'individuazione di nuovi paradigmi interpretativi per una scienza costituzionale che “al di sopra e al di sotto dei testi costituzionali vede l'intessitura di altri fili di natura costituzionale, che con i testi variamente si intrecciano e che talora li ridisegnano significativamente”¹⁴⁶.

3. L'approccio pluralista al panorama giuridico postnazionale: riflessioni generali

I cambiamenti nel panorama giuridico connessi al processo di mondializzazione, come abbiamo ampiamente suggerito in precedenza, possono essere affrontati non solo trasferendovi schemi interpretativi tipici dell'esperienza costituzionale nazionale, ma cercando di rompere¹⁴⁷ con la tradizione scientifica precedente, per trovare dei paradigmi che meglio si adattino ad una situazione radicalmente mutata.

Tali mutamenti rendono la sfida interpretativa particolarmente esaltante in quanto emerge un situazione di “disorder of order”¹⁴⁸ in cui gli schemi tradizionali non valgono più e nel contempo non se ne sono stati elaborati di nuovi. In una situazione caratterizzata dalla coesistenza di “multiple normative communities”¹⁴⁹, possono essere individuati due possibili ‘reazioni’ ai processi di mondializzazione giuridica: da un lato abbiamo quelle comunità che si racchiudono in se stesse cercando di rimanere immuni alle influenze provenienti dall'esterno, attraverso il rifiuto della legittimità di tutte le fonti di autorità normativa che non siano espressione di comunità giuridiche statali; al lato opposto abbiamo i richiami, esaminati nel

¹⁴⁶ Cfr. Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato...* cit., p.125 (corsivo non testuale).

¹⁴⁷ Si veda la citazione di Krisch N., *Beyond Constitutionalism...* cit. contenuta nella nota n.113. Sul rapporto tra l'alternativa cosmopolita ed il pluralismo giuridico si veda Kennedy D., *One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream*, University College London and School of Oriental and African Studies, 4 marzo 2006. Una buona panoramica sul fenomeno del pluralismo giuridico è offerta da Schiff Berman P., *From International Law to Law and Globalization*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.43, 2005.

¹⁴⁸ La definizione è di Walker N., *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol.6, n.3-4, 2008, citato da Krisch N., *The Case for Pluralism...* cit.

¹⁴⁹ Cfr. Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Law Review*, Vol.80, 2007, p.1157. Oltre alle comunità con base territoriale l'Autore afferma: “Such communities may be ethnic, religious, or epistemic, transnational, subnational, or international, and the norms asserted by such communities frequently challenge territorially-based authority” (p.1161).

paragrafo precedente, relativi al cosmopolitismo giuridico ed alla costituzionalizzazione dell'ordine giuridico internazionale. Entrambe le soluzioni appaiono comunque poco realistiche. La prima perché “in a world of such extraterritorial effects, it is unrealistic to expect legal rules based on territory to be satisfactory”¹⁵⁰; la seconda poiché, oltre alle riflessioni fatte nel paragrafo precedente, mi pare non plausibile – e non so quanto auspicabile per quelli che come me ritengono le differenze una ricchezza e non problema da eliminare – che si possano colmare, almeno in un tempo relativamente breve, le differenze esistenti tra i diversi ordinamenti giuridici.

Il panorama giuridico contemporaneo si caratterizza per la presenza di una serie di concetti tipici delle analisi formulate dai sostenitori meno recenti del cosiddetto pluralismo giuridico¹⁵¹, che possono essere utili a superare la visione dell'ordinamento giuridico come “a single, unified and exclusive hierarchical normative ordering depending from the power of the state”¹⁵², senza per ciò ‘cantare prematuramente il *requiem*’ dello Stato-nazione. Sto facendo riferimento all'irriducibile pluralismo degli ordini giuridici a livello globale, alla mancanza di una precisa gerarchia normativa ed istituzionale e, infine, alla crescente importanza delle fonti giuridiche di origine non statale.

Ne risulta un situazione in cui può da un lato essere riscontrata la presenza di diverse fonti di produzioni normative di origine extrastatale, che si muovono in un spazio legale ibrido occupato da due o più regimi legali o quasi-legali; dall'altro può accadere che – data la mobilità attraverso i confini delle persone, dei capitali, delle comunicazioni, in breve di tutto ciò che è oggetto di regolazione giuridica – vi sia la reciproca asserzione di competenza ed autorità da parte di diverse giurisdizioni statali e non statali sulla medesima attività¹⁵³.

¹⁵⁰ *Idem*, p.1182.

¹⁵¹ Si veda sul tema Michaels R., *Global Legal Pluralism*, in *Annual Review of Law & Social Science*, Vol.5, 2009. Afferma sull'utilità interpretativa dei concetti utilizzati dalle teorie sul pluralismo giuridico Krisch N., *Beyond Constitutionalism...*cit., p.70: “In a postnational society characterized by diversity and rapid change, pluralism has significant strengths in providing adaptability, creating space for contestation, and offering a possibility of steering between conflicting supremacy claims of different polity level”.

¹⁵² Cfr. Griffiths J., *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, n.24, 1986, p.4.

¹⁵³ Si veda Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit.

L'esistenza di tali spazi giuridici¹⁵⁴ ibridi è un dato di fatto che è difficile, per non dire impossibile, non prendere seriamente in considerazione¹⁵⁵. Ci appare un panorama giuridico “complex and fluid, constantly subject to readjustment and challenge (...) This pluralistic structure might resemble an ‘archipelago’ and will be hard to navigate”¹⁵⁶.

Detto ciò appare plausibile considerare le teorie pluraliste come le maggiormente utili a ‘gestire’ la situazione attuale in quanto offrono “a more accurate descriptive account of the world we live in and a potentially useful alternative approach to the design of procedural mechanisms and institutions”, che, senza proporre una gerarchia normativa o valoriale, “can potentially help to channel (or even tame) normative conflict to some degree by bringing multiple actors together into a shared social space”¹⁵⁷.

Dopo aver brevemente introdotto il tema, è possibile approcciare l'argomento dell'evoluzione di una visione pluralistica degli ordinamenti giuridici.

Il pluralismo legale ha origine con le esperienze coloniali delle nazioni europee nei paesi extraeuropei che si caratterizzavano, nella stragrande maggioranza dei casi,

¹⁵⁴ A proposito della nozione di spazio giuridico Di Martino A., *Il territorio dallo...* cit., p.371 afferma – riprendendo in parte Ost F., van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 – che tale concetto è estremamente utile per designare “un complesso non gerarchico e il processo flessibile d'interazione per aggiustamenti e riaggiustamenti, prima del raggiungimento di un ordine ...[e] della creazione di istituzioni ... che stabilizzino l'insieme, sia la sostituzione – anche sul versante normativo – della piramide gradualistica kelseniana con quella della rete”; per cui “all'idea di un sistema giuridico unico e chiuso si sostituisce l'idea di una pluralità di sistemi più o meno aperti l'uno rispetto all'altro, [che rende] le relazioni di ... subordinazione totale o parziale, l'indipendenza completa di un sistema rispetto all'altro, e *a fortiori* la sua indifferenza dei casi relativamente eccezionali”.

¹⁵⁵ Griffiths J., *What is Legal Pluralism...* cit., p.4, afferma a tal proposito: “Legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, an illusion. Nevertheless, the ideology of legal centralism has had such a powerful hold on the imagination of lawyers and social scientists that its picture of legal world has been able successfully to masquerade as fact and has formed the foundation stone of social and legal theory”. Un ragionamento analogo vale a mio parere per quelle teorie che disegnano l'esistenza di un ordine giuridico cosmopolita.

¹⁵⁶ Cfr. Krisch N., *Beyond Constitutionalism...* cit., p.103. L'Autore continua affermando che tale difficoltà di navigazione “is only a reflection of the undecided, diverse character of postnational society in which a recognition of the need to cooperate coincides with the insistence on local, particular allegiances and values”.

¹⁵⁷ Cfr. Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit., pp.1665-1166.

per la presenza di norme consuetudinarie¹⁵⁸. Si venne a creare una situazione di complessità rispetto agli schemi classici dei legislatori europei dell'epoca dovuta alla necessità di far convivere un sistema ben radicato di regole tradizionali con un ordinamento giuridico di chiara impronta centralista; inoltre il 'gradiente di complessità' veniva innalzato dal fatto che nei territori oggetto di conquista mancava qualsiasi tipo di istituzione giuridica a carattere centralizzante, cosicché si era di fronte ad un pluralismo fattuale costituito da norme di origine familiare e/o tribale. Ciò rese necessaria la creazione di 'meccanismi di convivenza' tra i due ordinamenti giuridici che possono essere ricondotti a tre differenti alternative: la cooperazione tra il diritto della metropoli e quello della colonia attraverso dei criteri di ripartizione delle competenze; la netta separazione tra i due diritti; l'incorporazione del diritto locale in quello del colonizzatore.

La situazione del pluralismo tipico delle esperienze coloniali – che secondo alcuni costituisce una 'forma mascherata' di centralismo giuridico¹⁵⁹ – è analizzata dal Professor Hooker¹⁶⁰ secondo il quale in tali contesti si presentano generalmente tre caratteristiche: la superiorità del sistema legale metropolitano; l'applicazione della norma indigena nei casi di conflitto avviene solo su esplicita autorizzazione e secondo le modalità stabilite dalla legge della madrepatria; in ogni descrizione ufficiale dei sistemi giuridici indigeni si utilizzano i corrispettivi termini del sistema giuridico metropolitano. Siamo di fronte ad una situazione di subalternità in cui "we may speak of dominant and servient law"¹⁶¹.

Di particolare interesse, nell'ambito degli studi concernenti il pluralismo giuridico, sono stati i contributi provenienti dall'antropologia legale in quanto tali studiosi riuscirono fin dal principio – essendo scientificamente poco inclini alla

¹⁵⁸ Griffiths J., *What is Legal Pluralism...* cit., p.8, definisce tale pluralismo come *legal pluralism in the weak sense* in quanto si tratterebbe di un sistema pienamente compatibile con un approccio giuridico centralista: "It is merely a particular arrangement in a system whose basic ideology is centralist. The very notion of 'recognition and all the doctrinal paraphernalia which it brings with it are typical reflections of the idea that 'law' must ultimately depend from a single validating source. 'Legal pluralism' is thus but one of the forms in which the ideology of legal centralism can manifest itself. It is, to be sure, by the terms of that ideology an inferior form of law, a necessary accommodation to a social situation perceived as problematic".

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Hooker M.B., *Legal pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Oxford University Press, 1976.

¹⁶¹ *Idem*, p.4.

‘religione statualista’¹⁶² – a confrontarsi senza difficoltà alle situazioni di pluralismo giuridico elaborando delle teorie che, curiosamente, pur essendo il risultato di indagini sul campo di società primitive, risultano essere appropriate anche all’analisi delle società moderne.

Uno dei più notevoli contributi dell’antropologia legale agli studi sul pluralismo giuridico è, senza alcun dubbio alcuno, quello di Pospíšil per cui “legal system can be viewed as belonging to different legal levels that are superimposed one upon the other, the system of a more inclusive group being applied to members of all its constituent subgroups”¹⁶³. Da tale teoria viene fuori uno schema piramidale applicabile non solo alle società tradizionali ma anche a quelle moderne, poiché in entrambi i casi il singolo individuo è ‘esposto’ a diverse ‘fonti di autorità’ provenienti dai vari sottogruppi a cui appartiene.

Oltre agli studi di Pospíšil, si segnalano le teorie relative ai “semi-autonomous social field”, da cui provengono, secondo la costruzione teorica della Moore¹⁶⁴, le norme a cui l’individuo è soggetto. Tali campi sociali semiautonomi non sono definiti in base alle loro caratteristiche organizzative, bensì alla loro capacità di tipo processuale di “generate rules and coerce or induce compliance to them”¹⁶⁵, abbandonando così ogni carattere gerarchico riscontrabile ancora nello schema piramidale di Pospíšil¹⁶⁶.

Volgendo lo sguardo agli studi giuridici più recenti che adottano un approccio pluralistico allo studio del panorama giuridico postnazionale, rilevano le

¹⁶² Afferma sul punto Krošlák D., *The Idea of Legal Pluralism (With Regard to the Conception of Leopold Pospíšil)*, disponibile in *Social Science Research Network*, 2011, p.3: “For legal anthropologists, law is not something abstract, contained only in written law. Creators and subjects of law are members of a particular society; it is a social phenomenon that is constantly changing, depending on how people behave.” Griffiths J., *What is Legal Pluralism...* cit., pp.20-21, riporta come l’antropologo legale Michael Gabriel Smith abbia aspramente criticato “the emphasis on sovereignty and centralization in the western legal/political tradition – an emphasis which he argues results from the specific political needs of the European state as it emerged from medieval conditions”.

¹⁶³ Cfr. Pospíšil L., *Antropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971, p.125.

¹⁶⁴ Si veda Moore F.S., *Law as Process. An Anthropological Approach*, Münster-Hamburg/Oxford, LIT/James Currey, 2000 (la prima edizione è del 1978).

¹⁶⁵ *Idem*, p.57.

¹⁶⁶ Griffiths J., *What is Legal Pluralism...* cit., p.30 sostiene come la studiosa abbia “definitively left behind any remnant of the whole-society perspective, of a hierarchical conception of the relationship between the various normative orderings which can be present in a society”.

teorizzazioni di MacCormick¹⁶⁷. Lo studioso si è prevalentemente occupato del caso europeo, elaborando una visione pluralistica sistemica per cui ambedue i livelli, quello nazionale e quello europeo, potevano legittimamente rivendicare l'autorità ultima nel sistema senza che vi fosse la possibilità di conciliare tale contrasto¹⁶⁸.

Di notevole importanza sono anche le teorizzazioni relative al pluralismo costituzionale di Walker¹⁶⁹ che sostiene l'esistenza – come abbiamo brevemente accennato al principio del capitolo – di luoghi di esercizio del potere politico al di là dello Stato i quali sviluppano un discorso costituzionale parziale limitatamente alle loro competenze, ovvero un discorso metacostituzionale. Tali luoghi metacostituzionali funzionano “a una geometría variable”¹⁷⁰ da diversi punti di vista: dal punto di vista competenziale è facile percepire come maggiori siano le competenze attribuite – si pensi al caso dell'Unione europea – o di maggiore rilevanza costituzionale siano le materia di competenza – si pensi all'ampio settore dei diritti umani – maggiore sarà la necessità di sviluppare un discorso costituzionale; l'aspetto istituzionale condiziona la qualità del discorso costituzionale che sarà tanto più intenso quanto più numerose saranno le istanze istituzionali pronte a svilupparlo, si pensi a mò di esempio all'esistenza di un'autorità giurisdizionale a cui abbiano accesso i cittadini; ed infine dal punto di vista territoriale non è possibile individuare aprioristicamente il livello territoriale in cui si sviluppa tale discorso.

Dopo questa rapida analisi, che in un panorama scientifico così ampio e variegato come quello degli studi relativi al pluralismo giuridico non può avere nessuna velleità di completezza, il precedente approfondimento delle teorizzazioni di Walker¹⁷¹ e MacCormick – unanimemente considerato il padre fondatore del filone

¹⁶⁷ Si vedano MacCormick N., *Beyond the Sovereign State*, in *The Modern Law Review*, Vol.56, n.1, 1993; ed inoltre MacCormick N., *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, Vol.1, 1995.

¹⁶⁸ Afferma sul punto Krisch N., *The Case for Pluralism...* cit., p.14: “In MacCormick's view, there was thus no common legal framework that could have decided the conflict – the two views were (on fundamental level) irreconcilably; the two levels of law ran in parallel without subordination or external coordination”.

¹⁶⁹ Si veda Walker N., *The Idea of Constitutional Pluralism...* cit.

¹⁷⁰ Cfr. Bustos Gisbert R., *El constitucionalismo en red...* cit.

¹⁷¹ Walker N., *The Idea of Constitutional Pluralism...* cit., p.337, afferma chiaramente come: “Constitutional monism merely grants a label to the defining assumption of constitutionalism in the Westphalian age which we discussed earlier, namely the idea that the sole centres or units of

di studi dedicati al tema¹⁷² – conduce il mio percorso analitico verso la tematica del pluralismo costituzionale, ovvero quelle situazioni in cui “various constitutional authorities can compete over the same territory and the same relationships”, che differiscono da una semplice pluralità di costituzioni in quanto “these authorities have equally plausible claims to constitutional authority as perceived by those who are subject to them”¹⁷³.

Tale situazione ed i conflitti costituzionali che ne derivano sono il punto di partenza delle riflessioni sul pluralismo costituzionale, in quanto le soluzioni che vengono proposte per la risoluzione di tali conflitti permettono di distinguere tra due diversi approcci alla materia¹⁷⁴: il pluralismo costituzionale descrittivo, che si limita ad enfatizzare l'esistenza di tali conflitti, e quello normativo/prescrittivo, che tenta di proporre delle soluzioni per la risoluzione dei conflitti. Bisogna precisare che tale orientamento scientifico si è occupato prevalentemente del rapporto tra il livello nazionale e quello sovranazionale nell'ambito del processo d'integrazione europea, ma l'approccio pluralista è tranquillamente estendibile a tutte quelle situazioni in cui convivono diversi poli che sviluppano un discorso costituzionale¹⁷⁵.

Il primo filone di studi, ovvero quello del pluralismo costituzionale descrittivo, è riconducibile alle teorizzazioni di Walker di cui abbiamo detto in precedenza, mentre

constitutional authorities are states. Constitutional pluralism, by contrast, recognizes that the European order inaugurated by the Treaty of Rome has developed beyond the traditional confines of international law and now makes its own independent constitutional claims, and that these claims exist alongside the continuing claims of states”.

¹⁷² MacCormick N., *The Maastricht-Urteil* ... cit., p.265, con riferimento all'ordinamento europeo – in seguito alla famosa sentenza Maastricht-Urteil del Tribunale federale tedesco del 12 ottobre del 1993 – dava una definizione di pluralismo costituzionale che avrebbe in seguito fatto scuola: “the most appropriate analysis of the relations of legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical. The legal system of Member States and their common legal system of EC law are distinct but interacting systems of law, and hierarchical relationships of validity within criteria of validity proper to distinct systems do not add up to any sort of all-purpose superiority of one system over another”.

¹⁷³ Cfr. Komárek J., *The Legal World Beyond the State: Constitutional and Pluralist?*, disponibile in <http://cosmopolis.wzb.eu>, p.2

¹⁷⁴ Si veda sul tema Martinico G., *Multilevel governance e federalismo costituzionale: le sfide per la teoria giuridica*, in *Il Ponte*, 2012.

¹⁷⁵ Si veda Walker N., *Constitutionalism and Pluralism in Global Context*, in *RECON Online Working Paper*, n.3, 2010.

il pluralismo costituzionale normativo/prescrittivo ha in Kumm¹⁷⁶ ed in Poiares Maduro¹⁷⁷ i suoi esponenti di spicco.

Il primo autore individua una serie di norme generali – in linea di massima si tratta della “subsidiarity, due process and democracy”¹⁷⁸ – con la finalità di giungere alla soluzione dei conflitti costituzionali, che sono tipici di tutti i sistemi legali e costituzionali in quanto questi ultimi non possono determinare aprioristicamente le soluzioni delle collisioni tra norme, ma possono offrire a tal scopo degli strumenti istituzionali e normativi.

Lo studioso portoghese¹⁷⁹ cerca di trovare una via di uscita agli inevitabili contrasti normativi risultanti da una situazione di pluralismo costituzionale individuandola nel rispetto da parte dei vari attori costituzionali del cosiddetto principio di *contrapuntual law*. Per mantenere l'integrità e la coerenza dell'intero sistema costituzionale¹⁸⁰ – analogamente a quanto avviene col contrappunto in ambito musicale, ovvero l'arte di combinare diverse melodie contemporaneamente – i vari poli costituzionali devono impegnarsi reciprocamente, pur nel mantenimento della propria identità costituzionale, nell'individuare “some common meta-methodological principles of substantive character”¹⁸¹. A tale impegno devono aggiungersi altri due principi: l'*universalisability*¹⁸² ovvero la necessità per ogni operatore giuridico di giustificare le proprie decisioni in modo che siano universalizzabili; l'*institutional choice* che è il principio secondo cui gli operatori istituzionali operanti in un polo costituzionale dovrebbero tenere in debita considerazione le conseguenze che le loro scelte possono avere su quelle degli operatori di un altro polo costituzionale del sistema.

¹⁷⁶ Si veda Kumm M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, Vol.11, n.3, 2005.

¹⁷⁷ Si veda Poiares Maduro M., *Contrapuntual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in Walker N., *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

¹⁷⁸ Cfr. Krisch N., *The Case for Pluralism...* cit., p.16.

¹⁷⁹ Si veda Martinico G., *Multilevel governance...* cit. sugli strumenti di risoluzione dei conflitti costituzionali individuati da Miguel Poiares Maduro.

¹⁸⁰ È quella che Poiares Maduro M., *Contrapuntual Law...* cit., p.528 definisce *consistency* – ovvero l'assenza di contraddizioni che non significa in alcun modo assenza di differenze – e *vertical and horizontal coherence*, ovvero l'armonia e la compatibilità sostanziale tra le varie previsioni normative.

¹⁸¹ Cfr. Poiares Maduro M., *Three Claims of Constitutional Pluralism*, disponibile in www.wzb.eu, p.25.

¹⁸² Cfr. Poiares Maduro M., *Contrapuntual Law...* cit., p.530.

Come abbiamo avuto modo di comprendere le situazioni di conflitto tra norme sono una costante ineliminabile dagli scenari di pluralismo costituzionale¹⁸³.

Pur adottando il principio della competenza di attribuzione come 'lubrificante' del sistema costituzionale nel suo complesso, non sarà possibile sfuggire ad almeno due situazioni di conflitto: la determinazione del polo costituzionale competente a determinare la suddivisione delle competenze tra i vari luoghi di regolazione costituzionale; le situazioni in cui, piuttosto che crearsi dei conflitti, si creano delle sovrapposizioni di competenze tali che risulti poco chiaro quale norma costituzionale debba applicarsi. In tali casi viene suggerita¹⁸⁴ l'applicazione di tre principi utili a risolvere tali situazioni di conflitto 'apparentemente irrisolvibili': il principio di empatia, il principio di dialogo giurisprudenziale e, infine, il principio di negoziazione.

Se in generale l'empatia rappresenta la capacità di farsi pienamente partecipe dello stato d'animo altrui, nel nostro specifico campo di ricerca "supone la necesidad de que la adopción de decisiones, en especial judiciales, en un lugar metaconstitucional ha de tener en cuenta el efecto de la misma sobre los elementos constitucionales del resto de lugares"¹⁸⁵. Ciò può essere garantito attraverso l'utilizzo cumulativo o alternativo di tre criteri normativi già conosciuti ed utilizzati in ambito costituzionale nazionale, ma applicabili anche ad una situazione di pluralismo costituzionale. Sto facendo riferimento all'unità e alla concordanza pratica – ovvero quel criterio tipico dell'interpretazione costituzionale sistemica delle costituzioni nazionali che vieta una considerazione isolata della singola norma costituzionale ed impone la considerazione di tutto il resto della costituzione – al principio di autolimitazione – meglio conosciuto come *self-restraint* ovvero la rinuncia da parte di un polo costituzionale ad occuparsi di una determinata questione dando per corretta la soluzione adottata da un altro polo costituzionale o perché la protezione accordata dall'altro luogo di regolazione sia considerata equivalente, o in quanto si consideri

¹⁸³ Afferma sul tema Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit., p.1192: "... a pluralistic framework recognizes that normative conflict is unavoidable and so, instead of trying to erase conflict, seeks to manage it through procedural mechanisms institutions and practices that might at least draw the participants to the conflict into a shared social space".

¹⁸⁴ Si veda Bustos Gisbert R., *El constitucionalismo en red...* cit.

¹⁸⁵ *Idem*.

l'altro polo in una migliore posizione per adottare la decisione – e, infine, al rispetto dell'identità costituzionale altrui.

Alla centralità delle corti ed al costante dialogo intergiurisprudenziale quali elementi essenziali del panorama giuridico postnazionale si è fatto riferimento più volte nelle parti precedenti del mio lavoro, per quanto concerne invece il principio di negoziazione sono necessarie delle brevi delucidazioni. Tale principio trova applicazione quando non è possibile riportare ad un 'equilibrio armonico' l'intero sistema attraverso l'applicazione dei due principi precedenti, è il caso, ad esempio, di uno scontro tra principi fondamentali dell'identità di due poli costituzionali a cui difficilmente uno dei due può rinunciare senza 'snaturarsi'. In casi del genere l'unica soluzione possibile appare "la conversación entre los actores jurídicos-constitucionales de los diferentes lugares en conflicto tendentes a resolverlo mediante la modificación de las normas generadoras del mismo"¹⁸⁶. Il posizionamento del principio di negoziazione quale *ultima ratio* del conflitto tra norme costituzionali può essere meglio compreso ove si rifletta sull'imprescindibile carattere dialettico delle relazioni tra i vari poli costituzionali in quanto "a pluralistic approach understands that interactions between various tribunals and regulatory authorities are more likely to take on a dialectical quality"¹⁸⁷.

A tale modalità di risoluzione dei conflitti è necessario aggiungere altri due importanti meccanismi elaborati in ambito europeo, ma utilissimi a gestire le relazioni – a volte forzatamente conflittuali – tra diverse autorità costituzionali in una situazione di pluralismo.

Alludo da un lato alla dottrina del margine di apprezzamento, dall'altro al principio di sussidiarietà. La 'famosa' dottrina del margine di apprezzamento ha la sua origine nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸⁸ – e da lì si è diffusa nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e nelle giurisdizioni nazionali ed internazionali – concedendo, nel caso di specie, un certo margine di manovra agli Stati membri per implementare le decisioni provenienti

¹⁸⁶ Si veda Bustos Gisbert R., *El constitucionalismo en red...* cit.

¹⁸⁷ Cfr. Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit., p.1197. Continua l'Autore: "This dialectical and iterative process, if it emerges, will exist without an official hierarchical relationship based on coercive power".

dall'istanza giurisdizionale sovranazionale in modo da poterle adattare alle peculiarità giuridiche locali.

Insieme alla dottrina del margine di apprezzamento, improntata al rispetto dell'identità costituzionale altrui, un ruolo di primo piano in ambito europeo¹⁸⁹ – ma ormai siamo di fronte ad un principio diffusissimo in molti ordinamenti costituzionali nazionali e sovranazionali – è svolto dal principio di sussidiarietà, che funge “come cerniera di un'organizzazione costituzionale plurale in grado di tenere assieme i pezzi di una costituzione reticolare”¹⁹⁰. Volgendo lo sguardo oltre il solo livello europeo, il concetto di sovranità “has, by some accounts, been replaced by subsidiarity – which is a more flexible mechanism for managing hybridity – as the core idea that serve to demarcate the respective spheres of the national and international”¹⁹¹.

Oltre ai conflitti costituzionali tra i vari poli del sistema, un ulteriore punto problematico potrebbe essere quello relativo al potere costituente in un sistema costituito dalla compresenza di diversi poli costituzionali che sviluppano un discorso costituzionale parziale, ovvero limitato alle rispettive competenze. La tematica viene affrontata, tra gli altri, da Rafael Bustos Gisbert¹⁹² secondo il quale – a differenza del poter costituente nazionale che avrebbe il proprio fondamento in “un pueblo movilizado”¹⁹³ – possono essere individuati tre diversi elementi che, qualora riescano a concorrere, costituiscono il fondamento di tale nuova forma di potere costituente al di là dello Stato.

¹⁸⁸ Il primo caso in cui la Corte elabora ed applica tale dottrina è *Handyside versus The United Kingdom* del 7 dicembre 1976.

¹⁸⁹ L'origine di tale principio è rinvenibile nell'enciclica del 1931 di papa Pio XI *Quadragesimo Anno*. In ambito europeo tale principio venne enunciato per la prima volta nell'Atto Unico europeo del 1986, per poi entrar a far parte dell'ordinamento giuridico europeo con il trattato di Maastricht del 1992. Sul principio di sussidiarietà quale “*Grundnorm* dell'ordinamento europeo” si veda Russo A.M., *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonomico spagnolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

¹⁹⁰ *Idem*, p.188.

¹⁹¹ Cfr. Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit., p.1208.

¹⁹² Cfr. Bustos Gisbert R., *El constitucionalismo en red...* cit.

¹⁹³ *Idem*.

Il primo elemento è costituito dalla “conurrencia de las voluntades constitucionales de todos los Estados miembros del concreto lugar de que se trate”¹⁹⁴, ovvero il polo costituzionale ultrastatale può esercitare il proprio potere solo in quanto gli è consentito dalla sua accettazione da parte delle Costituzionali nazionali.

In secondo luogo siamo di fronte a dei luoghi di regolazione metacostituzionale che non hanno origine in un preciso momento costituente, bensì sviluppano il loro discorso in maniera graduale, ovvero si caratterizzano per essere alla base di un costituzionalismo a carattere evolutivo.

Infine, oltre alla legittimazione derivata dalle Costituzioni nazionali, il polo costituzionale trae la propria legittimazione da “sus propias fórmulas de autolegitimación”¹⁹⁵ e dalla pacifica accettazione dell’evoluzione e del contenuto costituzionale da parte dei luoghi di esercizio del potere costituzionale statale.

L’adozione di un approccio pluralista all’analisi del panorama costituzionale postnazionale e l’utilizzo degli strumenti di risoluzione dei conflitti tra i vari luoghi di regolazione costituzionale comporta una serie di vantaggi sia a livello interpretativo che pratico in quanto rappresenta la soluzione, al momento, migliore per la gestione di spazi legali ibridi occupati da due o più regimi legali o quasi-legali¹⁹⁶.

Il primo indubbio vantaggio che deriva dall’adozione di uno schema interpretativo pluralista è l’approccio al *legal hybridity* quale caratteristica irrinunciabile degli ordinamenti giuridici in un panorama giuridico mondializzato. A differenza delle teorie stataliste o universaliste¹⁹⁷ che tentano – invero con poco successo – di eliminare o almeno limitare questa caratteristica, il pluralismo giuridico e costituzionale – dinanzi all’impossibilità di riuscita di tale strategia di eliminazione –

¹⁹⁴ Si veda Bustos Gisbert R., *El constitucionalismo en red...* cit.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ Afferma sul punto Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit., p.1192: “Although sovereigntist territorialism and universalism are obviously different strategies, they both represent a retreat from hybridity. (...) Yet, hybridity is difficult to escape in a world of overlapping jurisdictions and normative diversity, where – as the pluralists would say – multiple conflicting legal systems occupy the same social field”.

¹⁹⁷ Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit., p.1195, sottolinea come: “a pluralistic framework must always be understood as a middle between strict territorialism on the one hand and universalism

cerca di creare uno “shared social space”¹⁹⁸ in cui i conflitti possano trovare un'adeguata soluzione.

Oltre a favorire la risoluzione dei conflitti normativi utilizzando l'ampia gamma di meccanismi che ho esaminato in precedenza, l'approccio pluralista può garantire un accomodamento delle differenze valoriali che – come ho avuto modo di sottolineare trattando l'ampia tematica della tutela dei diritti umani – incidono sulla regolazione ultrastatale di materie ad indubbio contenuto costituzionale.

Il panorama giuridico mondializzato si caratterizza, analogamente alle altre sfere della vita sociale, per una velocità di cambiamento prima sconosciuta, conseguentemente i sistemi istituzionali devono adottare dei meccanismi che permette loro di adattarsi velocemente a tali cambiamenti in modo da evitare il rischio – insito nelle ‘lungaggini’ legislative e soprattutto costituzionali – di avere delle regolazioni giuridiche del tutto anacronistiche. L'adozione di uno schema interpretativo pluralista può essere molto utile ad innalzare la capacità di ‘adattabilità’ di un sistema costituzionale, rendendo più agevole l'adeguamento a “new circumstances in a more rapid and less formalized way: by leaving the relationships between legal suborders undetermined, it keeps them open to political redefinition over time”¹⁹⁹.

È possibile individuare altri due vantaggi derivanti da un approccio pluralista all'ordine giuridico postnazionale.

Partendo dal presupposto che i processi legali, inclusi quelli costituzionali, sono il risultato non solo dell'applicazione di nobili ideali, bensì di processi di negoziazione politica²⁰⁰ – a cui partecipano le *élites* dominanti, ovvero i poteri sociali, politici ed economici – e ciò è ancor più vero nel panorama giuridico postnazionale in cui mancano del tutto degli strumenti di partecipazione e legittimazione democratica che possano fare da freno a tali poteri; l'adozione di uno schema pluralista faciliterebbe

on the other. The key, therefore, is to try to articulate and maintain a balance between these two poles”.

¹⁹⁸ Cfr. Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit.

¹⁹⁹ Cfr. Krisch N., *Beyond Constitutionalism...* cit., p.79. L'Autore (*The Case for Pluralism...* cit., p.21) mette in guardia dai rischi insiti in tale capacità di adattamento affermando: “However, adaptability, transformative capacity and openness to learning have a downside: greater flexibility comes with the risk of a surrender to social forces”.

²⁰⁰ Si veda sul punto Krisch N., *Beyond Constitutionalism...* cit.; ed inoltre Id., *The Case for Pluralism...* cit.

la “counter-hegemonic action”²⁰¹ dei poteri più deboli, in quanto quelli dominanti “may be willing to make concessions in order to gain stronger legitimacy for an order to gain stronger legitimacy to them”²⁰².

Un modello giuridico pluralista viene solitamente accostato – soprattutto nell’esperienza costituzionale inglese e statunitense – al principio di *check and balance* ovvero “principle of government under which separate branches are empowered to prevent actions by other branches and are induced to share power”²⁰³. Analogamente a quanto avviene in ambito nazionale, nessun polo costituzionale può affermare la propria prevalenza nel panorama costituzionale transnazionale e anzi viene limitato dall’azione degli altri luoghi di regolazione costituzionale, cosicché “no single site enjoys ultimate decision-making power but has to face checks by others that, in some respects, may have equally strong claims to authority”²⁰⁴.

Da quanto fin qui detto risulta come sia scorretto interpretare l’adozione di uno schema interpretativo pluralistico come semplice palliativo all’impossibilità di trovare dei paradigmi adatti ad una situazione di transizione costituzionale come quella attuale, bensì come esso rappresenti una valida alternativa anche nel medio-lungo periodo per l’apertura di spazi di democraticità in un panorama mondializzato in cui dominano incontrollate forze economiche con chiari progetti egemonici.

4. Il costituzionalismo societario nell’opera di Gunther Teubner: l’alternativa più ‘estrema’ al costituzionalismo stato-centrico

L’irrimediabile pluralismo del panorama giuridico postnazionale sta alla base del paradigma interpretativo del costituzionalismo al di là dello Stato ideato dal giurista tedesco Teubner. L’approccio del costituzionalismo societario all’analisi del costituzionalismo transnazionale è quello che si spinge ‘più oltre’ nel processo di superamento concettuale dei classici strumenti analitici del costituzionalismo

²⁰¹ Cfr. Krisch N., *Beyond Constitutionalism...* cit., p.83.

²⁰² *Idem*, p.84.

²⁰³ Secondo la definizione dell’*Encyclopaedia Britannica* del 2003.

²⁰⁴ Cfr. Krisch N., *Beyond Constitutionalism...* cit., p.89.

novocentesco, in quanto si basa su un “systemic pluralism without compromise or melancholic remnants of a constitutional structure”²⁰⁵.

Il presupposto teorico della teoria del costituzionalismo societario nella versione di Teubner – fortemente influenzato nella sua analisi dalla sociologia dei sistemi²⁰⁶ – è costituito dal carattere estremamente frammentato del panorama socio-giuridico mondializzato in cui la politica ha perso, forse definitivamente, la sua *leadership* e gli altri settori della società – si pensi ad esempio all'economia, alla scienza, alla cultura, al settore sanitario e farmaceutico, alla tecnologia, alla difesa, ai trasporti, ai mezzi di comunicazione, al turismo – “have already begun to form an authentic global society or, better, a fragmented multitude of diverse global societies”²⁰⁷, costruendosi il proprio sistema globale autonomo.

Nell'ambito di un processo di “globalizzazione policentrica” avviene quella che viene definita “la differenziazione funzionale della società”, ed è questo il primo presupposto della teoria costituzionale teubneriana: ciò significa che ogni settore – o

²⁰⁵ Krisch N., *The Case for Pluralism...* cit., p.19.

²⁰⁶ Si veda sul punto Luhmann N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino, 2001. Inoltre sul rapporto tra le teorie di Niklas Luhmann e Gunther Teubner si veda Scamardella F., *La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, nn.13-14, 2011. Gunther Teubner ha arricchito la teoria sistemica di Luhmann – superando la chiusura autopoietica dei singoli sistemi da cui deriva una sostanziale incomunicabilità intrasistemica – attraverso l'introduzione di due elementi di apertura: l'autopoiesi graduale, ovvero i sistemi non si limitano ad osservarsi reciprocamente, ma entrano in comunicazione tra di loro; la riflessività giuridica, ovvero l'auto-osservazione, ed in particolare di quello giuridico, comporta l'auto-regolamentazione dei sistemi sociali, superando in tal modo quello che viene definito “trilemma regolativo” (Ovvero quella problematica – individuata da Teubner G., *Il Trilemma Regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Politica del diritto*, n.18, 1987 – per cui ogni intervento regolativo che eccede i suoi limiti o è irrilevante, o produce disintegrazione sociale o disintegrazione del diritto stesso). Sul superamento del suddetto trilemma afferma Scamardella F., *La riflessività giuridica...* cit., p.201(corsivo non testuale): “Il diritto riflessivo consente di superare il cd. trilemma regolativo ovvero l'incongruenza tra diritto e società, e la loro separazione e mancanza di comunicazione, immergendo il diritto nella costellazione dei sistemi e sottosistemi sociali, ma senza per questo privarlo della sua autonomia. Il diritto, infatti, come tutti gli altri sistemi, resta autonomo, ma regola la società attraverso l'osservazione reciproca, l'accoppiamento tramite interferenza e la comunicazione via organizzazione (...) il diritto riflessivo diviene il candidato ideale per affrontare la moderna crisi del diritto e la sua *incomunicabilità sociale* perché diviene espressione di un diritto che non cerca di regolare la società con interventi diretti o ricorrendo ad una legislazione sfrenata, ma lo fa regolando se stesso, fornendo, cioè, soltanto una cornice di strumenti per consentire la regolamentazione dei fenomeni sociali”.

²⁰⁷ Cfr. Teubner G., ‘*Global Bukowina*’: *Legal Pluralism in the World Society*, in Teubner G., *Global Law Without...* cit.

utilizzando il termine di luhmanniana memoria sistema sociale – tende a “superare i confini territoriali ed a costituirsi globalmente”²⁰⁸.

Il secondo presupposto del costituzionalismo societario è strettamente collegato al precedente in quanto il suddetto processo di differenziazione fa sì che il diritto delimiti la propria competenza non in base alla territorialità bensì secondo ambiti materiali e settori di competenza²⁰⁹.

Il terzo elemento da considerare – a cui ho già fatto riferimento nel capitolo precedente – è quello relativo alla privatizzazione della normazione o, detto in altra maniera, alla spontaneità del nuovo diritto nel panorama giuridico mondializzato²¹⁰. Sto alludendo al fatto che i vari sistemi sociali, ‘affamati’ di diritto e regolazione, tendono, attraverso processi di riflessività giuridica²¹¹, ad autoregolamentarsi al di fuori degli schemi classici del diritto nazionale, internazionale e sovranazionale.

Quanto fin qui detto induce lo studioso ad adottare, nell’ambito di una visione pluralistica dell’ordine giuridico postnazionale, un approccio differente da quelli descritti nel paragrafo precedente, incentrandolo sui cosiddetti “communicative networks” e giungendo ad una visione di pluralismo legale, “defined no longer as a set of conflicting social norms but as a multiplicity of diverse communicative processes in a given social field that observe social action under the binary code of legal/illegal”²¹². Il passaggio da un ‘vecchio pluralismo’, incentrato sul panorama giuridico pluralista delle aree colonizzate dalle potenze europee, ad un ‘nuovo pluralismo’, incentrato sulla sottomissione alla normazione di origine statale di ordini normativi differenti²¹³, siano essi religiosi, etnici o di minoranze culturali, non

²⁰⁸ Cfr. Teubner G., *Istituzioni in frammenti. Il costituzionalismo sociale al di là dello Stato-nazione*, in AA.VV., *Il diritto del comune...* cit., pp.18-19 (corsivo non testuale).

²⁰⁹ A tal proposito Teubner G., *Istituzioni in frammenti...* cit., p.20, afferma che “la tradizionale differenziazione del diritto in ordini giuridici nazionali relativamente autonomi, in conformità al principio di territorialità, viene superata da una differenziazione che potremmo definire settoriale”.

²¹⁰ Prandini R., *La “costituzione” del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner*, in Teubner G., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005, p.209, afferma sul tema: “La novità emergente forse più importante a livello globale è dei regimi privati di produzione giuridica. Si tratta di una pluralità di aspettative normative (...) che sviluppano autonomamente la capacità: 1) di dirimere conflitti interiorizzando così una funzione pubblica; 2) di regolare e istituire beni pubblici non statali”.

²¹¹ Si veda sul tema la nota n.206.

²¹² Cfr. Teubner G., *‘Global Bukowina’: Legal...* cit., p.14.

²¹³ Merry E., *Legal Pluralism*, in *Law & Society Review*, n.22, 1988, sottolinea l’abbandono della concezione originaria di pluralismo legale affermando: “Legal pluralism has expanded from a concept

terrebbe in debita considerazione la cosiddetta “pluralization of legal pluralism”, dovuta “not just to the pluralization of groups and communities, but to the fragmentation of social discourses”²¹⁴.

Nel segnalare tale cambiamento nel modo di essere del pluralismo legale vengono messi alla luce due ulteriori aspetti.

In primo luogo viene segnalato come l'interesse scientifico si sposti dalla dimensione verticale del rapporto tra ordinamento giuridico e società a quella orizzontale²¹⁵. Ad essere oggetto di attenzione non è più la dinamica attraverso cui le norme sociali vengono interiorizzate – attraverso un processo di formalizzazione – dall'ordinamento giuridico, bensì le relazioni – o meglio le reciproche comunicazioni – del sistema giuridico con altri sistemi sociali che sviluppano un proprio discorso normativo secondo il codice binario legale/illegale²¹⁶.

Il secondo elemento che viene evidenziato è lo spostamento – da me già analizzato in precedenza – del baricentro normativo verso gli organi giudiziari, i quali “produce law in its most autonomous form”²¹⁷. Inoltre può essere evidenziato un duplice processo di ‘periferizzazione normativa’²¹⁸: da un lato il baricentro normativo si sposta verso le corti²¹⁹, rendendo periferica l'azione legislativa, che nella visione classica stato-centrica rappresentava il centro degli ordinamenti giuridici; dall'altro le dinamiche giuridiche, e di conseguenza l'attenzione scientifica, si spostano verso le periferie legali, ovvero quelle zone degli ordinamenti collegate strutturalmente con gli altri sottosistemi sociali.

that refers to the relations between colonized and colonizer to relations between dominant and subordinate groups, such as religious, ethnic or cultural minorities, immigrant groups, and unofficial forms of ordering located in social networks of institutions”.

²¹⁴ Cfr. Teubner G., *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in *Cardozo Law Review*, n.13, 1992, p.134.

²¹⁵ *Idem*.

²¹⁶ Teubner G., *The Two Faces of Janus...* cit., p.137 afferma che tale nuova forma di pluralismo “represents the openness of the law toward society”.

²¹⁷ *Idem*, p.137.

²¹⁸ Teubner G., *The Two Faces of Janus...* cit., p.137 afferma che “contemporary law’s real dynamism (...) takes place in the legal peripheries like the dynamism of social life in the peripheries of grand metropolis”.

²¹⁹ Prandini R., *La “costituzione” del diritto nell’epoca...* cit., p. 211, afferma: “una teoria pluralistica della produzione normativa (...) non deve fare perno su un pensiero gerarchico, bensì eterarchico, capace di riconoscere la nuova costellazione tra centro/periferia. Il legislatore viene posto, come gli altri regimi di produzione giuridica, nella periferia del sistema, mentre al centro prendono posto le corti i tribunali anche non governativi così come tutti i fori di decisione giuridica”.

Una volta che si riesce a «sintonizzare il diritto sul pluralismo radicale della società, sulla frammentazione delle autonomie sociali»²²⁰, conseguendo la creazione di un diritto che «si accoppia alla razionalità dei diversi sottosistemi sociali, alla policontesturalità sociale, e non più solo a quella del sistema politico ed economico»²²¹, possiamo individuare quelle che sono le caratteristiche fondamentali dei processi di giuridicizzazione e poi costituzionalizzazione dei sottosistemi sociali e delle corrispondenti costituzioni civili, nonché i loro moduli di compatibilità reciproca.

Mentre gli altri osservatori commentano con preoccupazione tutte le dinamiche innestate dal processo di mondializzazione nel mondo del diritto, quella del costituzionalismo societario è una tesi che si muove in direzione contraria: essa prende spunto dall'estrema frammentazione giuridica e dalla privatizzazione della normazione per descrivere i processi di auto-costituzionalizzazione di ogni sottosistema sociale. Secondo tale approccio – intriso certamente di forti 'condizionamenti sociologici' coerentemente all'idea per cui "la costituzione è troppo importante per lasciarla nelle sole mani di studiosi di diritto costituzionale e filosofi politici"²²² – stanno emergendo un gran numero di costituzioni civili che regolano i vari sottosistemi sociali, cosicché i processi di costituzionalizzazione dell'ordine giuridico transnazionale non sarebbero da ricercare nella sedi della politica internazionale o nella creazione di un'irrealistica costituzione mondiale, bensì nella "molteplicità di sottosistemi autonomi della società mondo"²²³.

²²⁰ Cfr. Prandini R., *La "costituzione" del diritto nell'epoca...* cit., p.218.

²²¹ *Ibidem*.

²²² Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.5.

²²³ Cfr. Teubner G., *Costituzionalismo societario: alternativa alla teoria costituzionale stato-centrica*, in Teubner G., *La cultura del diritto...* cit., p.111. L'Autore fa alcuni esempi di costituzionalizzazione dei sottosistemi sociali a livello globale (pp.111-113): "Le dure battaglie sull'Internet a proposito dell'anarchia del cyberspazio, della regolamentazione governativa e della commercializzazione, rappresentano i conflitti di politica costituzionale, il cui caotico sviluppo sta svelando gradualmente la forma del diritto organizzativo di una costituzione digitale. (...) Estendendo l'area del conflitto, da Seattle a Genova, quello che sta accadendo nei congressi e nelle strade è una battaglia sulla costituzione dell'economia globale, e il suo esito darà un impulso costituzionale alla Banca Mondiale al Fondo Monetario Internazionale e al WTO. Una costituzione del settore mondiale della salute sta prendendo forma attraverso aspri dibattiti, interni ed esterni alla scienza, nella ricerca sugli embrioni, nella medicina della riproduzione (...) E dopo l'undici settembre si sono moltiplicati i tentativi di istituzionalizzare, in ambiti giuridici riconosciuti, il dialogo inter religioso tra le religioni mondiali".

La costituzionalizzazione dei sottosistemi sociali – come d'altro canto già evidenziato in precedenza trattando il tema del pluralismo costituzionale – non avverrà attraverso un momento costituzionale specifico, ma attraverso un processo di medio lungo-periodo in cui, nell'ambito del processo di giuridificazione di tali sottosistemi, si svilupperanno in maniera incrementale norme a carattere costituzionale²²⁴.

Il passaggio dalla giuridificazione alla costituzionalizzazione avviene nel momento in cui abbiamo un fenomeno di doppia riflessività²²⁵, ovvero una doppia e reciproca osservazione tra i sottosistemi sociali: la riflessività del sistema sociale e la riflessività del diritto in esso prodotto²²⁶. Il suddetto passaggio avrà la natura di “autolimitazione di coazione alla crescita”²²⁷, ovvero i vari sistemi sociali globalizzati decideranno di autolimitarsi quando la loro crescita andrà a collidere con la razionalità di altri sistemi sociali o minaccerà l'autoriproduzione del sistema stesso²²⁸.

Quello della giuridificazione, e poi costituzionalizzazione, dei diversi sistemi sociali non è un questione solo recente correlata ai processi di mondializzazione, ma si tratta di un fenomeno già in latenza all'interno del panorama giuridico nazionale, in cui però era assoggettato al predominio della normazione di origine statale. Con la relativizzazione del potere centralizzante dello Stato-nazione, “gli acuti problemi di

²²⁴ Si veda sul punto Teubner G., *Costituzionalismo societario...* cit.

²²⁵ Su tale concetto si veda la nota n.206. Utilizzando le parole di Gunther Teubner, riportate da Scamardella F., *La riflessività giuridica...* cit., p. 201, la riflessività “si riferisce alla capacità del diritto di riflettere le irritazioni sociali, il confronto e lo scontro tra sistemi e sottosistemi; eventi tutti che dapprima hanno la forma di comunicazioni generali che tematizzando su sé stesse, diventano poi vere e proprie componenti giuridiche (regole, sentenze, etc... etc...)”.

²²⁶ Si veda Teubner G., *Costituzionalismo della società transnazionale...* cit. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.113, chiarisce tale duplice riflessività affermando: “Si formano costituzioni politiche o della società civile solo quando entrambi questi processi riflessivi si collegano l'uno all'altro in un modo che va ancora descritto in maniera dettagliata, ovvero quando i processi sociali riflessivi, che attraverso l'autoapplicazione rendono autonome le razionalità sociali, sono giuridificati attraverso processi giuridici a loro volta riflessivi”.

²²⁷ Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.80.

²²⁸ Se può essere individuato un momento costituzionale nell'ambito della teoria del costituzionalismo sociale è proprio il momento in cui “la scelta tra la distruzione totale dell'energia e la sua autolimitazione. (...) Per il sistema politico mondiale, il paradigma è rappresentato dal 1945: il momento costituzionale che ha portato a una proclamazione mondiale dei diritti umani, dopo le pratiche in dispregio dell'umanità proprie del totalitarismo politico; quando il potere politico è stato pronto ad autolimitarsi. Allo stesso modo, il 1789 e il 1989 sono stati i momenti in cui la politica, a causa di distruttive tendenze espansive, si è autolimitata fissando, nelle costituzioni politiche, la divisione dei poteri e i diritti fondamentali” (Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.82).

costituzionalizzazione degli altri settori sociali si presentano ora in una luce abbagliante” in quanto da un lato “la differenziazione funzionale della società (...) nella globalizzazione si è solo allargata”, dall’altro “la società mondiale ha creato strutture proprie e ha accelerato tendenze di crescita che lo stato-nazione ancora non conosceva”²²⁹.

I luoghi di produzione costituzionali individuati dalle teoria teubneriana sollevano più di una perplessità nei settori di studi costituzionali legati alla tradizione statalistica per i quali risulta del tutto implausibile la produzione costituzionale a livello transnazionale, a maggior ragione se da parte di attori privati²³⁰. Tale diffidenza non deve stupire ove si consideri che esistono notevoli resistenze, da parte di taluni settori scientifici, già solo nell’acceptare la produzione di norme in materie segnatamente costituzionali – si pensi a quanto detto a riguardo della tutela dei diritti umani – a livello sovranazionale o internazionale, quindi in ‘luoghi costituzionale’ costruiti secondo i ‘classici canoni’ del diritto interstatale.

Il costituzionalismo societario impone, come già accennato in precedenza, un cambiamento radicale del paradigma statalista attraverso il totale abbandono degli schemi interpretativi classici – i ragionamenti sul concetto classico di sovranità e sull’apparizione di frammenti costituzionali al di là dello Stato contenuti nelle parti precedenti del mio lavoro adottano un ‘atteggiamento prudentiale’ se comparati a quanto proposto dagli studi teubneriani – con il chiaro intento di “voler smontare i deliri di onnipotenza della politica”²³¹ sostenendo la possibilità di avere “imperatives without imperator”²³². Inoltre tale teoria comporta l’abbandono della convinzione – legata all’esperienza dello Stato-nazione – che dietro a delle norme di natura costituzionale vi debba essere una collettività organizzata²³³.

²²⁹ Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., pp.11-12.

²³⁰ A tali luoghi di produzione costituzionali mancherebbero (Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.49): “un *demos* come collettivo della costituzione; la dialettica tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*; la legittimazione sulla base del consenso democratico di tutti gli interessati; l’infrastruttura di un pluralismo politico; l’eccedenza di senso di un mito fondativo collettivo”.

²³¹ Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.54.

²³² Cfr. Schütz A., *Imperatives Without Imperator*, in *Law and Critique*, Vol.20, n.3, 2009.

²³³ Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.60 afferma che i regimi transnazionali “non necessitano, per la loro costituzionalizzazione, delle caratteristiche di un attore collettivo, come mostra il caso della *lex mercatoria* o della *lex sportiva*. In entrambi i campi si sviluppano (...) norme costituzionali superiori senza che si intraveda l’equivalente di un’organizzazione statale”.

Nei suddetti processi di costituzionalizzazione dei sottosistemi sociali – e conseguentemente nelle costituzioni sociali – è possibile individuare diversi elementi costitutivi²³⁴.

Il primo passo del percorso verso la costituzionalizzazione dei sistemi sociali è la creazione dei cosiddetti “accoppiamenti strutturali”²³⁵ tra il diritto ed i vari sottosistemi sociali, ovvero quei processi di reciproca e duratura interazione che non cambiano l'identità dei sistemi coinvolti²³⁶, ma li induce ad adattarsi reciprocamente. Detto in maniera più semplice non ci troviamo né solamente davanti a dei testi giuridici, né solo a delle strutture *de facto* dei sottosistemi sociali, bensì a entrambi i fenomeni che si intrecciano e si realizzano contemporaneamente²³⁷. Il suddetto accoppiamento induce i sottosistemi sociali – ed è questo il secondo elemento del processo di costituzionalizzazione – a superare il problema della “corruzione strutturale del diritto da parte degli interessi privati o sistemici”²³⁸.

Il terzo elemento è costituito dalla gerarchia normativa in quanto non tutti gli accoppiamenti strutturali danno origine a norme di natura costituzionale, ma solo quelli in cui si istituiscono “normazioni di normazioni, cioè norme secondarie, che debbono aver luogo come identificazione, posizione, trasformazione, regolamento di competenze per l'emanazione e la delega di norme primarie”²³⁹, o, detto in altro modo, quelli in cui “i processi sociali riflessivi (...) sono giuridificati attraverso processi giuridici a loro volta riflessivi”²⁴⁰.

Giunti a tal punto il sistema sociale costituzionalizzato deve evolvere ulteriormente creando, infine, un sistema di revisione giudiziaria delle norme

²³⁴ Si veda sul punto Prandini R., *La “costituzione” del diritto nell'epoca...* cit.

²³⁵ *Idem*, p.215.

²³⁶ È proprio attraverso il processo di accoppiamento strutturale che, nel caso delle costituzioni statali, il diritto si rende autonomo dalla politica, in quanto Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit. afferma condivisibilmente che “non si può lasciare l'applicazione riflessiva di processi di potere in balia delle continue fluttuazioni del potere stesso”.

²³⁷ Secondo Teubner G., *Costituzionalismo societario...* cit, p.126: “Una costituzione lega sempre due processi reali: dal punto di vista del diritto essa è la produzione di norme giuridiche, che si trova intrecciata con le strutture fondamentali del sistema sociale; dal punto di vista del sistema sociale, essa è la produzione di strutture fondamentali del sistema stesso che, allo stesso tempo, sono in grado di modellare il diritto e di esserne regolate”.

²³⁸ Cfr. Prandini R., *La “costituzione” del diritto nell'epoca...* cit., p.215.

²³⁹ Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.113.

²⁴⁰ *Ibidem*. Teubner G., *Costituzionalismo societario...* cit., p.129 afferma che in una costituzione civile: “deve esistere una relazione autologica specifica, cioè la gerarchizzazione tra norme di valore costituzionale superiore e norme ordinarie e inferiori”.

sull'esempio della differenziazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione costituzionale nel sistema statale²⁴¹.

Naturalmente per le costituzioni civili vale con maggiore forza il discorso precedentemente affrontato relativo all'inadeguatezza della dicotomia pubblico/privato che, in un panorama di costituzionalizzazione dei sottosistemi sociali, risulta perdere ogni utilità scientifica e descrittiva.

Nel costituzionalismo societario – così come avviene in tutti gli approcci pluralistici all'ordine postnazionale – avvengono dei conflitti costituzionali tra i vari sottosistemi sociali. Ciò è ancora più frequente per un paradigma interpretativo come quello in analisi in cui “l'unità della costituzione viene affrontata come produzione immaginaria su un piano simbolico, che sta dietro la moltitudine realmente esistente di costituzioni, e si presenta al massimo come necessità di un credo collettivo condiviso nell'unità della costituzione”²⁴².

Per gestire la collisione tra sistemi costituzionali il costituzionalismo societario utilizza un ‘piano operativo’ con contributi provenienti da diversi autori che si sono occupati di pluralismo costituzionale e gestione dei sistemi cosiddetti eterarchici²⁴³.

²⁴¹ Si veda Cfr. Prandini R., *La “costituzione” del diritto nell'epoca...* cit. Teubner G., *Costituzionalismo societario...* cit., p.131 evidenzia come: “La revisione giudiziaria delle condizioni generali di vendita, degli *standard* privati relativi allo stato dell'arte della qualità di un servizio, della standardizzazione da parte di organizzazioni private, delle decisioni delle corti arbitrali nella sfera nazionale come in quella internazionale, sono esempi dell'esistenza della revisione costituzionale *de facto* del diritto non legislativo”. Si consideri inoltre che “il metro con cui vengono giudicate tali norme non è la costituzione politica, ma una loro propria costituzione”. Da tale fatto si evince come “la dimensione istituzionale dei diritti costituzionali viene sollecitata all'interno di ambienti privati della società”.

²⁴² Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.179 (corsivo non testuale).

²⁴³ Senza voler entrare nello specifico della definizione, per eterarchia si intende la presenza di una molteplicità di ordini allo stesso tempo e allo stesso livello. La sua etimologia è greca e risale alle parole *heteros* (l'altro, il vicino) *archein* (dominare). Secondo quanto affermato da von Foerster H., Pörksen B., *La verità è l'invenzione di un bugiardo. Colloqui per scettici*, Roma, Meltemi editore, 2001, p.83 “Eterarchia significa il dominio dell'altro. Non è più il sacro che governa dal basso verso l'alto, non ha più senso parlare di valori assoluti; ognuno è partecipe del dominio, il dominio diventa circolare”. Pur essendo stato elaborato con riferimento al solo mondo dell'impresa, risulta molto utile ai fini della comprensione del fenomeno dell'eterarchia per come intesa dagli studi teubneriani lo schema in otto punti presente in Perulli P., *Sistemi locali e sfide globali*, in *XXI Secolo*, Treccani, 2009: “a) molti centri di tipo differente; b) ruolo strategico delle subunità estere; c) ampio spettro di modelli di *governance*; d) integrazione più normativa che coercitiva; e) coalizioni con altre imprese; f) orientamento radicale ai problemi; g) organizzazione ‘olografica’, con informazione sull'intera impresa posseduta da ciascuna sottounità; h) modello di azione dell'impresa come organizzo cognitivo”.

In primo luogo esso propone di ripensare i canoni del diritto internazionale privato – indicato quale “punto di partenza appropriato per un diritto che regoli i rapporti tra regimi”²⁴⁴ – adottando un approccio pluralista che, secondo l’insegnamento di Berman, dovrebbe essere utile a “creare uno spazio consapevole per il conflitto tra più sistemi giuridici parzialmente sovrapposti. In effetti, potrebbe essere una strategia intelligente quella di progettare procedimenti, istituzioni e pratiche di autentico pluralismo giuridico per gestire il carattere ibrido senza distruggerlo”²⁴⁵. La questione del carattere ibrido di molte delle ‘situazioni giuridiche’ contemporanee – non permettendo la scelta secca tra le competenze di uno o dell’altro luogo costituzionale – rende del tutto inutile l’applicazione dei principi classici del diritto internazionale privato che proprio allo scopo di permettere tale ‘scelta secca’ erano stati pensati. Si dovrebbe invece effettuare un passaggio logico dall’adozione di un criterio territoriale – ovvero assegnare la competenza sul rapporto giuridico al territorio che con esso ha i maggiori legami – all’assegnazione della competenza a “quel regime funzionale *che presenta* il collegamento più stretto”²⁴⁶.

Un’altra soluzione allo scontro tra diversi regimi costituzionali viene individuata facendo riferimento alla *network theory*, che sembra seguire la logica dell’*unitas multiplex*, ovvero un’unità sistemica che emerge dal rapporto circolare delle parti che costituiscono il sistema, in modo che l’unità è complementare alla complessità ed alla diversità²⁴⁷. Partendo da tale teoria Teubner individua nei *networks* la più adeguata “risposta istituzionale alle collisioni normative *nella misura in cui riescano* a trasformare queste contraddizioni esterne in imperativi interni dei nodi della rete, che possono essere resi reciprocamente compatibili a seconda delle circostanze”²⁴⁸, ovvero, traducendo il tutto in termini costituzionali, “i nodi della rete, cioè gli stati in Europa o i rispettivi regimi funzionali nella globalità, sviluppano ciascuno

²⁴⁴ Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.182.

²⁴⁵ Si veda Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit.

²⁴⁶ Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.183 (corsivo non testuale).

²⁴⁷ Morin E., *Il Metodo. Vol.1. La natura della natura*, Milano, Raffaello Cortina Edizioni, 2001, pp.135, 148-149, afferma che “la complessità prima e fondamentale del sistema è di associare in essa da una parte l’idea di unità, dall’altra quella di diversità o molteplicità che in linea di principio si respingono e si escludono; (...) ogni sistema è uno e molteplice; (...) una delle caratteristiche fondamentali dell’organizzazioni è la capacità di trasformare la diversità in unità senza annullare la diversità (...) e di creare anche diversità nell’unità e tramite di essa”.

²⁴⁸ Cfr. Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali...* cit., p.188 (corsivo non testuale).

internamente i propri diritti, dalla prospettiva dei quali dirimono i conflitti tra norme”²⁴⁹. Tale “*networking* decentralizzato dei regimi giuridici”²⁵⁰ abbandona naturalmente velleità di unità gerarchica del sistema – in quanto in una società mondializzata senza centro né vertice è impensabile, e in realtà poco auspicabile, qualsiasi costruzione verticistica ed accentrata – ricercando piuttosto “la semplice compatibilità normativa”²⁵¹.

²⁴⁹ *Idem*, p.189.

²⁵⁰ Teubner G., *Istituzioni in frammenti...* cit., p.24.

²⁵¹ *Ibidem*.

CAPITOLO TERZO

DAL GENERALE AL PARTICOLARE: IL PROCESSO DI GLOCALIZZAZIONE NEL PANORAMA COSTITUZIONALE LATINOAMERICANO. UNA BREVE RIFLESSIONE METODOLOGICA

L'analisi effettuata nei due capitoli precedenti ha permesso di evidenziare l'esistenza, a livello globale, di un sistema di organizzazioni internazionali/sovrnazionali/transnazionali che costituiscono lo 'scheletro' di un ordinamento a carattere funzionale – al di là dei confini della statualità classica – il cui compito di base è quello di affrontare problematiche che travalicano i confini dei singoli Stati.

Contemporaneamente a tale tendenza extrastatale, è stato possibile sottolineare come, anche al proprio interno, gli ordinamenti giuridici statali stiano 'soffrendo' un processo di progressiva erosione dei propri poteri a favore delle entità substatali di governo, che ha nel riconoscimento generalizzato dell'autonomia delle comunità territoriali – la cui dimostrazione è data dalla mai sopita "resurgence in interest in federal idea"¹ – il suo segnale più importante.

L'intrecciarsi di questi due fenomeni, che viene efficacemente riassunto dall'utilizzo del lessema di origine sociologica glocalizzazione², fa entrare palesemente in crisi – come già descritto, almeno a livello teorico generale nel primo capitolo del mio lavoro di ricerca – l'istituzione caratteristica della modernità, ovvero lo Stato-nazione, con la connessa nozione di sovranità quale *suprema potestas*

¹ Cfr. Griffiths A., Nerenberg K., *Handbook of Federal Countries*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2005, p.xv.

² Si veda Robertson R., *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London, Sage Publications Ltd, 1992; ed inoltre Id., *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*, in Featherstone M., Lash S., Robertson R., *Global Modernities*, London, Sage Publications Ltd, 1995. Il termine ha raggiunto maggiore fama grazie all'opera di Bauman Z., *Globalizzazione e Glocalizzazione*, Roma, Armando Editore, 2005. Di particolare interesse sul tema è il saggio di Swyngedouw E., *Globalisation or 'Glocalisation'? Networks, Territories and Rescaling*, in *Cambridge Review of International Affairs*, Vol.17, n.1, 2004.

superiorem non recognoscens, che ha costituito per circa cinque secoli il perno dell'ordine giuridico mondiale.

La visione complessiva proposta dal paradigma interpretativo della glocalizzazione, inteso naturalmente in chiave strettamente giuridica, ha l'indubbio vantaggio di condurre al superamento di “the line between the global and the local” – indicando col termine *local* la concessione di ampi spazi di autonomia, costituzionalmente riconosciuta, alle collettività territoriali infrastatali – che divengono “blurry at best, and irrelevant in most instances”, conducendo alla creazione di un modello in cui “the global and the local are facets of a single, dynamic system, not simply an arrangement of parts and a whole”³.

Come già precisato in precedenza, dopo aver analizzato gli aspetti fondamentali e generali del fenomeno in analisi, sarà necessario nelle parti seguenti di questo lavoro – che non può certo avere velleità ecumeniche – ‘ridurre’, o meglio focalizzare, l'osservazione ad un ambito tematico e spaziale ben definito, passare cioè dal generale al particolare.

Per quanto riguarda l'ambito materiale l'indagine successiva si orienterà all'osservazione dei fenomeni costituzionali che si stanno producendo al di là dello Stato e che rendono configurabile la nascita di un costituzionalismo transnazionale, quale forma meglio sviluppata di diritto sconfinato⁴. Partendo dal presupposto che “no human problem transcends national boundaries to the degree that violations of human rights do, not only in terms of the causes, but also in the search for solutions”⁵, e dalla conseguente necessità di evitare “i rischi di un costituzionalismo irenico che si limita a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali (...) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere”⁶ – non solo quello statale, ma

³ Cfr. Aman A.C., *The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.31, n.1, 1998, p.813.

⁴ L'espressione in questione è stata coniata nella più volte citata opera di Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2006.

⁵ Crahan M., *Human Rights and Basic Needs in the Americas*, Washington, Georgetown University Press, 1982, p.ix.

⁶ Cfr. Luciani M., *Costituzionalismo irenico e polemico*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 2006. L'Autore critica in tale scritto la supposta mancanza di un ‘momento polemico’ nel costituzionalismo sovranazionale. Su questo tema si è espresso – in maniera pienamente condivisibile – Martinico G.,

anche quello esercitato dalle aggressive forze del capitalismo finanziario e tecnocratico – il mio interesse si rivolgerà al tema della tutela dei diritti nell’ambito del sistema interamericano.

Tralasciando per il momento le motivazioni che mi hanno indotto a scegliere di rivolgere la mia analisi al continente latinoamericano – prima fra tutti i ben noti *deficit* democratici sofferti dai Paesi di tale area geografica, che hanno reso non solo necessario, ma anche fortemente auspicabile, affidare la vigilanza sui diritti fondamentali dei cittadini di quegli Stati ad un organismo sovranazionale di tutela – è necessario evidenziare come il sistema interamericano, e più nello specifico la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, abbia mostrato una chiara ‘vocazione costituzionale’ non solo per la materia segnatamente costituzionale, quella dei diritti umani, di cui tale organo giurisdizionale si occupa, ma soprattutto per il carattere estremamente creativo della sua giurisprudenza e l’ampio esercizio delle competenze attribuitele dalla Convenzione. Il suo *modus operandi*, come vedremo ampiamente in seguito, non manca di incidere pesantemente sugli ordinamenti costituzionali degli Stati membri e sul già ‘malandato’ concetto di sovranità statale, tanto da rendere estremamente plausibile l’ipotesi interpretativa che vede nel *Pacto de San José* una sorta di Costituzione latinoamericana in materia di diritti umani e nella Corte l’organo deputato alla sua garanzia⁷.

La regionalizzazione della tutela dei diritti fondamentali – che risolve le già segnalate problematiche applicative e la scarsa effettività dei testi universali sui diritti umani, grazie all’omogeneità culturale che caratterizza i Paesi di una stessa area geografica – fa parte di una più generalizzata tendenza globale alla creazione di

Multilevel governance e federalismo costituzionale: le sfide per la teoria giuridica, in *Il Ponte*, 2012, pp.44-45: “Nessuno nega che questa sia la vera sfida per i costituzionalisti oggi ma è altrettanto vero che per studiare il potere contemporaneo bisogna anche accettare che le dinamiche attraverso cui esso viene esercitato sono cambiate, e per varie ragioni, o che semplicemente esse non sono più interamente controllabili dallo Stato; allo stesso modo, pretendere di continuare a leggere il diritto prodotto in questi contesti (sempre meno diritto statale, sempre più diritto prodotto da altri attori) con le categorie classiche del pensiero giuridico sarebbe illusorio”.

⁷ Si veda sul tema Binder C., *¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías*, in von Bogdandy A., Ferrer Mac-Gregor E., Morales Antionazzi A., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionales commune en América Latina?*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p.161.

integrazioni regionali su ambiti più o meno specifici⁸. Si tratta della caratteristica fondamentale del nuovo ordine mondiale nato sulle macerie del muro di Berlino e dalla conseguente morte delle ideologie, per cui si sta assistendo ad un processo di riorganizzazione del potere a livello globale, in corso da più di un trentennio, come risultato di “una profunda transformación de la soberanía del Estado nacional y de la forma de gobierno del Estado constitucional democrático del siglo XX. El proceso de reorganización se localiza en el punto de encuentro de la teoría de la comunidad internacional y del Estado, en donde confluyen elementos de ambos y donde se construye el orden internacional sobre nuevos fundamentos”⁹.

Con riferimento al panorama latinoamericano l’origine storica di tali processi può essere individuata nelle idee di Simón Bolívar cristallizzate nel *Congreso Anfictiónico de Panamá* – il cui nome alludeva palesemente alle anfizionie della Grecia classica, ovvero quelle associazioni di popolazioni limitrofe che condividevano il culto di una divinità – che aveva l’ambizioso obiettivo di creare una confederazione dei popoli latinoamericani. Solo nel secolo scorso iniziano però a stabilirsi i presupposti della creazione di reali processi integrativi sovranazionali nell’ambito geografico di riferimento, tanto che alcuni autori hanno iniziato a sostenere la “creazione di uno spazio iberoamericano”¹⁰ che – con costante riferimento al ‘modello guida’ europeo – rappresenterebbe un riuscito esempio di *integration through law*¹¹.

⁸ Si vedano, tra gli altri, sul tema: Carducci M., *Il diritto comparato delle integrazioni regionali nel contesto euroamericano*, in AA.VV., *Anais da V Jornada da Associação de Direito Público do Mercosul*, Belo Horizonte, Ed Forum, 2012; Gil L., Paikin D., *Mapa de la Integración Regional en América Latina*, in *Nueva Sociedad*, 2013; Silva Flores C., Martins C.E., *Nuevos Escenarios para la Integración de América Latina*, Buenos Aires, Editorial Arcis, 2013; Toscano M., Filho F., *Integración regional y globalización de la economía: las dos caras del nuevo orden mundial*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.100, 1998.

⁹ Cfr. Panebianco M., *A Integração Regional Européia e Latino-Americana entre Internacionalismo e Constitucionalismo*, in Landim J.F.P., *Direito e Integração. Experiência Latino-Americana e Européia*, Brasília, Editora da UnB, 1981, p.65.

¹⁰ Cfr. Carpizo J., *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.10, 2006, p.73.

¹¹ Si veda sul tema, con riferimento al caso europeo, il contributo di Cappelletti M., Seccombe M., Weiler J., *Integration Through Law: Europe and American Federal Experience*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986.

Tale tendenza ad utilizzare il diritto “as a mask for politics”¹² – pur essendo stata pensata per la descrizione del processo di integrazione europea – può ben utilizzarsi nell’analisi del sistema interamericano dei diritti umani. Tale sistema che come vedremo è stato pensato ed implementato nell’ambito dell’Organizzazione degli Stati Americani si è infatti progressivamente emancipato – in modo particolare per quei Paesi che hanno accettato la competenza contenziosa della *Corte Interamericana de Derechos Humanos* – sia dall’organizzazione originaria che dagli Stati membri, configurando un ordinamento sostanzialmente indipendente, capace di imporre norme vincolanti giustificate non in base a delle obbligazioni derivanti da un determinato trattato, bensì in base alla finalità della tutela dei diritti umani fondamentali.

La ‘forza integratrice’ del diritto diventa ancora più evidente dall’osservazione della giurisprudenza della Corte Interamericana da cui si evince come l’organo giurisdizionale, chiamato ad operare in un contesto ambientale caratterizzato da una generalizzata violazione dei diritti umani fondamentali, abbia fatto gradualmente perdere al sistema interamericano la sua iniziale caratterizzazione esclusivamente sussidiaria rispetto agli ordinamenti giuridici degli Stati membri. La Corte, pur rimanendo il giudice del caso concreto, non manca di esprimere delle considerazioni di ordine generale – che si tramutano in veri e propri obblighi in capo agli Stati membri nella fase di riparazione – utili, secondo la ben nota dottrina dell’effetto utile, ad individuare e porre rimedio alle cause di ordine strutturale della violazione.

I processi descritti nella prima parte del mio lavoro che alludono ad una relativizzazione del concetto di sovranità statale, obbligano lo studioso del diritto a ‘ricalibrare’ gli strumenti interpretativi della propria scienza allo scopo di “idear alternativas a la tradicional arquitectura nacional-estatal de lo político y de la mismísima democracia”¹³. Ciò risulta necessario ove si consideri che la grave crisi della statualità classica – ovvero il processo, ormai irreversibile, per cui lo Stato diventa virtuale nel senso che esso è reale senza essere attuale, ideale senza essere

¹² Cfr. Scharpf F.W., *The Asymmetry of European Integration or why the Ue cannot be a “Social Market Economy”*, in *KFG Working Paper*, n.6, 2009, p.9.

astratto¹⁴ – non può e non deve in nessun modo condurre al sacrificio dei diritti e delle libertà fondamentali che costituiscono l'anima dello Stato costituzionale e democratico¹⁵.

La sfida essenziale che il 'costituzionalista della nuova epoca' – volente o nolente mondializzata – dovrà affrontare sarà quella di riuscire a fornire un modello politico istituzionale capace di integrare in un sistema tendenzialmente unitario il pluralismo, a tratti confusionario, dell'attuale panorama giuridico, ovvero garantire le distinte identità locali in un sistema che va verso la non più prorogabile integrazione giuridica e politica – almeno a livello regionale – e si caratterizza per un'inarrestabile globalizzazione dell'economia.

Volgendo lo sguardo alle esperienze istituzionali precedenti ci si può facilmente rendere conto che né la teoria né la prassi politica e giuridica contemporanea possono prescindere dal tenere fortemente in considerazione lo schema di distribuzione dei poteri e di accomodamento delle diversità adottato da quei sistemi che, in un modo o nell'altro, sono riconducibili al federalismo. I modelli tramandatici dalla tradizione costituzionale – come ho già evidenziato in precedenza – devono rappresentare un punto di riferimento imprescindibile, soprattutto nell'analisi di quei fenomeni i cui confini precisi non sono ancora perfettamente delineati, infatti “sarebbe un errore ritenere che alla crisi della dogmatica normativistica e statalistica corrisponda una dissoluzione dei contenuti più significativi della cultura costituzionale, perché tali contenuti hanno profonde radici nella storia sociale prima che nella scienza del diritto”¹⁶. Se è pur vero che da qualcosa bisogna partire, la nostra cultura costituzionale rappresenta un ottimo retroterra ideologico a presidio dei diritti e delle libertà fondamentali. Quanto fin qui detto non deve naturalmente condurre all'erronea decisione di voler applicare schemi interpretativi pensati in un'epoca diversa e per dare risposta a problematiche differenti da quelle attuali.

¹³ Cfr. Rojo Salgado A., *Globalización, Integración Mundial y Federalismo*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.109, 2000, p.30.

¹⁴ Si veda quanto detto a tal proposito nel primo capitolo del presente lavoro di ricerca.

¹⁵ Come evidenzia Rojo Salgado A., *Globalización, Integración Mundial...* cit., p.30: “Nuestra obligada e inevitable conversión en ciudadanos del mundo no debe producirse a costa de renunciar a nuestra condición de ciudadanos, conquistada y asumida como algo definitivo e irrenunciable en el marco del Estado liberal y democrático”.

¹⁶ Cfr. Cervati A.A., *Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica*, in *Diritto romano attuale*, fascicolo 6, 2001, p.22.

È chiaro che uno dei vantaggi principali derivanti dall'uso di uno schema istituzionale federale è quello relativo alla decentralizzazione del potere realizzata attraverso l'avvicinamento dei centri decisionali politici ed economici ai cittadini¹⁷. La connessione tra democrazia e federalismo – come si vedrà nella parte finale del mio lavoro – è talmente intensa che si è arrivato condivisibilmente a sostenere che “el funcionamiento regular de un sistema democrático es condición imprescindible para el funcionamiento de un sistema federal”¹⁸. Tale rapporto di parallelismo¹⁹ tra i principi fondamentali di un sistema democratico e le istituzioni del federalismo si dimostrerà in seguito nel corso dell'analisi dei federalismi latinoamericani, in cui sarà reso palese come in quei sistemi federali le frequenti sospensioni della democrazia abbiano comportato una continua mortificazione, giunta fino allo ‘snaturamento’, dei modelli federali disegnati in Costituzione.

Accanto ai fenomeni della globalizzazione economica e dei processi d'integrazione regionale non può, quindi, essere trascurata la centralità assunta dai livelli di governo regionali/locali come acutamente segnalato da Jordi Borja e Manuel Castells, i quali sottolineano che “la importancia estratégica de lo local como centro de gestión de lo global en el nuevo sistema tecno-económico puede apreciarse en tres ámbitos principales: el de la productividad y competitividad económicas, el de la integración socio-cultural y el de la representación y gestión políticas”²⁰.

Nell'approccio adottato nel mio lavoro di ricerca i due fenomeni, quello della mondializzazione e quello della diffusione su scala globale del principio di autonomia delle collettività territoriale, hanno un chiaro effetto ‘destrutturante’ sulla classica immagine della statualità tramandataci dalla giuspubblicistica occidentale.

Sul cambiamento descritto non voglio esprimere nessun giudizio di valore in primo luogo perché tali giudizi sono propri dell'ambito politico e poco consoni ad

¹⁷ Si veda sul tema Ainaga Vargas M., *Federalismo y globalización. Algunas reflexiones*, in Casarín L., Manlio F., *Derecho constitucional estatal*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

¹⁸ Cfr. Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p.74.

¹⁹ Si veda Palazzo E.L., *Breves cronologías del constitucionalismo y del federalismo: tiempos paralelos*, in www.federalismi.it, 2003.

²⁰ Cfr. Borja J., Castells M., *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 1997, p.14.

un'analisi giuridica del fenomeno in questione. Il compito dello studioso del diritto non è infatti quello di esprimere dei giudizi – che in quanto tali non potrebbero non essere soggettivi – sulla maggiore o minore ‘bontà’ di una trasformazione, ma bensì analizzarne, attraverso gli strumenti scientifici tipici della propria scienza, la natura ed individuare la migliore via per tutelare i principi che l’ordinamento ha scelto come fondamentali. Un’ulteriore motivazione a supporto dell’inutilità dei giudizi di merito sulla questione glocalizzazione è quella relativa alla sua irreversibilità che è palese, come è già stato segnalato in precedenza, per il processo di mondializzazione, ma è altresì ipotizzabile con riferimento alla concessione di autonomia alle collettività territoriale, soprattutto in quei modelli che hanno raggiunto un assetto istituzionale stabile e ben funzionante in tale direzione.

Si consideri, infine, che uno degli errori che più comunemente viene commesso è quello di assolutizzare determinati concetti ed istituzioni – di tale tendenza ho già detto con riferimento alle teorie relative alla supposta naturalizzazione del mercato – ovvero di analizzare la loro natura come se fossero sempre esistite e dovessero esistere per sempre. In realtà la storia va in una direzione contraria, così l’istituzione tipica della modernità, ovvero lo Stato-nazione e la connessa nozione di sovranità, non ha nulla di assoluto o astorico, si tratta anzi di un concetto, più politico che giuridico, nato in risposta a delle precise necessità e che si è già da tempo avviato – per quanto ciò possa sembrare ‘disarmante’ dal punto teorico – lungo la strada di un suo cambiamento radicale, in risposta alle mutate esigenze geopolitiche.

Analizzando il rapporto tra il processo di mondializzazione – che ha nelle integrazioni sopranazionali il suo maggiore riflesso politico-giuridico²¹ – ed il cosiddetto *federalizing process*²², ci si deve chiedere in via preliminare se esista una

²¹ Afferma sul punto Moreiro Neto D., *Mercosul – Minilateralismo y Metaconstitucionalismo*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.128, 1995, p.208: “La integración es consecuencia de la plena conciencia política de que hoy, como nunca, el mundo tiende a congregarse en bloques, porque la conquista de territorios y de mercado por las armas (...) dio paso a la competencia por la eficacia (...). En este nuevo mundo, que está emergendo sobre las ruinas, desde luego nada lamentables, de las ideologías y de las guerras totales, asoma la conciencia planetaria (...) el camino de la integración de los países miembros en bloques económicos homogéneos con objetivos comunes”.

²² Il maggiore esponente delle teorie del *federalizing process* è Friederich C. J. che teorizza l’approccio dinamico allo studio del federalismo nella sua opera *Trends of federalism in theory and practice*, New York, Praeger Publishers Inc., 1968.

“incompatibilidad entre el establecimiento de bloques supranacionales, que supone un movimiento de centralización, y el federalismo intraestatal, que por esencia contiene una fuerte nota de descentralización”²³.

Nonostante di primo acchito i due processi sembrano andare, almeno a livello teorico, in direzioni opposte, l’osservazione della realtà conduce a delle conclusioni differenti. Se analizziamo il caso di integrazione sovranazionale maggiormente sviluppato, ovvero quello dell’Unione Europea, risulta palese la spinta delle istituzioni sovranazionali nella direzione della concessione di maggiori margini di autonomia politico-istituzionale alle proprie collettività territoriali, infatti, già più di un ventennio fa, si notava come “in un breve volgere di anni, l’evoluzione della Comunità in senso più genuinamente transnazionale ha portato le regioni in una posizione di soggetti istituzionali a rilevanza comunitaria, parte essenziale dell’ordinamento giuridico europeo”²⁴. Conseguentemente è da escludere una incompatibilità tra i processi di integrazione sovranazionale e quelli di decentramento; ciò è ancor più vero con riferimento al panorama costituzionale latinoamericano che, pur essendo integrato da ordinamenti almeno nominalmente federali, “si exceptuamos el caso europeo (...) registra en el actualidad la principal muestra de experiencias e intentos integradores”²⁵.

Alla compatibilità fra processi di mondializzazione e quelli federali – ben riassumibile nel già analizzato termine glocalizzazione – si devono aggiungere i vantaggi derivanti dall’utilizzo di un modello politicamente decentrato, basato cioè sul riconoscimento costituzionale dell’autonomia delle collettività territoriali, in un panorama giuridico ormai mondializzato, il cui impatto può essere meglio ‘ammortizzato’ da un’organizzazione statale federale. Non si può infatti trascurare come lo Stato organizzato in maniera decentrata abbia “una gran capacidad (al menos teóricamente) de lograr que en las diversas regiones y con los gobiernos

²³ Cfr. Bazán V., *La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos*, in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2009, p.640.

²⁴ Cfr. Chiti V., *Per una dimensione europea del “nuovo regionalismo”*, in *Regioni e governo locale*, n.3, 1993, p.635. Sul progressivo riconoscimento del ruolo delle entità substatuali nell’ambito dell’Unione Europea si veda D’Atena A., *Regionalismo e Sovranazionalità*, Milano, Giuffrè, 2008.

²⁵ Cfr. Rojo Salgado A., *Globalización, Integración Mundial...* cit., p.38.

subnacionales se procesen de manera democrática las acciones de gobierno para enfrentar las contradicciones de la globalidad y beneficiarse de sus oportunidades”²⁶.

Per quanto concerne il versante più propriamente metodologico della questione, la coesistenza di quelle che, parafrasando Schiff Berman, ho già precedentemente definito “multiple normative communities”²⁷ induce ad adottare – tralasciando le poco plausibili alternative di una totale chiusura della comunità verso l’esterno o di una presunta costituzionalizzazione dell’ordine giuridico internazionale – un approccio interpretativo che tenga in considerazione l’esistenza di spazi giuridici ibridi nella direzione del superamento della “idea di un sistema giuridico unico e chiuso” a favore di “una pluralità di sistemi più o meno aperti l’uno rispetto all’altro”²⁸. A tale fine può risultare particolarmente fruttuoso l’approccio del pluralismo giuridico che rappresenta una riuscita “síntesis del todo y las partes” inducendoli “a una pacífica y fructuosa cooperación”²⁹. Tali teorie – a cui ho fatto già riferimento nelle parti precedenti del mio lavoro – evitando di costruire delle complesse ‘strutture ideologiche’ da cui deriverebbe chiaramente una poco utile gerarchia normativa e valoriale, “can potentially help to channel (or even tame) normative conflict to some degree by bringing multiple actors together into a shared social space”³⁰.

La visione pluralistica di quello che viene definito l’ordine giuridico post-nazionale non può che coinvolgere anche l’aspetto costituzionale, segnalando l’esistenza di luoghi di esercizio del potere politico al di fuori dello Stato ed anche al

²⁶ Cfr. Ainaga Vargas M., *Federalismo y globalización...* cit., p.15. Sul profondo legame tra processo di mondializzazione, integrazione regionale ed organizzazione federale dello Stato Bazán V., *La integración supranacional y el federalismo en interacción...* cit., p.687 – parafrasando Frías P.J., *Las responsabilidades morales y políticas*, in *Los brevariario del siglo XXI*, Córdoba, s/d, e La Pergola A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994 – afferma: “la integración evitará que quedemos más solos en un mundo más unido, pero la integración es el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos y personas con su propia identidad, premisa irrecusable si verdaderamente se desea transitar con provecho los nuevos senderos del federalismo en los pliegues del proceso comunitario”.

²⁷ Cfr. Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Law Review*, Vol.80, 2007, p.1157.

²⁸ Cfr. Di Martino A., *Il territorio dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p.371.

²⁹ Cfr. Valverde J.L., *Introducción al federalismo global*, in Díaz Carrera C., *El federalismo global*, Madrid, Unión Editorial, 1989, p.22.

³⁰ Cfr. Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism...* cit., pp.1665-1166.

suo interno – secondo questa visione che non trascura il livello regionale/locale – che sviluppano un discorso costituzionale limitatamente a quelle che sono le loro competenze. Seguendo tale linea di pensiero che ha in Neil Walker³¹ il suo ‘capofila’, nelle parti seguenti del mio lavoro analizzerò sia il pluralismo integrativo della Corte Interamericana, che i sistemi federali di Messico ed Argentina.

Prima di proseguire con la mia analisi non possono essere trascurate le motivazioni che – tralasciando l’interesse scientifico personale verso il continente latinoamericano – mi hanno spinto a scegliere di focalizzare l’attenzione sui profili giuridici dei processi di glocalizzazione in America Latina, e, più nello specifico, sulla progressiva costruzione di un *ius commune* interamericano in materia di diritti umani, grazie alla proficua giurisprudenza della *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, e sulla caratterizzazione centralizzante dei federalismi latinoamericani, con particolare attenzione al caso argentino e messicano.

L’attenzione scientifica verso le esperienze di costituzionalismo transnazionale del continente latinoamericano è giustificata in primo luogo dal fatto che – come abbiamo già evidenziato nelle pagine precedenti – tale spazio geografico rappresenta, in fatto d’integrazione, il ‘laboratorio’ extraeuropeo più attivo.

Se si osserva la questione dal punto di vista storico si può notare come, già durante il XVIII secolo, iniziasse a manifestarsi soprattutto tra le *élites* locali la volontà – che per una serie di motivi rimase solo tale – di creare un’integrazione dei popoli latinoamericani sulla base di una innegabile identità comune³². Il sogno panamericano, che ebbe in Simón Bolívar³³ uno dei suoi più attivi sostenitori, si unì

³¹ Si veda il già citato Walker N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *The Modern Law Review*, Vol.65, n.3, 2002.

³² Si veda sul tema Biagini H.E., *El pensamiento identitario*, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol.6, n.5, 2001.

³³ Simón Bolívar nella *Carta de Jamaica*, scritta durante il suo esilio a Kingstone del 1815, si esprime in tal modo a riguardo del sogno integrazionista latinoamericano: “Es una idea grandiosa pretender formar de todo el mundo nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión debería, por consiguiente, tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse; mas no es posible porque climas remotos, situaciones diversas, intereses opuestos, caracteres desemejantes dividen a la América. ¡Qué bello sería que el istmo de Panamá fuese para nosotros lo que el de Corinto para los griegos! Ojalá que algún día tengamos la fortuna de instalar allí un augusto Congreso de los

indissolubilmente prima con le lotte del XIX secolo per l'indipendenza dalla madrepatria europea e poi con la volontà di proteggersi reciprocamente dalle mire espansionistiche della nascente potenza statunitense.

In seconda battuta non può essere trascurata l'influenza dei più recenti studi di diritto comparato che hanno evidenziato le peculiarità dei modelli giuridici della regione. Grazie a tale rinnovato interesse, il loro essere "non abbastanza europei per essere considerati davvero parte integrante di quella tradizione giuridica, ma neanche abbastanza esotici per esibire qualche peculiarità tale da far valere l'eccezione culturale"³⁴ – che aveva confinato, per un certo periodo, tale regione nel 'dimenticatoio' degli studi di diritto comparato – si è trasformato in motivo di più accurato interesse. Si è potuto, perciò, mettere alla luce come gli ordinamenti dell'area geografica analizzata non si siano limitati ad importare i modelli giuridici provenienti dall'Europa, per quanto riguarda il diritto privato, e dagli Stati Uniti, per ciò che concerne il diritto pubblico – come si vedrà con maggior chiarezza con riferimento all'organizzazione federale di Messico ed Argentina – ma li abbiano rielaborati e combinati con elementi giuridici 'autoctoni', creando una "esperienza di frontiera"³⁵ di notevole interesse comparato.

La necessità di proseguire lungo il cammino dell'integrazione – soprattutto allo scopo di avere un ruolo di maggior rilevanza nel panorama geopolitico internazionale – è fortemente avvertita nell'epoca contemporanea, tanto che l'America Latina si è trasformata in "una realidad y una idea-impulso"³⁶: una realtà in quanto sono ormai molteplici le esperienze di integrazione della regione, ed un'*idea-impulso* poiché si avverte l'irreversibilità dei fenomeni integrativi.

Seguendo la ricostruzione sul tema della configurabilità di un diritto costituzionale latinoamericano, effettuata da Jorge Carpizo, possono essere individuati, come base di tale idea, una serie di *elementos aglutinadores* sia di natura storico-sociologica, che di più stretta rilevanza giuridica.

representantes de las repúblicas, reinos e imperios a tratar y discutir sobre los altos intereses de la paz y de la guerra, con las naciones de las otras tres partes del mundo".

³⁴ Cfr. Marini G., *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, relazione al convegno *The construction of legal traditions*, Perugia, 19/20 novembre 2007.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cfr. Carpizo J., *Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado*, in *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol.7, T.1, 2006.

In primo luogo non può essere trascurata, come ho già accennato in precedenza, l'esistenza di un parabola storica, precoloniale, coloniale e post-coloniale, che presenta numerosi elementi di contatto tra i diversi Paesi. A ciò vanno aggiunti degli elementi di non poco conto, mi sto riferendo non solo ad un'eredità culturale comune, ma anche agli importanti aspetti linguistici e religiosi, che rafforzano, senza dubbio alcuno, il senso di comunità. Tutti gli elementi fin qui elencati non sono presenti, ad esempio, nel continente europeo, in cui – pur essendo dinanzi al modello meglio riuscito di un'integrazione regionale a carattere tendenzialmente universale – è possibile individuare delle profonde asimmetrie tra gli Stati membri a livello storico, culturale, linguistico e, infine, religioso.

Si consideri inoltre che, come già accennato in precedenza, la volontà della creazione di un'unione dei popoli latinoamericani ha più di trecento anni. Tali idee di unità e coesione, nonostante non siano riuscite a concretizzarsi a causa dei contrasti politici interni ed all'opposizione esterne alla creazione di una forte integrazione della regione, “nunca han desaparecido, aunque en algunas épocas se hayan debilitado”³⁷.

A livello più strettamente giuridico, l'idea latinoamericana è stata elevata al rango costituzionale attraverso l'introduzione in diversi testi costituzionali della regione. Particolarmente esemplificativo al riguardo è l'art.4 della Costituzione della Repubblica Federale Brasiliana che sottolinea come sia uno degli scopi del Paese quello di raggiungere l'integrazione economica, politica, sociale e culturale tra i popoli della regione, con l'obiettivo ambizioso di creare una comunità latinoamericana di nazioni. Tale processo di costruzione di un diritto costituzionale comune latinoamericano è particolarmente evidente in una materia segnatamente costituzionale come quella dei diritti umani, in cui – come sarà ampiamente messo alla luce nel capitolo successivo della mia tesi – la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* si è trasformata, grazie una giurisprudenza estremamente creativa, in uno dei maggiori artefici della creazione di un *corpus* di principi e valori comuni di chiara trascendenza costituzionale, accompagnando, in una situazione

³⁷ *Idem*, p.272.

ambientale chiaramente avversa, gli ordinamenti della regione verso la democrazia ed il riconoscimento generalizzato dei diritti fondamentali della persona.

CAPITOLO QUARTO

IL SISTEMA INTERAMERICANO DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI TRA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI E COSTITUZIONALISMO TRANSNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Alcune riflessioni introduttive sulle peculiarità del sistema interamericano di protezione dei diritti umani – 2. Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani: evoluzione storica ed aspetti strutturali – 3. Gli aspetti procedurali del sistema interamericano di protezione dei diritti umani con particolare attenzione al potere vincolante delle decisioni ed alla disciplina dei rimedi – 4. La lotta all'impunità ed il controllo di convenzionalità: frammenti di un costituzionalismo transnazionale latinoamericano – 5. L'impatto del costituzionalismo transnazionale latinoamericano sui sistemi costituzionali argentino e messicano: un'analisi comparata

1. Alcune riflessioni introduttive sulle peculiarità del sistema interamericano di protezione dei diritti umani

Il sistema di protezione dei diritti umani creato nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati Americani (da adesso in poi OAS) può essere ricondotto ad un più ampio processo di regionalizzazione dei diritti umani fondamentali¹ che interessa non solo l'esperienza europea ed americana, ma anche quella di altri 'sistemi di integrazione regionale', quali l'Unione Africana e la Lega degli Stati Arabi.

Come già evidenziato in precedenza, esiste una sorta di filo rosso che lega le dichiarazioni universali successive al secondo conflitto mondiale agli strumenti di tutela regionale dei diritti – primi fra tutti i sistemi di tutela creati nell'ambito della

¹ Si veda sul punto Cappuccio L., Lollini A., Tanzarella P., *Le corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950 e della *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (da adesso in poi CADH o *Pacto de San José* o, semplicemente, Convenzione) del 1969 – per cui si configura chiaramente una complementarità tra il livello universale e quello regionale in cui “il livello universale offre soprattutto una definizione dei diritti; viceversa, il livello regionale rappresenta la soluzione ottimale per risolvere il problema della loro applicazione”². Tale visione si basa sull'idea che l'omogeneità politica e culturale, così come la condivisione di tradizioni giuridiche ed istituzionali comuni, sia la ‘chiave di volta’ dell'efficacia di qualsiasi sistema di protezione dei diritti umani³.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, proprio in seguito agli orrori del secondo conflitto mondiale, si è assistito ad un indubbio innalzamento del livello di tutela dei diritti umani garantito da una intreccio di processi avvenuti a diversi livelli territoriali – le costituzioni nazionali e la loro particolare attenzione verso i diritti, la libertà e l'uguaglianza⁴, i grandi testi che sanciscono la tutela universale dei diritti umani e, infine, il processo di regionalizzazione, spinto dalla volontà di garantire l'*enforcement* dei diritti sanciti a livello universale – che consente l'individuazione, come analizzato nel secondo capitolo della mia tesi, di diversi ‘frammenti costituzionali’ al di là dello Stato e la configurazione di un diritto costituzionale transnazionale⁵.

² Cfr. Cassese A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2005, p.52.

³ Si vedano sul punto: Buergenthal T., *The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences*, in *American University Law Review*, Vol.30, n.1, 1980; Mikunda-Franco E., *I diritti umani come fenomeno culturale regionale*, in *Scienza & Politica*, n.29, 2003.

⁴ Si vedano sul punto, tra gli altri, Gambino S., *Il costituzionalismo del Novecento*, in *Scritti in Onore di Antonino Pensovecchio Li Bassi*, Torino, Giappichelli, 2004; e Volpe G., *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, e l'ampia bibliografia ivi citata.

⁵ L'intreccio tra i diversi piani di tutela dei diritti nazionale-sovrannazionale-internazionale viene evidenziato da Tanzarella P., *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San José*, in *Astrid-online*, 2009. Sono proprio le interazioni tra strumenti di tutela che si trovano a diversi livelli territoriali, ma che si mostrano chiaramente insofferenti alle stringenti logiche dei confini e della territorialità, a portare alla configurazione di un nuovo ‘spazio giuridico’, quello transnazionale. Riporto a tal proposito l'opinione di Ferrarese M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp.166-169, che definisce “lo spazio transnazionale” come “quello spazio mobile e cangiante disegnato e ridisegnato in continuazione dai soggetti che lo percorrono specialmente con le loro comunicazioni: comunicazioni sociali, giuridiche, politiche, economiche”. In un nuovo contesto mondializzato “le istituzioni giuridiche, che tradizionalmente erano legate al territorio statale, oltre a inseguire le dimensioni internazionali e sovranazionale, tentano l'impresa di installarsi anche nella dimensione transnazionale. Non a caso (...) vengono valorizzate quelle espressioni giuridiche che sono apolitiche, come il contratto (...) o come i diritti ...”. Si vedano inoltre sul tema Ferrarese M.R., *Le istituzioni della*

La volontà ecumenica dei grandi testi universali di tutela dei diritti umani si è scontrata, come già evidenziato precedentemente, con le diverse concezioni giuridico filosofiche relative alla tematica dei diritti umani, che hanno condotto all'ampio dibattito sull'universalità di tali documenti e sulla loro presunta "matrice euro-americano-centrica", a cui viene spesso fatta risalire "l'insufficiente salvaguardia operativa offerta ai diritti umani su scala globale"⁶. La risposta all'impossibilità di giungere alla piena giustiziabilità dei diritti proclamati a livello universale è stata individuata nella regionalizzazione di tale tutela attraverso la creazione di carte regionali con degli efficaci meccanismi giurisdizionali di garanzia, secondo la convinzione che "la prossimità territoriale tra Stati che condividono una medesima area geopolitica potesse essere fattore in grado di aumentare l'omogeneizzazione politica e culturale e di coniugare l'universalità con l'esperienza storica dei singoli paesi"⁷.

La stessa *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (da adesso in poi Corte di San José o Corte IDH o, semplicemente, Corte) si è occupata della tematica della regionalizzazione dei diritti umani – nell'ambito di un'opinione consultiva⁸ sollecitata dal Perù in relazione all'art.64⁹ del *Pacto de San José* – ed ha adottato una posizione che, mettendo da parte le preoccupazioni formalistiche dietro cui spesso gli Stati cercano di celare la loro insofferenza verso l'autorità degli organi giurisdizionali a loro sovraordinati, propende per la convergenza dei sistemi universali e regionali di

globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale, Bologna, Il Mulino, 2000; Mezzetti P., Pizzolo C., *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2012; Shaffer G., *Transnational Legal Process and State Change*, in *Law & Social Inquiry*, Vol.37, n.2, 2012; Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012; Teubner G., *Costituzionalismo della società transnazionale*, relazione al XXVIII Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2013; Zumbansen P., *Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order*, in *Comparative Research in Law & Political Economy*, York University, 2011.

⁶ Cfr. Bussani M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2010, p.141.

⁷ Cfr. Cappuccio L., Lollini A., Tanzarella P., *Le corti regionali tra Stati e diritti... cit.*, p.6.

⁸ Si veda l'*Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982 in cui la Corte di San José chiarisce l'ambito della sua competenza consultiva.

⁹ L'art.64 CADH prevede che: "1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

tutela dei diritti umani. Nel chiarire il significato dell'espressione "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos"¹⁰, la Corte afferma chiaramente come "la unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional. De modo que resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional"¹¹. Non è quindi la natura regionale o internazionale, multilaterale o bilaterale dello strumento di tutela a determinare la possibilità di richiedere alla Corte di San José un'opinione consultiva, bensì la materia stessa – quella dei diritti umani naturalmente – di cui si occupa¹². Ciò conferma l'ipotesi, espressa nelle parti precedenti di questo lavoro, di come si stia configurando – soprattutto grazie alla tendenza universale alla tutela dei diritti umani ed alla rinnovata centralità delle istituzioni giudiziarie – un diritto costituzionale transnazionale estremamente insofferente non solo verso l'obsoleta logica dei confini, ma anche verso le 'dotte elucubrazioni formalistiche'.

D'altro canto ove si rifletta sulla natura delle obbligazioni derivanti dai trattati internazionali concernenti i diritti umani in generale – e soprattutto di quelli che prevedono un'istanza giurisdizionale competente a garantire l'*enforcement* dei diritti ivi sanciti – ci si accorgerà facilmente che ci troviamo dinanzi a delle fonti che sono, formalmente, di diritto internazionale, ma, nella sostanza, hanno una forte "vocazione costituzionale"¹³.

Il 'discorso costituzionale' delle corti regionali di tutela dei diritti è ancora più intenso in quelle integrazioni regionali i cui membri soffrono di gravi *deficit*

¹⁰ Cfr. l'art.64, I comma, del *Pacto de San José*.

¹¹ Cfr. il paragrafo 40 dell'*Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982. Si veda inoltre sul punto Hennebel L., *The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism*, in *Quebec Journal of International Law, Special Edition*, 2011.

¹² Afferma la Corte IDH, nell'*Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982, che "la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano".

democratici, come ad esempio nel caso di molti degli Stati membri del *Pacto de San José*, in quanto i tribunali ultrastatali non possono fare altro che intervenire pesantemente – come vedremo in seguito – negli ordinamenti interni per ovviare alle loro palesi carenze strutturali in materia di diritti. Da un lato la natura peculiare del ‘diritto dei diritti umani’, a cui faremo a breve riferimento, dall’altro la particolare applicazione delle previsioni convenzionali da parte della Corte IDH – che con una giurisprudenza molto innovativa ed ‘aggressiva’ non ha mancato di esercitare un forte potere di persuasione sugli ordinamenti nazionali – hanno fatto sì che, pur partendo dall’analisi del caso concreto, si giungesse alla proclamazione di principi di ordine generale ai quali gli Stati finiscono, con maggiore o minore ritrosia, a conformarsi.

La Corte di San José, infatti, ha interpretato in maniera molto estensiva il suo mandato con lo scopo di ‘costringere’ gli Stati ad adeguare i propri ordinamenti interni alle disposizioni convenzionali. A tal proposito è di particolare ‘trascendenza costituzionale’ il fatto che il *Pacto de San José* imponga una serie di obbligazioni a carattere generale che coinvolgono tutti e tre i poteri degli ordinamenti giuridici degli Stati membri¹⁴. La Convenzione si rivolge in primo luogo al potere esecutivo imponendo di “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”¹⁵; in seconda battuta il *Pacto de San José* impone al potere legislativo di adottare “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos”¹⁶ i diritti e le libertà ivi consacrati; infine la CADH impone al potere giudiziario di fornire i rimedi adatti alla tutela dei diritti fondamentali¹⁷.

Ad ulteriore conferma della natura sostanzialmente costituzionale della Convenzione è utile sottolineare come diverse Costituzioni latinoamericane le assicurino rango costituzionale¹⁸.

¹³ Si esprime in tal senso Harmsen V.R., *The European Court of Human Rights as a ‘Constitutional Court’: Definitional Debates and the Dynamics of Reform*, in Morison J., McEvoy K., Gordon A., *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹⁴ Si veda sul punto Hennebel L., *The Inter-American Court...* cit.

¹⁵ Cfr. art.1, comma I, del *Pacto de San José*.

¹⁶ Cfr. art.2 del *Pacto de San José*.

¹⁷ Cfr. art.25 del *Pacto de San José*.

¹⁸ Tengo a precisare che gli esempi che farò in seguito non hanno velleità di completezza, in quanto non coprono l’intero panorama costituzionale latinoamericano. Inoltre la scelta di citare alcuni testi

La Costituzione peruviana nel 1979 nella sua sedicesima disposizione generale e transitoria – oggi non più in vigore per effetto della riforma costituzionale del 1993 – ratificava il *Pacto de San José* attribuendogli, conseguentemente, rango costituzionale. Nonostante l’abrogazione della disposizione in questione in cui ci si riferiva esplicitamente alla Convenzione, non si è avuta alcuna regressione in materia in quanto è ancora possibile – come si evince dal combinato disposto degli articoli 3, 57 e della quarta disposizione finale – attribuire rango costituzionale ai trattati aventi ad oggetto la tutela dei diritti umani¹⁹.

Un altro esempio significativo è quello del Venezuela in cui l’art.23 della Costituzione stabilisce non solo la gerarchia costituzionale dei trattati relativi ai diritti umani, ma anche la loro prevalenza sulle leggi e sulla Costituzione – nella misura in cui stabiliscano condizioni maggiormente favorevoli, secondo il ben noto principio *pro persona*²⁰ – e sancisce la loro applicazione diretta ed immediata da parte dei pubblici poteri.

Una costituzionalizzazione del principio *pro persona* è avvenuta anche nel caso messicano con la riforma costituzionale del giugno 2011 in materia di diritti umani²¹. Si prevede infatti che “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”²²: si viene così a configurare – analogamente a quanto diremo in seguito a riguardo della denuncia della Convenzione da parte del Venezuela – un blocco di costituzionalità, costituito

costituzionali e tralasciarne altri è del tutto arbitraria poiché è dettata solo dalla volontà di fornire degli esempi di tale tendenza. Per un quadro aggiornato della posizione che le Costituzioni nazionali assicurano al diritto internazionale si veda Figueiredo M., *América Latina y la defensa y promoción de los derechos humanos: las Constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos en la región*, in Mezzetti P., Pizzolo C., *Diritto costituzionale transnazionale...* cit.

¹⁹ Si veda sul punto Rubio Correa M., *La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993*, in *Pensamiento Constitucional*, n.5, 2012.

²⁰ Sull’operatività di tale principio nel sistema interamericano si veda Amaya Villareal A.F., *El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado*, in *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2005 e la bibliografia ivi citata. Per una prospettiva generale sul tema si veda Henderson H., *Los tratados internacionales de derechos humano en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.39, 2004.

²¹ Si veda sulla riforma del 2011 Carpizo J., *La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos*, in *Anuario mexicano de derecho internacional*, Vol.12, 2012 e la bibliografia ivi citata.

²² Cfr. art.1, II comma, della Costituzione messicana.

dalla Costituzione e dai trattati internazionali in materia di diritti umani, che fungerà da parametro nell'interpretazione e nell'applicazione delle restanti norme dell'ordinamento giuridico messicano.

Per quanto concerne il caso argentino, il comma 22 dell'art.75 della Costituzione, riformata nel 1994, prevede che la Convenzione abbia gerarchia costituzionale e possa essere denunciata dall'esecutivo solo dopo un voto favorevole dei due terzi di ognuna delle due camere.

In maniera analoga l'art.5, II comma, della Costituzione brasiliana “al mencionar a los tratados de derechos humanos como fuente colateral de derechos no enumerados en el texto constitucional hace que el derecho internacional de los derechos humanos se transforme en fuente de derechos con jerarquía constitucional a los efectos de completar el sistema de derechos y libertades fundamentales”²³.

É, infine, peculiare il caso della Costituzione costaricense che prevede, nel suo art.7, per i trattati internazionali un rango superiore alla legge, ma non costituzionale. Tale previsione costituzionale viene ‘reinterpretata’ in senso migliorativo dalla *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* in una *Consulta sobre el Proyecto de Ley para proba el Estatuto de Roma (Resolución del 1 novembre 2000)*, in cui il tribunale afferma – riprendendo una sua reiterata giurisprudenza – che i trattati in materia di diritti umani “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”, configurando quindi un ruolo addirittura ‘sopracostituzionale’ per gli strumenti internazionale di tutela dei diritti umani.

Affrontando il tema della natura peculiare dei trattati sulla tutela dei diritti umani rispetto al diritto internazionale classico²⁴, è facile rendersi conto che, pur trovandoci

²³ Si veda sul punto Manili P.L., *La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano*, in Méndez Silva R., *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Città del Messico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

²⁴ Si vedano, tra gli altri, sul tema: Abreu Burelli A., *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; Cardona Llorens J., *La función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la*

di fronte dal punto di vista formale a delle fonti di diritto internazionale, l'oggetto peculiare del 'diritto dei diritti umani' fa sì che tali trattati abbiano delle caratteristiche specifiche che li distinguono, a volte anche in chiave conflittuale, dalle altre fonti di diritto internazionale.

Ad essere peculiare è, in primo luogo, il fine e l'oggetto di tali trattati che “no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mútuo de los Estados contratantes”, la loro finalità è invece quella di garantire “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”²⁵.

Da tale prima differenza – ovvero quella di essere pensati non per creare obbligazioni reciproche tra gli Stati, ma per far nascere un ordine giuridico sovrastatale avente come pilastri i diritti e le libertà fondamentali – ‘discendono a cascata’ tutte le altre. In tale contesto assume, naturalmente, un ruolo centrale la figura dell'individuo in quanto mentre il diritto internazionale classico è essenzialmente un diritto tra pari – i suoi soggetti sono in maniera esclusiva gli Stati e le organizzazioni internazionali – il diritto dei diritti umani è pensato per tutelare gli individui che sono soggetti alla giurisdizione degli Stati membri, cercando “en las relaciones entre desiguales (*gli Stati e gli individui*) de posicionarse en defensa de los más necesitados de protección”²⁶.

naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 1999; Medina Quiroga C., *Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, in *La Corte Interamericana de Derechos...* cit.

²⁵ Cfr. il paragrafo 29 dell'*Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982 della Corte IDH. Aggiunge la Corte che “al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. Tale postura è simile a quella espressa reiteratamente dagli organi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: sia dalla non più esistente Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *Austria versus Italia* del 1961; che dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Irlanda versus Regno Unito* del 1978 e nel caso *Soering versus Regno Unito* del 1989.

²⁶ Cfr. il paragrafo 7 del *voto razonado* del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade nella *Sentencia sobre Reparaciones* nel caso *Blake versus Guatemala* del 22 gennaio 1999 (corsivo non testuale). In tale occasione il giudice afferma inoltre: “Distintamente del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no rige las relaciones entre iguales; opera precisamente en defensa de los ostensiblemente más débiles y vulnerables (las víctimas de violaciones de los derechos humanos). En las relaciones entre desiguales, se posiciona en defensa de los más necesitados de protección. No busca obtener un equilibrio abstracto entre las partes, sino más bien remediar los efectos del desequilibrio y de las disparidades en la medida en que afectan los derechos humanos. No

Inoltre è differente, rispetto agli altri trattati, sia la disciplina delle riserve ai trattati, sia l'eventuale denuncia degli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani.

A riguardo del tema delle riserve ai trattati, la Corte IDH ha chiarito in una delle sue prime opinioni consultive²⁷ che – a differenza dei trattati internazionali classici per cui l'art.20, comma 4, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati prevede l'entrata in vigore di una ratifica con riserva solo dopo l'accettazione della riserva da parte degli altri contraenti – quando si aderisce alla Convenzione formulando delle riserve – che naturalmente non devono essere contrastanti con il fine ed con l'oggetto del *Pacto de San José* – non è necessario attendere l'accettazione degli altri Stati membri.

A proposito, infine, dell'eventuale denuncia della CADH si è sostenuto, a mio modo di intendere la questione in maniera corretta, che la possibilità di denunciare un trattato concernente la tutela dei diritti umani, anche qualora fosse prevista, dovrebbe “sujetarse a controles”; inoltre “subsistirían en relación con el Estado denunciante las obligaciones consagradas en el tratado que corresponden también a reglas del derecho internacional consuetudinario, las cuales privarían la denuncia de todo efecto práctico”²⁸.

Recentemente alcuni commentatori sono andati addirittura oltre la posizione del giudice Trindade arrivando, con riferimento al caso venezuelano, a sostenere l'incostituzionalità della denuncia del *Pacto de San José*²⁹. A partire dal 10 settembre del 2013 ha iniziato a produrre effetti – a norma dell'art.78, I comma, della Convenzione³⁰ – la denuncia della CADH da parte del governo venezuelano.

se nutre de las concesiones de la reciprocidad, sino se inspira más bien en las consideraciones de *ordre public* en defensa de intereses comunes superiores. Es un verdadero *derecho de protección*, marcado por una lógica propia, y dirigido a la salvaguardia de los derechos de los seres humanos y no de los Estados”.

²⁷ Si veda sul punto l'*Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982 della Corte IDH in cui il Tribunale chiarisce l'effetto delle riserve sull'entrata in vigore del *Pacto de San José*.

²⁸ Cfr. il paragrafo 21 del *voto razonado* del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade nella *Sentencia de Fondo* del caso *Blake versus Guatemala* del 24 gennaio 1998.

²⁹ Si veda Ayala Corrao C.M., *Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela*, in *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, n.2, 2012.

³⁰ Recita l'articolo in questione: “Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes”.

Riassumendo la questione dell'eventuale incostituzionalità di tale denuncia, si consideri che – secondo una pratica che abbiamo visto essere comune a molte costituzioni latinoamericane³¹ – l'art.23 della Costituzione della *República Bolivariana de Venezuela* assegna natura costituzionale agli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. Conseguentemente a ciò tali trattati andrebbero ad integrare il blocco di costituzionalità venezuelano, cosicché vincolerebbero i pubblici poteri nel senso che “todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados en los tratados sobre derechos humanos es nulo”³².

L'assegnazione di natura costituzionale da parte di molte delle Costituzioni nazionali al *Pacto de San José*, sostenuta tra l'altro da una reiterata giurisprudenza dei Tribunali costituzionali nazionali³³, è, come ho già detto, un ulteriore elemento a supporto della tesi sulla natura sostanzialmente costituzionale³⁴ – o almeno quale parte significativa di quei ‘frammenti costituzionali’ diffusi nel panorama transnazionale – degli strumenti di tutela dei diritti umani.

Tale tesi sarà più avanti ripresa nel corso del capitolo quando sarà affrontata l'analisi sia della tecnica del cosiddetto controllo di convenzionalità, che della

³¹ Si vedano sul tema i diversi contributi del Professor Carlos M. Ayala Corrao: *La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, in *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, Volumen II, Caracas, Konrad Adenauer Stiftung, 1996; *La jerarquía de los tratados de derechos humanos*, in *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998; *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, FUNDAp, 2004; *Las consecuencias de la jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos*, in *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Estudios en Homenaje al Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade*, Tomo V, Porto Alegre, 2005.

³² Cfr. Ayala Corrao C.M., *Inconstitucionalidad de la denuncia...* cit, p.650.

³³ Si vedano, a mò di esempio, sul punto: la già citata *Resolución* del 1 novembre 2000 della *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, *Consulta sobre el Proyecto de Ley para Aprobar El Estatuto de Roma*; *Corte Constitucional de Colombia*, caso *Jaime Rodríguez versus Iván Mejía Álvarez* (Sentenza del 7 dicembre 2001); *Suprema Corte de Justicia de República Dominicana* (Resolución del 13 novembre 2003); *Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina*, caso *Jorge Rafael Videla* (Sentenza del 21 agosto 2003).

³⁴ Afferma sul tema Salgado Pesantes H., *Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in Ferrer Mac-Gregor E., Zaldívar Lelo de Larrea A., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, Città del Messico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p.644: “es fácil comprender que la Convención Americana o *Pacto de San José*, por su significación e importancia, pase a desempeñar un papel similar al de la Constitución, ley fundamental del ordenamiento interno. De esta manera, bien podría decirse que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un marco de constitucionalidad formal y material que deben observar tanto los Estados miembros como los dos órganos guardianes del sistema para ejercer las competencias que les han sido atribuidas”.

giurisprudenza della Corte di San José a riguardo delle cosiddette *leyes de autoamnistía*.

Gli organi del sistema interamericano di protezione dei diritti umani, ed in particolare la Corte IDH, hanno saputo assumere “il compito di limitare l’esercizio dei pubblici poteri in funzione della garanzia dei diritti, compito che, in Europa, nel secondo dopoguerra, era rimesso alle Costituzioni nazionali”³⁵, facendo spesso riferimento al concetto, già esaminato in precedenza, dello *jus cogens*³⁶, ovvero quelle “genuine norme costituzionali” che sono “manifestazioni di valori universali (...) e prescindono dall’elemento del consenso dello Stato”³⁷.

La Corte di San José ha fatto riferimento al concetto di *jus cogens* a partire dal caso *Aloeboetoe y otros versus Suriname*, risolto con la sentenza del 10 settembre 1993, in cui dichiara la nullità di un trattato del 1762 per essere contrario alle norme di *jus cogens superveniens*³⁸.

Dopo questo primo riferimento in cui la Corte non sviluppa in alcun modo il concetto, il giudice Cançado Trindade A.A., particolarmente sensibile al tema, nel suo *voto razonado* alla *Sentencia sobre Excepciones Preliminares* nel caso *Blake versus Guatemala* del 1996, afferma in primo luogo che la proibizione delle cosiddette sparizioni forzate ricadono nell’ambito dello *jus cogens*³⁹; inoltre individua la grande sfida del futuro nel prosieguo della progressiva umanizzazione del diritto internazionale, iniziata con il riconoscimento del concetto di *jus cogens*⁴⁰. Nel suo *voto razonado* alla *Sentencia sobre Reparaciones y Costas* dello stesso caso, il giudice ribadisce come “nuestro propósito debe residir precisamente en el

³⁵ Cfr. Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, in Cappuccio L., Lollini A., Tanzarella P., *Le corti regionali tra Stati...* cit., p.198.

³⁶ Si vedano sul punto: Cançado Trindade A.A., *Jus Cogens: the Determination and the Gradual Expansion of its Content in Contemporary International Case-Law*, disponibile in www.oas.org; Id., *La ampliación del contenido material del Ius Cogens*, disponibile in www.oas.org; Quispe Remón F., *Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso*, in *Revista de derecho, Universidad del Norte*, n.34, 2010.

³⁷ Cfr. Teubner G., *Costituzionalismo della società transnazionale*, relazione al XXVIII convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2013 (corsivo non testuale).

³⁸ Vedi il paragrafo 57 della *Sentencia sobre Reparaciones y Costas* nel caso *Aloeboetoe y otros versus Suriname* del 10 settembre 1993.

³⁹ Cfr. paragrafo 11 del *voto razonado* del giudice Cançado Trindade A.A. alla *Sentencia sobre Excepciones Preliminares* nel caso *Blake versus Guatemala* del 1996.

⁴⁰ *Idem*, paragrafo 14.

desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las normas perentorias del Derecho Internacional (*jus cogens*) y de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano. Es por medio del desarrollo en este sentido que lograremos traspasar los obstáculos de los dogmas del pasado, así como las actuales inadecuaciones y ambigüedades del derecho de los tratados, de modo a aproximarnos de la plenitud de la protección internacional del ser humano”⁴¹.

La necessità di un maggiore sviluppo giurisprudenziale delle proibizioni di *jus cogens* venne più volte sottolineato dal giudice Trindade⁴², ed in tempi recenti la Corte, accogliendo tale invito, ha iniziato un graduale processo di ampliamento del contenuto materiale del *jus cogens*. Tale processo coinvolge in maniera particolare alcuni ambiti materiali ben precisi⁴³ quali la totale proibizione della tortura e di trattamenti degradanti o inumani⁴⁴, il principio di uguaglianza e non discriminazione e, infine, il diritto di accesso alla giustizia.

Rivestono una particolare importanza in materia di ricostruzione del contenuto materiale del *jus cogens*, e del suo riconoscimento, sia l’opinione consultiva n.16 dell’1 ottobre 1999⁴⁵ – in cui la Corte reinterpreta le norme di protezione della CADH in modo da estenderne la tutela a situazioni giuridiche inizialmente non previste – che l’opinione consultiva n.18 del 17 settembre 2003⁴⁶, in cui viene

⁴¹ Cfr. paragrafo 40 del *voto razonado* del giudice Cançado Trindade A.A. alla *Sentencia sobre Reparaciones y Costas nel caso Blake versus Guatemala* del 22 gennaio 1999.

⁴² Si veda per i vari interventi in merito Cançado Trindade A.A., *Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law*, disponibile in www.oas.org.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Si vedano la *Sentencia de Fondo* nel caso *Cantoral Benavides versus Perú* del 18 agosto 2000 e, inoltre, la *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* nel caso *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* dell’8 luglio 2004.

⁴⁵ Tale opinione consultiva fu richiesta dal Messico a riguardo delle garanzie giurisdizionali minime e del giusto processo, in relazione a diversi trattati internazionali concernenti la protezione dei diritti umani, nei casi di condanna alla pena di morte di stranieri che non siano stati informati del proprio diritto a richiedere l’assistenza diplomatica delle autorità del suo Stato di nazionalità.

⁴⁶ L’opinione consultiva n.18, sollecitata dal Messico, ha come contenuto – utilizzando le parole della stessa Corte – la “privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes], y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. Inoltre l’opinione consultiva analizza “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección

affermato la natura di *jus cogens* del principio di non discriminazione. Tali opinioni consultive della Corte di San José propiziano l'affermazione di un nuovo approccio al diritto internazionale, "an International Law which is no longer State-centric, but appears rather attentive to the fulfillment of the needs and aspirations of humankind as a whole"⁴⁷, riconoscendo, come approfondiremo meglio in seguito, "la necesidad de restituir a este último (*el ser humano*) la posición central – como sujeto del derecho tanto interno como internacional – de dónde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos abusos cometidos en su contra en las últimas décadas"⁴⁸.

Al di là dello specifico contenuto delle due opinioni consultive – la cui analisi richiederebbe una trattazione specifica – quello che mi preme sottolineare in questa sede è che la Corte in ambedue le opinioni consultive, ed in particolar modo nella diciottesima, ha evidenziato l'esistenza di una serie di regole transnazionali, quelle di *jus cogens* appunto, che "por su carácter perentorio (...) deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario"⁴⁹.

Si configura, perciò, con riferimento al sistema interamericano, un nuovo paradigma del diritto internazionale come ordinamento 'sostanzialmente indipendente' dagli Stati membri – nell'ambito di un processo di una sua emancipazione da una configurazione esclusivamente interstatale – che è capace di imporre norme vincolanti giustificate non in base a delle obbligazioni derivanti da un determinato trattato, bensì dall'orientamento verso gli interessi e le aspirazioni dell'intero genere umano⁵⁰.

Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani è chiamato ad operare in uno scenario sociale, politico e giuridico estremamente complesso che è stato

igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación".

⁴⁷ Cfr. Cançado Trindade A.A., *Jus Cogens: The Determination and the Gradual...* cit., p.15.

⁴⁸ Cfr. il paragrafo 12 del *voto concurrente* del giudice Cançado Trindade all'Opinione Consultiva n.16 (corsivo non testuale).

⁴⁹ Si veda l'*Opinión Consultiva* n.18 del 17 settembre 2003.

⁵⁰ Si rimanda – per un'analisi generale e per la possibile configurazione costituzionale dell'ordine giuridico transnazionale – a quanto contenuto nel secondo capitolo del presente lavoro.

caratterizzato per lungo tempo da una costatante e reiterata pratica di disprezzo dei più elementari diritti degli individui. Ciò ha reso necessario – anche a fronte delle deficitarie tutele garantite dai sistemi giurisdizionali interni – da un lato il superamento del ruolo meramente sussidiario che dovrebbe avere un’istituzione sovranazionale di tutela dei diritti dell’uomo⁵¹, dall’altro la scelta ermeneutica di fare riferimento, piuttosto che alle tradizioni costituzionali latinoamericane, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ed agli strumenti globali di tutela dei diritti umani⁵².

Per quanto riguarda il primo aspetto la Corte di San José pur rimanendo un ‘giudice del caso concreto’ non ha mancato di esprimere – e non avrebbe potuto fare altrimenti in un contesto caratterizzato da gravi e generalizzate violazioni dei diritti umani – considerazioni di ordine generale utili a garantire, entrando nel merito delle legislazioni nazionali e pretendendo delle riforme ordinamentali, la tutela della dignità degli individui⁵³. Quando deve giudicare il caso che gli è stato sottoposto la Corte utilizza un tecnica interpretativa della Convenzione che, secondo la ben nota dottrina dell’effetto utile⁵⁴, le permette di individuare e porre rimedio alle cause di ordine strutturale della violazione⁵⁵, sicché “quello che in Europa è *effetto utile* e *primauté* di un sistema sovranazionale ordinamentale strutturato su fonti sostitutive

⁵¹ Si veda Carozza P.G., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, Vol.97, 2003.

⁵² Si veda Neuman L.G., *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, Vol.19, n.1, 2008.

⁵³ Afferma sul punto Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali...* cit., p.199: “La Corte interamericana si è scontrata con una realtà in cui non era pensabile che fossero proprio gli Stati a tutelare i diritti. La Corte interamericana ha svolto un ruolo di supplenza, non arretrando nemmeno dinanzi alle scelte più propriamente politiche, come quelle sulla modalità di chiusura della fase delle dittature, ossia della giustizia di transizione”.

⁵⁴ Il giudice Cançado Trindade afferma nel paragrafo 20 del suo *voto razonado* alla *Sentencia sobre Excepciones Preliminares* del caso *Hilarie vs. Trinidad y Tobago* (1 settembre 2001): “Es deber de un tribunal internacional de derechos humanos velar por la debida aplicación del tratado de derechos humanos en cuestión en el marco del derecho interno de cada Estado Parte, de modo a asegurar la protección eficaz en el ámbito de este último de los derechos humanos consagrados en dicho tratado. Cualquier entendimiento en contrario sustraería del tribunal internacional de derechos humanos el ejercicio de la función y del deber de protección inherentes a su jurisdicción, dejando de asegurar que el tratado de derechos humanos tenga el efecto apropiado (*effet utile*) en el derecho interno de cada Estado Parte”.

⁵⁵ Afferma sul punto Tanzarella P., *Il sistema interamericano di...* cit., p.11: “Proprio le condizioni giuridiche, politiche e sociali che contraddistinguono i paesi del centro e sud America hanno in realtà convinto la Corte a svincolarsi da argomentazioni che riguardano strettamente la posizione del singolo ricorrente o dello specifico fatto, per giungere a ravvisare una responsabilità statale che pone vincoli di carattere generale in capo agli ordinamenti interni”.

del diritto interno (...) in America latina varrebbe per i soli diritti umani e per la loro interpretazione secondo la CIDH, nonostante l'assenza di un sistema di strutture e fonti sovranazionali sostitutive di quelle interne agli Stati"⁵⁶.

Si configura, perciò, un ruolo di supplenza e non meramente sussidiario della Corte di San José. Come emergerà in seguito nel corso dell'analisi della sua giurisprudenza relativa alla violazione della Convenzione da parte delle leggi di auto amnistia, la Corte ha rimediato alle carenze non solo dei sistemi giurisdizionali nazionali, incapaci di garantire il rispetto dei più elementari diritti fondamentali, ma anche all'inadeguatezza di una classe politica latinoamericana che aveva visto – con maggiore o minore buona fede – nella garanzia dell'impunità attraverso le amnistie, il modo migliore di chiudere i conti con un recente passato di violenze e vessazioni ad opera di governi totalitari.

La mancanza di un'adeguata attenzione al cosiddetto *regional consensus*, che ha spinto la Corte a far riferimento alle esperienze provenienti dall'esterno del continente americano per individuare degli adeguati *standard* di tutela, può essere spiegata facendo riferimento – oltre alla sostanziale 'indifferenza politica' dell'OAS verso la tematica della tutela dei diritti umani – a diverse motivazioni⁵⁷.

In primo luogo le difficoltà ambientali in cui è chiamata ad operare la Corte hanno fatto sì che fare riferimento alle esperienze costituzionali interne fosse poco proficuo e di scarsa persuasività sia in quanto si avevano di fronte degli Stati di 'consolidata tradizione autoritaria', sia perché mancava una convergenza delle giurisdizioni costituzionali nazionali attorno a degli *standard* comuni di tutela. A ciò si aggiunga che la Corte ha inteso "il proprio ruolo di corte internazionale dei diritti umani secondo una prospettiva universalista"⁵⁸, secondo l'idea che "la unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen

⁵⁶ Cfr. Carducci M., *Il difficile confronto tra Europa ed America Latina su diritto giurisprudenziale e tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 2013, p.15.

⁵⁷ Si veda Groppi T., Lecis Cocco-Ortu A.M., *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it, 2013.

⁵⁸ *Idem*, p.17.

garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional”⁵⁹, sia esso universale o regionale.

Tale *modus operandi*, basato sulla scarsa attenzione al *regional consensus*, ha trasformato la Corte di San José nella “major, though selective, importer of human rights interpretations”⁶⁰.

Se da un lato tale scelta argomentativa fornisce indubbiamente una ‘maggiore autorevolezza’ alle decisioni della Corte, dall’altro non si può nascondere come tale mancanza abbia avuto, e continui ad avere, un ‘impatto svalutativo’ sul processo di creazione e consolidamento di un *corpus* di *standard* costituzionali comuni agli Stati membri in materia di tutela dei diritti umani. La lamentata carenza di adeguate tradizioni costituzionali comuni viene individuata come una delle cause della mancanza del cosiddetto *regional consent*, ma ne è nel contempo – secondo un ‘pericoloso’ circolo vizioso – uno degli effetti, contraddicendo in tal modo la ‘vocazione costituzionale’ a più riprese manifestata dalla Corte di San José e, inoltre, evitando la creazione di tradizioni costituzionali comuni, che abbiamo visto essere la ‘chiave di volta’ dell’efficacia di qualsiasi sistema di protezione dei diritti umani⁶¹.

La maggiore fonte di ‘ispirazione giurisprudenziale’ per la Corte di San José è, senza dubbio alcuno, il sistema europeo di tutela dei diritti umani. Tale continuo riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo viene sottolineato da diverse analisi empiriche⁶² da cui si evince che, delle diciannove opinioni consultive emanate dalla Corte IDH, ben 8 contengono riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Particolarmente esemplificativa di tale tendenza è l’*Opinión Consultiva* n.17 del 28 agosto 2002 sulla *condición jurídica y derechos humanos del niño* in cui sono citate addirittura 25 sentenze della Corte EDU.

Un ulteriore elemento di riflessione che può essere tratto dall’analisi della giurisprudenza della Corte di San José è quello relativo all’eventuale

⁵⁹ Cfr. il paragrafo 40 dell’*Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982.

⁶⁰ Cfr. Neuman L.G., *Import, Export, and Regional Consent...* p.109.

⁶¹ Si veda la nota n.3.

⁶² Si veda in particolare Garro A., *La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Cuestiones constitucionales*, 2009.

‘criminalizzazione’ del diritto interamericano dei diritti umani⁶³, in quanto se da un lato è chiaro a tutti che, come segnalato reiteratamente dalla stessa Corte⁶⁴, “en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos”⁶⁵, d’altro canto è innegabile come la Corte “controls the effectiveness of the investigations and supervises the State’s criminal procedure, placing criminal law in a key positions in its judgments”⁶⁶. Ciò non deve stupire ove si consideri che esiste un’indubbia complementarità tra i sistemi di tutela dei diritti umani a livello ultrastatale e le giurisdizioni penali internazionali⁶⁷ e tale convergenza – dettata dalla comune finalità di garantire il rispetto dei diritti umani ed evitare l’impunità delle loro violazioni – è dimostrata da quei casi in cui la Corte IDH si è occupata del cosiddetto terrorismo di Stato⁶⁸ impiegando il concetto di responsabilità internazionale aggravata, che si configura quando si hanno delle violazioni particolarmente gravi del diritto internazionale imperativo (violazioni del *jus cogens*) e, conseguentemente, una

⁶³ Si vedano sul punto Cardona Llorens J., *La función contenciosa de la Corte Interamericana...* cit.; Cançado Trindade A.A., *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, Hennebel L., *The Inter-American Court of...* cit.

⁶⁴ Si vedano, a mò di esempio, i seguenti casi. Nel caso *Velásquez Rodríguez – sentencia* del 29 luglio 1988, paragrafo 134 – la Corte di San José precisa che “no es un tribunal penal en el sentido de que en su seno pueda discutirse la responsabilidad penal de los individuos”. Al paragrafo 37 della sentenza del caso *Suárez Rosero* del 12 novembre 1997 la Corte afferma che “no conoce de la inocencia o culpabilidad del imputado, pues un pronunciamiento de esa naturaleza compete al tribunal penal interno”. Un discorso analogo viene sviluppato nella sentenza del caso *Castillo Petruzzi y Otros* del 30 maggio del 1999 in cui, al paragrafo 90, la Corte afferma di avere “atribuciones para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de los derechos humanos, pero no para investigar la conducta de los agentes del Estado que hubieren participado en esas violaciones”.

⁶⁵ Si veda il paragrafo 56 dell’*Opinión Consultiva* del 9 dicembre 1994 che verte sulla *responsabilidad por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*.

⁶⁶ Cfr. Hennebel L., *The Inter-American Court of...* cit., p.65.

⁶⁷ Afferma sul punto Cançado Trindade A.A., *International Law for Humankind...* cit., p.372: “The evolution of the law on international responsibility should not yield to the rigid compartmentalization between civil and criminal responsibility found in the national legal systems. Nothing seems to impede that it contains elements of one and the other, both conforming the international responsibility. This latter is endowed with a specificity of its own. A State can be internationally responsible for a crime, imputable both to its agents who committed it, and to the State itself as juridical person of International Law. To deny this would be to create an obstacle to the development of International Law in the present domain of the international responsibility”.

⁶⁸ Si veda sul tema l’ottima ricostruzione di Burgorgue-Larsen L., Úbeda de Torres A., *La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol.3 Especial, 2010.

violazione delle obbligazioni che ogni Stato ha nei confronti della comunità internazionale nel suo complesso⁶⁹.

Di particolare interesse – per il carattere sistemico e particolarmente cruento delle violazioni⁷⁰ – all’interno della giurisprudenza in cui la Corte IDH ha utilizzato il concetto di responsabilità aggravata sono la *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*, ed inoltre la *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006 nel caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*, in cui viene fatta luce su quella famigerata “alianza de las fuerzas de seguridad y de los servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur”⁷¹, rimasta alla storia come Operazione Condor.

Il caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile* sarà compiutamente analizzato nella parte del capitolo dedicata alle cosiddette leggi di auto amnistia. Quello che mi interessa sottolineare al momento è che in tale sentenza si configura la responsabilità aggravata dello Stato cileno per aver deliberatamente coperto – e tentato nel caso di specie di garantirne l’impunità – la violazione sistematica delle norme di *jus cogens* relative alla proibizione di detenzioni illegali, sequestri, torture e sparizioni forzate. I crimini commessi nel caso in analisi dal Cile – come in tutti gli altri casi in cui si analizzano crimini contro l’umanità o si utilizza il concetto, estremamente esplicativo, di terrorismo di Stato – possono essere concettualmente situati “en la confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional”⁷², essendo l’esempio maggiore di quel processo di ‘criminalizzazione’ a cui ho fatto riferimento in precedenza.

Il caso *Goiburú y otros versus Paraguay* fa riferimento ai fatti avvenuti tra il 1974 ed il 1977 relativi alla sparizione forzata – orchestrata dalle forze di sicurezza del

⁶⁹ A tal proposito Pellet A., *Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!*, in *European Journal of International Law*, Vol.10, 1999, distingue tra delitti e crimini internazionali.

⁷⁰ Si vedano a mò di esempio i seguenti casi: *Myrna Mack Chang* del 2003; *Massacre of Plan de Sanchez* del 2004; *19 Tradesmen* del 2004; *Hermanos Gómez-Paquiyaury* del 2004; *Massacre of Mapiripán* del 2005; *Moiwana Community versus Suriname* del 2005; *Molina-Theissen versus Guatemala* del 2005.

⁷¹ Si veda il paragrafo 64 della *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006 nel caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*.

governo dittatoriale paraguayano del General Stroessner nell'ambito della tristemente nota Operazione Condor – di Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro e dei fratelli Rodolfo Feliciano e Benjamín de Jesús Ramírez Villalba. La sentenza del 22 settembre 2006 contiene diversi elementi – oltre a stabilire in maniera pioneristica che “la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*”⁷³ – che meritano di essere analizzati.

In via preliminare bisogna evidenziare come la sentenza in questione individui le particolari caratteristiche delle violazioni gravi e sistemiche dei diritti umani che configurano una responsabilità aggravata dello Stato in quanto “se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter-estatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de terrorismo de Estado”⁷⁴. La commissione di tali crimini, che “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional” da parte dello Stato, fanno insorgere l'obbligazione statale ed internazionale della “activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución (...) y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlos y evitar que queden en la impunidad”⁷⁵.

⁷² Si veda il paragrafo 26 del *voto razonado* del giudice Cançado Trindade alla *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006 nel caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*.

⁷³ Si veda il paragrafo 84 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*. Tale concetto viene ripreso nei paragrafi 85, 128 e 131 della sentenza di fondo. La Corte di San José, al paragrafo 93 della sentenza, inquadra le suddette violazioni del *jus cogens* nel contesto storico latinoamericano affermando: “ciertamente en esta Sentencia se está determinando la responsabilidad internacional del Paraguay, que es el Estado demandado ante la Corte por los hechos del presente caso, y a esto se limita el Tribunal. No puede, sin embargo, dejar de señalarse que la tortura y desaparición forzada de las presuntas víctimas, cuya prohibición tiene carácter de normas inderogables de derecho internacional o *jus cogens* (*supra* párrs. 84 y 85 e *infra* párrs. 128 y 131), fueron perpetradas con la colaboración de autoridades de otros Estados del continente y se encuentran parcialmente en la impunidad ante las faltas a la obligación de investigarlas. La gravedad de los hechos no puede desvincularse del contexto en que ocurrieron y es deber de esta Corte destacarlo, en atención a la preservación de la memoria histórica y a la imperante necesidad de que hechos similares no vuelvan a repetirse”.

⁷⁴ Cfr. il paragrafo 66 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*.

⁷⁵ Si veda il paragrafo 128 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*. Continua la Corte: “Es así como, ante la gravedad de

Inoltre rivestono particolare interesse scientifico – relativamente al profilo della responsabilità statale aggravata e del concetto di crimini contro l'umanità – sia il *voto razonado* del giudice Sergio García Ramírez che quello del giudice Cançado Trindade A.A.

Il giudice Ramírez – oltre a condividere l'apprezzamento della Corte per il riconoscimento di responsabilità operato dal Paraguay, che, pur non ponendo fine al processo⁷⁶, è di particolare trascendenza etico-politica in quanto costituisce “una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana”⁷⁷ – opera due precisazioni di ordine terminologico che, seppur rilevanti dal punto di vista meramente formale⁷⁸, comportano la messa in discussione, o almeno l'insorgere di qualche perplessità in questo senso, dell'utilizzo di quei concetti che potrebbero far protendere verso la ‘criminalizzazione’ del diritto dei diritti umano. Il primo concetto ad essere analizzato in chiave critica è quello di responsabilità aggravata in quanto, a suo modo di intendere la questione, sono le violazioni dei diritti convenzionali a caratterizzarsi per una maggiore o minore gravità mentre la responsabilità, quale “vínculo lógico jurídico entre un hecho, un responsable y unas consecuencias”⁷⁹, dovrebbe essere intesa come uniforme. In secondo luogo viene esaminata la questione relativa al

determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos – constituyendo ambos crímenes contra la humanidad – lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores”.

⁷⁶ La Corte afferma a tal proposito, al paragrafo 46 della sentenza in analisi, che, da sua reiterata giurisprudenza: “La Corte, en uso de sus funciones de tutela jurisdiccional internacional de los derechos humanos, podrá determinar si un reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por un Estado demandado ofrece una base suficiente, en los términos de la Convención Americana, para continuar o no con el conocimiento del fondo y la determinación de las eventuales reparaciones y costas”.

⁷⁷ Cfr. il paragrafo 52 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*.

⁷⁸ Nel paragrafo 11 del *voto razonado* alla *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*, il giudice Sergio García Ramírez precisa che la questione da lui sollevata è di natura esclusivamente formale poiché “la reserva que expreso acerca del concepto de responsabilidad agravada no me lleva a disentir del juicio formulado por mis colegas y asentado en la *Sentencia* adoptada por unanimidad. La referencia a una responsabilidad agravada del Estado, que se monta sobre la gravedad objetiva de los hechos y apunta hacia la severidad de las medidas sancionadoras, no modifica la razón y pertinencia del juicio condenatorio. En este caso, las palabras no influyen en la estructura del juicio y la determinación del resultado”.

⁷⁹ Cfr. il paragrafo 5 del *voto razonado* del giudice Sergio García Ramírez alla *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*.

concetto di terrorismo di Stato, il giudice protende per non utilizzare quei termini allusivi ad una responsabilità criminale statale – come quello di terrorismo o crimine di Stato – in quanto “son los individuos quienes cometen crímenes o delitos; y en determinadas hipótesis el Estado responde por aquéllos, sin perjuicio de la responsabilidad directa de los sujetos activos”⁸⁰.

Tale ricostruzione del giudice Ramírez – pur conscio dell’importanza dell’oculatezza terminologica che deve caratterizzare tutti gli operatori del diritto – non risulta, a mio modo di vedere, particolarmente convincente, soprattutto relativamente al profilo del concetto di terrorismo di Stato⁸¹. A tal proposito – pur volendo considerare come giustificazione all’inadeguatezza di tale utilizzo l’ovvietà per cui nessun soggetto “puede concentrar en su persona todo el Estado (...) e inscribir sus crímenes en la cuenta de aquél”⁸² – è indubbio, in primo luogo, che la Corte non voglia in nessun modo garantire l’impunità dei responsabili in quanto ha reiteratamente sostenuto l’obbligo degli Stati di punire i responsabili delle violazioni dei diritti umani. In seconda battuta, mettere in dubbio l’utilizzo del termine terrorismo di Stato significa tralasciare le imprescindibili valutazioni di ordine storico, relative alle violazioni sistemiche dei diritti umani avvenuti nell’ambito della cosiddetta Operazione Condor, e tutto ciò che ne conseguì a livello di sofferenze dei singoli e di intere fasce della popolazione inerme sottoposta a dei sistemi di governo che – al di là delle innegabili ed ingiustificabili responsabilità dei singoli – sono da definire terroristici in quanto sistemi, ovvero, utilizzando le parole della stessa Corte “el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de 'terrorismo de Estado’”⁸³. Condivido il fatto che bisogna prestare attenzione ai termini utilizzati, soprattutto in ambito giuridico,

⁸⁰ Cfr. il paragrafo 24 del *voto razonado* del giudice Sergio García Ramírez alla *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*.

⁸¹ Sulla definizione del termine si veda Garzón Valdés E., *El terrorismo de Estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad)*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.65, 1989, p.39: “El terrorismo de Estado es un sistema político cuya regla de reconocimiento permite y/o impone la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder”.

⁸² Cfr. il paragrafo 28 del *voto razonado* del giudice Sergio García Ramírez alla *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*.

⁸³ Cfr. il paragrafo 66 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*.

ma nel contempo non bisogna ‘avere paura’ di utilizzare i termini adeguati quando la situazione lo richiede, soprattutto allo scopo di esacerbare la definizione di alcuni crimini che costituiscono un’offesa all’umanità nel suo complesso. Le finalità perseguite dallo Stato sono tali, e prescindono quindi dagli uomini che le mettono in atto, anche quando si discostano da quelle che si dovrebbero normalmente perseguire. Facendo un parallelismo antropomorfo, semplice ma estremamente esemplificativo, è come se le parti di un corpo umano non fossero più tali qualora fossero affette da qualche infermità. Ciò è ancor più vero ove si rifletta sul fatto che, nel caso in questione, è stato lo stesso Stato a riconoscere la criminalità della propria condotta e la propria responsabilità per le imputazioni ricevute⁸⁴.

Nel *voto razonado* del giudice Cançado Trindade A.A. vengono effettuate diverse riflessioni che, a partire dall’analisi del processo di criminalizzazione delle gravi violazioni dei diritti umani, fanno di tale *voto razonado* un contributo di indubbio valore scientifico nel processo di costruzione di paradigmi interpretativi e normativi che a partire dalla fine della seconda guerra mondiale – facendo riferimento a valori superiori condivisi dall’intera umanità – hanno reso insopportabile le violazioni, nonché la loro eventuale impunità, dei diritti umani fondamentali.

Affrontando il tema del terrorismo di Stato, il giudice conferma la sua opinione, manifestata anche in casi precedenti⁸⁵, relativa alla configurabilità del concetto di crimine di Stato quando avvengono gravi violazioni – come in questo caso per di più

⁸⁴ Ricorda condivisibilmente il giudice Cançado Trindade A.A. al paragrafo 17 del suo *voto razonado* alla *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay* che: “en el presente caso *Goiburú y Otros*, el propio Estado demandado ha reconocido – en un encomiable espíritu de cooperación procesal – su responsabilidad internacional por la existencia, en la época en cuestión, de la existencia de una *política criminal*. Y lo ha hecho, en momentos distintos, mediante manifestaciones de todos sus poderes. Su propio Poder Judicial ha expresamente caracterizado el terrorismo estatal como una forma de crimen organizado, o sea, un *crimen de Estado*. Los jusinternacionalistas que siguen negando la existencia de crímenes de Estado están cerrando los ojos a hechos históricamente comprobados, menoscabando el terrible sufrimiento de las numerosas víctimas de dichos crímenes, y prestando un lamentable deservicio a la evolución del Derecho Internacional contemporáneo”.

⁸⁵ Si vedano: il suo *voto razonado* nella *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 25 novembre 2011 nel caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, e, soprattutto, il paragrafo 35 del suo *voto razonado* alla *Sentencia de Fondo* del 29 aprile 2004 nel caso *Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala* in cui chiarisce il concetto di crimine di Stato affermando: “el crimen de Estado se configura como una violación grave del derecho internacional perentorio (el *jus cogens*). El crimen de Estado se torna aún más evidente en la medida en que se establece la intención (falta o culpa), o tolerancia, aquiescencia, negligencia, u omisión, por parte del Estado en relación con violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario perpetradas por sus agentes, inclusive en nombre de un política de Estado”.

su scala transnazionale – delle norme internazionali di *jus cogens*. L'impossibilità della commissione da parte dello Stato, come soggetto di diritto internazionale, di un crimine esiste solo "dentro de la cabeza de los jusinternacionalistas iluminados que afirman dogmáticamente que el Estado no puede cometer un crimen, y punto final"⁸⁶. Inoltre il giudice si schiera a favore dell'utilizzo del concetto di responsabilità aggravata, poiché lo Stato ha violato non solo il dovere di proteggere i soggetti sottoposti alla propria giurisdizione, ma anche quello di fornire dei rimedi adeguati alle violazioni subite.

Infine il giudice sviluppa ampiamente il tema della complementarità del diritto dei diritti umani e del diritto penale internazionale apportando diversi elementi a sostegno della sua tesi⁸⁷, prima di concludere il suo *voto razonado* con delle riflessioni sull'Operazione Condor e sull'ampliamento, tramite tale sentenza, del contenuto materiale del *jus cogens* attraverso il riconoscimento della natura di diritto imperativo del diritto di accesso alla giustizia⁸⁸.

Un ultimo elemento che merita di essere analizzato, prima di passare allo studio degli aspetti strutturali e procedurali del sistema interamericano, è quello, già diverse volte accennato nel corso di questo paragrafo introduttivo, relativo al cambiamento della posizione dell'individuo nel diritto internazionale e più nello specifico nel sistema interamericano.

Partendo dal livello più generale, ovvero quello del diritto internazionale, sembra ormai essere totalmente superata l'obsoleta idea che solo gli Stati fossero soggetti di

⁸⁶ Si veda paragrafo 24 del suo *voto razonado* alla *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*.

⁸⁷ Gli elementi a supporto di tale complementarità sarebbero, per quanto affermato da Cançado Trindade A.A. al paragrafo 34 del suo *voto razonado* alla *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*: "a) la personalidad jurídica internacional del individuo; b) la complementariedad entre la responsabilidad internacional del Estado y la del individuo; c) la conceptualización de los crímenes contra la humanidad; d) la prevención y la garantía de no-repetición; y e) la justicia reparatoria en la confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional".

⁸⁸ Al paragrafo 131 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*, la Corte afferma: "El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo".

tale diritto⁸⁹, sicchè “gli individui sono stati progressivamente considerati come detentori di interessi internazionali di natura sostanziale e come possibili autori di violazioni di norme a tutela di interessi fondamentali per la comunità internazionale nel suo insieme” con la conseguenza che “oggi gli individui sono titolari, a livello internazionale, di determinati diritti, ma sono anche destinatari di obblighi internazionali e possono rispondere della loro eventuale violazione”⁹⁰. Si tratta di un processo che – come ho accennato nel primo capitolo del mio lavoro – è iniziato a seguito degli orrori della seconda guerra mondiale⁹¹ ed ha visto la progressiva limitazione della *raison d’État* e di conseguenza della sovranità statale verso un ordinamento internazionale in cui “el derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección”⁹².

La conseguenza principale di tale processo – nonostante gli orientamenti della dottrina più ortodossa ai canoni classici del diritto internazionale – è stata l’espansione della personalità giuridica internazionale non solo agli individui, ma

⁸⁹ La questione non è del tutto pacifica non mancano infatti opinioni contrarie al riconoscimento della soggettività internazionali degli individui come quella di Leanza U., Caracciolo I., *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, Torino, Giappichelli, 2008, p.121, i quali affermano: “il diritto internazionale considera gli individui come centri di interessi suscettibili e degni di protezione internazionale. Tuttavia il diritto internazionale non entra in diretto contatto con l’individuo, necessitando della collaborazione dello Stato per trovare effettiva applicazione all’interno degli ordinamenti nazionali”.

⁹⁰ Cfr. Cassese A., *Diritto internazionale. I. I lineamenti*, Bologna, il Mulino, 2003, p.155. Tra l’ampia bibliografia a disposizione si vedano: Cançado Trindade A.A., *The Emancipation of the Individual from his Own State: the Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations*, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo 1979-2004*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; Id., *La emancipación de la persona humana en la reconstrucción del Jus Gentium*, in Cançado Trindade A.A., Ventura Robles M.E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; Mastromartino F., *La soggettività degli individui nel diritto internazionale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011; McCorquodale R., *The individual and the International legal system*, in Evans M.D., *International law*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Treves T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁹¹ Afferma sul punto Faúndez Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p.231 : “Desde luego, esta circunstancia forma parte de un proceso mucho más complejo, cuyas raíces se remontan a los tratados de protección de minorías, a los tratados sobre abolición de la esclavitud, y a la formación del Derecho Internacional Humanitario. Después del término de la Segunda Guerra Mundial, esta transformación se reflejó primero en la identificación del individuo como titular de obligaciones internacionales, recogidas en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, seguidas, con la Carta de la ONU, del reconocimiento del individuo como titular de derechos derivados directamente del Derecho Interamericano, y posteriormente, a partir de la adopción de la Convención Europea de Derechos Humanos, en la creación de mecanismos de garantía colectiva para la realización de esos derechos”.

anche alle organizzazioni internazionali con la volontà di superare “the brief historical period in which that Statist conception prevale, in the light – or, more precisely, in the darkness – of legal positivism, successive atrocities were committed against the human being, in a scale without precedents”⁹³.

Gli individui divengono, quindi, titolari di diritti nei confronti degli Stati alla cui giurisdizione sono sottoposti, ma anche destinatari di doveri – osservando un criterio cronologico il passaggio fu contrario ovvero gli individui divennero prima destinatari di doveri, con il processo di Norimberga, e poi titolari di diritti – nei confronti dell’intera comunità internazionale che si attiva – attraverso l’istituzione dei tribunali speciali internazionali e della Corte penale internazionale, nonché la diffusione del principio della giurisdizione universale – per sanzionare i responsabili dei crimini più gravi contro l’umanità.

Volgendo lo sguardo al caso specifico di nostro interesse, ovvero il sistema interamericano di tutela dei diritti umani, la giurisprudenza della Corte di San José mette l’individuo al centro dell’intero modello, come è naturale che sia per un sistema di protezione dei diritti dell’uomo chiamato ad operare in un ambiente in cui le violazioni sistemiche dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri sono all’ordine del giorno. Ciò ha fatto sì che la Corte ponesse particolare attenzione alla tutela di quei soggetti – le donne, i bambini, i disabili, le popolazioni indigene – particolarmente vulnerabili⁹⁴.

L’analisi della posizione dell’individuo nel sistema interamericano di protezione dei diritti umani coincide, in maniera essenziale, con la problematica della partecipazione dell’individuo alle varie fasi del procedimento dinanzi agli organi della Convenzione⁹⁵.

⁹² Si veda il paragrafo 3 del *voto concorrente* del giudice Cançado Trindade all’Opinione Consultiva n.16.

⁹³ Cfr. Cançado Trindade A.A., *The Emancipation of the Individual from...* cit., p.193.

⁹⁴ Si veda sul tema Hennebel L., *The Inter-American Court...* cit. che inquadra la questione definendola “the individualization of Inter-American Law”.

⁹⁵ Si vedano sul tema: Cançado Trindade A.A., *El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto de derecho internacional*, in Cançado Trindade A.A., Ventura Robles M.E., *El futuro de la Corte Interamericana...* cit.; Cançado Trindade A.A., *Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.37, 2003; Faúndez Ledesma H., *El Sistema Interamericano...* cit.; Feria Tinta M., *La víctima ante la Corte*

Per quanto concerne la prima parte del procedimento che si svolge di fronte alla *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (da adesso in poi CIDH o, semplicemente, Commissione) – che, come vedremo in seguito, è un organo politico e quasi giurisdizionale – all’individuo viene riconosciuto il cosiddetto *jus standi*, ovvero la capacità di rivolgere una petizione e quindi di accedere direttamente alla CIDH, in forza dell’art.44 della Convenzione⁹⁶.

Tale possibilità di accesso diretto dell’individuo non è prevista nel caso della Corte IDH, anche se con l’entrata in vigore il primo giugno del 2001 del quarto ed ultimo Regolamento della Corte di San José, parzialmente riformato nel gennaio 2009, viene riconosciuto all’individuo il cosiddetto *locus standi in judicio*, ovvero la capacità di partecipare, una volta che la domanda è stata accettata dalla Corte, a tutte le fasi del procedimento⁹⁷. Di conseguenza interverranno dinanzi alla Corte IDH: la presunta vittima, i suoi familiari o rappresentanti legali; lo Stato accusato della violazione e, infine, la Commissione, quale organo ausiliare della Corte e parte dal solo dal punto di vista processuale.

Anche se non si è ancora giunti alla concessione del *jus standi* agli individui⁹⁸, l’‘evoluzione naturale’ del sistema condurrà con buona probabilità – analogamente a

Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.43, 2006; García Ramírez S., *El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Voll.32-33, 2000-2001; Gialdino R.E., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2006; Pérez-León J.P., *El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjectividad jurídica internacional del individuo*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol.8, 2008; Rosas Castañeda J.A., *Hacia el Jus Standi del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, n.3, 2007; Ventura Robles M.E., *El Acceso Directo de la Víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un ideal y una lucha de Antônio Augusto Cancado Trindade*, in *Cançado Trindade A.A., Ventura Robles M.E., El futuro de la Corte Interamericana... cit.*

⁹⁶ Secondo l’art.44 della CADH: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

⁹⁷ A norma dell’art.24 del Regolamento della Corte IDH: “Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso. De existir pluralidad de presuntas víctimas o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente”.

⁹⁸ A norma del primo comma dell’art.61 CADH: “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

quanto avvenuto con il Protocollo XI della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo – alla concessione agli individui di tale diritto⁹⁹. Se si osserva, infatti, l'evoluzione delle previsioni regolamentari della Corte IDH, in materia di legittimazione processuale dell'individuo, si può osservare come sia avvenuto un graduale processo di maggiore riconoscimento della partecipazione del soggetto al procedimento dinanzi alla Corte.

Fino al 1991, essendo in vigore il primo regolamento della Corte IDH, la partecipazione dell'individuo al procedimento contenzioso era – secondo i canoni del diritto internazionale classico – sostanzialmente nulla anche se, a partire dalla fine degli anni Ottanta, la Corte iniziò a ricevere, e tenere in considerazione, delle memorie da parte dei familiari delle vittime¹⁰⁰. Con il Regolamento entrato in vigore il primo di agosto del 1991 vengono mossi alcuni timidi passi in avanti¹⁰¹ attraverso il riconoscimento della possibilità per i delegati della CIDH di scegliere delle persone che la assistessero nel giudizio di fronte alla Corte e la designazione spesso ricadeva sui legali della presunta vittima, dei suoi familiari o del soggetto da cui la Commissione aveva ricevuto la denuncia. Inoltre la Corte poteva – e non doveva – richiedere ai suddetti soggetti la presentazione di memorie nella fase di *reparaciones*, mentre dovevano essere ascoltati qualora si profilasse la *solución amistosa* o il *desistimiento*.

Un evento importante, relativamente alla materia oggetto di discussione, avviene durante l'udienza pubblica del 27 gennaio 1996 della Corte IDH, relativa alle *reparaciones* del caso *El Amparo versus Venezuela*, quando uno dei giudici iniziò a porre delle domande direttamente ai rappresentanti delle vittime, e non ai delegati della Commissione o dello Stato, nella convinzione che questi ultimi fossero, almeno

⁹⁹ Sull'individuazione del riconoscimento all'individuo dell'accesso diretto alla Corte IDH come evoluzione naturale del sistema interamericano concordava il giudice Cançado Trindade, allora Presidente della Corte di San José, che affermava condivisibilmente nel suo discorso del giugno 2001 dinanzi all'Assemblea generale dell'OAS: "El desarrollo, a partir de la plena participación de los individuos demandantes en todo el procedimiento (*locus standi*) ante la Corte, hacia el derecho de acceso directo de los individuos al Tribunal (*jus standi*), es, a mi juicio, una consecuencia lógica de la evolución, en perspectiva histórica, del propio mecanismo de protección bajo la Convención Americana. El día en que alcancemos este grado de evolución, estará realizado el ideal de la plena igualdad jurídica, ante la Corte Interamericana, entre el individuo como verdadera parte demandante, y el Estado como parte demandada".

¹⁰⁰ Si veda sul tema Rosas Castañeda J.A., *Hacia el Jus Standi del individuo...* cit.

¹⁰¹ Sto facendo riferimento agli articoli 22, 43 e 44 del Regolamento del 1991.

nella fase di *reparaciones*, la *verdadera parte demandante ante la Corte*¹⁰². Seguendo la linea inaugurata dal suddetto caso, il Regolamento della Corte entrato in vigore il primo gennaio del 1997 prevede il *locus standi* dei rappresentati della vittima o dei suoi familiari, limitatamente alla fase di *reparaciones*, ed inoltre la Corte, su proposta della Commissione, potrà autorizzare l'intervento dei soggetti che assistevano la CIDH nel giudizio, ovvero i legali della presunta vittima, dei suoi familiari o del soggetto da cui la Commissione aveva ricevuto la denuncia.

Con il Regolamento attualmente in vigore, come abbiamo già visto, viene ampliato il *locus standi* dei rappresentati della vittima o dei suoi familiari a tutte le fasi del procedimento contenzioso dinanzi alla Corte.

La via sembra essere tracciata verso la previsione dell'accesso diretto degli individui alla giurisdizione della Corte e d'altro canto diversamente non potrebbe essere in quanto, come già affermato in precedenza, “es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos quien clara y decididamente ha rescatado la posición central de las víctimas en el Derecho Internacional, por cuanto se encuentra orientado hacia la protección de la persona humana y a atender sus necesidades”¹⁰³.

2. Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani: evoluzione storica ed aspetti strutturali

L'angolo di osservazione del sistema interamericano dei diritti umani che si adotterà – e si è già adottato – nel corso di questa analisi cercherà di coniugare l'osservazione, tipica di tutte le analisi giuridiche, degli aspetti più propriamente normativi, a livello strutturale così come procedurale, con un'adeguata attenzione agli elementi storico-politici. Tale *modus operandi* sarà utile ad offrire un'immagine dello scenario in cui le previsioni giuridiche si collocano, nella convinzione che solo un approccio di tal genere possa essere adeguato all'analisi di un sistema di tutela

¹⁰² Si veda sul punto Cançado Trindade A.A., *Hacia la consolidación de la capacidad jurídica...* cit.

¹⁰³ Si veda il paragrafo 15 del *voto razonado* del giudice Cançado Trindade A.A. nella *Sentencia sobre Reparaciones nel caso de los Niños de la Calle* del 26 maggio 2001.

estremamente complesso, chiamato ad operare in un ‘ambiente ostile’ alla cultura dei diritti umani.

Quando facciamo riferimento al sistema interamericano ci stiamo, in realtà, riferendo a due subsistemi che operano nell’ambito dell’OAS¹⁰⁴. Tale organizzazione ha una competenza relativa alla tematica dei diritti umani – esercitata attraverso la Commissione – nei confronti di tutti gli Stati che ne fanno parte.

Il primo subsistema è quello degli Stati che fanno parte della OAS, ma non hanno ratificato la Convenzione, nei confronti dei quali la CIDH esercita dei poteri politico-diplomatici; mentre il secondo subsistema è quello degli Stati che hanno ratificato la CADH e gli altri trattati connessi¹⁰⁵, ed in questo caso la Commissione ha una funzione più propriamente giurisdizionale. All’interno di quest’ultimo gruppo è possibile operare un’ulteriore distinzione a seconda che lo Stato abbia accettato o meno la competenza contenziosa della Corte.

Da ciò deriva che è possibile individuare tre diversi ‘gradi di vincolazione’ al sistema interamericano di tutela dei diritti umani¹⁰⁶: gli Stati che hanno aderito solo all’OAS¹⁰⁷ che sono vincolati dalla *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (da adesso in poi DADDH o, semplicemente, Dichiarazione), di

¹⁰⁴ È questo l’approccio utilizzato nel suo trattato da Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit. Inoltre si consideri che è la stessa Commissione nel Titolo II, Capitoli 2 e 3, ad operare una distinzione tra gli Stati membri dell’OAS a seconda che facciano parte o meno della CADH, a cui corrispondono – come vedremo in seguito – delle differenze procedurali nell’ultima fase del procedimento dinanzi la CIDH.

¹⁰⁵ Il sistema normativo creato dalla Convenzione è stato completato da due protocolli addizionali e da alcune convenzioni dedicate a tematiche specifiche. Conseguentemente, oltre alle norme previste nella CADH, è necessario tenere in considerazione: Il *Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* del 1988, meglio conosciuto come *Protocolo de San Salvador*; il *Protocolo Adicional Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte* del 1990; la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* del 1985; la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* del 1994; la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer* del 1994, meglio conosciuta come *Convención de Belem do Pará*; la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* del 1999. Per una panoramica sul contenuto dei vari strumenti del sistema interamericano si veda il documento dell’OAS e della Corte di San José, *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, disponibile in www.corteidh.or.cr.

¹⁰⁶ Si veda sul punto Martin C., Rodríguez-Pinzón D., *La Prohibición de la Tortura y los Malos Tratos en el Sistema Interamericano*, Ginevra, Organizzazione Mondiale Contro la Tortura, 2006.

¹⁰⁷ Gli Stati membri dell’OAS sono: Antigua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brasile, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Stati Uniti, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Giamaica, Messico, Nicaragua, Panama,

si riferirà a breve, il cui rispetto è garantito dalla Commissione; gli Stati che hanno ratificato la CADH¹⁰⁸, ma non hanno accettato la competenza contenziosa della Corte; e, infine, gli Stati che non solo hanno ratificato la CADH, ma hanno inoltre accettato la competenza della Corte¹⁰⁹.

L'origine del sistema interamericano di protezione dei diritti umani¹¹⁰ può essere fatto risalire alla cosiddetta *Conferencia de Chapultepec*, o meglio *Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz*, del 1945 a Città del Messico. In tale Conferenza gli Stati americani, oltre ad occuparsi dei problemi legati ai nuovi equilibri geopolitici risultanti dal secondo conflitto mondiale, si impegnarono ad adottare degli strumenti di tutela dei diritti umani complementari a quelli nazionali, affidandone la stesura al *Comité Jurídico Interamericano*¹¹¹. Lo scopo di tale impegno era quello di rafforzare la dottrina del non interventismo e dell'uguaglianza sovrana degli Stati, minacciate dalle mire imperialistiche

Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Saint Kitts e Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucia, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela.

¹⁰⁸ Gli Stati che hanno ratificato la Convenzione sono: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasile, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Giamaica, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Suriname, Uruguay.

¹⁰⁹ Gli Stati che hanno accettato la competenza contenziosa della Corte sono: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasile, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Suriname, Uruguay.

¹¹⁰ Per un approfondimento degli aspetti storico-politici relativi alla nascita ed allo sviluppo del sistema interamericano si vedano: Cappuccio L., Lollini A., Tanzarella P., *Le corti regionali tra Stati e diritti...* cit.; Díaz Müller L., *El sistema interamericano de derechos humanos, la Declaración y la Convención americanas*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*; García Ramírez S., *Origen y actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in González Martín N., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. Tomo II*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006; Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit.; Goldman R.K., *Historia y acción: el sistema interamericano de derechos humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, in Covarrubias Velasco A., Ortega Nieto D., *La protección internacional de los derechos humanos: un reto en el siglo XXI*, Pedragal de Santa Teresa, El Colegio de México, 2007; Medina Quiroga C., Nash Rojas C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile para la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), 2011; Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani*, in Mezzetti L., Pizzolo C., *Diritto processuale dei diritti umani*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013; Tanzarella P., *Il sistema interamericano di...* cit.

¹¹¹ Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione...* cit. p. 194, sottolinea come in tale Conferenza: “per la prima volta, si provava a stabilire un sistema internazionale di protezione dei diritti umani, tentativo culminato nella risoluzione XV, che proclamava l’adesione delle repubbliche americane ai principi consacrati dal diritto internazionale”.

statunitensi sull'intero continente americano, il cui contrasto era stata una delle preoccupazioni principali delle varie Conferenze Interamericane fin dalla prima riunione del 1889¹¹².

Il percorso iniziato a Città del Messico fu compiuto, tre anni più tardi nel 1948, nella nona *Conferencia Internacional Americana* di Bogotà, che rappresenta un punto di svolta nella storia del continente americano per un duplice ordine di motivi: venne adottata la Carta dell'OAS e venne firmato – sette mesi prima della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani – il primo grande testo internazionale sui diritti umani la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.

Per quanto concerne il primo aspetto – seppur non strettamente legato alle tematiche analizzate – è di indubbia rilevanza politica in quanto la creazione dell'OAS rappresenta il coronamento, anche se solo in chiave intergovernativa, del sogno panamericano che aveva avuto in Simón Bolívar uno dei suoi più audaci sostenitori¹¹³, ed è, inoltre, il punto di arrivo¹¹⁴ di un lungo percorso di Conferenze Interamericane – o Panamericane o Internazionali Americane – iniziato a Washington nel 1889. La Carta costitutiva dell'OAS¹¹⁵ proclama come finalità dell'organizzazione la creazione di “un orden de paz y de justicia” e con riferimento agli Stati si propone di “fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”¹¹⁶; vi è, inoltre, la consacrazione del principio di “no intervención como un principio de autoridad del

¹¹² Goldman R.K., *Historia y acción: el sistema interamericano...* cit., p.112, riportando il testo della risoluzione LX della *Conferencia de Chapultepec*, sottolinea come: “La protección internacional de los derechos esenciales del hombre pondría fin al mal uso que se ha hecho de la protección diplomática de los ciudadanos en el extranjero, cuyo ejercicio ha conducido en más de una ocasión a que se violen los principios de no intervención y de igualdad entre nacionales y extranjeros con respecto a los derechos esenciales del hombre”.

¹¹³ Si veda Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti...* cit. Sull'emblematica figura di Bolívar e per una approfondita analisi del suo pensiero politico e costituzionale si veda Cacciatore G., Scocozza A., *El Gran Majadero de América*, Reggio Calabria, La Città del Sole, 2008.

¹¹⁴ In realtà dopo la Conferenza di Bogotà si celebrerà ancora un'altra conferenza nel 1954, la *Conferencia Internacional Americana* di Caracas.

¹¹⁵ Tale documento entrò in vigore nel 1951 per poi essere riformato prima con il *Protocolo de Buenos Aires* del 1967 e poi con *Protocolo de Cartagena de Indias* nel 1985. Infine fu completata dall'aggiunta di due protocolli addizionali nel 1992 il *Protocolo de Washington*, che entrò in vigore nel 1997, e l'anno successivo il *Protocolo de Managua*, che entrò in vigore nel 1996.

¹¹⁶ Si veda art.1 della Carta OAS del 1948.

derecho internacional público de la región”¹¹⁷, e, infine, vi sono diversi riferimenti alla tematica della tutela diritti umani, senza però chiarirne né l’ambito né la portata.

La Dichiarazione non viene incorporata nella Carta OAS – di cui costituisce comunque una imprescindibile integrazione¹¹⁸ – soprattutto a causa dello stato embrionale di sviluppo del diritto dei diritti umani. Si tratta inizialmente, come è tipico di tutte le dichiarazioni internazionali, di un testo non vincolante con un mero valore programmatico, in quanto gli Stati, dopo un lungo dibattito sulla natura del testo, decisero – analogamente a quanto avverrà qualche mese più tardi con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani – di interpretare il testo come “un conjunto de principios para guiar la conducta de los Estados en el ámbito de los derechos humanos, pero que no establecería obligaciones vinculantes para los firmantes” e, conseguentemente, “de no crear un mecanismo internacional para la protección de los derechos en ella incorporados”¹¹⁹. Tuttavia, nonostante la sua natura esclusivamente programmatica¹²⁰, la Dichiarazione contiene alcuni elementi che rendono particolarmente esplicita la centralità della tematica della tutela dei diritti nel processo di integrazione americano¹²¹, in quanto, nella parte introduttiva della DADDH, si afferma non solo che “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento

¹¹⁷ Cfr. Goldman R.K., *Historia y acción: el sistema interamericano...* cit., p.112. Sul punto afferma Tanzarella P., *Il sistema interamericano di...* cit., riprendendo Buergenthal T., *The OAS Charter after Forty Years*, in *American Society of International Law Proceedings*, Vol.82, 1998, che “la Carta del 1948 rappresentava l’epilogo di una campagna durata almeno cento anni per suggerire solennemente il principio di non intrusione degli Stati Uniti nella sovranità dei paesi dell’America Latina”. Naturalmente Buergenthal T. sottolinea come la guerra fredda – con la conseguenza ricaduta dell’America Latina nella sfera d’influenza statunitense nonché la necessità di proteggerla da una possibile espansione comunista – abbia ridotto di molto l’importanza del principio di non intrusione. Sul tema dell’interventismo statunitense in America Latina si veda l’importantissimo contributo di Nieto C., *Los amos de la guerra. El intervencionismo de Estados Unidos en America Latina de Eisenhower a G.W. Bush*, Barcellona, Debate, 2006.

¹¹⁸ Cfr. Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione...* p.194.

¹¹⁹ Cfr. Medina Quiroga C., Nash Rojas C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...* cit., p.5.

¹²⁰ Tale natura sarebbe spiegabile, almeno in un primo momento, con il contesto geopolitico globale in cui si approvò la Dichiarazione, in quanto secondo alcuni analisti – sul punto concordano sia Buergenthal T., *The Human Rights Revolution*, in *St. Mary’s Law Journal*, Vol.23, n.3, 1991-1992, che Tanzarella P., *Il sistema interamericano di...* cit. – siamo di fronte ad un’operazione di *marketing* politico che, data la forte sensibilità popolare attorno alla tematica dei diritti umani, avrebbe dato un maggiore consenso popolare alla creazione dell’OAS, senza comportare, vista la natura non vincolante del documento, un’assunzione di particolari responsabilità da parte degli Stati.

¹²¹ Si veda sul punto Díaz Müller L., *El sistema interamericano de derechos humanos...*, p.38.

los atributos de la persona humana”, ma anche “que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”.

A ciò si aggiunga che, nel corso della *Conferencia Internacional Americana* di Bogotá, si iniziò a discutere della creazione di un organo giurisdizionale per la tutela dei diritti e delle libertà proclamati nella Dichiarazione, ma a tal proposito il *Comité Jurídico Interamericano* – a cui gli Stati avevano dato il compito della stesura del progetto di Statuto del suddetto organo di garanzia – espresse diverse perplessità relative al fatto che sarebbe quanto meno prematuro creare un strumento giurisdizionale in mancanza di precise norme sostanziali da applicare. Sostanzialmente tale situazione restò immutata per un decennio in quanto, nemmeno durante la decima e ultima *Conferencia Internacional Americana* di Caracas del 1954, si fecero passi significativi, se non generiche proclamazioni, nella direzione dell’implementazione della DADDH.

La situazione cambiò nel biennio 1959-1960 quando l’OAS dovette affrontare non solo l’instabilità politica dell’area caraibica, ma anche l’increscioso caso dell’assassinio del presidente venezuelano su probabile iniziativa del dittatore dominicano Rafael Trujillo, fatto che metteva palesemente in crisi il principio cardine dell’intero sistema, quello del non interventismo. Al di là dei ragionamenti geopolitici legati a tali eventi, ciò che in tale sede è importante evidenziare è come “las naciones americanas se despertaron de su apatía frente a los problemas relacionados con los derechos humanos y empezaron a formular un programa regional para protegerlos”¹²².

Il consesso internazionale in cui avvenne tale rivoluzionaria presa di coscienza fu la quinta riunione dei ministri degli esteri americani tenutasi a Santiago del Cile nell’agosto 1959 in cui gli Stati americani si resero conto di come “la armonía entre las Repúblicas Americanas no podrá ser efectiva sino hasta en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia

¹²² Cfr. Goldman R.K., *Historia y acción: el sistema interamericano...* cit., p.115 (corsivo non testuale).

rappresentativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas”¹²³. Conseguentemente a ciò venne approvata una risoluzione sulla tematica specifica dei diritti umani in cui – alla luce del fatto che i tempi apparivano ormai maturi, visto che erano trascorsi undici anni dall’adozione della DADH, e, inoltre, il diritto dei diritti umani aveva avuto un notevole sviluppo sia in ambito europeo che universale – si affidava il compito al *Consejo Interamericano de Jurisconsultos* di elaborare una convenzione sui diritti umani e, inoltre, si decise la creazione di una *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*¹²⁴.

L’anno successivo – siamo tra il maggio ed il giugno del 1960 – il Consiglio della OAS approvò lo statuto della CIDH e ne nominò i sette membri, che esercitavano le loro funzioni a titolo individuale per una durata di quattro anni. La scelta avveniva nell’ambito di terne – composte da persone di alta autorità morale e competenze specifiche in materia di diritti umani – presentate dai governi degli Stati membri. La Commissione venne inizialmente configurata come un organo autonomo dell’OAS a cui – a norma dell’art.9 del suo statuto – venivano attribuiti una serie di compiti, invero poco incisivi, che andavano da una funzione promozionale della cultura dei diritti umani in America Latina alla preparazione di *reports*, passando per lo svolgimento di una funzione di consulenza all’OAS fino a giungere alla formulazione di raccomandazioni ai governi degli Stati allo scopo di favorire l’adozione di misure interne a supporto dei diritti umani. I diritti umani a cui si faceva riferimento nello statuto della Commissione – secondo quanto previsto dal suo art.2 originario – erano quelli contenuti nella DADDH. Conseguentemente a tale previsione si può facilmente comprendere come il valore normativo della Dichiarazione risultasse essere notevolmente rafforzato.

La base normativa creata dallo statuto della Commissione fece sì che, almeno in un primo periodo, la sua azione fosse poco incisiva in quanto gli Stati membri – spinti dall’ossessiva volontà di rispettare il *principio de no intevención* – avevano pensato ad un organismo di studio e consulenza incapace di incidere realmente sulle

¹²³ Cfr. l’*acta final* della *quinta reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores*, disponibile in www.oas.org, p.5.

¹²⁴ *Idem*, pp.11-12.

politiche nazionali¹²⁵. Come conseguenza di tale idea fondativa – a cui corrispondevano naturalmente dei limiti sia normativi che strutturali – si ebbe l'impossibilità per la CIDH di decidere su eventuali ricorsi individuali che, secondo l'orientamento emerso già nella sua prima sessione di lavoro, “avrebbero potuto essere considerati solo allo scopo di aiutare gli Stati ad adempiere i propri obblighi in materia di diritti fondamentali”¹²⁶. Ciò comportava il fatto che la Commissione utilizzava le informazioni ricevute attraverso le deposizioni dei singoli interessati solo per ottenere maggiori elementi utili alla stesura dei rapporti sui vari Stati.

L'inadeguatezza dello statuto originario¹²⁷ emerse fin da subito tanto che nell'ottava riunione dei ministri degli esteri americani, tenutasi a Punta del Este in Uruguay nel 1962, divenne palese la necessità di una sua riforma¹²⁸, che però riuscì ad essere approvata solo nel 1965 durante la seconda *Conferencia Interamericana Extraordinaria*, celebrata a Rio de Janeiro.

Le modifiche allo statuto attribuirono alla Commissione maggiori poteri consistenti nella possibilità di esaminare le comunicazioni individuali e le informazioni ricevute, nonché di sollecitare maggiori chiarimenti ed informazioni ai governi degli Stati membri e di indirizzare loro, qualora lo avesse ritenuto opportuno, delle comunicazioni utili a garantire una maggiore tutela dei diritti umani negli ordinamenti interni. Vennero previste, inoltre, delle relazioni annuali della Commissione – di fronte alla *Conferencia Interamericana* o alla riunione dei ministri degli esteri americani – relative alle misure adottate per il raggiungimento di una maggiore implementazione della DADDH¹²⁹.

In tale sede si decise la modificazione della Carta OAS allo scopo di dare una base giuridica adeguata ai nuovi poteri della Commissione dandole una nuove

¹²⁵ Si veda sul punto Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti...* cit.

¹²⁶ Cfr. Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione...* cit., p.196.

¹²⁷ Si veda sul punto la pubblicazione della CIDH, *Inter-American Yearbook of Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.

¹²⁸ Al IX paragrafo dell'*acta final* della *octava reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores*, disponibile in www.oas.org, gli Stati membri prendono coscienza che “no obstante los nobles y perseverantes esfuerzos cumplidos por dicha Comisión en el ejercicio de su mandato, la insuficiencia de sus facultades y atribuciones consignadas en su Estatuto ha dificultado la misión que se le ha encomendado”, è quindi necessario raccomandare “al Consejo de la Organización de los Estados Americanos la reforma del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

¹²⁹ Si veda l'*acta final* della seconda *Conferencia Interamericana Extraordinaria*, disponibile in www.oas.org.

legittimazione istituzionale e costituzionale. Tale modificazione avvenne nel corso della terza *Conferencia Interamericana Extraordinaria* del 1967 in cui si approvò il cosiddetto *Protocolo de Buenos Aires*, attraverso cui la Commissione divenne uno degli organi principali dell'OAS¹³⁰, che “tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”¹³¹.

I nuovi poteri della Commissione, riconosciuti dallo statuto modificato e dall'entrata in vigore nel 1970 della novellata Carta OAS, riconoscevano una situazione in cui la Commissione aveva già cominciato a svolgere – andando ben oltre le previsioni statutarie originarie e divenendo “an excellent example of the creative function of International supervision”¹³² – “una serie di attività che esulavano dalle competenze esplicitamente rimesse” in quanto – di fronte alle violazioni massive dei diritti umani da parte delle sanguinose dittature latinoamericane che iniziavano a svilupparsi nel corso degli anni Sessanta – “la Commissione decise di non restare inerme e (...) sviluppò la pratica degli *informes* relativi ad un singolo Paese e delle visite *in loco*”¹³³.

Il percorso che condusse all'adozione di un trattato internazionale sui diritti umani nel continente americano¹³⁴ fu piuttosto lungo e la necessità di avere un testo con delle obbligazioni legali precise – e non una semplice raccolta di obbligazioni morali com'era la DADDH – dovette attendere quasi un ventennio per poter essere soddisfatta. Il cammino inizia – trascurando il fatto che già durante la *Conferencia de Chapultepec* del 1945 si era cominciato a discutere di un trattato relativo alla

¹³⁰ Si veda l'art.XII del *Protocolo de Buenos Aires*, disponibile in www.oas.org, che modifica l'art.51 della Carta. L'art.32 della Carta OAS originaria, in cui erano elencati gli organi della Convenzione, non faceva alcun riferimento alla Commissione.

¹³¹ Si veda l'art.XII del *Protocolo de Buenos Aires*, disponibile in www.oas.org, che modifica l'art.112 della Carta OAS.

¹³² Cfr. Medina Quiroga C., *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and Inter-American System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p.3.

¹³³ Cfr. Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti...* cit., p.136. Continua l'Autore: “La Commissione cercava di risolvere, facendo uso degli scarsi strumenti a disposizione, le situazioni di cui veniva a conoscenza, servendosi della possibilità di inviare le informazioni ricevute ai Governi dei Paesi Incriminati, come forma di pressione perché trovassero una soluzione”.

¹³⁴ Sul percorso che condusse all'approvazione della Convenzione si vedano: Goldman R.K., *Historia y acción: el sistema interamericano...* cit., e Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit.

tematica dei diritti umani – nel corso della quinta riunione dei ministri degli esteri americani, tenutasi a Santiago del Cile nell’agosto 1959, quando, come già accennato in precedenza, si affida il compito al *Consejo Interamericano de Jurisconsultos* di elaborare una convenzione sui diritti umani. Alla fine dell’anno la bozza della CADH era già stata preparata, ma gli eventi legati all’invasione della Baia dei Porci fecero saltare la Conferenza Interamericana che avrebbe dovuto celebrarsi nel 1961, sicché l’esame della bozza fu rimandato alla seconda *Conferencia Interamericana Extraordinaria*, celebrata a Rio de Janeiro nel 1965. In tal sede la bozza di Convenzione, insieme alle proposte alternative di Cile e Uruguay, furono inviati al Consiglio dell’OAS affinché tale organo esaminasse i testi e raccogliesse i pareri di Stati membri e Commissione. Durante l’analisi della bozza da parte del *Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, da un lato la Commissione formulò i propri appunti – che si concretizzarono poi in un progetto alternativo – relativi al profilo del riconoscimento dei diritti economici, sociali e culturali, di cui veniva suggerita l’eliminazione a favore di esortazioni generali agli Stati; dall’altro vennero approvati e ratificati da alcuni membri dell’OAS i Patti dell’ONU del 1966 e venne conseguentemente sollevato il problema relativo alla loro compatibilità con la nascita della Convenzione. Riguardo a tale ultimo aspetto il Consiglio dell’OAS chiese il parere degli Stati membri che si espressero, nella stragrande maggioranza, a favore della compatibilità tra gli strumenti di tutela universali e quelli regionali, analogamente a quanto fatto dalla segreteria della Commissione in seguito ad uno studio comparativo dei testi. Al termine di questa lunga fase di riflessione e mediazione sul testo della Convenzione, il *Consejo Interamericano de Jurisconsultos* elaborò la bozza definitiva che fu sottoposto all’approvazione degli Stati membri durante la *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos* che si tenne nel novembre del 1969 a San José de Costa Rica. La Convenzione entrò poi in vigore quasi dieci anni più tardi, nel 1978, al raggiungimento dell’undicesima ratifica.

L’entrata in vigore della Convenzione Interamericana rappresenta il coronamento di un lungo percorso che condusse al concepimento di uno strumento che “con sus garantías sustantivas y su maquinaria institucional, es quizá el instrumento de su tipo

más ambicioso y de mayor alcance que nunca antes haya elaborado un organismo internacional”¹³⁵.

Tra gli esempi celebri che avevano a disposizione gli estensori della Convenzione vi era, senza dubbio alcuno, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo del 1950 tanto che è possibile individuare delle similitudini, sia dal punto di vista normativo che dal punto di vista istituzionale, con l’originario sistema europeo di salvaguardia dei diritti fondamentali. Tuttavia, prima di trarre da ciò dei semplicistici parallelismi, bisogna valutare come siano state molto diverse le condizioni ambientali in cui tali sistemi si sono sviluppati con la conseguenza che la gravità dei casi oggetto dell’analisi degli organi di garanzia del sistema interamericano, nonché l’importanza dei diritti fondamentali oggetto di violazione, hanno fatto sì che “el desarrollo del sistema interamericano siguió un camino distinto del de su controparte europea”¹³⁶.

Tornando al contenuto della Convenzione, si tratta di un testo molto articolato – si compone, infatti, di un totale di ben 82 articoli – e può essere suddiviso in due parti: la prima è composta da un catalogo di diritti, mentre nella seconda sono regolati gli aspetti strutturali e procedurali del sistema interamericano.

Per quanto concerne l’aspetto più strettamente normativo – oltre a tenere in considerazione che vi sono una serie di testi¹³⁷ che la completano, visto che le proposte di riforma non sono mai andate a buon fine e può essere riscontrato un “cierto temor a abrir la Convención”¹³⁸ – dopo la previsione di due clausole generali di cui la prima è relativa al dovere degli Stati di rispettare i diritti convenzionali¹³⁹, mentre la seconda impone loro di adottare le misure necessarie all’efficace

¹³⁵ *Idem*, p.121

¹³⁶ Cfr. Steiner H.J., Austin P., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

¹³⁷ Si veda la nota n.105.

¹³⁸ Cfr. García Ramírez S., *Origen y actualidad de la Corte Interamericana...* cit., p.329.

¹³⁹ L’art.1 CADH prevede che: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

implementazione dei diritti e delle libertà convenzionali¹⁴⁰, i successivi articoli sono dedicati al riconoscimento di un ampio catalogo di diritti. La Convenzione riconosce, dall'art.3 all'art.25, i classici diritti civili e politici, ovvero vengono tutelati a livello sovranazionale il *derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*; il *derecho a la vida*; il *derecho a la integridad personal*; la *prohibición de esclavitud y servidumbre*; il *derecho a la libertad personal*; le *garantías judiciales*, ovvero una serie di diritti legati all'azione degli organi giurisdizionali nazionali; la garanzia del *principio de legalidad y retroactividad*; il *derecho a indemnización* in caso di errore giudiziario; la *protección de la honra y de la dignidad*; la *libertad de conciencia y de religión*; la *libertad de pensamiento y de expresión*; il *derecho de rectificación o respuesta* nei casi di diffusione di informazioni inesatte lesive dell'onore e della reputazione; il *derecho de reunión*; la *libertad de asociación*; la *protección a la familia*; il *derecho al nombre*; il *derecho del niño*; il *derecho a la nacionalidad*; il *derecho a la propiedad privada*; il *derecho de circulación y de residencia*; i *derechos políticos*; il principio di *igualdad ante la ley*; il diritto alla *protección judicial*. Per quanto concerne il profilo dei diritti economici e sociali, l'art.26 non prevede delle obbligazioni precise, bensì un semplice dovere 'promozionale' da parte degli Stati¹⁴¹.

¹⁴⁰ L'art.2 CADH prevede che: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

¹⁴¹ L'art.26 CADH prevede: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Si consideri che tale 'lacuna' è stata colmata con la firma del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, meglio conosciuto come Protocolo de San Salvador, firmato il 16 novembre del 1988 ed entrato in vigore il 16 novembre del 1999. Gli Stati che, ad oggi, hanno ratificato tale documento addizionale sono: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Uruguay. Il Protocollo è diviso in ventidue articoli. Nei primi cinque si specificano gli obblighi degli Stati, che sono 'limitati' all'adozione progressiva delle disposizioni, adozione che comunque deve essere piena. Con l'articolo 6 si inizia la lista dei diritti. Il primo ad essere riconosciuto è quello al lavoro, e successivamente quello a giuste, eque e soddisfacenti condizioni di impiego. Seguono il diritto a partecipare e formare sindacati, compreso il diritto di sciopero, il diritto alla sicurezza sociale, alla salute, ad un ambiente sano, all'alimentazione, all'educazione, a beneficiare della cultura, alla protezione della famiglia, dei bambini, degli anziani e dei disabili.

La prima parte della CADH viene completata – oltre che dalla cosiddetta clausola federale che impone il rispetto degli obblighi convenzionali sia da parte dell'entità federale che da parte delle entità federate nelle materie di loro competenza¹⁴² – dalla previsione che vieta, in qualsiasi caso, un'interpretazione restrittiva degli obblighi convenzionali o che escluda i diritti umani riconosciuti da altre fonti internazionali o nazionali¹⁴³, ed inoltre i casi in cui alcuni dei diritti convenzionali sono passibili di sospensione.

A riguardo di tale ultimo aspetto¹⁴⁴ – quello relativo ai casi di sospensione delle garanzie convenzionali regolati dall'art.27 della Convenzione – la Corte ha stabilito che non ci troviamo di fronte ad una “suspensión de garantías en sentido absoluto, ni de la suspensión de los derechos ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio”¹⁴⁵.

La disposizione in questione permette agli Stati, in circostanze eccezionali¹⁴⁶, di sospendere l'esercizio di alcuni diritti previsti dalla Convenzione¹⁴⁷, prevedendo dei requisiti estremamente rigidi che, alla luce della pessima propensione dei governi latinoamericani di abusare dello stato d'emergenza, riducono al minimo la discrezionalità degli Stati membri. A tale scopo, oltre alle circostanze operative previste nell'articolo, vi sono una serie di requisiti ulteriori che gli Stati devono rispettare per sospendere le garanzie convenzionali e sono stati individuati nei casi in cui la Corte e la Commissione hanno avuto l'opportunità di esprimersi sul tema. Tale sospensione risulta essere giustificata, secondo l'opinione della CIDH, “frente a

¹⁴² Si veda l'art.28 CADH.

¹⁴³ Cfr. l'art.29 CADH.

¹⁴⁴ Si veda sul tema del *regime jurídico de los estados de emergencia* il terzo capitolo del già citato trattato di Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit.

¹⁴⁵ Si veda il paragrafo 18 dell'*Opinión Consultiva* n.8 del 30 gennaio 1987 in cui la Corte, su richiesta della Commissione, si esprime a riguardo della garanzia dell'*habeas corpus* nei casi di sospensioni delle garanzie convenzionali.

¹⁴⁶ Le circostanze previste sono il *caso de guerra*, il *peligro público* o delle concrete minacce *all'independencia o seguridad del Estado parte*

¹⁴⁷ A norma del II comma dell'art. 27 CADH sono esclusi i diritti previsti agli articoli: “3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

amezas reales al orden público o a la seguridad del Estado”¹⁴⁸ e, naturalmente, deve trattarsi di una situazione del tutto eccezionale nel senso che, utilizzando le parole della stessa Corte IDH, “lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia”¹⁴⁹. Inoltre le misure adottate in tali situazioni “no deben exceder (...) la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente”¹⁵⁰, e devono essere non solo proporzionali al pericolo che ne giustifica l’adozione, ma anche limitate temporalmente¹⁵¹. A ciò si aggiunga che, a norma del III comma dell’art.27 CADH, esiste il dovere di informare, per il tramite del Segretariato Generale della OAS, gli altri Stati membri. Naturalmente “aunque la Convención menciona únicamente a los demás Estados partes, esta información tiene, en principio otros tres destinatarios (...) la Comisión, en cuanto órgano de control del sistema, y (...) la población del Estado involucrado y sus autoridades judiciales”¹⁵².

Di particolare trascendenza normativa risultano essere le previsioni di cui ai già citati articoli 1 e 2 della Convenzione¹⁵³ in quanto si tratta di “deberes generales que – según la jurisprudencia constante, que no admite retrocesos – tienen un sentido

¹⁴⁸ Si veda l’*Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* dell’anno 1981, p.115.

¹⁴⁹ Si veda il paragrafo 21 della già citata *Opinión Consultiva* n.8 del 30 gennaio 1987.

¹⁵⁰ Si veda il paragrafo 38 della già citata *Opinión Consultiva* n.8 del 30 gennaio 1987. La necessità che le misure adottate non eccedano quelle strettamente necessarie viene evidenziata al paragrafo 21 dell’*Opinión Consultiva* n.9 del 6 ottobre 1987, sollecitata dal governo della *República oriental del Uruguay* e relativa alle *garantías judiciales en estado de emergencia*, in cui si sottolinea “la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella”.

¹⁵¹ Nell’*Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* dell’anno 1981, p.115, viene evidenziato come “el establecimiento de estos estados de emergencia indefinidamente o por un prolongado período de tiempo (...) puede conducir (...) a la negación misma del estado de derecho”.

¹⁵² Cfr. Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit., p.132.

¹⁵³ Si veda, sul contenuto delle disposizioni in questione, Medina Quiroga C., Nash Rojas C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...* cit.

amplio y autónomo propio, y la determinación de su incumplimiento no está condicionada por el establecimiento de violaciones individuales específicas de uno u otro derecho consagrado en la Convención Americana. Así, la violación de los deberes generales de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, en lugar de estar subsumida en violaciones individuales de derechos específicos bajo la Convención, más bien se suma a dichas violaciones”¹⁵⁴. In tal modo ogni qual volta si viola una qualsiasi disposizione convenzionale, si sta incorrendo contemporaneamente nella violazione del primo comma dell’art.1 CADH, che prevede l’obbligazione in capo agli Stati di rispettare e garantire il godimento dei diritti e delle libertà convenzionali, nonché dell’art.2 della Convenzione, in cui è stabilito l’obbligo di adottare le disposizioni di diritto interno necessarie a garantire l’effettività di tali diritti e libertà.

Per quanto concerne l’obbligazione contenuta nel I comma dell’art.1 CADH, si tratta di una previsione a carattere generale che comporta per gli Stati membri un’obbligazione a carattere positivo ed una a carattere negativo: la prima consiste nel “organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de sus derechos humanos”¹⁵⁵, mentre la seconda nell’astensione da intrusioni statali nel libero godimento dei diritti e delle libertà convenzionali.

Con riferimento all’art.2 della Convenzione¹⁵⁶ sullo Stato incombe una duplice obbligazione: da un lato deve eliminare tutte le norme e le pratiche che violino le garanzie convenzionali, dall’altro ne deve adottare di nuove che conducano all’effettivo rispetto delle suddette garanzie¹⁵⁷. Viene sostanzialmente ribadita la stessa obbligazione di cui al primo comma dell’art.1 CADH rappresentandone una

¹⁵⁴ Si veda il sesto paragrafo del *voto concurrente* del giudice Cançado Trindade alla sentenza del caso *Palamara Iribarne versus Chile* (corsivo non testuale).

¹⁵⁵ Si veda il paragrafo 142 della *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 7 giugno 2003 nel caso *Juan Humberto Sánchez versus Honduras*

¹⁵⁶ Si veda sul punto Nikken P., *El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos*, in *Panel 1 della Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System*, Washington, 1 marzo del 2003.

¹⁵⁷ La Corte di San José, nel paragrafo 207 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 30 maggio 1999 nel caso *Caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú*, chiarisce come: “El deber general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que

sorta di specificazione, ovvero mentre la prima disposizione rappresenta l'obbligazione di una garanzia generale dei diritti umani, la seconda fa riferimento all'obbligo legislativo che hanno assunto gli Stati nell'adeguare il proprio ordinamento alle obbligazioni convenzionali.

Il sistema interamericano dal punto di vista strutturale¹⁵⁸ si basa – come ho già più volte accennato – sull'operatività di due organismi: la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* e la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

La Commissione, come già segnalato nelle pagine precedenti, aveva cominciato ad esercitare una serie di poteri che andavano ben oltre le competenze riconosciute inizialmente. Con l'entrata in vigore del Pacto de San José si è assistito, naturalmente, ad un ampliamento del ruolo della CIDH dovuto, in via principale, al riconoscimento quale organo competente “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”¹⁵⁹.

La Commissione esercita – come è facilmente comprensibile data l'esistenza di due subsistemi di tutela dei diritti umani – delle funzioni differenti a seconda che la sua azione sia rivolta agli Stati solamente membri dell'OAS o agli Stati che hanno anche sottoscritto la CADH. Nel primo caso rientrano tra i suoi compiti¹⁶⁰: promuovere lo sviluppo della cultura dei diritti umani in Latinoamerica; dirigere delle raccomandazioni ai governi degli Stati membri a che adottino delle misure in favore dei diritti umani; preparare studi e *reports* necessari allo svolgimento delle sue funzioni; richiedere informazioni agli Stati membri relativamente alle misure adottate per promuovere i diritti umani; dare risposta ai pareri richiesti dagli Stati in materia

entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.

¹⁵⁸ Gli aspetti strutturali del sistema interamericano vengono trattati, seppur *en passant*, in tutta la bibliografia citata fin ad ora. Una particolare attenzione alla struttura del sistema interamericano viene data sia da García Ramírez S., *Origen y actualidad de la Corte Interamericana...* cit.; che da Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit., e, inoltre, da Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione...* cit. Tenendo in considerazione ciò, nel descrivere gli aspetti strutturali – così come accadrà in parte anche per gli procedurali del sistema – farò riferimento, piuttosto che alla già citata bibliografia, alle previsioni della Convenzione e dei regolamenti e degli Statuti di Corte e Commissione.

¹⁵⁹ Si veda l'art.33 del *Pacto de San José*.

¹⁶⁰ Si veda l'art.18 dello statuto della Commissione.

di diritti umani; relazionare annualmente sulla propria attività dinanzi all'Assemblea Generale dell'OAS; effettuare delle osservazioni *in loco*, su invito, o almeno non contro la volontà, dello Stato interessato. Per gli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione, l'art. 19 dello statuto della CIDH prevede che, oltre alle funzioni elencate in precedenza, la Commissione eserciterà tutte le funzioni che gli sono state conferite dalla Convenzione. Si occuperà così di inoltrare le comunicazioni e le petizioni dirette alla Corte IDH, di fronte alla quale comparirà in tutti i casi previsti dal Pacto de San José; solleciterà alla Corte l'adozione di misure provvisorie di tutela in casi di particolare gravità che ancora non siano stati sottoposti all'analisi della Corte; sottoporrà all'assemblea le sue eventuali proposte di modifica della Convenzione o di adozione di protocolli addizionali.

Dalla duplicità di funzioni esercitate dalla Commissione – a seconda che lo Stato abbia o meno ratificato la Convenzione – deriva la dualità della sua natura giuridica in quanto, con riferimento a tutti gli Stati membri della OAS, rappresenta l'organo di controllo politico che adotta come metro di giudizio la DADDH, mentre nel caso degli Stati parte del Pacto de San José la Commissione svolge un ruolo più propriamente giurisdizionale potendo tra le altre cose decidere – come vedremo nel paragrafo successivo relativo agli aspetti procedurali del sistema interamericano – quali casi sottoporre all'attenzione della Corte, non potendosi quindi negare come svolga “il ruolo di una vera giurisdizione”¹⁶¹. Sulla natura giuridica della Commissione ha avuto modo di pronunciarsi anche la Corte IDH, nei primi casi oggetto della sua attenzione, affermando che la CIDH “no es un órgano judicial”¹⁶² anche se è innegabile che tale organo svolga “en el proceso una clara función auxiliar de la justicia, a manera de ministerio público del Sistema Interamericano”¹⁶³; in un pronunciamento successivo la Corte ha ancora ribadito la sua natura di “único órgano jurisdiccional de la materia”¹⁶⁴. Non bisogna, infine, dimenticare il fatto che la Commissione, nello svolgimento di alcune delle sue funzioni, assuma la chiara

¹⁶¹ Si veda Oteiza E., *La protección procesal de los derechos humanos*, in *La ley*, Buenos Aires, 1989, p.1201.

¹⁶² Si veda il paragrafo 24 della decisione del 13 novembre 1981 della Corte nel caso *Viviana Gallardo*.

¹⁶³ *Idem*, paragrafo 22.

¹⁶⁴ Si veda il paragrafo 29 della *Sentencia sobre Excepciones Preliminares* del caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* del 26 giugno 1987.

connotazione di organo consultivo ed inoltre “tiene igualmente (...) una función conciliatoria, pues le corresponde procurar soluciones amistosas así como formular recomendaciones pertinentes para remediar la situación examinada”¹⁶⁵.

La Commissione, come già accennato in precedenza, si compone di sette membri¹⁶⁶, eletti dall’Assemblea Generale dell’OAS per un mandato di quattro anni rinnovabile una sola volta¹⁶⁷, che devono essere delle persone di alta autorità morale e devono, naturalmente, possedere una particolare competenza in materia di diritti umani¹⁶⁸. La scelta dei commissari avviene all’interno di una lista di candidati proposti dai governi degli Stati membri, che hanno la possibilità di inserire nel suddetto elenco una terna di nomi di cui almeno uno di nazionalità diversa rispetto allo Stato proponente¹⁶⁹. Inoltre vige la regola che nella Commissione non possono esserci due persone aventi la stessa nazionalità¹⁷⁰ e che il mandato di tre dei membri eletti nella prima elezione, prescelti a sorteggio dall’Assemblea Generale dell’OAS, terminerà dopo solo due anni¹⁷¹. Come è naturale che sia i membri della Commissione rappresenteranno tutti gli Stati membri dell’OAS¹⁷², e non il proprio Paese, in quanto sono eletti a titolo personale¹⁷³.

A causa del delicato ruolo che i commissari sono chiamati a svolgere, si prevede non solo che il ruolo di membro della CIDH sia incompatibile con qualsiasi attività che possa inficiare la sua imparzialità o indipendenza o ledere il prestigio della Commissione, ma anche che il commissario debba astenersi – per un periodo di due anni dalla cessazione dell’incarico – dal rappresentare, sia le vittime che gli Stati, nei giudizi di fronte alla Corte¹⁷⁴.

Il regolamento della Commissione prevede la costituzione di un ufficio di presidenza composto da un Presidente, un primo vicepresidente ed un secondo

¹⁶⁵ Si veda il paragrafo 22 della decisione del 13 novembre 1981 della Corte nel caso *Viviana Gallardo*.

¹⁶⁶ Si vedano l’art.1, III comma, del regolamento della Commissione e l’art.34 CADH.

¹⁶⁷ Si vedano l’art.2, I comma, del regolamento della Commissione e l’art.37 del *Pacto de San José*.

¹⁶⁸ Si veda l’art.34 del *Pacto de San José*.

¹⁶⁹ Si veda l’art.37, I comma, del *Pacto de San José*.

¹⁷⁰ Si veda l’art.37, II comma, del *Pacto de San José*.

¹⁷¹ Si veda l’art.37, I comma, del *Pacto de San José*.

¹⁷² Si veda l’art.35 del *Pacto de San José*.

¹⁷³ Si veda l’art.36 del *Pacto de San José*.

¹⁷⁴ Si veda l’art.4 del regolamento della Commissione.

vicepresidente¹⁷⁵ – a cui potranno essere delegate alcune delle competenze del Presidente¹⁷⁶ – che sono eletti a scrutinio segreto a maggioranza assoluta dei membri della Commissione¹⁷⁷. L'ufficio di presidenza viene eletto ogni anno il primo giorno del primo periodo di riunione della Commissione e rimane in carica per un anno. Il Presidente, a norma dell'articolo 10 del regolamento, rappresenta la Commissione sia all'interno che all'esterno della OAS; convoca e presiede i periodi di riunione; sottopone alla Commissione le questioni all'ordine del giorno e quelle che dovranno essere oggetto di votazione; sottopone alla Commissione, all'inizio di ogni periodo di riunione, una relazione scritta relativa alle attività svolte a norma del regolamento nel periodo che intercorre tra una riunione e l'altra; supervisiona il compimento delle decisioni adottate dalla Commissione; prende parte alle riunioni dell'Assemblea Generale dell'OAS ed a qualsiasi altra attività correlata alla promozione ed alla protezione dei diritti umani; costituisce commissioni speciali, commissioni *ad hoc* e subcommissioni con la finalità di compiere qualsiasi attività di sua competenza.

La Commissione si avvale, inoltre, del sostegno di una segreteria esecutiva composta da un Segretario Esecutivo, da almeno un Segretario Esecutivo aggiunto e dal personale tecnico ed amministrativo necessario allo svolgimento delle sue funzioni¹⁷⁸. La segreteria esecutiva prepara materialmente i progetti di rapporti, le risoluzioni e gli studi affidatele dal Presidente o dalla Commissione; riceverà, inoltre, le comunicazioni dirette alla Commissione e può richiedere alle parti interessate le informazioni che ritiene necessarie¹⁷⁹. Il Segretario Esecutivo – soggetto indipendente dotato di alta autorità morale e riconosciuta competenza in materia di diritti umani – viene nominato dal Segretario Generale dell'OAS, per un mandato di quattro anni rinnovabile una sola volta, dopo essere stato individuato attraverso un concorso pubblico realizzato dalla Commissione. Il Segretario Esecutivo ha il compito di dirigere coordinare e pianificare i lavori della segreteria esecutiva; preparerà, insieme al Presidente, il progetto di bilancio della Commissione nonché il programma dei lavori di ogni periodo di riunione della Commissione; sottopone alla

¹⁷⁵ Si veda l'art.6 del regolamento della Commissione.

¹⁷⁶ Si veda il II comma dell'art.10 del regolamento della Commissione.

¹⁷⁷ Si veda l'art.7 del regolamento della Commissione.

¹⁷⁸ Si veda l'art.11 del regolamento della Commissione.

¹⁷⁹ Si veda l'art.13 del regolamento della Commissione.

Commissione, all'inizio di ogni periodo di riunione, una relazione scritta vertente sui compiti svolti dalla segreteria esecutiva e su qualsiasi argomento che possa essere di interesse della Commissione¹⁸⁰.

Per quanto concerne, infine, l'organizzazione dei lavori, la CIDH svolge – di norma nella sua sede di Washington¹⁸¹ – almeno due periodi ordinari di riunione e tutti i periodi straordinari di riunione che consideri necessari allo svolgimento delle sue funzioni¹⁸². Il numero di membri necessari a che la riunione della Commissione raggiunga il proprio quorum costitutivo è pari alla metà più uno dei componenti¹⁸³, naturalmente è previsto che per poter deliberare in alcune materie di particolare rilevanza¹⁸⁴ è necessaria la maggioranza assoluta dei suoi membri, mentre di regola basta, perché una deliberazione sia validamente approvata, la sola maggioranza semplice. La Commissione è solita designare alcuni dei suoi membri come relatori responsabili di un determinato Paese – di norma ad ogni Stato membro corrisponde un relatore – inoltre è prevista la nomina di relatori – tra i membri della CIDH o al suo esterno, quali relatori speciali designati tramite un concorso pubblico – responsabili di alcune aree tematiche di particolare interesse¹⁸⁵. Non possono partecipare ai lavori della Commissione i membri di nazionalità dello Stato oggetto di valutazione. Una analoga limitazione è prevista in due casi ulteriori: quando il membro della Commissione stesse compiendo una missione diplomatica presso lo Stato di cui sta discutendo la CIDH ed inoltre nel caso in cui il commissario avesse partecipato, a qualsiasi titolo, a decisioni sugli stessi fatti oggetto di analisi¹⁸⁶. Si prevede, infine, la possibilità per i commissari di presentare in qualunque caso – sia

¹⁸⁰ Si veda l'art.12 del regolamento della Commissione.

¹⁸¹ I primi due commi dell'art.16 dello Statuto della Commissione prevedono, a tal proposito, che: "1.La Comisión tendrá su sede en Washington, D. C. 2.La Comisión podrá trasladarse y reunirse en el territorio de cualquier Estado americano cuando lo decida por mayoría absoluta de votos y con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo".

¹⁸² Si veda l'art.14 del regolamento della Commissione.

¹⁸³ Si veda l'art.16 del regolamento della Commissione.

¹⁸⁴ L'art.18, I comma, del regolamento della Commissione prevede che "La Comisión resolverá las siguientes cuestiones por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros: a) elección de los integrantes de la directiva de la Comisión; b) interpretación de la aplicación del presente Reglamento; c) adopción de informe sobre la situación de los derechos humanos en un determinado Estado; y d) cuando tal mayoría esté prevista en la Convención Americana, el Estatuto o el presente Reglamento".

¹⁸⁵ Si veda l'art.15 del regolamento della Commissione.

¹⁸⁶ Si veda l'art.17 del regolamento della Commissione.

che siano d'accordo con la decisione della maggioranza sia che non lo siano – il proprio *voto razonado*¹⁸⁷.

La *Corte Interamericana de Derechos Humanos* è l'organo principale su cui si basa il sistema interamericano di tutela dei diritti umani; si tratta di “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁸⁸. Proprio a causa di tale autonomia e, soprattutto, del fatto che l'art.53 della Carta dell'OAS non la ricomprenda tra gli organi dell'organizzazione, si è avanzato il dubbio se si dovesse farvi riferimento come un vero e proprio organo del sistema interamericano¹⁸⁹; ma la stessa Corte ha chiarito tale perplessità affermando che “la Corte está concebida como una institución judicial del sistema interamericano”¹⁹⁰.

La Corte IDH possiede una competenza contenziosa “para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido”¹⁹¹ – limitatamente agli Stati che hanno ratificato il Pacto de San José ed abbiano accettato “incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos”¹⁹² la competenza della Corte – e una competenza consultiva nei confronti di tutti i Paesi membri del sistema interamericano.

L'istituzione giurisdizionale interamericana – che fu costituita un anno dopo l'entrata in vigore della Convenzione il 3 settembre 1979 attraverso la firma dell'accordo di sede celebrato a San José de Costa Rica – è composta da sette giudici

¹⁸⁷ Si veda l'art.19 del regolamento della Commissione.

¹⁸⁸ Cfr. l'art.1 dello Statuto della Corte di San José.

¹⁸⁹ Si veda sul tema Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit.; e, inoltre, Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione...* cit.

¹⁹⁰ Cfr. il paragrafo 19 dell'*Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982 della Corte IDH, sollecitata dal Perù e relativa al significato dell'espressione, di cui all'art.64 del *Pacto de San José*, “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva del Corte. La Corte argomenta tale qualificazione della sua natura affermando, inoltre, “a este respecto, cabe destacar que es justamente en su función consultiva, que se pone de relieve el papel de este tribunal, no sólo dentro de la Convención, sino también dentro del sistema en su conjunto. Ese papel se manifiesta, *ratione materiae*, en la competencia que se reconoce a la Corte para interpretar por vía consultiva otros tratados internacionales diferentes de la Convención; y, además, *ratione personae*, en la facultad de consulta, que no se extiende solamente a la totalidad de los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, sino asimismo a todo Estado Miembro de ésta, aunque no sea parte de la Convención”.

¹⁹¹ Si veda l'art.62, III comma, della Convenzione.

¹⁹² Si veda l'art.62, II comma, della Convenzione.

della nazionalità di uno degli Stati membri dell'OAS, a prescindere dal fatto che il Paese di nazionalità del magistrato abbia o meno ratificato la Convenzione e tenendo in considerazione che non vi possono essere due giudici con la stessa nazionalità¹⁹³. I giudici vengono eletti a maggioranza assoluta nell'ambito dell'Assemblea Generale dell'OAS attraverso un'elezione a cui partecipano i soli Stati che hanno ratificato la CADH – anche quelli che non hanno accettato la competenza contenziosa della Corte – e la scelta avviene in una lista composta dai giudici proposti dagli stessi Stati, ognuno dei quali propone fino a tre candidati¹⁹⁴ “entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos”¹⁹⁵. La durata del mandato dei giudici è di sei anni, rinnovabile per una sola volta; alla fine del proprio mandato non sono sostituiti dai nuovi per quei casi che avevano già iniziato ad esaminare e si trovano nella fase di sentenza¹⁹⁶.

Oltre ai giudici titolari – che, naturalmente, esercitano la propria funzione con piena indipendenza dagli Stati in quanto sono “elegidos a título personal”¹⁹⁷ – vi è la possibilità di designare un cosiddetto giudice *ad hoc*. Si prevede¹⁹⁸ infatti – “en fiel aplicación del principio de la igualdad jurídica de los Estados”¹⁹⁹ – che, nell'ambito di un contenzioso le cui parti fossero gli Stati se uno dei giudici dovesse essere della nazionalità di uno degli Stati parte, l'altra parte possa nominare una persona che integri la Corte in qualità di giudice *ad hoc*, come contrappeso del fatto che “el juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte,

¹⁹³ Si veda l'art.52 del *Pacto de San José*.

¹⁹⁴ Si veda l'art.53 del *Pacto de San José*. Si tenga in considerazione che, analogamente a quanto avviene per il caso della Commissione, si prevede che “cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente”.

¹⁹⁵ Si veda il primo comma dell'art.52 del *Pacto de San José*.

¹⁹⁶ Si veda l'art.54 della Convenzione. Analogamente a quanto avviene per la Commissione, il primo comma dell'art.54 prevede che “el mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces”.

¹⁹⁷ Si veda il primo comma dell'art.52 del *Pacto de San José*.

¹⁹⁸ Si veda il secondo comma dell'art.55 della Convenzione. Il terzo comma dell'art.55 della CADH estende la possibilità di nomina ad entrambe le parti quando “entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes”.

conservará su derecho a conocer del mismo”²⁰⁰. In realtà la questione è più complessa in quanto la pratica della Corte fino al 2009 era quella di invitare, anche nei casi di petizioni individuali contro lo Stato di nazionalità di uno dei giudici, gli altri Stati a nominare un giudice *ad hoc* e permettere al primo di continuare ad analizzare il caso, nonostante sia il regolamento della Corte IDH allora vigente che, come abbiamo appena visto, la Convenzione limitassero tale ipotesi ai soli casi in cui le parti fossero gli Stati. Il dibattito sulla natura e sulla maggiore o minore ‘giustificabilità’ della figura del giudice *ad hoc* è stato molto ampio²⁰¹, fino a che la questione venne affrontata nel 2009 in una Opinione Consultiva della Corte. In tale sede la Corte chiarì in primo luogo che “el artículo 55.3 de la Convención, en el marco del texto del artículo 55 en su conjunto, del contexto en el cual se inscribe, del objeto y fin del tratado y de los trabajos preparatorios (...) rige, con carácter excepcional, únicamente en casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales y, consecuentemente, su aplicación no puede ser extendida a aquellas controversias originadas en peticiones individuales”²⁰²; e, inoltre, aggiunse che “la cuestión de la nacionalidad del juez es un factor que debe ser tomado en cuenta por el Tribunal para afianzar la percepción de la imparcialidad objetiva del juez. En este sentido coinciden ambas interpretaciones dadas al artículo 55.1 de la Convención, de las cuales es posible concluir, con igual validez, que el juez titular nacional del Estado demandado no debe participar en casos contenciosos originados en peticiones individuales”²⁰³. Tale interpretazione venne, naturalmente, accolta dalla riforma del regolamento della Corte del novembre 2009.

Un’ulteriore figura di giudice viene prevista dal terzo comma dell’art.6 dello statuto della Corte che – per evitare la mancanza del quorum strutturale nei casi di rinuncia, morte o incapacità di uno dei giudici titolari – prevede che “los Estados

¹⁹⁹ Cfr. Medina Quiroga C., Nash Rojas C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...* cit., p.26.

²⁰⁰ Si veda il primo comma dell’art.55 della Convenzione.

²⁰¹ Si vedano, tra le altre, le opinioni di Ledesma H., *La Independencia y Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y Desafíos*, in AA.VV., *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, e di Nieto Navia R., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994.

²⁰² Si veda il paragrafo 45 dell’*Opinión Consultiva* del 29 settembre 2009 della Corte IDH, sollecitata dall’Argentina e relativa all’interpretazione dell’articolo 55 della Convenzione.

partes en la Convención, en una sesión del Consejo Permanente de la OEA, a solicitud del Presidente de la Corte, nombrarán uno o más jueces interinos, que servirán hasta tanto no sean reemplazados por los elegidos”²⁰⁴.

Come è facile comprendere la funzione svolta dai magistrati del sistema interamericano rende estremamente importante, per la corretta funzionalità dell'intero meccanismo di tutela dei diritti umani, garantirne l'imparzialità e l'indipendenza in quanto, analogamente alle altre istanze giurisdizionali internazionali, “it is self-evident that no international tribunal could command any moral or legal authority unless the independence and impartiality of its members were first assured”²⁰⁵. Per garantire tale imprescindibile requisito dei giudici, la Convenzione stabilisce, in linea generale, l'incompatibilità con qualsiasi ruolo che possa mettere in dubbio la loro indipendenza ed imparzialità²⁰⁶; entrando più nello specifico l'art. 18 dello Statuto prevede una serie di incompatibilità con la carica di giudice²⁰⁷. A maggiore tutela di tale indipendenza ed imparzialità viene garantita ai giudici l'immunità diplomatica per tutta la durata del proprio mandato²⁰⁸. Inoltre lo statuto della Corte al suo art.19 prevede che un giudice non possa partecipare in uno specifico caso quando “ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad”²⁰⁹.

Dal punto di vista più strettamente organizzativo la Convenzione – e ancora più nello specifico lo statuto ed il regolamento della Corte – contiene una serie di precise previsioni relative all'organizzazione dei lavori della Corte.

²⁰³ *Idem*, paragrafo 84.

²⁰⁴ Si veda il terzo comma dell'art.6 dello statuto della Corte.

²⁰⁵ Cfr. Cohn Haim H., *International Fact-Finding Processes and The Rule of Law*, in *The Review of International Commission of Jurists*, n.18, 1977, p.43.

²⁰⁶ Si veda l'art.71 del *Pacto de San José*.

²⁰⁷ Si prevede infatti che: “Es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericano de Derechos Humanos con el de los cargos y actividades siguientes: a. los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros; b. Los de funcionarios de organismos internacionales; c. Cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo”.

²⁰⁸ Si veda il primo comma dell'art.70 della Convenzione.

²⁰⁹ Si veda il primo comma dell'art.19 dello statuto della Corte.

L'Assemblea Generale della OAS ha stabilito – a norma dell'articolo 58, I comma, del *Pacto de San José* – che la sede della Corte fosse a San José di Costa Rica, non essendo naturalmente preclusa la possibilità di “celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo”²¹⁰.

Perché le Corte possa deliberare è necessario il raggiungimento di un *quorum* strutturale di cinque giudici che viene ‘imposto’ dall'art.56 della Convenzione. Sembra possibile poter conteggiare – per il raggiungimento di tale *quorum* – i giudici *ad hoc*²¹¹. Per quanto riguarda le decisioni della Corte sono sottoposte, punto per punto, al voto di ogni giudice che dovrà esprimersi positivamente o negativamente, non essendo prevista la possibilità di astenersi. Le decisioni sono comunque prese a maggioranza semplice e, in caso di pareggio, prevarrà il voto del Presidente²¹².

La Corte IDH, analogamente a quanto avviene per la Commissione, esercita le sue funzioni in sessioni ordinarie e straordinarie di riunione²¹³. Si svolgono tutti i periodi ordinari di riunione necessari al completo svolgimento delle funzioni della Corte e la loro data viene stabilita nella riunione immediatamente precedente, restando ferma la possibilità per il Presidente, dopo aver consultato gli altri giudici, di modificarla qualora si verificassero circostanze eccezionali che lo richiedano²¹⁴. Le sessioni straordinarie sono invece convocate dal Presidente di propria iniziativa o su richiesta della maggioranza dei giudici²¹⁵.

Le udienze della Corte sono pubbliche salvo che venga deciso il contrario per rispondere ad esigenze particolari²¹⁶. Le deliberazioni sono, invece, private e vi partecipano solo i giudici ed, eventualmente, alcuni dei membri della segreteria della Corte; quest'ultima può decidere in via eccezionale di ammettere la presenza alle proprie deliberazioni di altri soggetti, previo giuramento o dichiarazione solenne²¹⁷.

²¹⁰ Si veda l'art.58, I comma, della Convenzione e l'art.13 del regolamento della Corte.

²¹¹ Si veda Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit.

²¹² Si vedano l'art.16 del regolamento della Corte e l'art.23 dello statuto della Corte IDH.

²¹³ Si veda l'art.22 dello statuto della Corte.

²¹⁴ Si veda l'art.11 del regolamento della Corte IDH.

²¹⁵ Si veda l'art.12 del regolamento della Corte IDH.

²¹⁶ Si vedano l'art.24 dello statuto della Corte e l'art.15 del regolamento della Corte.

²¹⁷ *Ibidem*.

Le decisioni – così come i giudizi e le opinioni della Corte – sono comunicate in udienze pubbliche e notificate per iscritto alle parti²¹⁸.

La Corte, così come la Commissione, elegge – a norma dell'art.12 dello statuto e dell'art.3 del suo regolamento – per un periodo di due anni un Presidente, ed inoltre un Vicepresidente per i casi di assenza temporanea o definitiva del Presidente, prevedendosi in quest'ultimo caso la sostituzione fino al termine del mandato da parte del Vicepresidente e l'elezione di un altro Vicepresidente²¹⁹. Sono compiti della Presidenza – secondo quanto previsto dall'art.4 del regolamento – rappresentare la Corte, presiederne e dirigerne le riunioni, decidere l'ordine del giorno, preparare una relazione semestrale sulle sua attività. Il Presidente è assistito da una *comisión permante* – di cui fanno parte, oltre al Presidente, il Vicepresidente e i giudici nominati a tal fine dal Presidente – ed inoltre possono essere costituite altre commissioni su tematiche specifiche²²⁰.

La CADH prevede che la Corte nominerà un proprio Segretario²²¹ sotto la cui direzione lavora una segreteria i cui membri sono nominati dal Segretario Generale dell'OAS, consultando previamente il Segretario della Corte²²². Il regolamento della Corte, analogamente al suo statuto, prevede – oltre ai requisiti che deve possedere il Segretario²²³ ed alla durata del suo mandato²²⁴ – la nomina di un Segretario Aggiunto che sarà eletto su proposta del Segretario della Corte, lo assisterà e lo sostituirà nei

²¹⁸ Si veda il III comma dell'art.24 dello statuto della Corte.

²¹⁹ Si veda l'art.5 del regolamento della Corte IDH.

²²⁰ Si veda l'art.6 del regolamento della Corte IDH.

²²¹ Si veda il II comma dell'art.58 CADH. A norma dell'art.10 del regolamento della Corte: “Son atribuciones del Secretario: a. notificar las sentencias, opiniones consultivas, resoluciones y demás decisiones de la Corte; b. llevar las actas de las sesiones de la Corte; c. asistir a las reuniones que celebre la Corte dentro o fuera de su sede; d. tramitar la correspondencia de la Corte; e. certificar la autenticidad de documentos; f. dirigir la administración de la Corte, de acuerdo con las instrucciones de la Presidencia; g. preparar los proyectos de programas de trabajo, reglamentos y presupuestos de la Corte; h. planificar, dirigir y coordinar el trabajo del personal de la Corte; i. ejecutar las tareas que le sean encomendadas por la Corte o por la Presidencia; j. las demás establecidas en el Estatuto o en este Reglamento”.

²²² Si veda l'art.59 della Convenzione.

²²³ Il primo comma dell'art.7 del regolamento della Corte prevede che “la Corte elegirá su Secretario. El Secretario deberá poseer los conocimientos jurídicos requeridos para el cargo, conocer los idiomas de trabajo de la Corte y tener la experiencia necesaria para el desempeño de sus funciones”.

²²⁴ Il secondo comma dell'art.7 del regolamento della Corte prevede che “el Secretario será elegido por un período de cinco años y podrá ser reelecto. Podrá ser removido en cualquier momento si así lo decidiese la Corte. Para elegir y remover al Secretario se requiere una mayoría, no menor de cuatro Jueces, en votación secreta, observando el quórum de la Corte”.

casi di assenza; inoltre quando dovessero essere assenti sia il Segretario che il Segretario aggiunto, la Corte provvederà alla nomina di un Segretario interino²²⁵.

3. Gli aspetti procedurali del sistema interamericano di protezione dei diritti umani con particolare attenzione al potere vincolante delle decisioni ed alla disciplina dei rimedi

Il *Pacto de San José* impone agli Stati membri – come è naturale che sia – l’obbligo di “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”²²⁶ e, inoltre, non solo adotta tutte quelle misure che siano necessarie a garantire al soggetto il godimento dei diritti e delle libertà convenzionali, ma obbliga lo Stato responsabile a rimediare alle “consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”²²⁷.

Tali previsioni, che cercano di garantire un adeguato *enforcement* dei diritti convenzionali, sono in piena consonanza con le finalità di tutela del *Pacto de San José* in quanto sarebbe privo di qualsiasi utilità pratica un sistema di garanzia dei diritti umani che si limitasse solo a constatarne la violazione, lasciando prive di effetti le decisioni adottate.

Prima di affrontare con maggiore dovizia di particolari il tema del potere vincolanti delle decisioni della Corte IDH e dell’ampio spettro di *reparaciones* che possono essere imposte allo Stato condannato come responsabile della violazione delle disposizioni convenzionali, mi sembra necessario descrivere gli aspetti procedurali del sistema interamericano sia con riferimento alla giurisdizione contenziosa, sia con riferimento alla competenza consultiva della Corte IDH²²⁸. È

²²⁵ Si veda l’art.8 del regolamento della Corte.

²²⁶ Si veda il primo comma dell’art.68 della CADH.

²²⁷ Si veda l’art.63, I comma, CADH.

²²⁸ Sugli aspetti procedurali del sistema interamericano si vedano tra gli altri: Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit.; Medina Quiroga C., Nash Rojas C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...* cit.; Pasqualucci J., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione...* cit.; Salgado Pesantes H., *Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos. Control de*

opportuno sottolineare come in tale ambito, in ossequio alla già citata dottrina dell'effetto utile²²⁹, nell'applicazione delle regole procedurali la Corte gode – a differenza di quanto avviene nel caso delle procedure interne e pur mantenendosi nell'ambito di un procedimento abbastanza delineato – di un certo margine di discrezionalità, evitando perciò di rimanere 'incastrata' in strette procedurali che potrebbero compromettere l'efficace tutela dei diritti convenzionali.

L'accesso al sistema interamericano di tutela dei diritti umani avviene per il tramite della Commissione, ovvero non è prevista, come già sottolineato in precedenza, la possibilità di un ricorso diretto degli individui alla Corte di San José. Questi ultimi singoli o associati²³⁰ – così come le organizzazioni non governative e, naturalmente, gli Stati membri²³¹ – possono presentare, a proprio nome o in nome di terze persone, delle denunce allegando la violazione di uno dei diritti riconosciuti in uno degli strumenti convenzionali che costituiscono il sistema interamericano, avviando così i meccanismi di tutela sovranazionale. Si consideri inoltre che a livello procedurale risulta essere in gran parte irrilevante il fatto che lo Stato membro abbia ratificato o meno il *Pacto de San José*, poiché “la Comisión ha sometido esencialmente (aunque no enteramente) al mismo procedimiento tanto las violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención como aquellos reconocidos por la Declaración”²³².

constitucionalidad vs. control de convencionalidad, in von Bogdandy A., Ferrer Mac-Gregor E., Morales Antonazzi A., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionales commune en América Latina?*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010; Tanzarella P., *Il sistema interamericano di...* cit.

²²⁹ Si veda la nota n.54.

²³⁰ L'art.44 del *Pacto de San José* prevede che: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

²³¹ Prevede così il primo comma dell'art.45 del *Pacto de San José*. Lo Stato membro può effettuare – secondo quanto dispone il secondo comma dello stesso articolo – tale denuncia in condizione di reciprocità, ovvero solo se egli stesso ha dichiarato, a norma del primo comma dell'art.45, di accettare la competenza della Commissione a esaminare le comunicazioni in cui uno Stato afferma che un altro Stato ha violato gli obblighi convenzionali. Si tenga inoltre in considerazione che, secondo quanto previsto dall'art.24 del regolamento della Commissione: “La Comisión podrá, *motu proprio*, iniciar la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin”.

²³² Cfr. Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit., p.241.

Ricevuta la comunicazione la Commissione, in via preliminare, valuterà la propria competenza *ratione personae*, con riferimento sia al denunciato che al denunciante; *ratione materiae*; *ratione loci* e *ratione temporis*. Si è già fatto riferimento ai quali soggetti possono accedere al sistema interamericano di tutela e contro quali altri soggetti possono rivolgere le proprie denunce, per quanto concerne invece la presunta vittima della violazione denunciata deve trattarsi di una persona fisica, essendo esclusa la protezione delle persone giuridiche, ed inoltre non deve per forza esserci identità con il soggetto che ha presentato la petizione. Per quanto riguarda la competenza della Commissione con riferimento agli altri aspetti, la denuncia – che deve naturalmente riferirsi a fatti avvenuti con posteriorità all’entrata in vigore nel Paese interessato dello strumento convenzionale su cui si basa – può avere fondamento su qualsiasi diritto previsto negli strumenti interamericani²³³ di tutela dei diritti umani, sempre che siano stati ratificati dallo Stato denunciato.

Una volta valutata la propria competenza ad esaminare il caso, la Commissione vaglierà se la petizione, sia essa statale o individuale, riunisca i requisiti di ammissibilità previsti nell’art. 46²³⁴ e 47²³⁵ del *Pacto de San José*, nonché nell’art.28

²³³ Il primo comma dell’art. 23 del regolamento della Commissione prevede che la petizione possa denunciare “(...) la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belém do Pará, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento”.

²³⁴ A norma dell’art.46 della Convenzione: “1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición. 2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

²³⁵ Secondo tale disposizione: “La Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando: a) falte alguno de los requisitos indicados en

del regolamento della CIDH²³⁶. La Commissione – che fino al 1996 esaminava l'ammissibilità della petizione congiuntamente al fondo della questione – adotterà, prima di analizzare il merito della questione²³⁷, un *informe* pubblico di ammissibilità o inammissibilità²³⁸ e, soli in casi eccezionali, potrà aprire il caso e differire l'analisi sull'ammissibilità della petizione congiuntamente alla fase di merito²³⁹.

In queste prime fasi la Commissione opererà tramite la sua segreteria esecutiva che si occuperà di gestire tale parte iniziale dell'*iter* procedimentale²⁴⁰, potendo sollecitare alle parti il completamento della petizione con le informazioni eventualmente mancanti ed occuparsi dell'eventuale accorpamento di petizioni differenti, qualora le petizioni si occupino di fatti analoghi o coinvolgano gli stessi soggetti. A norma dell'art.30 del regolamento della CIDH, già prima del pronunciamento sull'ammissibilità della petizione, la Commissione, sempre tramite

el artículo 46; b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención; c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional”.

²³⁶ L'art.28 del regolamento prevede che: “Las peticiones dirigidas a la Comisión deberán contener la siguiente información:1. El nombre de la persona o personas denunciante o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, su representante o representantes legales y el Estado miembro en el que esté legalmente reconocida; 2. Si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado, y las razones respectivas; 3. La dirección de correo electrónico para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección postal; 4. Una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas; 5. De ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada; 6. La indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica al/os artículo(s) presuntamente violado(s); 7. El cumplimiento con el plazo previsto en el artículo 32 del presente Reglamento; 8. Las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del presente Reglamento; y 9. La indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al artículo 33 del presente Reglamento”.

²³⁷ La questione è stata esaminata dalla Corte IDH – nell'*Opinión Consultiva* del 16 luglio 1993 sollecitata da Argentina ed Uruguay e relativa a *ciertas atribuciones de la Comisión* – che ha affermato la necessità del pronunciamento previo sull'ammissibilità della petizione in quanto: “la admisibilidad de una petición o comunicación es un presupuesto indispensable para el conocimiento del fondo de un asunto. La declaración de inadmisibilidad de una petición o comunicación impedirá, en consecuencia, llegar a un pronunciamiento sobre él. En el sistema previsto por la Convención para las comunicaciones individuales, a partir del momento en que la Comisión declara inadmisibile el asunto, ésta carece de competencia para resolverlo”.

²³⁸ Si veda il primo comma dell'art.36 del regolamento della CIDH.

²³⁹ Si veda l'art.36, III comma, del regolamento della CIDH.

²⁴⁰ Si veda l'art.29 del regolamento della CIDH.

la sua segreteria esecutiva, si occuperà della trasmissione di parte della petizione allo Stato denunciato che dovrà fornire la propria risposta entro tre mesi.

Una volta che la petizione è stata dichiarata ammissibile essa “será registrada como caso y se iniciará el procedimiento sobre el fondo”²⁴¹. A partire da tale momento la Commissione fisserà, a norma del I comma dell’art.37 del regolamento della CIDH, un termine di quattro mesi entro il quale i ricorrenti potranno presentare le proprie osservazioni addizionali sul merito della questione; tali osservazioni saranno trasmesse allo Stato denunciato perché si pronunci nei successivi quattro mesi. Qualora lo ritenga necessario, la Commissione potrà non solo convocare le parti in udienza²⁴², ma effettuare delle ispezioni *in loco*²⁴³. Per quanto riguarda la proposizione di elementi probatori alla Commissione, non essendo prevista una fase specifica distinta da quella contraddittoria, sarà quest’ultima a stabilire il momento opportuno per presentare le prove che si ritengono necessarie. Si prevede inoltre una presunzione di veridicità per cui “se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos (...) siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria”²⁴⁴.

Prima di esaminare le modalità attraverso cui la Commissione giunge alla decisione sul merito della questione – tenendo in considerazione che il petizionario può desistere in qualsiasi momento dalla sua richiesta²⁴⁵ ed inoltre la CIDH potrà decidere di archiviare il caso²⁴⁶ – mi sembra necessario affrontare, seppur brevemente, l’analisi delle previsioni relative alla soluzione amichevole – prevista nell’art.48, I comma, lettera *f*) della Convenzione e sviluppata dall’art.40 del regolamento della CIDH – e di quelle relative all’adozione, nei casi previsti, di misure di tutela atte ad evitare danni irreparabili ai soggetti coinvolti nelle eventuali

²⁴¹ Si veda l’art.36, II comma, del regolamento della CIDH.

²⁴² Si veda l’art.36, V comma, del regolamento della CIDH.

²⁴³ Si veda l’art.39, I comma, del regolamento della CIDH.

²⁴⁴ Si veda l’art.38 del regolamento della CIDH.

²⁴⁵ Si tenga in considerazione che in tal caso la Commissione, quale organo di protezione dei diritti umani, potrà in ogni caso decidere, a norma dell’art.41 del regolamento della CIDH, di “proseguir el trámite en interés de proteger un derecho determinado”.

²⁴⁶ Si veda l’art.42 del regolamento della Commissione.

violazioni, come le misure cautelari²⁴⁷ o come l'adozione da parte della Corte IDH, sempre su richiesta della Commissione, delle cosiddette *medidas provisionales*²⁴⁸.

Per quanto concerne il procedimento di conciliazione – il cui momento processuale opportuno sembra essere quando risultino chiari i fatti e le posizioni delle parti – lo scopo è quello di giungere alla soddisfazione delle richieste del denunciante – nell'ambito, naturalmente, di un quadro di tutela e di rispetto dei diritti umani – senza arrivare al pronunciamento sul merito della denuncia da parte della Commissione o, eventualmente, della Corte. Si tratta di una tappa eventuale del procedimento dinanzi alla CIDH, nel senso che, iniziando e continuando sulla base del consenso delle parti, la Commissione – qualora ritenga che manchi la volontà reciproca delle parti di giungere ad una soluzione amichevole della controversia o che il caso non sia risolvibile in via di conciliazione – potrà ritenere concluso il suo intervento di mediazione e continuare con l'esame della questione. Nel caso in cui tale procedimento giunga a buon fine la CIDH approverà un *informe* in cui sarà descritta la soluzione raggiunta, dopo aver verificato previamente che la presunta vittima o i suoi eredi acconsentano alla soluzione amichevole del caso. Come è naturale l'accordo raggiunto ha carattere obbligatorio e il suo compimento sarà supervisionato dalla CIDH.

Le misure cautelari vengono adottate dalla Commissione, su iniziativa di parte o *motu proprio*, quando si verifica una situazione – che non deve essere per forza connessa ad una petizione o ad un caso sotto esame – caratterizzata da gravità²⁴⁹ ed urgenza²⁵⁰, che possa comportare il rischio di danni irreparabili²⁵¹ alle persone o all'oggetto di una petizione o di un caso in esame dinanzi agli organi del sistema interamericano. Il fatto che le misure cautelari non richiedano l'esistenza di un caso pendente dinanzi alla Commissione, fa sì che possano essere richieste, a protezione

²⁴⁷ Si veda l'art.25 del regolamento della Commissione.

²⁴⁸ Si veda l'art.76 del regolamento della Commissione.

²⁴⁹ A norma del II comma dell'art.25 del regolamento “la gravedad de la situación, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano”.

²⁵⁰ A norma del II comma dell'art.25 del regolamento “la urgencia de la situación se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar”.

di persone o gruppi determinati e determinabili, in qualsiasi momento in cui si manifesta la situazione che può causare il danno irreparabile. La Commissione – “salvo cuando la inmediatez del daño potencial no admita demora”²⁵² – prima di decidere sull’emanazione della risoluzione motivata contenente le misure cautelari, solleciterà allo Stato le informazioni necessarie; inoltre le misure adottate saranno oggetto di monitoraggio periodico con la finalità di valutarne il mantenimento, la modificazione o l’eventuale cessazione. Il regolamento della CIDH non prevede quale tipologia di misure possono essere adottate, naturalmente per la loro natura intrinseca si tratta di misure limitate temporalmente – potendo durare al massimo fino al momento in cui la Commissione assuma una decisione definitiva sul caso – e, inoltre, come è normale che sia, esse non pregiudicano in alcun modo la decisione sul merito della questione.

La CIDH potrà, qualora le misure cautelari si dimostrino per qualche motivo inefficaci²⁵³, richiedere alla Corte di adottare le misure provvisorie necessarie che, analogamente alle prime, hanno lo scopo di “evitare gli effetti deleteri cui può portare un ritardo nella pronuncia definitiva, anticipando un risultato provvisorio, in modo da evitare che la sentenza definitiva perda la sua efficacia”²⁵⁴. La Corte – in forza del secondo comma dell’art.63 del *Pacto de San José*, nonché dell’art.27 del suo regolamento – potrà adottare in qualunque momento del procedimento con il fine di evitare danni irreparabili alle persone, su richiesta della Commissione, del ricorrente o *motu proprio*, le *medidas provisionales* che ritenga opportune per quei casi caratterizzati da estrema gravità ed urgenza. Le finalità di tale misure, come anche i requisiti che le giustificano, sono molto simili a quelle previste per le misure cautelari anche se alcune differenze vengono marcate dalla natura dell’organo che le adotta, nonché dal fatto che mentre le misure cautelari sono previste nel solo

²⁵¹ A norma del II comma dell’art.25 del regolamento el “daño irreparable significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización”.

²⁵² Si veda il V comma dell’art.25 del regolamento della Commissione.

²⁵³ Il secondo comma dell’art.76 del regolamento della Commissione esplicita i casi in cui la Commissione può richiedere alla Corte l’adozione di misure provvisorie: “(...) a. cuando el Estado concernido no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión; b. cuando las medidas cautelares no hayan sido eficaces; c. cuando exista una medida cautelar conectada a un caso sometido a la jurisdicción de la Corte; d. cuando la Comisión lo estime pertinente al mejor efecto de las medidas solicitadas, para lo cual fundamentará sus motivos”.

regolamento della Commissione, quelle provvisorie hanno un chiara base convenzionale e di conseguenza queste ultime – a differenza delle prime che possono essere adottate nei confronti di qualsiasi Stato membro dell'OAS – possono essere adottate solo per gli Stati che hanno ratificato la Convenzione ed accettato la competenza contenziosa della Corte. Infine mentre la Commissione potrà adottare misure cautelari ogniqualvolta lo ritenga necessario, la Corte di San José potrà farlo solo quando gli venga richiesto dalla Commissione o per un caso che sta esaminando.

La CIDH, dopo aver esaminato il merito della petizione, decide – con una deliberazione privata i cui elementi di dibattito saranno mantenuti confidenziali²⁵⁵ – in maniera differente a seconda che lo Stato denunciato abbia o meno ratificato la Convenzione.

Innanzitutto la Commissione – seguendo le previsioni di cui all'art.44 del suo regolamento – elaborerà, qualora ritenga che non ci siano stati delle violazioni dei diritti umani, un *informe* che sarà trasmesso alle parti e pubblicato nell'*Informe Anual* della Commissione all'Assemblea Generale dell'OAS.

Nel caso in cui saranno invece riscontrate delle violazioni ai diritti umani relativamente a quei Paesi non soggetti alle obbligazioni convenzionali – si ricordi che in tal caso il riferimento normativo è dato dalla DADDH – si preparerà un rapporto preliminare contenente le misure necessarie che sarà trasmesso allo Stato condannato e conterrà un limite temporale entro cui tali raccomandazioni della CIDH dovranno essere adottate. Qualora il Paese in questione non dovesse dare compimento alle raccomandazioni della Commissione, le conseguenze previste dal regolamento sono invero molto blande in quanto – se nei tre mesi successivi alla trasmissione del rapporto preliminare lo Stato non si sia conformato alle raccomandazioni ricevute – la Commissione emetterà un *informe* definitivo che, nel caso di un ulteriore inadempimento ed in seguito ad una decisione presa dalla CIDH a maggioranza assoluta, verrà pubblicato ed eventualmente incluso nell'*Informe*

²⁵⁴ Cfr. Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione...* cit., p.241.

²⁵⁵ Cfr. l'art.43, II comma, del regolamento della Commissione.

Anual della Commissione all'Assemblea Generale dell'OAS²⁵⁶, senza che a ciò sia connessa alcuna conseguenza pratica rilevante²⁵⁷.

Quando si riscontra una violazione della CADH – naturalmente mi sto riferendo agli Stati che l'hanno ratificata – la Commissione emetterà l'*informe* previsto nell'art.50 della Convenzione in cui esporrà i fatti oggetto della controversia, le conclusioni raggiunte e le raccomandazioni che la CIDH riterrà opportune, nonché le eventuali opinioni separate di ognuno dei commissari. Tale rapporto preliminare – a cui si riferisce l'art.44, II comma, del regolamento della Commissione prevedendo che si stabilisca un termine entro cui lo Stato debba adottare le misure raccomandate – sarà trasmesso agli Stati interessati e notificato al ricorrente, il quale avrà “la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte”²⁵⁸. Trascorsi tre mesi dalla trasmissione del rapporto preliminare senza che lo Stato si sia conformato alle raccomandazioni della Commissione, e qualora il caso non sia stato rimesso all'analisi della Corte, la CIDH emetterà un *informe* definitivo²⁵⁹ che conterrà le sue conclusioni finali e le raccomandazioni necessarie con il relativo termine. Nel caso in cui ancora una volta lo Stato si dimostri inadempiente, la Commissione deciderà a maggioranza assoluta sulla pubblicazione del rapporto definitivo e sul suo inserimento nell'*Informe Anual* della Commissione all'Assemblea Generale dell'OAS.

L'ultimo aspetto procedimentale di competenza della Commissione è quello relativo alla sottomissione del caso alla Corte, naturalmente con riferimento ai soli Stati che ne hanno accettato la competenza contenziosa a norma dell'art.62 della Convenzione. La Commissione, o eventualmente gli Stati membri, potranno sollevare il caso dinanzi alla Corte tenendo in considerazione l'esistenza di un termine minimo – a partire dal quale può essere sottomessa la questione all'esame della Corte, corrispondente allo scadere del termine di compimento delle

²⁵⁶ Si veda l'art.47 del regolamento della Commissione.

²⁵⁷ A tal proposito si tenga in considerazione che l'art.48 del regolamento della Commissione prevede che sia per il procedimento di conciliazione che per il rapporto definitivo “(...) la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones”.

²⁵⁸ Cfr. l'art.44, III comma, del regolamento della Commissione.

²⁵⁹ Tale rapporto definitivo è quello previsto nell'art.51 della Convenzione e nell'art.47 del regolamento della CIDH.

raccomandazioni previste nel rapporto preliminare²⁶⁰ – ed un termine massimo che è quello dei tre mesi previsto nel primo comma dell'art.51 della Convenzione, eventualmente prorogabile su richiesta dello Stato interessato qualora vengano soddisfatte le condizioni richieste dall'art.46 del regolamento della CIDH.

Il procedimento contenzioso dinanzi alla Corte IDH inizia con la sottomissione alla segreteria della Corte del caso da parte della Commissione, presentando l'informe di cui all'art.50 CADH²⁶¹, o di uno Stato membro, presentando uno scritto motivato contenente le informazioni di cui all'art.36 del regolamento della Corte IDH. Con la presentazione della domanda inizia la cosiddetta fase scritta del procedimento dinanzi alla Corte²⁶².

Il Segretario si occuperà di notificare la presentazione del caso al Presidente della Corte ed ai giudici, allo Stato denunciato, alla Commissione – se non è stata

²⁶⁰ L'art.45, I comma, del regolamento della CIDH prevede infatti che “si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión”.

²⁶¹ Si veda sul punto l'art.35 del regolamento della Corte.

²⁶² Sulle varie fasi del procedimento contenzioso la Corte IDH afferma nella sentenza del 26 novembre 2003, contenente l'interpretazione della *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del caso *Juan Humberto Sánchez versus Honduras*: “La Corte considera, según las normas antes transcritas, que existen tres momentos procesales o fases debidamente deslindados en las normas del procedimiento ante la Corte: a) la fase escrita, que está compuesta por los escritos de demanda y sus anexos presentados por la Comisión; la contestación de la demanda y sus anexos presentados por el Estado; y el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por los representantes de las víctimas. Igualmente por los escritos agregados por iniciativa del Tribunal o de las partes, cuando se han solicitado declaraciones juradas de testigos y peritos, ponderadas como prueba documental; b) la fase oral, por su parte, comprende la audiencia pública, en la cual los jueces, que comparezcan a la misma, escuchan a los testigos y peritos ofrecidos por las partes, así como los alegatos finales de las mismas; y c) la fase de deliberación y emisión de sentencia, cuando la Corte reunida analiza los argumentos de las partes y el material probatorio aportado por éstas en las diversas fases del procedimiento (etapas oral y escrita) con el objeto de emitir una sentencia”.

Si tenga, inoltre, in considerazione che la Corte, a norma dell'art.30 del suo regolamento, potrà, in qualsiasi momento, *ordenar la acumulación de casos conexos entre sí cuando haya identidad de partes, objeto y base normativa* e, inoltre, *ordenar que las diligencias escritas u orales de varios casos, comprendida la presentación de declarantes, se cumplan conjuntamente*. La Presidenza della Corte IDH potrà – *consultando previamente los Agentes, los Delegados, y las presuntas víctimas o sus representantes* – *ordenar que dos o más casos sean instruidos conjuntamente*. Potranno essere inoltre oggetto di accumulazione le *medidas provisionales* quando vi sia identità di oggetto o soggetto, nonché le supervisioni di compimento di più sentenze quando si riferiscono allo stesso Stato e le obbligazioni imposte sono strettamente collegate.

quest'ultima a presentare il caso – ed alla presunta vittima²⁶³. Il Presidente effettuerà un'analisi preliminare della domanda e, eventualmente riscontri la mancanza di qualcuno degli elementi fondamentali, solleciterà il loro inserimento nel termine di venti giorni²⁶⁴. Una volta che la domanda sarà stata notificata la presunta vittima avrà la possibilità di presentare, nei due mesi successivi, il proprio *escrito de solicitudes, argumentos y pruebas*²⁶⁵. Lo Stato accusato dovrà, dal canto suo, assumere una posizione sul caso sollevato dinanzi alla Corte e sulla memoria presentata dalla presunta vittima – respingendo o accettando i fatti contestati – nel termine di due mesi a partire da quando ha ricevuto tale ultimo documento²⁶⁶. Per quanto concerne la nomina dei rappresentanti delle parti la Commissione – così come lo Stato denunciante nel caso di sottomissione del caso alla Corte da parte di uno degli Stati membri²⁶⁷ – nominerà i propri rappresentanti²⁶⁸ e comunicherà quelli della presunta vittima nella domanda²⁶⁹; la presunta vittima, qualora non abbia già accreditato dei rappresentanti, potrà avvalersi della rappresentazione del *defensor interamericano*, nominato dalla Corte²⁷⁰.

L'operazione preliminare che dovrà effettuare la Corte è quella di verificare – d'ufficio e senza necessità che siano state sollevate delle eccezioni preliminari a riguardo – la propria competenza con riferimento alle parti della controversia (competenza *ratione personae*), all'oggetto della causa (competenza *ratione materiae*) e, infine, con riguardo al rispetto dei tempi procedurali previsti (competenza *ratione temporis*). Tale competenza viene spesso contestata dagli Stati

²⁶³ Si veda l'art.39 del regolamento della Corte in cui si prevede che la presentazione del caso sarà notificata: “a los otros Estados partes, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, y al Secretario General”.

²⁶⁴ Si veda l'art.38 del regolamento della Corte.

²⁶⁵ Si veda sul punto l'art.40 del regolamento della Corte.

²⁶⁶ Si veda sul punto l'art.41 del regolamento della Corte.

²⁶⁷ Si veda l'art.36, I comma, lettera *a*) del regolamento della Corte, nonché le regole stabilite nell'art.23 dello stesso regolamento.

²⁶⁸ Si veda l'art.35, I comma, lettera *a*) del regolamento della Corte, nonché le regole stabilite nell'art.24 dello stesso regolamento.

²⁶⁹ Si vedano l'art.36, I comma, lettera *b*) e l'art.35, I comma, lettera *b*) del regolamento della Corte.

²⁷⁰ Si veda l'art.37 del regolamento della Corte. Tale figura è stata introdotta con la riforma del regolamento della Corte, approvato durante il LXXXV *Período Ordinario de Sesiones* (16-28 novembre del 2009). Con l'introduzione della figura del *defensor interamericano* la Commissione – che col regolamento previgente assumeva la rappresentazione della presunta vittima nei casi in cui quest'ultima non avesse nominato un proprio rappresentante – riesce a mantenere una maggiore terzietà, agendo così come organo del sistema e non come parte della controversia.

accusati attraverso il proponimento di eccezioni preliminari²⁷¹ che possono essere sollevate nello scritto di risposta alla domanda, di cui all'art.41 del regolamento della Corte. La Corte deciderà – dopo aver ricevuto le osservazioni della Commissione, della vittima o dei suoi rappresentanti ed aver, eventualmente, convocato un'udienza speciale sulla questione – su tali eccezioni con una sentenza *ad hoc* o, eventualmente, congiuntamente alla sentenza di fondo. Anche in quest'ultimo caso le eccezioni preliminari devono essere affrontate, naturalmente, come questione previa all'esame della controversia, in quanto, se dovessero dimostrarsi fondate, la Corte non avrebbe competenza per pronunciarsi sul merito della questione.

La fase scritta del procedimento dinanzi alla Corte consiste di base nella presentazione della domanda, del *escrito de solicitudes, argumentos y pruebas* da parte della presunta vittima e, infine, dalla contestazione alla domanda da parte dello Stato accusato. Nonostante ciò le parti potranno sollecitare, a norma dell'art.43 del regolamento della Corte, la presentazione di altri documenti su cui l'altra parte avrà l'occasione di palesare il proprio punto di vista. Infine il regolamento della Corte prevede la possibilità di ricevere, fino ai quindici giorni successivi alla celebrazione della fase orale del procedimento, uno scritto da parte di un *amicus curiae*, ovvero un soggetto terzo rispetto alla controversia – un singolo o un'organizzazione non governativa – che interviene nel procedimento collaborando con la Corte nello studio e nella risoluzione del caso²⁷².

Terminata la fase scritta il Presidente “señalará la fecha de apertura del procedimiento oral y fijará las audiencias que fueren necesarias”²⁷³, inoltre la Corte chiederà alle parti la trasmissione della lista definitiva dei soggetti che saranno chiamati a dichiarare come testimoni o periti²⁷⁴. Si tenga in considerazione che l'individuazione di tali soggetti era già contenuta nella domanda e nella contestazione alla domanda, nonché nello scritto presentato dalla presunta vittima. La lista definitiva sarà trasmessa alla controparte che potrà eventualmente sollevare obiezioni

²⁷¹ Si veda l'art.42 del regolamento della Corte.

²⁷² Sulla figura dell'*amicus curiae* si veda Moyer C., *The Role of Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights*, disponibile in www.corteidh.or.cr.

²⁷³ Cfr. l'art.45 del regolamento della Corte.

²⁷⁴ Cfr. l'art.46 del regolamento della Corte.

ai testimoni²⁷⁵ o ricusare i periti²⁷⁶. Su tale ultimo aspetto deciderà la Corte nella risoluzione, *ex art.50* del suo regolamento, con cui definirà l'oggetto della dichiarazione di ognuno dei dichiaranti; inoltre richiederà – qualora dovesse essere necessario – la remissione delle dichiarazioni dinanzi ad un *fedatario público* e, infine, convocherà coloro i quali dovranno partecipare all'udienza.

L'udienza avverrà secondo le norme contenute negli articoli 51 e 52 del regolamento della Corte che prevede, inoltre, la redazione ad opera della segreteria della Corte di un verbale delle udienze e di una registrazione che sarà inserita nel dossier relativo al caso²⁷⁷.

Alla fine della fase orale le parti – ovvero lo Stato denunciato, la presunta vittima, l'eventuale Stato ricorrente e la Commissione – avranno l'opportunità, nel termine stabilito dalla presidenza, di presentare i propri *alegatos finales* per iscritto²⁷⁸.

Per quanto riguarda la valutazione dei fatti su cui si basa la controversia, la Corte si avvarrà²⁷⁹ non solo delle dichiarazioni effettuate da testimoni e periti nel corso della fase orale, ma anche delle prove ricevute durante l'intero corso del procedimento²⁸⁰, di quelle ottenute d'ufficio²⁸¹, nonché delle presunzioni²⁸². Anche

²⁷⁵ Cfr. l'art.47 del regolamento della Corte.

²⁷⁶ Cfr. l'art.48 del regolamento della Corte.

²⁷⁷ Cfr. l'art.55 del regolamento della Corte.

²⁷⁸ Cfr. l'art.56 del regolamento della Corte.

²⁷⁹ La Corte ha affermato reiteratamente che “además de la prueba directa, sea testimonial, pericial o documental, los tribunales internacionales – tanto como los internos – pueden fundar la sentencia en la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones sólidas sobre los hechos”(Cfr. il paragrafo 62 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 30 maggio 1999 del caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*). In maniera analoga la Corte si è espressa nella sentenza del 21 gennaio 1994 del caso *Gangaram Panday*; nella sentenza del 17 settembre 1997 nel caso *Loayza Tamayo*; nella sentenza del 3 novembre 1997 nel caso *Castillo Páez*; nella sentenza del 24 gennaio del 1998 nel caso *Blake*.

²⁸⁰ A tal proposito la Corte IDH afferma, nel paragrafo 98 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 31 agosto 2001 nel caso della *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*, che: “el acervo probatorio de un caso es único e inescindible y se integra con la prueba presentada durante todas las etapas del procedimiento...”. Le prove vengono di norma presentate nella domanda, nella contestazione alla domanda e nello *escrito de solicitudes, argumentos y pruebas* presentato dalla presunta vittima. A norma del II comma dell'art.57 del suo regolamento, si prevede “excepcionalmente y oído el parecer de todos los intervinientes en el proceso, la Corte podrá admitir una prueba si el que la ofrece justificar adecuadamente que por fuerza mayor o impedimento grave no presentó u ofreció dicha prueba en los momentos procesales establecidos en los artículos 35.1, 36.1, 40.2 y 41.1 de este Reglamento. La Corte podrá, además, admitir una prueba que se refiera a un hecho ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales”.

²⁸¹ Cfr. l'art.58 del regolamento della Corte.

²⁸² L'art.41, III comma, del regolamento della Corte prevede che: “La Corte podrá considerar aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas”.

nella valutazione delle prove, come del resto in tutto il procedimento dinanzi alla Corte di San José, vige “el principio del contradictorio, que respeta el derecho de defensa de las partes (...) El mismo se refiere a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba, con el fin de que prevalezca la igualdad entre las partes”²⁸³.

Un altro elemento da considerare – prima di analizzare la decisione della Corte IDH sul merito – è quello relativo al raggiungimento di un eventuale accordo tra le parti²⁸⁴; si tenga presente inoltre che, nello scritto di contestazione alla domanda, lo Stato accusato potrà manifestare l'accettazione dei fatti contestati e della corrispondente responsabilità internazionale²⁸⁵. A ciò si aggiunga che ognuna delle parti potrà decidere, a norma dell'art.61 del regolamento della Corte, di abbandonare la controversia. In tutti questi casi sarà comunque la Corte a decidere sulla procedibilità delle richieste e “teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso”²⁸⁶.

La sentenza della Corte conterrà – secondo quanto previsto dal primo comma dell'art.65 del suo regolamento – *el nombre de quien preside la Corte y de los demás Jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto; la identificación de los intervinientes en el proceso y sus representantes; una relación de los actos del procedimiento; la determinación de los hechos; las conclusiones de la Comisión, las víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante; los fundamentos de derecho; la decisión sobre el caso; el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas*, tenendo in considerazione che tale aspetto può essere deciso anche in un secondo momento con una sentenza specifica²⁸⁷; *el resultado de la votación; la indicación sobre cuál es la versión auténtica de la sentencia*. La decisione della Corte deve essere naturalmente

²⁸³ Cfr. il paragrafo 40 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 18 settembre 2003 nel caso *Bulacio versus Argentina*.

²⁸⁴ Cfr. l'art.63 del regolamento della Corte. Sul tema si veda Salgado Pesantes H., *La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

²⁸⁵ Cfr. l'art.62 del regolamento della Corte.

²⁸⁶ Cfr. l'art.64 del regolamento della Corte.

²⁸⁷ Cfr. l'art.66 del regolamento della Corte.

motivata²⁸⁸ ed ognuno dei giudici che hanno preso parte all'esame del caso, ha il diritto di aggiungere alla sentenza il suo *voto razonado*, sia dissidente che concorrente rispetto alla decisione della Corte IDH²⁸⁹.

Sull'efficacia delle sentenze e sull'ampio spettro delle riparazioni che la Corte può ordinare allo Stato condannato si parlerà più approfonditamente in seguito, per il momento si consideri che le sentenze sono definitive ed inappellabili²⁹⁰ essendo prevista inoltre, a norma dell'art.68 del regolamento della Corte, la possibilità di richiederne l'interpretazione²⁹¹.

La Corte di San José, oltre alla competenza contenziosa²⁹² appena descritta, assolve ad una funzione consultiva nei confronti di tutti gli Stati membri dell'OAS – che possono richiedere un'analisi della compatibilità della loro legislazione interna con gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani²⁹³ – della Commissione e,

²⁸⁸ Si veda l'art.66, I comma, del *Pacto de San José*.

²⁸⁹ Si vedano l'art.66, II comma, del *Pacto de San José*, e l'art.65, II comma, del regolamento della Corte.

²⁹⁰ Si veda l'art.67 del *Pacto de San José*.

²⁹¹ Si consideri che in linea teorica non è esclusa la possibilità, qualora appaiano fatti nuovi, che la Corte effettui la revisione della sentenza. Si veda sul punto Faúndez Ledesma H., *El Sistema Interamericano...* cit. che fa riferimento alla richiesta di revisione ed interpretazione della *Sentencia sobre Excepciones Preliminares* del 11 dicembre 1991 nel caso *Neira Alegría y otros*. In questo caso – sebbene il governo peruviano recedette dalla richiesta di revisione qualche minuto prima della relativa udienza – è interessante notare come la Commissione, dando il suo parere negativo sulla sua ammissibilità, abbia però sottolineato che “el recurso de revisión, por su naturaleza excepcional, es eminentemente restrictivo y se dirige siempre contra la estabilidad de los procedimientos y la autoridad de cosa juzgada. Por ello es que sólo tiene lugar cuando se da una modificación del estado de hecho (pruebas) o haber sido obtenida la sentencia por medio fraudulentos” (Cfr. il paragrafo 8, lettera e) della *resolución* della Corte IDH del 3 luglio 1992 vertente sulla richiesta di revisione ed interpretazione della *Sentencia sobre Excepciones Preliminares* del 11 dicembre 1991 nel caso *Neira Alegría y otros*).

²⁹² Sulla competenza contenziosa della Corte si vedano Dwyer A.S., *The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol.XIII, n.1, 1990; Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los...* cit.; Nikken P., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos...* cit.; Pacheco Gómez M., *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos...* cit.; Pasqualucci J., *The Practice and Procedure...* cit.; Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione...* cit.; Salvioli F., *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marco legal y desarrollo jurisprudencial*, in *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, Sergio Fabris, Brasilia, 2004; Tanzarella P., *Il sistema interamericano di...* cit.

²⁹³ Si veda l'art.64, II comma, del *Pacto de San José*.

limitatamente alla loro sfera di competenza, degli altri organi dell'Organizzazione degli Stati Americani²⁹⁴.

Per quanto riguarda l'ambito materiale su cui verte la competenza consultiva della Corte, il *Pacto de San José* prevede che i suddetti soggetti “podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”²⁹⁵, e, nel caso degli Stati membri come già accennato in precedenza, a riguardo della compatibilità dei suddetti strumenti con la loro legislazione interna. Da quanto fin qui detto si evince che la competenza consultiva della Corte ha un'ampissima portata potendosi estendere “sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano”²⁹⁶.

L'ambito materiale in cui sono ammesse tale opinioni è stato ulteriormente ampliato prevedendo che “la facultad que le atribuye el artículo 64 de la Convención, en el sentido de emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, incluye igualmente la competencia para emitir dichos dictámenes respecto de las reservas que puedan haberse formulado a esos instrumentos”²⁹⁷. Inoltre tale competenza si estende non solo a quei testi che non sono propriamente dei trattati, come nel caso della DADDH²⁹⁸, ma – per le opinioni consultive di cui all'art.64, II comma, CADH – la Corte aggiunge che “abstenerse (...) de atender la solicitud de un Gobierno porque se trate de proyectos de ley y no de

²⁹⁴ Si veda l'art.64, I comma, del *Pacto de San José*.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ Si veda quanto deciso all'unanimità dalla Corte IDH nella già citata *Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982 in cui viene chiarito l'ambito della sua competenza consultiva. Nel paragrafo 37 della stessa opinione consultiva la Corte sottolinea ancora una volta come: “el sentido corriente de los términos del artículo 64 no permite considerar que se haya buscado la exclusión de su ámbito a ciertos tratados internacionales, por el solo hecho de que Estados ajenos al sistema interamericano sean o puedan ser partes de los mismos. En efecto, la sola limitación que nace de esa disposición es que se trate de acuerdos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”.

²⁹⁷ Si veda il paragrafo 45 dell'*Opinión Consultiva* n.3 dell'8 settembre 1983.

²⁹⁸ Si veda l'*Opinión Consultiva* n.10 del 14 luglio 1989.

leyes formadas y en vigor, podría, en algunos casos, equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión. Este criterio no ayuda a dar efecto a la norma, es decir, no ayuda a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos”²⁹⁹.

Dal punto di vista procedurale si prevede che una volta ricevuta una richiesta di opinione consultiva – che a seconda dei casi deve contenere, oltre alla domanda specifica su cui si sollecita la risposta, una serie di informazioni richieste dagli articoli 70, 71 e 72 del regolamento della Corte IDH – il Segretario della Corte ne trasmetterà una copia agli Stati membri, alla Commissione, al Consiglio permanente e agli altri organi dell’OAS eventualmente interessati³⁰⁰, aprendo in tal modo la fase scritta del procedimento. In tale fase le parti interessate e qualsiasi persona autorizzata dal Presidente – e nel caso di opinioni consultive a norma dell’art.64, II comma, CADH dopo avere acquisito l’opinione del delegato statale – possono presentare le proprie osservazioni scritte. Alla fine della fase scritta la Corte deciderà se è il caso di realizzare un’ulteriore fase – questa volta orale – e fisserà l’udienza corrispondente³⁰¹. L’emissione dell’opinione consultiva da parte della Corte seguirà il procedimento previsto nell’art.75 del regolamento.

Nel corso del suo lavoro la Corte IDH ha avuto modo di chiarire alcuni ulteriori aspetti procedurali³⁰².

In primo luogo, nell’ambito della discussione sulla quindicesima opinione consultiva, la Corte di San José ha dichiarato la propria competenza a continuare l’esame della questione oggetto della richiesta di opinione consultiva, anche qualora tale richiesta sia stata ritirata dallo Stato proponente³⁰³.

²⁹⁹ Si veda il paragrafo 26 dell’*Opinión Consultiva* n.4 del 19 gennaio 1984.

³⁰⁰ Si veda l’art.73 del regolamento della Corte.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Si veda sul punto Salvioli F., *La competenza consultiva de la Corte Interamericana...* cit.

³⁰³ L’opinione in questione venne sollecitata dal Cile l’11 novembre del 1996 – a riguardo della natura degli *informes* di cui agli articoli 50 e 51 del *Pacto de San José* – per poi essere ritirata il 25 marzo dell’anno successivo. La Corte nei paragrafi 27 e 28 afferma chiaramente, citando il contenuto di una sua risoluzione anteriore, che: “aún en casos contenciosos sometidos ante la Corte en los cuales el Estado demandado puede ser objeto de decisiones vinculantes, la facultad discrecional de retener el conocimiento de un caso reside en la Corte, aún cuando la parte demandante le notifique su intención de desistir del mismo, pues el principio que guía al Tribunal es su responsabilidad de proteger los derechos humanos (cf. arts. 27.1, 52.1 y 54 del Reglamento). Por analogía, también tiene la facultad

In seconda battuta la Corte, nell'opinione consultiva n.7, afferma la facoltà di "precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean, con el fin de determinar con claridad lo que se le está preguntando"³⁰⁴.

Infine la Corte ha manifestato apertamente un *favor* verso l'emissione di opinione consultive, nel senso che la sua regola è quella di rispondere, salvo casi eccezionali, alle richieste di opinioni consultive che gli sono rivolte³⁰⁵. Nonostante tale reiterato principio vi sono dei casi – segnalati già a partire dalla prima opinione consultiva – in cui la Corte deve astenersi dal pronunciarsi. Secondo quanto affermato dallo stesso tribunale è necessario evitare di emettere opinioni consultive quando ciò comporta determinare la portata delle obbligazioni internazionali assunte in materia di diritti umani da uno Stato che non sia membro dell'OAS³⁰⁶. La Corte deve, inoltre, respingere una "solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos"³⁰⁷. A ciò si aggiunga che le richieste di opinioni devono avere un legame con una fattispecie concreta, ovvero non è possibile sollecitare un'opinione alla Corte che comporti "especulaciones

de continuar con el conocimiento de una opinión consultiva (art. 63.1 del Reglamento). En virtud de lo anterior, la Corte, en su resolución de 14 de abril de 1997, al referirse a las cuestiones planteadas por Chile en su petición de retiro de la solicitud de opinión consultiva, decidió que «*el Estado que solicita una opinión consultiva no es el único interesado en ella y, aun cuando puede desistir de la misma, su desistimiento no es vinculante para la Corte [... la cual] puede continuar la tramitación del asunto*», decisión ésta que «*no anticipa [] criterio sobre la admisibilidad de la presente solicitud, ni en su caso, sobre el fondo de la opinión consultiva*».

³⁰⁴ Cfr. il paragrafo 12 dell'*Opinión Consultiva* n.7 del 29 agosto 1986.

³⁰⁵ Nel già citato paragrafo 12 dell'*Opinión Consultiva* n.7 del 29 agosto 1986, la Corte chiarisce che: "(...) en general, cuando una solicitud de opinión consultiva contenga cuestiones cuyo análisis e interpretación sean de su competencia, ella está llamada a responderla, aun cuando la consulta contenga asuntos extraños a su jurisdicción, a menos que éstos sean enteramente inseparables de los primeros o que existan otras razones suficientes para fundamentar que se abstenga de emitir su opinión". Tale concetto ribadisce quanto già detto nel paragrafo 30 della già citata *Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982 in cui la Corte aveva affermato che: "para abstenerse de responder una consulta que le sea propuesta, la Corte ha de tener razones determinantes, derivadas de la circunstancia de que la petición exceda de los límites que la Convención establece para su competencia en ese ámbito. Por lo demás, toda decisión por la cual la Corte considere que no debe dar respuesta a una solicitud de opinión consultiva, debe ser motivada, según exige el artículo 66 de la Convención".

³⁰⁶ Cfr. l'*Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982, paragrafo 21.

³⁰⁷ *Idem*, paragrafo 29.

puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva”³⁰⁸.

Un ultimo aspetto di particolare importanza è quello relativo al valore giuridico delle opinioni consultive che, rientrando tra quegli strumenti tipici del diritto internazionale conosciuti come *advisory opinion*³⁰⁹, non hanno valore vincolante. Tale posizione è stata quella assunta anche dalla Corte nella sua, ormai a noi celebre, prima opinione consultiva in cui ha specificato come “las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”³¹⁰, anche se ciò non deve condurre a negare la particolare trascendenza di tale strumento in quanto “crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”³¹¹. Su quale sia la portata degli “efectos jurídicos innegables”³¹² della competenza consultiva della Corte il dibattito è aperto e diversi autori sono concordi nell’affermare che – pur senza negare la natura giuridica differente rispetto a quella delle sentenze – a livello pratico la loro vincolatività sia tutt’altro che trascurabile³¹³. Si è autorevolmente sostenuto che in tale materia “la Corte opera como una especie de tribunal constitucional, encargado de interpretar la Convención u otros tratados de derechos humanos y (...) de pronunciarse sobre la medida en que la legislación

³⁰⁸ Cfr. il paragrafo 16 dell’*Opinión Consultiva* n.9 del 6 ottobre 1987.

³⁰⁹ Si veda sul punto Tanzarella P., *Il sistema interamericano di...* cit., p.17, che cita l’ottimo saggio di Ruíz Miguel C., *La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?*, in *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, Vol.2, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

³¹⁰ Cfr. l’*Opinión Consultiva* del 24 settembre 1982, punto 51. Tale posizione della Corte di San José è stata ribadita nel paragrafo 32 dell’*Opinión Consultiva* n.3 dell’8 settembre 1983.

³¹¹ Cfr. il paragrafo 43 dell’*Opinión Consultiva* n.3 dell’8 settembre 1983. A ulteriore conferma di ciò la Corte ha affermato in una sua più recente opinione – la numero 15 del 14 novembre 1997 – che “aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”.

³¹² Cfr. il paragrafo 26 dell’*Opinión Consultiva* n.15 del 14 novembre 1997.

³¹³ Sul punto affermano Buergenthal T., Grossman C., Nikken P., *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas, 1990, p.112: “en la práctica las opiniones de la Corte pueden gozar de grande autoridad y llenar una importante función como medio de protección de los derechos humanos, en especial si se tiene en cuenta las dificultades con que ha tropezado el ejercicio de su jurisdicción contenciosa”.

nacional se ajuste a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos” e di conseguenza “las mal llamadas opiniones consultivas (...) no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular, no puede ser eludido por los Estados partes en la Convención”³¹⁴.

Come ho già affermato più volte in precedenza, un sistema di protezione dei diritti umani ha bisogno di efficaci meccanismi di *enforcement* per poter funzionare in maniera adeguata, in quanto sarebbe privo di qualsiasi utilità pratica limitarsi a dichiarare la violazione di un diritto convenzionale senza conmettervi un’adeguata sanzione e senza riuscire a garantire il rispetto della decisione adottata. Trattandosi di una sentenza di un organismo internazionale di cui gli Stati hanno accettato la competenza, non vi è bisogno di nessuna intermediazione dei tribunali nazionali per renderla esecutiva in quanto “los Estados condenados deben proceder de buena fe a la ejecución de estas sentencias como una verdadera obligación internacional derivada de sus compromisos bajo la Convención Americana”³¹⁵.

La CADH affronta tale problematica prevedendo, da un lato, che “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”³¹⁶, mentre, dall’altro, per quei casi in cui viene constatata una violazione convenzionale, il *Pacto de San José* non solo stabilisce che venga garantito al soggetto il godimento del diritto, ma anche che vengano eliminate, per quanto possibile, le conseguenze della violazione e si conceda una giusta indennizzazione³¹⁷. A ciò si aggiunga che lo Stato – in forza delle obbligazioni derivanti dall’art.2 della Convenzione³¹⁸ e secondo quanto affermato dalla Corte in una reiterata giurisprudenza³¹⁹ – deve garantire la non ripetizione della violazione

³¹⁴ Cfr. Faúndez Ledesma H., *El Sistema Interamericano...* cit., pp.991-992.

³¹⁵ Si veda Ayala Corrao C.M., *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Estudios Constitucionales*, n.1, 2007.

³¹⁶ Cfr. l’art.68, I comma, della CADH.

³¹⁷ Cfr. l’art.63, I comma, della CADH.

³¹⁸ Si veda sul punto Nikken P., *El artículo 2 de la Convención Americana sobre...* cit.

³¹⁹ Si veda, tra gli altri, il paragrafo 73 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 18 settembre 2003 nel caso *Bulacio versus Argentina*.

accertata, nonché impegnarsi sia nell'indagine sui fatti oggetto della violazione che nella condanna dei responsabili di tale violazione³²⁰.

Tornando, seppur brevemente, al tema dell'effetto obbligatorio delle sentenze della Corte³²¹, quest'ultima emana, come ben sappiamo, quattro tipologie di sentenze – *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, che spesso vengano raggruppate in una sola sentenza – che, come già detto, sono di obbligatorio compimento per le parti e producono degli effetti specifici non solo su di esse, ma anche sulla società nel suo complesso. Per quanto concerne tale ultimo aspetto – e tralasciando al momento gli effetti materiali sui singoli e sull'intera società correlate alle misure di riparazione – le sentenze stabiliscono interpretazioni autentiche della Convenzione che, come è naturale che sia, ne condizionano la successiva interpretazione. Ciò comporta che tutti i soggetti degli Stati membri che si dovessero trovare nella stessa condizione devono essere trattati analogamente non solo dagli organi interamericani di tutela dei diritti umani, ma soprattutto all'interno delle giurisdizioni nazionali. Naturalmente, come è intuitivo comprendere, gli effetti obbligatori delle sentenze della Corte – e i corrispondenti mezzi di esecuzione – sono differenti a seconda che ci si riferisca a sentenze a carattere dichiarativo, che normalmente non richiedono un'esecuzione specifica da parte dello Stato membro; sentenze a carattere costitutivo, che implicano un'azione specifica della Corte affinché estingua, modifichi o costituisca una situazione giuridica; e, infine, sentenze che comportano il pagamento di una somma di denaro che saranno compiute “en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”³²².

³²⁰ Tale duplice responsabilità statale – investigare i fatti oggetto della violazione e punire i responsabili della stessa – è stata più volte sottolineata nella giurisprudenza della Corte. Si vedano a mò di esempio le sentenze, sia quella di *fondo* del 29 luglio 1988 che di *reparaciones y costas* del 21 luglio 1989, del caso *Velásquez Rodríguez*.

³²¹ Si vedano, oltre alla bibliografia citata in precedenza che si occupa diffusamente del tema, più nello specifico: Ayala Corrao C.M., *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana...* cit.; Benavides L., *La “despolitización” del proceso de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, in Corzo Sosa E., Carmona Tinoco J.U., Saavedra Alessandri P., *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanc, 2013; Bicudo H., *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos...* cit.

³²² Cfr. l'art.68, II comma, CADH.

Al fine di garantire l'effetto obbligatorio delle proprie sentenze – quale mezzo principale per la garanzia dell'effetto utile delle previsioni convenzionali – la Corte ha affermato, fin dai primi casi contenziosi esaminati, la propria competenza nel supervisionarne il compimento e, di conseguenza, ad archiviare il caso solo dopo che le obbligazioni da esse derivanti siano state totalmente compiute da parte dello Stato condannato³²³. A ciò sia aggiunga che a partire dal 2001 – con la *resolución de cumplimiento de sentencia* del 1 giugno 2001 nel caso *Castillo Páez* – la Corte ha iniziato ad adottare delle risoluzioni relative al compimento delle proprie sentenze in cui “la Corte aplica un procedimiento contradictorio mediante el cual previamente solicita información a las partes (...) otras veces incluso las convoca a una audiencia en su sede con ese propósito”³²⁴ e, solo quando avrà verificato che la sua sentenza è stata interamente compiuta, archiverà il caso.

Detto ciò è necessario chiarire che gli ostacoli al compimento delle sentenze di qualsiasi istanza giurisdizionale – e ancor di più di quelle provenienti da corti extrastatali, per le quali le ‘riluttanze sovranistiche’ degli Stati sono non di poco conto – sono molteplici e di diversa natura³²⁵ e, a fronte della mancanza di efficaci meccanismi di *enforcement* come nel caso del sistema interamericano, la ‘tentazione’ di lasciare senza seguito le decisioni della Corte di San José va tenuta in debita considerazione. Inoltre a tali problematiche meta-giuridiche si aggiunga che, in caso

³²³ Ayala Corrao C.M., *La ejecución de sentencias de la Corte...* cit., pp.140-143, individua il fondamento giuridico di tale competenza negli articoli 33 – che individua la Corte quale organo competente per verificare il compimento delle obbligazioni convenzionali da parte degli Stati – 62, I comma – in cui si afferma la competenza della Corte “obligatoria de pleno derecho y sin convención especial (...) sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención” – 62, III comma – per cui la Corte ha la competenza necessaria “para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido” – 65 – che evidenzia come la Corte abbia il dovere di comunicare nel suo informe anual quei casi in cui gli Stati non hanno dato compimento alle sue sentenze – 67 – che prevede come “el fallo de la Corte será definitivo e inapelable” – e, infine, 68, I comma, del Pacto de San José. Si veda sulla procedura adottata per supervisionare il compimento delle sentenze della Corte l’art.69 del suo regolamento.

³²⁴ *Idem*, p.143.

³²⁵ Benavides L., *La “despolitización” del proceso de ejecución...* cit., pp.84-85, evidenzia condivisibilmente a tal proposito come “las sentencias de la CrIDH (...) enfrentan diversos obstáculos para su cumplimiento que van desde la necesidad de recursos materiales y humanos, hasta la transformación de conductas y de expresiones culturales. (...) Aunque parezca obvio, es importante tener presente que todo acto jurídico tiene una trascendencia en diferentes aspectos de la vida de las personas ya sea en lo económico, social, político, cultural o de otra índole. (...) En las sentencias de la Corte, las cuales en muchas ocasiones atañen problemas estructurales, además de resolver casos de altos impactos social o emblemáticos en las sociedades en donde ocurrieron los hechos, dichos

di incompimento della sentenza della Corte, l'unica conseguenza giuridica da segnalare è quella derivante dall'art.65 del *Pacto de San José* in cui è previsto che – nell'*informe anual* che la Corte sottomette annualmente all'Assemblea Generale dell'OAS – devono essere evidenziati quei casi in cui gli Stati non abbiano dato compimento al contenuto delle sue sentenze³²⁶. Certamente tale previsione può fungere da deterrente, ma sembra palesemente insufficiente per un sistema che per molti altri suoi aspetti mostra una chiara 'vocazione costituzionale'.

Volgendo, infine, lo sguardo alla tematica dei rimedi, il primo comma dell'art.63 CADH³²⁷ permette alla Corte di godere di ampia discrezionalità nella scelta dei mezzi maggiormente adeguati alla riparazione dei danni causati dalla violazione dei diritti convenzionali³²⁸, tanto che si arriva, condivisibilmente, a sostenere che i meccanismi riparatori approntati dalla Corte IDH rappresentano “the most comprehensive legal regime on reparations developed in the human rights field in the international law”³²⁹.

aspectos meta-jurídicos pueden ser incluso más importantes que la declaración de responsabilidad internacional y de la violación de derechos humanos del Estado”.

³²⁶ Buergethal T., *The Inter-American Court of Human Rights*, in *The American Journal of International Law*, Vol.76, n.2, 1982, evidenzia come l'art.65 possa essere applicato estensivamente nel senso che, in casi di particolare urgenza, l'eventuale incompimento di una delle sentenze della Corte – o ancor di più il mancato rispetto delle misure provvisorie dettate dalla CIDH – potrebbe giustificare la convocazione di una sessione speciale dell'Assemblea Generale dell'OAS o l'intervento del Consiglio Permanente dell'Organizzazione.

³²⁷ La disposizione in questione prevede che “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

³²⁸ Si vedano, oltre alla bibliografia citata in precedenza che si occupa diffusamente del tema, più nello specifico: Ayala Corrao C.M., *La ejecución de sentencias de la Corte...* cit.; Donoso G., *Inter-American Court of Human Rights' reparation judgements. Strengths and challenges for a comprehensive approach*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.49, 2009; García Ramírez S., *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2003; Rodríguez Rescia V.M., *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.23, 1996. Si vedano inoltre sul tema i vari contributi alla conferenza *Reparations in the Inter-American System: a Comparative Approach*, in *American University Law Review*, Vol.56, n.6, 2007.

³²⁹ Cfr. Grossman D.C., Introduzione alla conferenza *Reparations in the Inter-American System...* cit., p.1376.

La Corte di San José – analogamente a quella che è la prassi internazionale³³⁰ – individua nella cosiddetta *restitutio in integrum*, ovvero il ristabilimento della situazione precedente alla violazione e la riparazione delle conseguenze prodotte dalla stessa, la forma principale di risarcimento³³¹. In tale sede – senza entrare nell’analisi specifica dei vari casi e delle diverse modalità applicative della suddetta forma di riparazione, che vista la sua ampia portata richiederebbero una trattazione specifica – mi preme sottolineare come la *restitutio in integrum* sia stato uno degli strumenti principali attraverso cui la Corte ha inciso negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Questa ‘capacità invasiva’ si manifesta nel fatto che la Corte IDH – pur attendendo di norma la revoca degli atti imputati da parte dello Stato, ad eccezione del caso delle leggi di amnistia a cui faremo a breve riferimento – lascia a questi ultimi poca discrezionalità nella scelta delle misure da adottare; non essendo ad esempio insolito che venga ordinato, quale forma di restituzione giuridica, la riapertura di processi³³² e l’annullamento di decisioni da parte di diversi organi dello Stato³³³. Nell’ambito di tale potestà riparatoria da parte della Corte IDH risulta di

³³⁰ Si tenga in considerazione a tal proposito che l’art.35 del *International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* del 2001 individua la cosiddetta *restitutio in integrum* quale forma principale di riparazione affermando: “A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: (a) is not materially impossible; (b) does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation”.

³³¹ Tra la numerosa giurisprudenza che si occupa del tema è particolarmente interessante quanto affermato dalla Corte di San José nel paragrafo 72 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* nel caso *Bulacio versus Argentina* del 18 settembre 2003: “La reparación del daño causado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea factible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, corresponde a este Tribunal internacional ordenar que se adopten medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se efectúe el pago de una indemnización como compensatorio de los daños ocasionados”.

³³² Si veda a mo’ di esempio il punto 13 del paragrafo 226 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* nel caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú* del 30 maggio 1999, in cui la Corte IDH “declara la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal”.

³³³ Nei paragrafi 77 e 78 della *Sentencia de Reparaciones y Costas* nel caso *Cantoral Benavides versus Perú* del 3 dicembre 2001: “Es un hecho evidente para este Tribunal que la sentencia condenatoria expedida por la Corte Suprema de Justicia del Perú en contra del señor Cantoral Benavides, y las demás resoluciones adoptadas en los procesos a que éste fue sometido, fueron emitidas con base en una legislación incompatible con la Convención Americana y que en desarrollo de las respectivas actuaciones se violaron los derechos a la protección judicial y al debido proceso consagrados en la Convención. En consecuencia, en el marco de esta Sentencia de reparaciones, esta

particolare trascendenza – almeno per quello che è l’approccio utilizzato nel mio lavoro – la *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 5 febbraio 2001 nel caso della *Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) versus Chile*, in cui la Corte “decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno”³³⁴ con la particolarità che la modifica richiesta – a cui tra l’altro lo Stato cileno si adeguerà prontamente – riguarda una norma di natura costituzionale³³⁵. Risulta palese che nel caso di specie, la Corte IDH operi come “un tribunal constitucional internacional (...) en el sentido de que si la violación a los derechos garantizados en la Convención Americana tiene su causa en una norma constitucional – aún y cuando su interpretación haya sido validada por las Altas Cortes de derecho interno – la Corte Interamericana puede no sólo declarar la norma constitucional y la decisión doméstica que la aplicó como violatorias del tratado; sino además, en la aplicación de éste puede ordenar la reparación de la violación, lo cual lógicamente incluye la modificación de la Constitución para adaptarla al tratado”³³⁶.

La Corte nella sua interpretazione estensiva della *restitutio in integrum* non si limita – secondo quanto previsto nel già citato art.35 del *International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* del 2001 – a pretendere il semplice ristabilimento della situazione preesistente all’illecito internazionale, ma ricomprende in tale forma di risarcimento i danni subiti a causa del mancato godimento del diritto violato. Si tratta del cosiddetto *daño al proyecto de vida* che – basandosi sull’elaborazione dottrinale di Carlos Fernández Sessarego³³⁷ – è stato riconosciuto dalla Corte per la prima volta nella *Sentencia de*

Corte deberá disponer que el Estado deje sin efecto alguno, recurriendo para ello a las vías previstas en la legislación interna, la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú contra Luis Alberto Cantoral Benavides. A la luz de lo anterior, el Estado deberá proceder a anular los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales que existan en contra de Luis Alberto Cantoral Benavides, en relación con los hechos del presente caso y a cancelar los registros correspondientes”.

³³⁴ Cfr. il punto 4 del paragrafo 103 della sentenza in questione.

³³⁵ Nello specifico si tratta dell’articolo 19, comma XII, della Costituzione cilena che stabilisce un sistema di censura previa.

³³⁶ Ayala Corrao C.M., *La ejecución de sentencias de la Corte...* cit., p.177.

³³⁷ Sassarego C.F., *Daño al proyecto de vida*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.50, 1996, afferma che “el proyecto, por consiguiente, se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano. Si éste no fuera un ser libre y temporal, carecería de sentido referirse al “proyecto de vida”. Pero, al mismo tiempo, por ser libre y temporal debe, necesariamente, proyectarse. Se vive proyectando, se proyecta viviendo la vida temporal de la libertad.

Reparaciones y Costas nel caso *Loayza Tamayo versus Perú* del 27 novembre 1998, quale danno derivante dalla mancata “realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”³³⁸.

Oltre all’ampio e variegato uso della *restitutio in integrum*, la Corte di San José ha utilizzato in maniera peculiare sia la compensazione che la soddisfazione.

Per quanto riguarda la compensazione – a differenza di quanto previsto dall’art.36 dell’*International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* del 2001, che ricomprende in tale forma di riparazione i soli danni materiali – la giurisprudenza interamericana ha riconosciuto fin dal principio non solo i danni materiali, ma anche quelli morali.

È infine di notevole importanza nel sistema interamericano – a differenza di quanto previsto dall’art.37 dell’*International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* del 2001, che relega tale forma di riparazione ai casi in cui non sia possibile la *restitutio in integrum* o la compensazione pecuniaria – la previsione di varie forme di soddisfazione, in quanto, attraverso tale forma di riparazione, la Corte è riuscita ad ‘imporre’ dei cambiamenti strutturali agli ordinamenti giuridici coinvolti nelle violazioni, che vanno ben al di là della risoluzione del caso specifico³³⁹.

Es imposible para el ser humano, en cuanto ser libre y temporal, dejar de proyectar. El proyectar es la manera de ser del ser humano en cuanto libre y temporal”.

³³⁸ Si vedano i paragrafi 147-148 della *Sentencia de Reparaciones y Costas* nel caso *Loayza Tamayo versus Perú* del 27 novembre 1998.

³³⁹ Afferma condivisibilmente sul punto Donoso G., *Inter-American Court of Human Rights’... cit.*, p.41: “The satisfaction and guarantees of non-repetition (...) are perhaps the most important, because they re-establish justice in a wide sense. They institute political, judicial and even social processes to combat the ultimate causes of the violations and impunity”.

4. La lotta all'impunità ed il controllo di convenzionalità: frammenti di un costituzionalismo transnazionale latinoamericano

Nelle parti precedenti di questo lavoro si è accennato più volte alla ‘vocazione costituzionale’ della Corte IDH non solo per la materia segnatamente costituzionale – quella dei diritti umani – di cui tale organo giurisdizionale si occupa, ma soprattutto per il carattere estremamente creativo della sua giurisprudenza e l’ampio esercizio delle competenze attribuitegli dalla Convenzione³⁴⁰.

Il suo *modus operandi* non manca di incidere pesantemente sugli ordinamenti costituzionali degli Stati membri e sul già ‘pericolante’ concetto di sovranità statale, tanto da rendere estremamente plausibile l’ipotesi interpretativa che vede nel Pacto de San José una sorta di Costituzione latinoamericana in materia di diritti umani e nella Corte l’organo deputato alla sua garanzia³⁴¹.

I due principali esempi di tale attitudine della Corte di San José sono costituiti da un lato dalla sua giurisprudenza sulle leggi di amnistia – con cui la Corte entra prepotentemente³⁴² nel delicatissimo dibattito sulle difficili transizioni democratiche nel continente latinoamericano e sulla cosiddetta *justicia transicional* – e dall’altro dal controllo di convenzionalità, che rende palese il duplice processo di internazionalizzazione del diritto costituzionale e di costituzionalizzazione del diritto internazionale.

³⁴⁰ Si veda sul tema Burgogue-Larsen L., *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*, in *Working Papers on European Law and Regional Integration* dell’*Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional* dell’*Universidad Complutense*, n.22, 2014.

³⁴¹ Afferma condivisibilmente sul punto Binder C., *¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías*, in von Bogdandy A., Ferrer Mac-Gregor E., Morales Antionazzi A., *La justicia constitucional y su internacionalización...* cit., p.161: “La Convención se convierte en la Constitución latinoamericana en materia de derechos humanos, con la Corte Interamericana como su guardián. Dicho de otro modo, el rol proactivo de la Corte Interamericana la ubica *de facto* en la posición de una Corte Constitucional Latinoamericana de Derechos Humanos. Esto es facilitado por la alta jerarquía acordada a la CADH en las Constituciones de muchos Estados latinoamericanos”.

³⁴² Sulla supposta ‘prepotenza’ della Corte di San José nell’approccio ad un tema così delicato Mocoora J.G., *Justicia transicional, amnistía y Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso “Gelman” y algunas inquietudes*, in Carducci M., Riberi P., *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericana: casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2012, p.89, sottolinea come sia quantomeno inopportuno che siano “elementos y personas foráneas (...) quienes decidan cómo llevar las cuentas en el interior de los Estados Nacionales”, sollevando quegli “argumentos democráticos que cuestionan que la última palabra en temas de justicia transicional sea depositada en tribunales internacionales”.

La problematica della *justicia transicional* è molto complessa in quanto riguarda non solo l'ambito più strettamente giuridico – o meglio lo coinvolge in maniera solamente strumentale – ma soprattutto quello politico e morale. Tale tema si riferisce infatti agli strumenti giuridici che una collettività politica sceglie – in un momento molto delicato e per molti aspetti fondativo come può essere quello di transizione alla democrazia – per rispondere ad un problema politico con fortissime implicazioni morali, ovvero quello delle modalità di punizione dei responsabili delle violazioni massive dei diritti umani commesse in un recente passato dittatoriale³⁴³. Senza entrare nell'analisi del tema la cui segnalata complessità richiederebbe una trattazione specifica, mi sembra opportuno evidenziare come l'adozione di leggi di amnistia rappresenti chiaramente una soluzione di compromesso in cui sul 'piatto della bilancia delle valutazioni politiche' vengono 'pesati' diversi elementi per rispondere a due necessità tra di loro in chiara antitesi: il giudizio dei responsabili delle violazioni di massa dei diritti umani e la garanzia di una certa stabilità alle nascenti istituzioni democratiche³⁴⁴.

La Corte di San José è entrata nel dibattito sul tema non solo schierandosi apertamente – in una serie di pronunciamenti che hanno fatto scuola – contro quelle disposizioni legislative che garantivano in vario modo l'impunità dei responsabili di violazioni massive dei diritti umani³⁴⁵, ma “in controtendenza rispetto ai principi

³⁴³ Si veda, tra gli altri, sul tema Elster J., *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006.

³⁴⁴ Si veda sul punto Mocoeroa J.G., *Justicia transicional, amnistía y Corte...* cit. Afferma Binder C., *¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?...* cit., p.165: “El problema de la ley de amnistía fue, y aún lo es, de crucial importancia para América Latina, ya que las transiciones a la democracia a veces se lograron al precio de las amnistías. Fue difícil para las democracias nacientes y lentamente consolidadas, luchar contra la impunidad, ya que muchos de los anteriores gobernantes y violadores de derechos humanos todavía permanecieron en puestos influyentes”.

³⁴⁵ La bibliografia sul tema è molto ampia, si vedano tra gli altri: Binder C., *¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?...* cit.; Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione...* cit.; Gamarra Y., *National Responses in Latin America to International Events Propelling the Justice Cascade: The Gelman Case*, in Beneyto J.M., Kennedy D., Corti Valera J., Haskell J., *New Approaches to International Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012; Ferrer Mac-Gregor E., *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013; Larrieux J.T., *Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad*, in *Anuario de Derecho Constitucional...* cit.; Mensa Gonzáles A., *La atribución constitucional de indultar y el derecho internacional de los derechos humanos*, in Mezzetti P., Pizzolo C., *Diritto costituzionale transnazionale...* cit.; Mocoeroa J.G., *Justicia transicional, amnistía y Corte...* cit.; Riso Ferrand M., *Cumplimiento de la sentencia de*

convenzionali che impongono il filtro statale all'attuazione del deliberato della Corte (...) ha imposto allo stato l'immediata cessazione della validità di norme di legge violanti diritti essenziali³⁴⁶. La Corte IDH in tali casi si è comportata – al di là della posizione soggettiva a riguardo della maggiore o minore opportunità di un intervento di un'istanza sovranazionale su una tematica tanto delicata ed estremamente politicizzata come quella della *justicia transicional* – a mò di 'corte costituzionale' latinoamericana dichiarando l'inconvenzionalità delle norme in esame e la loro immediata cessazione di validità ed imponendo perciò, a fronte della gravità delle violazioni in analisi, “uno sconfinamento da quello che sarebbe il regime giuridico dei rapporti Corte/stati voluto nella Convenzione³⁴⁷. Si tratta di un'attitudine giurisprudenziale estremamente innovativa a livello sovranazionale in quanto avvicina di molto l'operato della Corte di San José – relativamente al profilo degli effetti delle sue sentenze – a quello di un tribunale costituzionale nazionale. Siamo infatti di fronte al primo caso in cui “une juridiction internationale déclare que des lois nationales son dépourvues d'effets juridiques a l'intérieur du system étatique ou elles ont été adoptées, et oblige pare conséquence l'État à agir comme si ces lois n'avaient jamais été dictées³⁴⁸”.

Invero il sistema interamericano, già prima del principio del nuovo millennio a cui risalgono le sentenze di cui a breve si riferirà, si era occupato nel 1992 – attraverso la Commissione interamericana³⁴⁹, che riprende la celebre giurisprudenza della Corte sull'obbligo statale di *prevenir, investigar y sancionar* le violazioni dei diritti convenzionali³⁵⁰ – della problematica in questione, sottolineando come le leggi di

la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831, in *Anuario de Derecho Constitucional...* cit.; Zalaquett Daher J., *El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2007; Zanghì C., *Gli effetti «diretti» delle sentenze della Corte Interamericana. Una svolta epocale nella giurisprudenza? Il caso Barrios Altos*, in *Rivista della cooperazioni giuridica internazionale*, n.2, 2002.

³⁴⁶ Cfr. de Vergottini G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010, p.55.

³⁴⁷ *Ibidem*. In tal senso si è espressa anche Tanzarella P, *Gli effetti delle decisioni delle corti dei diritti: Europa e America a confronto*, in *Quaderni costituzionali*, n.2, 2009.

³⁴⁸ Cfr. Cassese A., *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Parigi, Presse Universitaires de France, 2002, p.16.

³⁴⁹ Si vedano gli *informes* della Commissione nn.28 e 29 del 1992.

³⁵⁰ Sto facendo riferimento al famoso pronunciamento della Corte IDH sul caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* (*Sentencia de fondo* del 29 luglio 1988) che, pur non occupandosi direttamente delle

amnistia, nello specifico quella argentina ed uruguaiana, fossero “incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³⁵¹.

La ‘apripista’ della giurisprudenza interamericana sul tema delle leggi di amnistia è stata la *Sentencia de fondo* del 14 marzo 2001 sul caso *Barrios Altos versus Perú*, in cui la Corte, occupandosi del massacro di massa compiuto il 3 novembre 1991 nel quartiere *Barrios Altos* ad opera delle forze di *intelligence* peruviane, sottolinea come – con riferimento alle leggi nn.26479 e 26492 del 1995, che stabilivano l’aministia per quei soggetti militari, civili e forze dell’ordine che avessero violato i diritti umani nel periodo 1980-1995 – “los Estados Partes en la Convención que adopten (...) leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”³⁵². Le leggi in questione “conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”³⁵³, conseguentemente “carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o

questioni legate alla *justicia transicional*, riveste una particolare trascendenza in materia in quanto – analizzando l’art.1, I comma, del Pacto de San José – sottolinea come: “La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

³⁵¹ Cfr. l’*Informe Anual* del 1992 della Commissione, pp. 53 e 174 (corsivo non testuale). Si consideri inoltre che sull’ammissibilità del pronunciamento della Commissione a riguardo de “la regularidad jurídica de leyes internas, adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución” si è espressa la Corte di San Josè nell’*Opinión Consultiva* del 16 luglio del 1993, al cui paragrafo 57 si evidenzia come “la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella...”.

³⁵² Cfr. il paragrafo n.43 della *Sentencia de fondo* del 14 marzo 2001 sul caso *Barrios Altos versus Perú*.

³⁵³ *Ibidem*.

similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”³⁵⁴.

Le disposizioni peruviane in questione sono quindi dichiarate anticonvenzionali dalla Corte di San José con effetto *ex tunc* ed *erga omnes*. Per quanto concerne la mancanza di validità delle leggi di amnistia fin dal 1995 – anno della loro promulgazione – e non a partire dal 2001 – anno della sentenza della Corte di San José sul caso *Barrios Altos versus Perú* – nella *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 29 novembre 2006 relativa al caso *La Cantuta versus Perú*³⁵⁵, la Corte afferma che “durante el período en que las leyes de amnistía fueron aplicadas”, quindi dal 1995 al 2001, “el Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 4, 5, 7, 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado”, conseguentemente “dichas leyes declaradas incompatibles ab initio con la Convención en el caso *Barrios Altos* no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro”³⁵⁶. Relativamente alla natura *erga omnes* della declaratoria di inconvenzionalità delle leggi di amnistia, la stessa Corte ha stabilito – nella *Sentencia de Interpretación de la Sentencia de Fondo* sul caso *Barrios Altos versus Perú* del 3 settembre 2001 – “que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos* tiene efectos generales”.

L’impostazione giurisprudenziale del caso *Barrios Altos versus Perú* viene reiterata nella *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006, riguardante il caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*. La Corte in tale occasione dichiara che il decreto legge cileno n.2191 “carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación

³⁵⁴ Cfr. il paragrafo n.44 della *Sentencia de fondo* del 14 marzo 2001 sul caso *Barrios Altos versus Perú*.

³⁵⁵ La sentenza in questione verte sul sequestro del professore Hugo Muñoz Sánchez e degli studenti Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas e Juan Gabriel Mariños Figueroa – avvenuto ad opera dell’esercito peruviano il 18 luglio del 1992 nell’Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle di Lima – e della successiva sparizione ed esecuzione extragiudiziale di alcuni di essi.

³⁵⁶ Si veda il paragrafo 189 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 29 novembre 2006 relativa al caso *La Cantuta versus Perú* (corsivo non testuale).

de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”³⁵⁷; ciò in quanto conduce “a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad”³⁵⁸, essendo perciò “manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”³⁵⁹.

Di particolare trascendenza teorica è il *voto razonado* alla sentenza in analisi del giudice Cançado Trindade che esamina in profondità il carattere antiggiuridico delle norme di autoamnistia affermando che “las autoamnistías no (...) satisfacen los mínimos requisitos de leyes, todo lo contrario, son aberraciones antijurídicas”³⁶⁰. Tale antiggiuridicità viene giustificata facendo, tra le altre cose, riferimento alla già trattata tematica del *jus cogens* sottolineando come “las autoamnistías (...) violan abiertamente principios generales del derecho, como el acceso a la justicia (que en mi concepción pertenece al dominio del jus cogens), la igualdad ante la ley, el derecho al juez natural”, a ciò si aggiunga che “en algunos casos, han encubierto inclusive crímenes contra la humanidad y actos de genocidio. En la medida en que impiden la realización de la justicia por crímenes de tamaña gravedad, las autoamnistías son violatorias del jus cogens”³⁶¹.

Più di recente la Corte IDH si è pronunciata riguardo a una legge di amnistia brasiliana³⁶² – n.6.683 del 1979 – affermando anche in questo caso la sua inconvenzionalità.

Un caso particolarmente controverso di declaratoria di inconvenzionalità di una legge di amnistia è quello legato alla legge uruguaiana n.15.848 del 1986 – meglio conosciuta come *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* – oggetto di

³⁵⁷ Si veda il paragrafo 119 della *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006 nel caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ Cfr. il paragrafo 7 del voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade nella *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006 nel caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*.

³⁶¹ *Idem*, paragrafo 10.

³⁶² Si veda la *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 24 novembre 2010 nel caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*.

analisi della Corte di San José nella *Sentencia de Fondo y Reparaciones* del 24 febbraio 2011 sul caso *Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García versus Uruguay*.

Al di là delle vicende processuali legate alla sorte della famiglia Gelman – vittima delle atrocità commesse nell’ambito della tristemente nota operazione Condor – e dell’affermazione, analogamente ai casi analizzati in precedenza, dell’inconvenzionalità della legge di amnistia uruguaiana³⁶³, il caso in analisi presenta diversi profili di problematicità legati alla tematica più generale della *justicia transicional* e della legittimazione di un’istanza giurisdizionale sovranazionale a pronunciarsi su un tema altamente politicizzato su cui, nel caso di specie, erano state effettuate ben due consultazioni referendarie.

La legislazione di amnistia uruguaiana era stata oggetto di analisi da parte della *Suprema Corte de Justicia* che – mentre nel 1988 si era espressa affermando la sua costituzionalità – nel 2009, nel corso dell’analisi del caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*, si esprime a riguardo dell’incostituzionalità degli articoli 1, 3 e 4 della *Ley de Caducidad* affermando, a mio modo di intendere condivisibilmente, che “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”³⁶⁴. Tale posizione venne reiterata il 29 ottobre del 2010 dalla *Suprema Corte de Justicia de Uruguay* nell’analisi del caso *Organización de los Derechos Humanos*.

L’estrema ‘delicatezza’ del tema è dimostrata dal fatto che, subito dopo i due pronunciamenti della *Suprema Corte de Justicia de Uruguay*, siano stati convocati

³⁶³ Il paragrafo n.232 della *Sentencia de Fondo y Reparaciones* del 24 febbraio 2011 sul caso *Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García versus Uruguay* sottolinea come: “Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay”.

dei referendum: il 16 aprile del 1989 venne bocciato un referendum, promosso tra gli altri da alcuni familiari di *desaparecidos*, che aveva come fine l'eliminazione della *Ley de Caducidad*; il 19 ottobre 2009 non ebbe successo un'ulteriore consultazione referendaria che voleva, attraverso il meccanismo dell'*iniciativa popular*, introdurre in Costituzione una disposizione speciale volta alla dichiarazione di nullità della legge in questione.

La Corte interamericana si è espressa su tali iniziative referendarie evidenziando come “el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”³⁶⁵. Andando ancora più a fondo la Corte sottolinea come la “sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas”³⁶⁶.

Trattando la tematica della giurisprudenza della Corte IDH sull'inconvenzionalità delle leggi di amnistia, si è messa in evidenza l'esistenza di alcuni dubbi relativamente al profilo dell'opportunità di tali pronunciamenti, in una materia tanto delicata come quella della *justicia transicional* e su delle leggi che in alcuni casi erano state adottate da regimi democratici. Oltre alla condivisibile postura su questo

³⁶⁴ Si veda la sentenza n.365 del 19 ottobre 2009 della *Suprema Corte de Justicia de Uruguay* nel caso *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela*.

³⁶⁵ Si veda Il paragrafo n.238 della *Sentencia de Fondo y Reparaciones* del 24 febbraio 2011 sul caso *Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García versus Uruguay*

³⁶⁶ *Idem*, paragrafo n.239.

tema adottata dalla Corte di San José³⁶⁷, ma anche dal fatto che – ad ulteriore conferma dell’opportunità del suo intervento in materia di leggi di amnistia – la posizione giurisprudenziale della Corte è stata ampiamente recepita dalle istanze giurisdizionali nazionali³⁶⁸. Oltre al già citato pronunciamento sul tema della *Suprema Corte de Justicia de Uruguay*, vi sono una serie di pronunciamenti del *Tribunal Constitucional* peruviano³⁶⁹, della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina³⁷⁰, della *Corte Suprema* cilena³⁷¹, del *Tribunal Constitucional* colombiano³⁷² che si inscrivono nella medesima linea di pensiero.

Analizzare la giurisprudenza relativa alla declaratoria di inconvenzionalità delle leggi di amnistia conduce la riflessione sulla ‘attitudine costituzionale’ della Corte di San José a riflettere sul tema del controllo di convenzionalità³⁷³ del cui aspetto

³⁶⁷ Si vedano sul punto i già citati paragrafi nn.238-239 della *Sentencia de Fondo y Reparaciones* del 24 febbraio 2011 sul caso *Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García versus Uruguay*.

³⁶⁸ Si veda sul tema Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali...* cit.

³⁶⁹ Si veda la sentenza del 29 novembre 2005 sul *recurso extraordinario* n.4587 del 2004.

³⁷⁰ Cfr. il *fallo* del 14 giugno 2005 della *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, che dichiara l’incostituzionalità della *leyes de Obediencia Debida y el Punto Final*.

³⁷¹ Si vedano la sentenza sul ricorso n.2477 del 2004 e quella sul ricorso n.3302 del 2009.

³⁷² Cfr. la sentenza del 13 maggio 2010 sul caso *Masacre de Segovia*.

³⁷³ Si vedano nell’ampia bibliografia sul tema del controllo di convenzionalità: Bazán V., *La justicia constitucional en América Latina y algunos desafíos temáticos que afronta*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.1, 2014; Binder C., *¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?...* cit.; Carbonell M., *Introducción general al control de convencionalidad*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2012; Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali...* cit.; Carducci Michele, *La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa. Casi e problemi*, in Carducci M., Riberi P., *La dinamica delle integrazioni regionali...* cit.; de Figueiredo Caldas R., *O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil*, in *Anuario de Derecho Constitucional...* cit.; de Oliveira Mazzuoli V., *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil*, in *Anuario de Derecho Constitucional...* cit.; de Vergottini G., *Oltre il dialogo tra le Corti...* cit.; Guilherme Arcano Conci L., *Las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales supremos nacionales: el caso de Brasil*, in Mezzetti P., Pizzolo C., *Diritto costituzionale transnazionale...* cit.; Hitters J.C., *Control de Constitucionalid y Control de Convencionalidad. Comparación*, in *Estudios Constitucionales*, n.2, 2009; Ibáñez Rivas J.M., *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2012; Jinesta Lobo E., *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, in Ferrer Mac-Gregor E., *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Santiago de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012; Larrieux J.T., *Caso Gelman vs. Uruguay...* cit.; Mejía Edward J., *Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá*, in *Anuario de Derecho Constitucional...* cit.; Nash Rojas C., *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos*

internazionale – ovvero quello esercitato in ambito sovranazionale direttamente dalla Corte IDH – i pronunciamenti sulle leggi di amnistia, che hanno avuto come effetto l’annullamento della norma contestata, rappresentano l’esempio più celebre.

È possibile individuare due tipologie di controllo di convenzionalità: la prima è quella internazionale, a cui si è appena fatto riferimento, che pur non essendo stato mai definito tale è stato esercitato ogniqualvolta la Corte ha reputato che uno Stato membro abbia violato le previsioni convenzionali, sia per via di un’azione, o di un’omissione, anticonvenzionale, sia attraverso l’applicazione di una norma giuridica interna, sia infine per mezzo della realizzazione di una condotta anticonvenzionale. La seconda è quella esercitata – grazie allo sviluppo di una posizione giurisprudenziale della Corte IDH che ha iniziato a prendere corpo nei primi anni del 2000 – dalle istituzioni nazionali, principalmente giurisdizionali, che hanno il compito di disapplicare le norme interne anticonvenzionali.

L’obbligo per gli operatori nazionali di disapplicare una norma interna in contrasto con la CADH non è previsto solo dal sistema interamericano di tutela dei diritti umani, in quanto una posizione giurisprudenziale dello stesso tenore è quella adottata, da ormai quasi un quarantennio, da parte dell’allora Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Nella celebre sentenza *Simmenthal SPA versus Amministrazione delle finanze dello Stato* del 9 marzo 1978, la Corte di Lussemburgo sottolinea come “il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza,

Humanos, in *Anuario de Derecho Constitucional...* cit.; Nogueira Alcalá H., *Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos humanos*, in *Anuario de Derecho Constitucional...* cit.; Pacheco Vieira L., *Controle jurisdiccional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano: Um diálogo de ferramentas processuais em favor da efetivação do direito internacional dos direitos humanos*, in *Anuario de Derecho Constitucional...* cit.; Pizzolo C., *El problema de las normas interconectadas: Una visión desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos*, in *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, n.43, 2013; Rey Cantor E., *Test di convenzionalità e controllo di convenzionalità*, relazione alla conferenza *Il sistema interamericano di tutela dei diritti umani e la Cedu: una comparazione*, Bologna, 2013; Sagüés P.N., *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2012; Sagüés P.N., *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2013; Torres Zúñiga N., *Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.70, 2013.

le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale". Se una previsione di tal tipo è naturale per un ordinamento a 'finalità tendenzialmente generali' come quello dell'Unione Europea, risulta estremamente innovativo per un sistema di protezione dei diritti umani. Volgendo infatti lo sguardo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali possiamo osservare come in tal caso, nonostante la maggiore maturità del sistema, non vi sia un'analogia possibilità nemmeno dopo il rinvio ad essa da parte del novellato art.6, III comma, TUE³⁷⁴. Tale orientamento emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, nella sentenza del 24 aprile 2012 sul caso *Servet Kamberaj versus Istituto per l'edilizia sociale della Provincia Autonoma di Bolzano*, evidenzia come: "il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa".

Tornando al sistema interamericano ed al controllo di convenzionalità effettuato da parte degli operatori giuridici nazionali, è nel 2003 che per la prima volta viene 'abbozzata' la dottrina del controllo di convenzionalità da parte del giudice Sergio García Ramírez. Nel suo storico *voto razonado* alla sentenza del caso *Mack Chang versus Guatemala* del 25 novembre 2003 il giudice sottolinea come lo Stato sia globalmente responsabile del compimento delle obbligazioni convenzionali e, conseguentemente, nessuno dei suoi organi possa essere considerato esente dal

³⁷⁴ L'art.6, III comma, TUE afferma che: "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

controllo di convenzionalità³⁷⁵. Il giudice Sergio García Ramírez ribadisce tale sua posizione nel suo *voto concorrente razonado* alla sentenza del caso *Tibi versus Ecuador* del 7 settembre 2004, in cui si esprime a riguardo del controllo di convenzionalità esercitato in sede internazionale, affermando che “la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”³⁷⁶.

La posizione del giudice García Ramírez venne fatta propria dall’intera Corte IDH nel già citata *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006, riguardante il caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*. In tale sede la Corte di San José afferma chiaramente che “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea,

³⁷⁵ Il paragrafo n.27 del *voto razonado* del giudice Sergio García Ramírez alla sentenza del caso *Mack Chang versus Guatemala* del 25 novembre 2003 prevede che: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.

³⁷⁶ Si veda il paragrafo 3 del *voto concorrente razonado* del giudice Sergio García Ramírez alla sentenza del caso *Tibi versus Ecuador* del 7 settembre 2004. In tale passaggio continua il giudice interamericano: “Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público – y, eventualmente, de otros agentes sociales – al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”.

el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁷⁷.

Già in questa prima sentenza, che rappresenta il primo *step* nella creazione di tale dottrina, sono individuabili alcuni degli elementi essenziali che la caratterizzano³⁷⁸: in primo luogo esiste un’obbligazione in capo all’autorità giudiziaria nazionale di vigilare affinché non vengano applicate disposizioni normative che possano in qualche modo compromettere gli effetti della CADH; in secondo luogo in questa operazione ermeneutica i giudici nazionali devono tenere in considerazione non solo la Convenzione, ma anche la relativa giurisprudenza interamericana.

Il passo successivo nel processo di creazione pretoria della dottrina del controllo di convenzionalità è quello effettuato dalla Corte di San Josè il 24 novembre 2006, nella *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* nel caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, in cui il mandato per gli organi giurisdizionali diviene ancora più chiaro, affermando la Corte IDH che “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”³⁷⁹.

In tale sentenza è di particolare rilevanza – oltre a quanto affermato dalla Corte riguardo al compito dei giudici di effettuare il controllo di convenzionalità nell’ambito delle rispettive competenze ed “alle regole processuali nazionali (...) che variano a seconda del tipo di controllo sulle leggi (accentrato o diffuso)”³⁸⁰ – quanto affermato dal giudice Sergio García Ramírez nel suo *voto razonado*. In tale occasione viene evidenziato come l’unica possibilità logica per garantire l’effetto utile delle previsioni convenzionali “implica que una vez fijado el criterio de interpretación y aplicación, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a

³⁷⁷ Si veda il paragrafo 124 della *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006, riguardante il caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*.

³⁷⁸ Si veda Nash Rojas C., *Control de convencionalidad. Precisiones...* cit.

³⁷⁹ Cfr. il paragrafo 128 *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 24 novembre 2006 nel caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*.

los pronunciamientos de la Corte”³⁸¹; in tal modo le previsioni convenzionali e l’interpretazione che ne dà la Corte di San José divengono “inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio control de convencionalidad”³⁸². Nel chiarire le caratteristiche di tale controllo, il giudice sottolinea come “este control de convencionalidad, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener – como ha sucedido en algunos países – carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”³⁸³.

L’ultimo passo di tale evoluzione dottrinarica – dopo che l’obbligo per le autorità giurisdizionali nazionali di effettuare un controllo di convenzionalità è stato reiterato in diversi pronunciamienti – è quello effettuato, in primo luogo, nella *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 novembre 2010 nel caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*, in cui vengono vincolati al controllo di convenzionalità “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”³⁸⁴; ed in seconda battuta nella già citata *Sentencia de Fondo y Reparaciones* del 24 febbraio 2011 sul caso *Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García versus Uruguay*, in cui si amplia il numero degli organi obbligati al controllo di convenzionalità affermando che quest’ultimo “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”³⁸⁵.

Riveste una particolare rilevanza ai fini della nostra analisi il *voto razonado* del giudice *ad hoc* Ferrer Mc-Gregor Poisot alla *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 novembre 2010 nel caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*, in quanto adotta una ‘postura interpretativa’ che è per

³⁸⁰ Cfr. Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali...* cit., p.170.

³⁸¹ Cfr. il paragrafo 8 del *voto razonado* del giudice Sergio García Ramírez alla *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 24 novembre 2006 nel caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*.

³⁸² *Idem*, paragrafo 11.

³⁸³ *Idem*, paragrafo 12.

³⁸⁴ Si veda il paragrafo 225 della *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 novembre 2010 nel caso *Cabrera García y Montiel Flores*.

³⁸⁵ Cfr. il paragrafo 239 della *Sentencia de Fondo y Reparaciones* del 24 febbraio 2011 sul caso *Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García versus Uruguay*.

molti aspetti coincidente con quanto sostenuto nelle parti precedenti del presente lavoro. Viene, infatti, evidenziato come “la interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan. Por una parte, la internacionalización de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales garantías constitucionales a las garantías convencionales, teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales”³⁸⁶. Per quanto riguarda invece il tema specifico del controllo di convenzionalità viene messo alla luce come “la trascendencia de la nueva doctrina sobre el control difuso de convencionalidad es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico diálogo jurisprudencial – entre los jueces nacionales y los interamericanos –, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”³⁸⁷.

Dalla giurisprudenza che ho ampiamente citato è possibile individuare, a mò di sintesi, gli elementi essenziali della dottrina del controllo di convenzionalità³⁸⁸. In primo luogo tale controllo deve essere effettuato dai giudici e da tutti gli organi statali – secondo le rispettive competenze e le regole procedurali nazionali – senza che vi sia necessità di una richiesta di parte, e con la finalità di garantire l’effetto utile non solo delle previsioni convenzionali – e dei trattati sul tema dei diritti umani di cui è parte lo Stato in questione – ma anche della giurisprudenza della Corte IDH. Il

³⁸⁶ Cfr. il paragrafo 85 del *voto razonado* del giudice *ad hoc* Ferrer Mc-Gregor Poisot alla *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 novembre 2010 nel caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*.

³⁸⁷ *Idem*, paragrafo 88.

³⁸⁸ Si veda sul punto Nogueira Alcalá H., *Diálogo interjurisdiccional y control de...* cit.

materiale su cui viene esercitato tale controllo è costituito da tutte le regole giuridiche nazionali, giungendo al risultato per cui “el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución”, e di conseguenza “asume, agrada o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de *supraconstitucionalidad*”³⁸⁹.

L’analisi della giurisprudenza della Corte di San José sul tema del controllo di convenzionalità è estremamente utile al fine di individuare il fondamento giuridico attraverso cui la Corte ha potuto giustificare l’adozione di una tale posizione dottrinarica, in quanto, come già detto precedenza, si tratta di una creazione pretoria che non ha una precisa origine convenzionale. Facendo ancora una volta riferimento al *leading case Almonacid Arellano y otros versus Chile (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006), la Corte IDH individua una base giuridica derivante non solo dalle obbligazioni convenzionali – e più nello specifico negli articoli 1, I comma, e 2 della CADH³⁹⁰, ed inoltre 29³⁹¹ – ma

³⁸⁹ Cfr. Sagüés P.N., *El control de convencionalidad como...* cit., p.457.

³⁹⁰ Nei paragrafi 121-123 della *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006 nel caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile* la Corte afferma come: “El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente. Por tales razones, la Corte encuentra que el Estado ha incumplido con los deberes impuestos por el artículo 2 de la Convención Americana, por mantener formalmente dentro de su ordenamiento un Decreto Ley contrario a la letra y espíritu de la misma. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

³⁹¹ Secondo l’art.29 CADH: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar

anche dai principi di *ius cogens* contenuti nell'articolo 26, *pacta sunt servanda*, e 27³⁹² della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Prima di provare a tracciare qualche considerazione conclusiva, che si aggiungerà a quanto già affermato relativamente alla tematica della configurazione di un *ius commune* interamericano, mi sembra necessario analizzare gli effetti che dispiega il controllo di convenzionalità esercitato all'interno degli ordinamenti nazionali. A tal proposito risulta intuitivo comprendere come il giudice nazionale sia obbligato, alla luce della dottrina in questione, a disapplicare nel caso concreto la norma che sia in contrasto con le previsioni convenzionali, senza che ciò comporti, necessariamente, il suo annullamento.

La situazione è differente quando il giudice nazionale è autorizzato – “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”³⁹³ – ad esercitare nel rispettivo ordinamento una giurisdizione a carattere costituzionale, ovvero ad espellere dall'ordinamento stesso quelle norme che siano in contrasto con la Costituzione. In tal caso – facendo i diritti convenzionali parte del cosiddetto *bloque de constitucionalidad*, anche per quei casi in cui non si è scelta la via della loro costituzionalizzazione – l'organo in questione sarà obbligato ad espellere dall'ordinamento la norma che abbia carattere anticonvenzionale, qualora non sia salvabile in via interpretativa, giacché “los atributos y las garantías de los derechos asegurados convencionalmente constituyen un estándar mínimo de protección de los derechos que conforman un germen de un orden público común interamericano que ningún Estado parte puede vulnerar”³⁹⁴.

reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

³⁹² Nei paragrafi 125 della *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006 nel caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile* la Corte afferma che: “En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que [s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.

³⁹³ Cfr. il paragrafo 128 *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 24 novembre 2006 nel caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*.

³⁹⁴ Nogueira Alcalá H., *Diálogo interjurisdiccional y control de...* cit., p.548.

Si consideri infine che tale necessaria prevalenza delle previsioni convenzionali, che il giudice nazionale è chiamato a far rispettare, opera anche – per quanto ciò possa sembrare indigesto al costituzionalismo più ortodosso – nei confronti delle Costituzioni nazionali come dimostrano chiaramente le vicende legate al già citato caso della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 5 febbraio 2001 nel caso della *Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) versus Chile*.

A tale funzione ‘repressiva’ del controllo di convenzionalità – consistente, a seconda dei casi, nella disapplicazione o nell’annullamento della norma nazionale anticonvenzionale – bisogna aggiungere un suo effetto positivo o costruttivo consistente nell’interpretazione delle norme dell’ordinamento giuridico nazionale in armonia con le norme convenzionali e la giurisprudenza della Corte. Tale funzione positiva del controllo di convenzionalità – come sottolineato dalla stessa Corte nella *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 23 novembre 2009 nel caso *Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos*³⁹⁵ – “justifica relecturas adaptativas del derecho nacional, de tipo *armonizante*, en consonancia, esto es, *conforme* con el Pacto y tal jurisprudencia”³⁹⁶.

La giurisprudenza della Corte di San José relativamente alle tematiche dell’inconvenzionalità delle leggi di amnistia e del controllo di convenzionalità sono due dei più importanti indizi della configurazione, come più volte accennato in precedenza, di un processo di costituzionalizzazione del sistema interamericano di protezione dei diritti umani. Tale processo di progressiva costituzionalizzazione del sistema viene ‘accortamente’ effettuato dalla Corte evitando di discutere apertamente della ‘obsoleta’ problematica della sovranità statale – che pur viene ampiamente ‘intaccata’, ben oltre le previsioni convenzionali, dalle decisioni della Corte – ma incardinando l’intero sistema sull’operatività del ben noto principio *pro homine*³⁹⁷, in

³⁹⁵ Nel paragrafo 340 della *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 23 novembre 2009 nel caso *Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos* la Corte afferma che: “De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso”.

³⁹⁶ Si veda Sagüés P.N., *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano...* cit., p.383.

³⁹⁷ Si veda, sulla portata di tale principio nella giurisprudenza della Corte di San José, le sentenze citate nella nota n.20, ed inoltre Pinto M., *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y*

modo da far sì che a prevalere sia la regolazione maggiormente favorevole all'individuo, indipendentemente dal fatto che sia di origine convenzionale o nazionale, e non si discuta di una, pur materialmente esistente, relazione di verticalità tra il sistema interamericano e gli ordinamenti nazionali.

Partendo dal presupposto – più volte evidenziato nelle pagine precedenti del mio lavoro – che “los conceptos del constitucionalismo se flexibilizan, puesto que lo que pretende visibilizarse con su aplicación en sede internacional es la existencia de límites para los Estados y el establecimiento de una *rule of law* global”³⁹⁸, non sembra eccessivo poter effettuare, pur con la dovuta cautela, un parallelismo tra alcuni elementi caratterizzanti il sistema interamericano e dei concetti ‘presi a prestito’ dall’analisi costituzionale.

Si potrebbe ad esempio effettuare una comparazione, relativamente alle tematiche trattate in quest’ultimo capitolo, tra il controllo di convenzionalità e quello di costituzionalità e, senza voler affermare la sostanziale identità tra i due, non si può non notare che “ambas técnicas de carácter jurisdiccional apuntan a un fin similar”³⁹⁹, che può essere individuato nella protezione dei diritti fondamentali e dei principi che stanno alla base di uno stato democratico di diritto. Un ragionamento analogo può essere fatto tra l’effetto delle sentenze della Corte sulle leggi di amnistia, che sono dichiarate anticonvenzionali e private – senza alcuna intermediazione statale – dei propri effetti giuridici *ex tunc* ed *erga omnes*, e gli effetti dell’annullamento di una legge anticostituzionale da parte di una giurisdizione costituzionale nazionale.

Al di là dei facili parallelismi con i concetti tipici dell’analisi costituzionale che suggeriscono sia la giurisprudenza relativa all’inconvenzionalità delle leggi di amnistia sia la dottrina del controllo di convenzionalità, il ragionamento sulla natura ‘sostanzialmente’ costituzionale dell’intero sistema interamericano di tutela dei diritti umani richiede uno sforzo interpretativo volto al superamento di quelle che Walker

pautas para la regulación de los derechos humanos, in Abregù M., Courtis C., *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997.

³⁹⁸ Cfr. Torres Zúñiga N., *Control de convencionalidad y protección multinivel...* cit., p.357.

³⁹⁹ *Idem*, p.355.

definisce le lenti statali⁴⁰⁰, ovvero quegli elementi dell'analisi costituzionale inseparabili dal concetto di Stato.

Tale abbandono risulta ancora più necessario in uno scenario come quello latinoamericano in cui l'istituzione statale non solo si è dimostrata incapace di tutelare i diritti umani fondamentali, ma si è spesso resa protagonista delle loro violazioni sistemiche. Ciò conduce alla conclusione che la configurazione di un costituzionalismo capace di travalicare l'obsoleta logica dei confini non è solo utile dal punto di vista interpretativo, ma riveste una chiara utilità pratica nello svolgimento della funzione classica del costituzionalismo – ovvero quella di limitare l'esercizio del potere in funzione della garanzia dei diritti – che le Costituzioni statali si sono dimostrate storicamente incapaci di svolgere nel contesto latinoamericano. Quello che era un sistema nato, come tutti i sistemi regionali di tutela dei diritti umani, per esercitare un ruolo meramente sussidiario rispetto agli ordinamenti interni, ha iniziato ad esercitare nella prassi un ruolo di vera supplenza rispetto a questi ultimi, in quanto la Corte di San José ha, fin dal principio, interpretato in maniera molto estensiva il suo mandato con lo scopo di indurre gli Stati ad adeguare i propri ordinamenti interni alle disposizioni convenzionali.

5. L'impatto del costituzionalismo transnazionale latinoamericano sui sistemi costituzionali argentino e messicano: un'analisi comparata

Nell'ultima parte del mio lavoro di ricerca tratterò il 'versante locale' del processo di globalizzazione nell'ambito geografico latinoamericano. A tal fine saranno oggetto della mia attenzione scientifica il sistema federale argentino e quello messicano.

Secondo l'approccio interpretativo fin qui utilizzato i due processi – quello di creazione di un diritto costituzionale transnazionale e il decentramento del potere ai livelli substatali di governo – rappresentano due facce della stessa medaglia, ovvero si tratta dei due aspetti principali di un più ampio fenomeno redistributivo, su scale globale, della sovranità e del potere. Conseguentemente a ciò risulta necessario,

⁴⁰⁰ Si veda Walker N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *The Modern Law Review*, Vol.65, n.3, 2002.

prima di affrontare l'analisi comparata dell'ordinamento federale argentino e di quello messicano, effettuare il delicato passaggio dal generale al particolare anche per il livello sovranazionale, valutando – naturalmente in chiave comparata – come i frammenti di un costituzionalismo transnazionale latinoamericano impattino sui sistemi costituzionali dei due Paesi.

Nelle pagine precedenti ho già fatto riferimento al fatto che – a conferma della natura sostanzialmente costituzionale del *Pacto de San José* – diverse costituzioni latinoamericane gli assicurano, direttamente o indirettamente, rango costituzionale.

La Costituzione argentina del 1994 attribuisce direttamente, nel comma 22 dell'art.75⁴⁰¹, gerarchia costituzionale ad alcuni strumenti normativi relativi alla tutela dei diritti umani che – quale “conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales”⁴⁰² – vanno ad integrare, insieme alle norme costituzionali, il cosiddetto *bloque de constitucionalidad federal*⁴⁰³.

La previsione, introdotta dal legislatore costituzionale del 1994, della natura sostanzialmente costituzionale degli strumenti normativi internazionali concernenti la

⁴⁰¹ La disposizione in analisi prevede che sia di competenza del *Congreso*: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁴⁰² Cfr. Bidart Campos G., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 265-267.

⁴⁰³ Si veda la ricostruzione sul tema di Pizzolo C., *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*, in *La Ley*, 2006.

tutela dei diritti umani – a differenza degli altri trattati internazionali gerarchicamente subordinati alla Costituzione⁴⁰⁴ – non è di poco conto, in quanto rappresenta il superamento concettuale della “clásica pirámide kelseniana” che, trasformandosi in “una especie de trapecio al truncar”, ha reso “el reinado de la constitución” non più “absoluto y exclusivo”, trasformandolo “en un gobierno mancomunado junto a instrumentos internacionales que pasan a tener su misma jerarquía”⁴⁰⁵.

Sul livello gerarchico dei trattati sui diritti umani nell’ordinamento costituzionale argentino è intervenuta – a fronte delle opinioni discordanti a riguardo della portata della costituzionalizzazione degli strumenti in questione che, pur essendo concordi sulla superiorità gerarchica alla legge, non lo erano a riguardo dell’eventuale superiorità alla Costituzione nazionale⁴⁰⁶ – la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*⁴⁰⁷. Di particolare rilevanza è quanto affermato dalla Corte sia nel caso *Arce* del 14 ottobre 1997, in cui la Corte evidenzia come “los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”; che nella causa *Martínez Areco* del 25 ottobre 2005, in cui viene utilizzato il concetto di *bloque de constitucionalidad* con riferimento ai testi internazionali di cui al comma 22 dell’art.75 della Costituzione argentina.

Alla luce del dettato costituzionale ed anche della giurisprudenza della *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tra gli strumenti internazionali relativi alla tutela dei diritti umani e le previsioni costituzionali esiste chiaramente un rapporto di

⁴⁰⁴ L’art.27 della Costituzione argentina prevede che “el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Conseguentemente”. Sulla base di tale disposizione la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* – nel caso *Cabrera, Washington J.E. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* del 5 dicembre 1983 – ha stabilito la subordinazione alla Costituzione dei trattati internazionali affermando che: “los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución, porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla, y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”. Sull’evoluzione della giurisprudenza e delle opinioni dottrinarie in materia si vedano: García Belsunce H.A., *Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución nacional*, comunicazione effettuata all’ *Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, 24 aprile 2006; Santiago Pagliari A., *Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino*, in *Ars Boni et Aequi*, a.7, n.2, 2011.

⁴⁰⁵ Cfr. Pizzolo C., *La validez jurídica en el ordenamiento...* cit., p.1.

⁴⁰⁶ Si veda García Belsunce H.A., *Los tratados internacionales...* cit.

⁴⁰⁷ Si considerino, tra gli altri, i casi *Arancibia Clavel* del 2004, *Espósito* del 2004, e *Simón* del 2005.

equiordinazione per cui la Costituzione opera, attraverso la disposizione in analisi, una *integración incluyente*⁴⁰⁸ dei trattati internazionali sui diritti umani. Naturalmente qualora si dovesse creare una situazione di contrasto tra una norma costituzionale ed una previsione di uno dei trattati ricompresi nel comma 22 dell'art.75 della Costituzione argentina, e qualora non si potesse ricorrere ad un'interpretazione armonizzante che ricomponesse l'eventuale antinomia⁴⁰⁹ – si tratta di una speculazione meramente accademica che però ha molto affascinato la dottrina – sarebbe la Costituzione nazionale ad avere prevalenza, in forza dell'art.27 della Costituzione argentina.

Delle considerazioni analoghe possono essere fatte a riguardo del sistema costituzionale messicano in cui, come già accennato in precedenza, è possibile individuare un blocco di costituzionalità⁴¹⁰, costituito dalla Costituzione e dai trattati internazionali in materia di diritti umani.

Le due riforme costituzionali del 6 e del 10 giugno del 2011⁴¹¹ – che hanno riguardato, senza entrare nello specifico del loro contenuto, rispettivamente il *juicio de amparo*, strumento per eccellenza di protezione dei diritti umani, e l'ampliamento

⁴⁰⁸ Pizzolo C., *La validez jurídica en el ordenamiento...* cit., p.6 afferma sul tema: “La integración incluyente que se deriva de la afirmación «tienen jerarquía constitucional» condiciona claramente la interpretación del párrafo siguiente: «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos»(art. 75 inc. 22, CN). No es posible mantener la prelación de la primera parte de la Constitución respecto de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional sin contradecir, precisamente, dicha jerarquía. La expresión jerarquía constitucional actúa así como condicionante del párrafo siguiente, de lo contrario qué sentido hubiera tenido, después de la enunciación de los instrumentos, elevarlos a la misma jerarquía que la constitución para, inmediatamente después, bajarlos un escalón por debajo de la constitución a la que se pretendía igualar. Semejante inconsistencia, incompatible con cualquier método de interpretación, no sólo fue improbable en el constituyente sino que desconoce la apertura que éste decidió del ordenamiento jurídico hacia el derecho internacional de los derechos humanos”.

⁴⁰⁹ La *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, nel caso *Analía Monges* del 26 dicembre 1996, evidenzia come “debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”.

⁴¹⁰ Si veda sul tema Rodríguez Manzo G., Arjona Estévez J.C., Fajardo Morales Z., *Bloque de constitucionalidad en México*, México D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

⁴¹¹ Si vedano sul tema: Carbonell M., *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades*, in www.miguelcarbonell.com, 6 settembre 2012; Pelayo Moller C.M., *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, México D.F., Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2012.

della protezione dei diritti umani attraverso un ampio riconoscimento del principio *pro persona* – hanno introdotto delle innovazioni rispetto al tema oggetto della mia analisi, ‘aprendo’ chiaramente la Costituzione messicana al diritto dei diritti umani. I primi due commi dell’art.1 della Costituzione messicana prevedono, per come modificati dalla riforma costituzionale del 10 giugno 2011, che “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”, ed inoltre tali norme “se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Tale ‘apertura cosmopolita’ della Costituzione messicana è stata recentemente confermata dalla *Suprema Corte de Justicia de la Nación* nella *contraddición de tesis* n.293/2011 dell’agosto/settembre 2014 in cui il Tribunale chiarisce come “la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no puede ser estudiada en términos de jerarquía, pues la reforma constitucional modificó el artículo 1º precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen. Esta conclusión se refuerza si se considera que el artículo 1º constitucional, además de determinar las fuentes de reconocimiento de los derechos humanos, incorpora criterios hermenéuticos para la solución de posibles antinomias frente a la posible duplicidad en la regulación de un derecho humano”.

A quanto fin qui detto si aggiunga che, osservando il combinato disposto degli articoli 1, 15⁴¹² e 103⁴¹³, risulta palese come si venga a creare chiaramente un blocco di costituzionalità, costituito, oltre che dalla Costituzione, dai trattati in materia di

⁴¹² A norma di tale disposizione: “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

⁴¹³ Secondo tale articolo: “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal”.

diritti umani, utilizzato non solo allo scopo di individuare il contenuto delle previsioni in materia, ma anche come parametro di interpretazione e validità delle norme ad esso subordinate.

L'utilizzo in entrambe le esperienze costituzionali del concetto di blocco di costituzionalità⁴¹⁴, per attribuire il massimo rango normativo ai trattati in materia di diritti umani, comporta, come già accennato in precedenza, l'apertura delle Costituzioni nazionali alle norme costituzionali transnazionali in modo che "las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite"⁴¹⁵.

Volgendo lo sguardo al tema più specifico dell'impatto del costituzionalismo transnazionale di 'marca' interamericana, i due elementi maggiormente esemplificativi della più volte segnalata attitudine costituzionale della Corte di San José sono costituiti dalla sua giurisprudenza sulla *justicia transicional* e dalla 'imposizione' del controllo di convenzionalità agli operatori giuridici nazionali. Non ci si può quindi esimere dall'analisi di tali due aspetti con riferimento agli ordinamenti costituzionali messicano ed argentino.

⁴¹⁴ A proposito dell'origine del concetto di blocco di costituzionalità, Rodríguez Manzo G., Arjona Estévez J.C., Fajardo Morales Z., *Bloque de constitucionalidad...* cit., p.25, affermano che: "Esta categoría jurídica del bloque de constitucionalidad tiene su más relevante referente histórico en el desarrollo jurisprudencial del Consejo Constitucional francés. La Constitución francesa de 1958 hace sólo algunas menciones a los derechos fundamentales, específicamente en su preámbulo, el cual establece: «el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946». A comienzos de los años setenta el Consejo Constitucional francés atribuyó pleno valor constitucional al preámbulo reconociendo el reenvío que hace dicho preámbulo a la declaración de 1789 y al preámbulo de la Constitución de 1946. Con base en esta remisión el Consejo Constitucional reconoció jerarquía y valor constitucional, inter alia, a la declaración de 1789 y a todos los derechos sociales reconocidos por el preámbulo de la Constitución de 1946. Según nos Recuerde Carpio, el reconocido constitucionalista Louis Favoreau es pionero en el desarrollo del concepto de bloque de constitucionalidad en Francia. Este autor retomó la categoría del bloque de legalidad del derecho administrativo de su país y lo aplicó al derecho constitucional al analizar el alcance del reenvío que se hace en el preámbulo de la Constitución francesa de 1958, concluyendo que el Consejo Constitucional francés tiene como parámetro para el control constitucional un bloque de constitucionalidad".

⁴¹⁵ Cfr. Uprimny Yepes R., *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia, 2008.

Il sistema interamericano si è occupato – attraverso l'*informe* n.28 del 1992 della *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* – della controversa tematica delle leggi di amnistia nell'ordinamento argentino già prima della famosa sentenza della Corte di San José sul caso *Barrios Altos versus Perù*. La Commissione – pur senza giungere come farà in seguito la Corte all'imposizione allo Stato dell'immediata cessazione della validità delle norme violatorie dei diritti umani con effetto *erga omnes* ed *ex tunc* – nel citato *informe* esprime una serie di considerazioni di notevole trascendenza giuridica che delineeranno chiaramente l'orientamento seguito quasi dieci anni più tardi dalla Corte IDH, ovvero l'opposizione dell'intero sistema di tutela dei diritti umani verso quelle disposizioni legislative che garantivano, in vario modo, l'impunità dei responsabili di violazioni massive dei diritti convenzionali.

Le disposizioni legislative argentine oggetto della 'attenzione' della CIDH sono state: la legge n.23492 del 1986, meglio conosciuta come *ley de punto final*, che fissava un irragionevole termine di 60 giorni per l'estinzione dei crimini avvenuti nel periodo della tristemente famosa *guerra sucia*⁴¹⁶; la ley n.23521 del 1987, ai più nota come *ley de obediencia debida*, che esimeva dalla responsabilità penale i membri della forze armate, anche di ruolo apicale, secondo la *praesumptio iuris et de iure*, ovvero senza la possibilità di prova contraria, che avessero agito in ossequio a degli ordini; il *decreto presidencial de indulto* n.1002 del 1989, attraverso cui alcuni soggetti, che non avevano potuto beneficiare delle previsioni normative precedenti e perciò erano giustamente sotto processo per violazioni dei diritti umani, venivano esentati dalla responsabilità penale. Tali provvedimenti normativi – secondo quanto stabilito dalla Commissione nell'*informe* in questione – risultano essere "incompatible con la Convención" in quanto violano "la garantías judiciales (artículo 8) y del derecho de protección judicial (artículo 25), en relación con la obligación para los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos (artículo 1.1 de la Convención)".

L'intervento della CIDH sulle *leyes de punto final y obediencia debida* non ha comportato, almeno nell'immediato, l'annullamento della normativa da parte

⁴¹⁶ Sulla ricostruzione storica della cosiddetta *guerra sucia* argentina ritengo particolarmente interessante la ricostruzione operata nella sua tesi da Baron J.E., *La guerra sucia argentina: nombrar*

dell'Argentina. Si è dovuta infatti attendere la sentenza della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* del 14 giugno 2005 nel caso *Simón, Julio Héctor y otros* affinché venisse dichiarata l'incostituzionalità delle due norme⁴¹⁷, grazie alla modifica della sua giurisprudenza precedente.

La massima giurisdizione costituzionale argentina aveva infatti confermato la costituzionalità della *ley de obediencia debida* nella sentenza del caso *Ramón Juan Alberto Camps y otros* del 1987, mettendo l'accento sulle motivazioni di ordine politico che hanno indotto il legislatore ad adottare la normativa, affermando come "ante el grave conflicto de intereses que la sociedad argentina afronta en torno a este tema" si sia voluto tutelare "la paz social encauzando la voluntad popular en medidas que clausuren los enfrentamientos, en procura de alcanzar como meta indispensable la unión de los argentinos"⁴¹⁸.

Si consideri inoltre che il legislatore argentino era intervenuto sulla questione in due occasioni: la legge n.24.952 del 1998 che, pur dichiarando la nullità della *ley de punto final* e di quella *de obediencia debida*, non interveniva in alcun modo sui beneficiari delle due norme avendo esclusivamente effetti *ex nunc*; la legge n.25779 del 2003, il cui articolo 1 dichiara *insanablemente nulas* le due disposizioni legislative in analisi, che ebbe come conseguenza la riapertura di una serie di casi in cui la disciplina annullata aveva trovato applicazione⁴¹⁹.

Tornando, seppur brevemente, alla sentenza della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* del 14 giugno 2005, si deve tenere in considerazione, in primo luogo, che nel

lo innombrable y hablar del horror para no olvidar ni repetir, 2005, disponibile sul sito della Louisiana State University.

⁴¹⁷ Si vedano sul tema, oltre al testo della sentenza del massimo tribunale argentino: Arenas Meza M., *La Contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la eliminación de las «leyes de amnistía» en América Latina: un paso decisivo en la lucha contra la impunidad*, relazione al *Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*; Fernández Valle M., *La Corte Suprema Argentina frente al Legado de la Última Dictadura Militar: Reseña del fallo "Simón"*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2006.

⁴¹⁸ Cfr. la sentenza della *Corte Suprema de la Nación* del caso *Ramón Juan Alberto Camps y otros* del 22 giugno 1987.

⁴¹⁹ L'avvocato Luz Palmas, appartenente al *Coordinadora contra la represión policial e institucional*, sottolineava, in un'intervista del 2006, che, a differenza di quanto avvenuto con la legge del 1998, "la nulidad dispuesta permitió que por aplicación de esta ley se reabran un centenar de causas en todo el país, las cuales se encontraban cerradas por el punto final y la obediencia debida. Por ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires, la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional reabre la causa de la ESMA y la del Primer Cuerpo del Ejército en San Martín. Se reabre también la de Campo de Mayo".

sistema di controllo diffuso di costituzionalità argentino la sentenza ha effetto esclusivamente *inter partes*, ma nonostante ciò, visto che la Corte si è inoltre espressa a favore della costituzionalità della legge n.25779 del 2003⁴²⁰ – che era stata messa in questione dai difensori degli imputati nel caso – le due leggi di amnistia rimangono comunque private di effetti giuridici.

Nonostante le motivazioni e i fondamenti di diritto apportati dai singoli giudici a supporto dei propri voti siano “en alguna medida divergentes”⁴²¹, quel che rileva, ai fini della mia ricerca, è il riferimento costante, da parte di tutti i giudici, alla giurisprudenza della Corte di San José sulle leggi di amnistia, ed in particolare ai casi *Velásquez Rodríguez*⁴²², *Godínez Cruz*⁴²³, *Blake*⁴²⁴, *El Amparo*⁴²⁵ e, soprattutto, *Barrios Altos*⁴²⁶. Ciò dimostra da un lato l’esistenza di alcuni principi di diritto costituzionale transnazionale latinoamericano – nel caso di specie l’impossibilità di amnistiare le violazioni massive dei diritti umani – che vengono fatti rispettare non solo dalla Corte IDH, ma anche dalle giurisdizioni superiori degli Stati membri; dall’altro l’esistenza di un fruttuoso canale di comunicazione tra le corti nazionali e sovranazionali che, come già sottolineato in precedenza, divengono il *locus* privilegiato della creazione e del consolidamento di tali principi.

Con riferimento al sistema messicano – premettendo che la giurisprudenza interamericana in materia di leggi di amnistia, dato la segnalata ‘apertura cosmopolita’ della Costituzione messicana, non potrà non essere tenuta in conto dagli operatori giuridici del Paese⁴²⁷ – non vi sono dei casi di leggi di amnistia

⁴²⁰ Si espressero a favore dell’incostituzionalità della *ley de punto final* e di quella di *obediencia debida* i giudici Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay e Highton, il giudice Fayt non concordò con tale idea, mentre il giudice Belluscio si astenne. Si pronunciarono espressamente a riguardo della validità della legge n.25779 del 2003 i giudici Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti e Highton.

⁴²¹ Cfr. Fernández Valle M., *La Corte Suprema Argentina frente...* cit., p.167.

⁴²² Si veda la *Sentencia de Fondo* del 29 luglio 1988 nel caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*.

⁴²³ Si veda la *Sentencia de Fondo* del 20 gennaio 1989 nel caso *Godínez Cruz versus Honduras*.

⁴²⁴ Si veda la *Sentencia de Fondo* del caso *Blake versus Guatemala* del 24 gennaio 1998.

⁴²⁵ Si veda la *Sentencia de Fondo* del caso *El Amparo versus Venezuela* del 18 gennaio 1995.

⁴²⁶ Si veda la *Sentencia de Fondo* del 14 marzo 2001 sul caso *Barrios Altos versus Perú*.

⁴²⁷ Sul tema della recezione della giurisprudenza della Corte IDH nell’ordinamento messicano si veda, tra gli altri, Carmona Tinoco J.U., *La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México*, in García Ramírez S., Castañeda Hernández M., *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de*

manifestamente violatorie dei diritti umani, come invece è stato evidenziato con riferimento all'Argentina, anzi, nei casi in cui si è fatto ricorso a tale strumento legislativo, vengono segnalate “implicaciones y efectos jurídicos positivos”⁴²⁸.

Il già segnalato obbligo – imposto dall'ampiamente citata giurisprudenza della Corte di San José sul cosiddetto controllo di convenzionalità – per le autorità pubbliche nazionali di disapplicare, secondo le rispettive competenze, le regole giuridiche violatorie delle obbligazioni convenzionali, rappresenta senza alcun dubbio l'elemento maggiormente esemplificativo dell'attitudine costituzionale della Corte di San José e del fatto che, qualunque sia la posizione assunta dai testi costituzionali nazionali sul tema, quando uno Stato ha ratificato il *Pacto de San José* ed ha accettato la competenza contenziosa della Corte IDH, tale documento, come già evidenziato, “se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución”, assumendo “agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de *supraconstitucionalidad*”⁴²⁹.

Ribadita tale mia ‘profonda convinzione’, risulta di notevole interesse scientifico analizzare l'attitudine degli ordinamenti costituzionali argentino e messicano – pur nei limiti del presente lavoro in quanto le implicazioni costituzionali del tema richiederebbero una ben più approfondita attenzione – dinanzi a tale innovativa posizione dottrina della Corte di San José.

la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, Città del Messico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

⁴²⁸ Cfr. Rosas Fregosos R., *Leyes de amnistía u olvido, hasta qué punto son violatorias de derechos humanos*, in *El Sol de Tijuana*, 20 dicembre 2010.

⁴²⁹ Cfr. Sagüés P.N., *El control de convencionalidad como...* cit., p.457. L'Autore sostiene condivisibilmente, nel suo *Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano*, in *La Ley*, a.LXXIV, n.152, 2010, p.2, che – con la finalità di edulcora le, per alcuni versi condivisibili, preoccupazioni formalistiche di parte della dottrina e della giurisprudenza degli Stati membri – “el compromiso que demanda la doctrina del control de convencionalidad es posible que exija, ocasionalmente, sacrificios ideológicos, como ser interpretar la regla constitucional nacional, no según el techo ideológico que campea en la Constitución, sino de acuerdo con la ideología que anima al Pacto San José y a la Corte Interamericana cuando lo interpreta. Esta transmutación espiritual (si se acepta que la ideología es el alma de la Constitución y del Pacto) es, tal vez, el segmento más difícil de transitar en la aplicación del control de convencionalidad”.

Nel caso dell'Argentina⁴³⁰ dinanzi a un modello di controllo di costituzionalità diffuso, anche il controllo di convenzionalità seguirà la stessa strada. Sarà quindi competenza di qualsiasi giudice effettuare, nell'ambito dell'analisi del caso concreto, sia il controllo di costituzionalità che quello di convenzionalità e, eventualmente, disapplicare quelle norme anticonvenzionali.

Il compito dell'operatore giuridico argentino sarà quello di garantire – in consonanza con il principio di convenzionalità di cui all'art.2 del *Pacto de San José* – la piena operatività del *corpus iuris* interamericano, integrato naturalmente dall'interpretazione che ne ha dato la Corte IDH nella sua giurisprudenza contenziosa e consultiva. A ciò si aggiunga che il rispetto del principio di convenzionalità non solo impone al giudice argentino di eliminare le norme violatorie dei diritti umani, ma anche, nel caso in cui manchino nell'ordinamento delle disposizioni atte a dare piena attuazione ai diritti ed alle libertà consacrate nella Convenzione, di 'creare' la norma necessaria a risolvere il caso concreto.

Alla luce di quanto affermato in precedenza a riguardo della natura sostanzialmente costituzionale dei trattati in materia di diritti umani, e della conseguente configurazione di un *bloque de constitucionalidad*, si può concludere affermando che l'operatore giuridico argentino valuta la conformità delle norme da applicare al caso concreto – e le eventuali 'omissioni' normative – a tale *corpus* giuridico operando, per via interpretativa, una già segnalata *integración incluyente*⁴³¹ dei trattati internazionali sui diritti umani. Non si configura perciò "un control de convencionalidad 'por fuera' del control de constitucionalidad", né tantomeno "un control de constitucionalidad 'por sobre' el control de constitucionalidad", in quanto tali fonti normative internazionali "no observan desde un empíreo, por fuera del

⁴³⁰ Si vedano sul tema del controllo di convenzionalità in Argentina: BazánV., *Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.18, 2011; Rosatti H., *El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en la Argentina*, in *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley*, 2012; Trucco M.F., *El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales*, in *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 2012.

⁴³¹ Si veda la nota n.408.

orden jurídico nacional; integran ese orden del mismo modo que los planetas de un sistema que – sin perder su especificidad – se vinculan en torno a una estrella”⁴³².

Poiché ci si trova dinanzi ad un sistema di controllo di costituzionalità diffuso i primi operatori giuridici a venir in contatto con l’applicazione del controllo di convenzionalità – che, senza dubbio alcuno, rappresenta “uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y subconstitucional de los países del área”⁴³³ – sono stati i giudici provinciali. Per motivi legati all’economia del presente lavoro si farà riferimento esclusivo ai pronunciamenti maggiormente significativi della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina, ma si tenga comunque in considerazione che sia i tribunali inferiori sia la suddetta Corte hanno iniziato a recepire, anche prima della riforma costituzionale del 1994, non solo la lettera del *Pacto de San José* ma anche la giurisprudenza della Corte IDH. Si consideri, a mo’ d’esempio, la famosa sentenza della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* del 7 luglio 1992, *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo sobre Amparo*, in cui la Corte – riconoscendo carattere operativo all’articolo 14 della *Convención Americana sobre Derechos Humanos* del 1969 – non solo abbandona la sua “posición dualista en cuanto a los tratados internacionales ratificados por Argentina”⁴³⁴, a favore di una postura monista che considera la Costituzione ed i trattati come facenti parti di un unico sistema giuridico, ma stabilisce che “la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH”⁴³⁵.

Tornando al tema più specifico della recezione della dottrina interamericana del controllo di convenzionalità da parte della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina, nella sentenza del caso *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad* del 13 luglio 2007 la Corte – confermando la sentenza della *Sala II* della *Cámara Nacional de Casación Penal* – dichiara l’incostituzionalità del

⁴³² Cfr. Rosatti H., *El llamado ‘control de convencionalidad’...* cit.

⁴³³ Cfr. Sagües N.P., *Dificultades operativas del control...* cit., p.1.

⁴³⁴ Cfr. il commento alla sentenza di Eliades A., *El derecho de rectificación o respuesta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, disponibile sulla pagina web della *Facultad de Periodismo y Comunicación Social* dell’*Universidad Nacional de la Plata*.

⁴³⁵ Cfr. il fallo della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* del 7 luglio 1992 nel caso *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo sobre Amparo*.

decreto presidenziale d'indulto n.1002 del 1989⁴³⁶. Oltre all'aspetto istituzionale costituito dall'incostituzionalità, e dall'incoerenza, dell'attribuzione presidenziale di indultare i delitti di lesa umanità⁴³⁷, quello che, al momento, rileva è quanto affermato dalla Corte nel *considerando* 21 in cui – facendo riferimento al ‘famoso’ paragrafo 124 della *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 settembre 2006, riguardante il caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile* – la suprema giurisdizione argentina evidenzia l'obbligo del potere giudiziario di esercitare “una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Tale orientamento della Corte viene confermato nella sentenza del caso *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación* del 31 agosto 2010, nel cui *considerando* 10 – sulla base della dottrina stabilita dalla Corte di San José a partire dalla *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* nel caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú* del 24 novembre 2006 – la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina stabilisce l'obbligo per gli organi del potere giudiziario di esercitare *ex officio* non solo il controllo di costituzionalità ma anche quello di convenzionalità.

Analizzando la recezione da parte della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* – che come evidenziato “ha sido pionera en Latinoamérica al acoger ya desde 2007 el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH (preponderantemente a partir de 2006) en torno al control de convencionalidad”⁴³⁸ – risalta come l'applicazione del controllo di convenzionalità d'ufficio da parte dei giudici nazionali rappresenta “una

⁴³⁶ Si veda su tale sentenza Bazán V., *La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008.

⁴³⁷ Nel punto n.31 della sentenza in analisi la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* evidenzia come “los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyen los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo”.

⁴³⁸ Cfr. Bazán V., *Control de convencionalidad, aperturas...* cit., p.18.

correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”⁴³⁹.

La posizione della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina viene, infine, confermata nella sentenza del caso *Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios* del 27 novembre 2012. In tale sentenza il supremo tribunale argentino, citando ampiamente la giurisprudenza della Corte IDH sul tema, evidenzia, come aveva già fatto nei casi citati in precedenza, che “la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”⁴⁴⁰. Tale controllo, oltre al rispetto della giurisprudenza interamericana sul tema, viene giustificato dal fatto che “resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22) , incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa – formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos – que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”⁴⁴¹.

Nel sistema costituzionale messicano l’introduzione, per mezzo della giurisprudenza della Corte di San José, della dottrina del controllo di

⁴³⁹ Cfr. Jimena Quesada L., *La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*, in Revenga Sánchez M., *El Poder Judicial*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pp.542-543.

⁴⁴⁰ Si veda il *considerando* n.12 della sentenza del caso *Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios* del 27 novembre 2012.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

convenzionalità⁴⁴² ebbe un “*impacto sísmico*”⁴⁴³, soprattutto perché alcune delle sentenze fondamentali di tale costruzione scientifica da parte della Corte IDH ebbero come *Estado demandado* il Messico⁴⁴⁴.

La *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha espresso il suo orientamento sul tema, il 14 luglio 2011, nella ‘celebre’ *resolución* del *expediente Varios 912/2010*, presentata dall’allora Presidente della Corte, ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, con riferimento all’esecuzione da parte del potere giudiziario messicano della già citata *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 23 novembre 2009 nel caso *Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos*.

Prima di analizzare il contenuto della suddetta risoluzione è necessario, in via preliminare, chiarire due aspetti di particolare trascendenza: il primo è quello relativo alla natura giuridica del pronunciamento in analisi, mentre il secondo riguarda l’inquadramento temporale di tale risoluzione.

Per quanto riguarda la natura giuridica della risoluzione è stato autorevolmente evidenziato che, pur non trattandosi di una *sentencia en amparo, en acción de inconstitucionalidad* o *en controversia constitucional*, siamo dinanzi ad una “fuente favorecedora o determinante para decisiones judiciales, administrativas y legislativas, que necesariamente habrá de instalarse sobre los criterios adoptados por el alto tribunal de la República”⁴⁴⁵.

⁴⁴² Si vedano sul controllo di convenzionalità in Messico: Angulo Jacobo L.F., *El control difuso de convencionalidad en México*, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2013; BazánV., *Control de convencionalidad, aperturas...* cit.; Carbonell M., *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa, México, 2013; Fajardo Morales Z.A., *El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica*, disponibile nel sito web della *Suprema Corte de Justicia de la Nación*; Ferrer Mac-Gregor E., *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, in *Estudios Constitucionales*, a.9, n.2, 2011; Ferrer Mac-Gregor E., *El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, *Comité del Centro de Estudios de Derecho y Investigaciones Parlamentarias*, 2012; García Ramírez S., *El control interno de convencionalidad*, in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.28, 2011.

⁴⁴³ Cfr. BazánV., *Control de convencionalidad, aperturas...* cit., p.20.

⁴⁴⁴ Sto facendo riferimento ad un gruppo di quattro pronunciamenti della Corte IDH: *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 23 novembre 2009 nel caso *Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos*; *Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas* del 30 agosto 2010 nel caso *Fernández Ortega y otros versus México*; *Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas* del 31 de agosto 2010 nel caso *Rosendo Cantú y otra versus México*; *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 novembre 2010 nel caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*.

⁴⁴⁵ Cfr. García Ramírez S., *El control interno de...* cit., p.156.

Con riferimento al secondo elemento, la *resolución del expediente Varios 912/2010* viene emanata poco dopo la riforma costituzionale in materia di diritti umani del 10 giugno 2011, che, come ho già evidenziato al principio di questo paragrafo, modifica, tra le altre cose, l'art.1 del testo costituzionale messicano, prevedendo che “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte” in modo da favorire, sempre e comunque, la più ampia protezione dei diritti dell'individuo. La correlazione tra i due ‘eventi’ è chiaramente dimostrata dal fatto che la suprema giurisdizione messicana nella risoluzione in analisi “realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1º constitucional”⁴⁴⁶.

Volgendo lo sguardo al contenuto della *resolución del expediente Varios 912/2010*, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* effettua una serie di pronunciamenti di notevole trascendenza costituzionale che sono strettamente correlati ai temi da me trattati nelle parti precedenti del capitolo.

In primo luogo la Corte stabilisce che le sentenze della giurisdizione interamericana di cui lo Stato messicano sia parte – come è nel caso della sentenza analizzata dalla *resolución del expediente Varios 912/2010* – sono obbligatorie *en sus términos*, ovvero vi si deve dare esecuzione in tutte le sue parti. Nella corrispondente *tesis aislada* n.65 del 28 novembre 2011, la suprema giurisdizione messicana ha stabilito chiaramente che “el Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar,

⁴⁴⁶ Cfr. Ferrer Mac-Gregor E., *Interpretación conforme y... cit.*, p.595.

calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella”.

Per quanto concerne invece le sentenze di cui lo Stato messicano non è parte, la giurisprudenza interamericana fungerà esclusivamente da “criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos”⁴⁴⁷. A tal proposito se da un lato è pacifico che gli elementi risolutivi della sentenza sono di obbligatorio compimento per le sole parti della controversia, non si può dire altrettanto per le considerazioni giuridiche che, contenendo l’interpretazione autentica delle previsioni convenzionali, non possono che essere obbligatorie per tutti i contraenti⁴⁴⁸. A sostegno di questa ipotesi vi è quanto affermato nel già citato *voto razonado* del giudice *ad hoc* Ferrer Mc-Gregor Poisot, alla *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 novembre 2010 nel caso *Cabrera García y Montiel*

⁴⁴⁷ Si veda il quinto *considerando* della *resolución del expediente Varios 912/2010* della *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Nella corrispondente *tesis aislada* n.66 del 28 novembre 2011, il pleno della Corte ha stabilito che “los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos”.

⁴⁴⁸ A tal proposito precisa Carbonell M., *Introducción general al control...* cit., p.81 – riprendendo la giurisprudenza di Ferrer Mc-Gregor Poisot - che “me parece que no es del todo correcto el criterio de la SCJN según el cual los criterios interpretativos de la Corte IDH tienen carácter orientador”.

Flores versus México, che sottolinea come “la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere «eficacia directa» en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como «parte material». Lo anterior, debido a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce «efectos expansivos» de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia”⁴⁴⁹.

Occupandosi più nello specifico del tema del controllo di convenzionalità la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* – riprendendo quanto stabilito dalla Corte IDH nella già citata *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 23 novembre 2009 nel caso *Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos* – conferma che il “Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio”⁴⁵⁰. Il suddetto controllo seguirà i ‘classici canali’ del controllo di costituzionalità⁴⁵¹ con la conseguenza che i giudici federali, seguendo le vie procedurali delle *acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales e amparo directo e indirecto*, potranno, attraverso la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, giungere alla declaratoria d’incostituzionalità della norma, mentre i giudici locali si limiteranno a disapplicare la norma nel caso concreto.

⁴⁴⁹ Cfr. il paragrafo n.79 del *voto razonado* del giudice *ad hoc* Ferrer Mc-Gregor Poisot alla *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 26 novembre 2010 nel caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*.

⁴⁵⁰ Si veda il settimo *considerando* della *resolución* del *expediente Varios 912/2010* della *Suprema Corte de Justicia de la Nación*

⁴⁵¹ Le modalità di esercizio di tale controllo vengono chiarite dalla Corte nella *tesis aislada* n.70 del 28 novembre 2011, in cui il tribunale evidenzia come “actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad”.

Entrando ancora di più nello specifico la Corte nella *tesis aislada* n.79 del 28 novembre 2011, correlata alla *resolución del expediente Varios 912/2010*, individua i vari *steps* che devono essere seguiti dal giudice nello svolgimento del controllo di convenzionalità. Afferma il *pleno* della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* messicana che “el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país – al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano –, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles”.

CAPITOLO QUINTO

L'AUTONOMIA DELLE ENTITÀ FEDERATE NEI 'FEDERALISMI ACCENTRATORI' MESSICANO ED ARGENTINO: UNA RIFLESSIONE COSTITUZIONALE COMPARATA

SOMMARIO: 1. L'autonomia delle comunità territoriali nel panorama dei federalismi latinoamericani: brevi notazioni introduttive – 2. *Dios está en todas partes pero atiende en Buenos Aires (y en Ciudad de México)*: la logica accentratrice del federalismo argentino e di quello messicano. Uno sguardo d'insieme ai due sistemi di decentramento – 3. Il riparto delle competenze legislative in Argentina e Messico: una breve notazione comparata – 4. Aspetti costituzionali del federalismo fiscale: la Costituzione argentina e quella messicana a confronto – 5. La *Ciudad Autónoma de Buenos Aires* ed il *Distrito Federal* messicano: lo *status* costituzionale asimmetrico delle capitali federali

1. L'autonomia delle comunità territoriali nel panorama dei federalismi latinoamericani: brevi notazioni introduttive

Una delle caratteristiche principali delle evoluzioni in atto a livello globale nei sistemi costituzionali è quella – come analizzato nella prima parte di questo lavoro – dell'attribuzione di maggiori poteri alle collettività territoriali e di un maggiore riconoscimento del principio di autonomia¹. Fin dalle prime affermazioni il principio

¹ Sul punto si tenga in considerazione che “la tendenza generalizzata al decentramento politico, nelle forme più o meno spinte di regionalizzazione e la costituzione di ulteriori livelli di governo locale o la loro riqualificazione, registrano una risposta istituzionale che va nella direzione della ristrutturazione degli apparati amministrativi centrali verso un'organizzazione amministrativa territoriale più articolata ed una maggiore flessibilità del sistema amministrativo locale. È opinione diffusa che la ristrutturazione dei minori livelli territoriali di governo possa consentire più adeguate e differenziate politiche locali; una sorta di riforma costituzionale dal basso che interviene spesso a surrogare la mancata riforma dell'ordinamento costituzionale ed amministrativo” secondo quanto affermato da

autonomistico si caratterizza per la difficoltà di un suo preciso inquadramento giuridico costituzionale² e per essere un termine, già solo dal punto di vista semantico, estremamente poliedrico; tale incertezza definitoria è dovuta, a mio parere, alle molteplici sfaccettature che l'affermazione di tale principio può assumere. Sono infatti tantissime le esperienze che a livello costituzionale e politico, ma anche solo amministrativo, comportano la concessione di distinti gradi di autonomia, vista come "la negazione di limiti e vincoli e la correlata possibilità di assumere decisioni"³.

Con l'entrata a pieno titolo dell'autonomia tra i principi costituzionali, avvenuta con il costituzionalismo moderno, si depura tale concetto dalla sua qualificazione prettamente amministrativista, che la vedeva come una modalità differente di realizzare la volontà generale ed unitaria dello Stato e rendeva inaccettabile la presenza di qualsiasi interesse particolare differente da quello statale. Attraverso tale ingresso nel novero dei principi costituzionali, qualificanti addirittura la forma di Stato, il principio di autonomia necessita di una serie di 'disposizioni collaterali' volte a renderlo efficace e pienamente operante. Si sta facendo riferimento al principio dispositivo, quale garanzia per le comunità territoriali di potersi autoorganizzare per quel che riguarda le forme e le modalità di governo, nonché di fissare gli interessi da perseguire; al principio di responsabilità, che si estrinseca nella previsione di un'autonomia finanziaria in modo che le comunità possano reperire, in maniera autonoma, le risorse necessarie all'espletamento dei propri compiti; ed infine al principio partecipativo, consistente nel coinvolgimento degli enti decentrati nell'implementazione della volontà statale⁴. Particolare importanza riveste tale ultimo principio in quanto comporta un cambiamento radicale dei rapporti tra il centro e la periferia dovuti al passaggio da una concezione dello Stato accentrata e fortemente gerarchica, ad una concezione caratterizzata dalla presenza di vari livelli di governo che, attraverso le istanze collaborative rese necessarie dall'operatività del principio in questione, concorrono alla creazione della volontà generale.

Gambino S., *Regionalismo e federalismo nell'evoluzione della forma di stato contemporaneo*, in Groppi T. (a cura di), *Principio di autonomia e forma dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1998, p.35.

² Cfr. Giannini M.S., *Autonomia pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1956.

³ Cfr. Groppi T., *Il federalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

⁴ *Idem.*

Per concludere l'analisi dei rapporti con gli altri principi costituzionali non possiamo non prendere in considerazione il delicato, ed a volte 'precario', equilibrio tra il principio di autonomia delle comunità territoriali e quello di unità dello Stato. Si tratta di due principi che, già a livello semplicemente logico, si trovano in contrasto, in quanto la concessione di maggiori porzioni di autonomia alle comunità territoriali comporta chiaramente una mortificazione, o meglio un potenziale rischio, per l'unità dello Stato. Proprio dal necessario bilanciamento tra questi due principi dipende il mantenimento della coerenza dell'intero sistema costituzionale, senza cadere in ormai anacronistiche visioni accentratrici e tantomeno in eccessive ed irragionevoli estensioni dell'autonomia, che potrebbero dare adito ad 'illusioni' secessioniste. Ciò al fine di creare le condizioni per cui, utilizzando le parole del Tribunale costituzionale spagnolo, "ogni organizzazione territoriale fornita di autonomia è parte di un tutto, (...) per cui in nessun caso il principio di autonomia può contrapporsi a quello di unità, dal momento che il primo rinviene nel secondo il suo vero significato"⁵.

Dobbiamo tenere in considerazione che esistono vari criteri utilizzabili per valutare la qualità dell'affermazione del principio costituzionale di autonomia, ovvero per riscontrare se al suo riconoscimento nei testi costituzionali corrisponda una sua reale incidenza nell'azione dei pubblici poteri.

Il primo elemento che dobbiamo prendere in esame riguarda la sua collocazione tra i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, risulta chiaro che non si tratta di una questione meramente formale, in quanto negli ordinamenti che lo inseriscono tra i principi fondamentali si riscontra una maggiore volontà di tutelare tale principio e soprattutto di qualificare l'intero sistema in senso autonomistico.

Un altro punto meritevole di attenzione è quello relativo alla tipologia di ripartizione delle competenze; in linea generale l'esperienza comparata ci insegna che non possiamo ricavare alcuna informazione circa la qualità e l'estensione dell'autonomia partendo dal sistema di ripartizione competenziale utilizzato, in quanto, nell'ambito dei moderni sistemi di decentramento, si utilizzano metodi di

⁵ Si veda la sentenza n.4 del *Tribunal Constitucional* spagnolo emanata il 2 febbraio 1981.

ripartizione che prescindono dalla qualificazione in senso regionale o federale dello Stato. Tuttavia, è facile comprendere come se non vi fosse a livello costituzionale un preciso e garantito ambito di operatività degli enti decentrati, in modo da comprendere “in che cosa l'autonomia consista (ed eventualmente come vada esercitata)”⁶, si mortificherebbe oltremodo il principio di autonomia.

Per valutare la ‘qualità autonomistica’ ci sembra opportuno sottolineare, infine, che tale principio è senza dubbio beneficiato in quegli ordinamenti che prevedono la presenza di una Camera rappresentativa delle entità substatuali, tipica dei processi federativi di tipo classico, in modo che gli enti decentrati possano essere pienamente coinvolti nell'implementazione della volontà statale. Infine, un altro aspetto sintomatico della piena affermazione del principio autonomistico è costituito dalla partecipazione delle entità decentrate ai procedimenti di revisione costituzionale, ovvero la loro collaborazione, diretta o attraverso la seconda camera federale, all'esercizio della competenza delle competenze.

La manifestazione più forte del principio costituzionale di autonomia delle comunità territoriali si ha in quegli ordinamenti giuridici che vengono classificati come federazioni, o anche quando non risultano classificati come tali presentano, sul piano sostanziale, forti aspetti che li avvicinano agli ordinamenti federali⁷. L'analisi di un concetto come quello di federalismo che si caratterizza per un'intrinseca ‘poliedricità’ – nel senso che spesso, come vedremo con riferimento agli ordinamenti giuridici oggetto di analisi, il nome non indica la ‘cosa’ e la ‘cosa’ non è indicata dal nome, ovvero “un paese dalla Costituzione non federale può agire in maniera da offrire un esempio di governo federale”⁸ e viceversa – richiede un approccio scientifico che, come già segnalato in precedenza, approfondisca, oltre ai contenuti

⁶ Cfr. D'Atena A., *Le autonomie sub-statali e le loro garanzie istituzionali*, in Rolla G. (a cura di), *La difesa delle autonomie locali*, Milano, Giuffrè, 2005, p.87.

⁷ Sul punto afferma Marc A., *El porvenir de Europa y otros ensayos*, in *Centro de Estudios Constitucionales/Boletín Oficial del Estado*, 1989, p.207: “No hay, pues, sociedad federal sin autonomía de las colectividades territoriales de una parte – municipios, agrupaciones intermunicipales, provincias, regiones, grupos y consunto etnico, etc. – y, de otra parte, de todas las restantes colectividades, económicas, sociales, culturales, espirituales. Es la articulación ascendente y el libre despliegue de estas colectividades y comunidades lo que define el auténtico federalismo”.

⁸ Cfr. Wheare K.C., *Del governo federale*, Bologna, Il Mulino, 1997, p.20.

giuridici del fenomeno, gli elementi metagiuridici, in quanto “there is certainly more than one way to be a federalist; it is the common idea that matters”⁹.

L'origine del termine federalismo è piuttosto recente, vista la sua classificazione, soltanto intorno alla metà dell'Ottocento, come neologismo nei dizionari francesi ed inglesi. Il concetto latino di *foedus* – da cui deriva etimologicamente il termine – indicava un patto, un trattato, un'alleanza, una lega; tale significato portò, almeno in un primo tempo, ad un'intercambiabilità dei termini federazione e confederazione. In questo primo ‘periodo di gestazione’ il termine si riferiva a delle esperienze storicamente e geograficamente precise: la Svizzera, gli Stati Uniti d'America ed il progetto girondino nell'esperienza rivoluzionaria francese¹⁰.

È proprio il modello statunitense che, come abbiamo già evidenziato in precedenza, sarà ‘l'inconsapevole archetipo’ dei sistemi federali. L'inconsapevolezza dei costituenti di Filadelfia deriva dal fatto che questi ultimi non utilizzarono il termine federalismo, la cui genesi si deve agli autori di una raccolta di ottantacinque articoli, i *Federalist Papers* appunto, che comparvero sui giornali dello Stato di New York nel biennio 1787-1788, allo scopo di sostenere la ratifica del progetto di Costituzione degli Stati Uniti. Tali scritti – i cui celebri autori furono Alexander Hamilton, John Jay e James Madison – pur avendo il fine strettamente politico di sostenere i lavori della Convenzione, che aveva operato certamente al di là della mera revisione degli *Articles of Confederation*, motivo per cui era stata convocata, sono internazionalmente riconosciuti come la “prima teoria dello stato federale moderno”¹¹.

La casualità della nascita dello Stato federale moderno così come la varietà delle sue manifestazioni, fa sì che qualsiasi intento definitorio risulti vano. Ciò comporta

⁹ Cfr. Griffiths A., Nerenberg K., *Handbook of Federal Countries*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2005, p.xvi.

¹⁰ Cfr. Groppi T., *Il federalismo...* cit. Sul punto afferma Bilancia P., *Stato unitario accentrato, decentrato, federale: dalle diverse origini storiche alle confluenze dei modelli*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.9, 2005, p.35: “Fino alla meta del XXI secolo il federalismo ha costituito un'esperienza politico-istituzionale limitata non solo perché confinata ai pochi casi di forma di governo federale (fondamentalmente, Stati Uniti, Svizzera, Australia), ma soprattutto perché, i violenti scontri sociali e gli scenari bellici che hanno dominato le società occidentali al di fuori di questi Paesi, richiedevano necessariamente una strutturazione dello Stato sempre più centralistica. Solo dopo la fine della seconda guerra mondiale il federalismo è stato esportato oltre i confini delle federazioni classiche...”.

¹¹ Cfr. Groppi T., *Il federalismo...* cit., p.78.

che, qualora si cerchi una definizione del fenomeno, sia necessario non incentrarsi sugli aspetti normativo/istituzionali che potrebbero, come vedremo per i casi di Argentina e Messico, indurre in inganno, ma piuttosto tener bene in mente, seguendo il celebre insegnamento di Daniel Elazar, che “l'essenza del federalismo non deve essere cercata in un particolare insieme di istituzioni, ma nell'istituzionalizzazione di particolari relazioni tra i partecipanti alla vita politica. Di conseguenza il federalismo è un fenomeno che fornisce molte opzioni per l'organizzazione dell'autorità e del potere politici; se vengono create le condizioni adeguate, può essere sviluppata un'ampia varietà di strutture politiche compatibili con i principi federali”¹².

Un aspetto che merita particolare attenzione – di notevole rilevanza anche alla luce degli storici *deficit* democratici sofferti dagli ordinamenti oggetto di analisi – è quello relativo al rapporto tra federalismo e democrazia. Da un punto di vista semplicemente logico possiamo capire come i sistemi federali, avvicinando il livello di governo ai cittadini, abbiano il grosso vantaggio di aumentare il controllo da parte di questi ultimi e di conseguenza incidere positivamente sulla democraticità dell'intero ordinamento¹³, tanto che “el funcionamiento regular de un sistema democrático es condición imprescindible para el funcionamiento de un sistema federal”¹⁴. Facendo un ragionamento meramente numerico è inoltre facile capire come nello Stato federale “il voto del singolo cittadino avrebbe maggior peso, in quanto concorrerebbe con un numero minore di altri cittadini alla decisione”¹⁵.

Al di là di queste deduzioni logiche, l'indagine politologica sottolinea come il vantaggio maggiore del federalismo consista nel dislocare, attraverso una corretta applicazione del principio di sussidiarietà, le decisioni al livello di governo più adeguato¹⁶, consentendo una maggiore efficacia decisionale, un maggiore controllo da parte del cittadino ed una corretta applicazione del principio di maggioranza.

¹² Cfr. Elazar D.J., *Idee e forme del federalismo*, Milano, Mondadori, 1998, p.11.

¹³ Questa mia tesi è autorevolmente sostenuta da De Vergottini G., *Lo stato federale...* cit.

¹⁴ Cfr. Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p.74.

¹⁵ Cfr. Comba M., *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, Napoli, Jovene, 1996, p.55.

¹⁶ Sul tema si vedano Dahl R.A., Tufte E.R., *Size and democracy*, Stanford, Stanford University Press, 1973, i quali evidenziano come il vero problema sarebbe quello di definire il numero di livelli di governo sul quale strutturare lo Stato federale, tenendo conto, da una parte, della peculiarità di ciascuna competenza, che richiederebbe un ambito dimensionale diverso, e dall'altra della necessità di evitare un'eccessiva complicazione istituzionale.

Inoltre, si sottolinea come i sistemi federali, attraverso una moltiplicazione dei centri decisionali, consentano una maggiore dialettica democratica in quanto le minoranze politiche possono diventare maggioranza in uno dei livelli di governo; di conseguenza nei sistemi federali nessun gruppo è mai del tutto in maggioranza o all'opposizione, risulta intuitivo comprendere come evitare la concentrazione del potere, attraverso tale dinamica, sia un'enorme garanzia della democraticità dell'intero sistema e un metodo di arricchimento del processo politico.

La diffusione costituzionale del potere, favorita dalla combinazione di *self-rule* (autogoverno) e *shared rule* (governo comune)¹⁷, fa sì che ci sia una chiara complementarità tra l'esistenza di un sistema federale e la democraticità dello stesso¹⁸ in quanto “a differenza della democrazia giacobina post-rivoluzionaria che ha basato l'esplicazione della democrazia sulla *volonté générale* e che si è fondata su un maggioritarismo centralizzato, la democrazia federale si fonda sulla condivisione del potere tra molteplici enti”¹⁹.

Dal punto di vista più strettamente giuridico il fenomeno federale è stato analizzato utilizzando due differenti teorie, quella statica e la teoria dinamica²⁰, a cui si è già fatto riferimento nella prima parte di questo lavoro.

La teoria statica si basa su un'analisi più rigida e formalistica del fenomeno incentrando la ricerca sull'allocatione della sovranità²¹ – o meglio, come già detto in precedenza, sull'effetto del pluralismo territoriale sulla versante interno della sovranità – con la finalità di individuare gli elementi caratteristici dello Stato federale e creare uno schema applicabile alle varie esperienze concrete; la seconda non si fonda sugli elementi formali del fenomeno, ma individua un processo di

¹⁷ Si veda sul punto Elazar D.J., *Idee e forme del...* cit.

¹⁸ Si veda sul punto Melica L., *Federalismo e libertà. I modelli di Messico, Argentina e Venezuela*, Padova, Cedam, 2002. Tale correlazione viene inoltre evidenziata da De Vergottini G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 1999.

¹⁹ Cfr. Bilancia P., *Stato unitario accentrato...* cit., p.35.

²⁰ Sul tema si vedano: Comba M., *Esperienze federaliste...* cit.; Groppi T., *Il federalismo...* cit.

²¹ A tal proposito Bilancia P., *Stato unitario accentrato...* cit., p.40, evidenzia come – analogamente a quanto dimostrato nelle parti precedenti del mio lavoro e riprendendo le argomentazioni sul tema di De Marco E., *La sovranità dello Stato tra «pluralismo» e «Integrazione sopranazionale»*, in *Rivista di Diritto Pubblico e Scienze Politiche*, 1994 – le teorie basate sulla ricerca dell'allocatione della sovranità tra federazione e Stati membri pecchino, “pur nel rispetto delle argomentazioni sottese a

federalizzazione a prescindere dalle modalità attraverso cui tale processo si porti a compimento.

Senza ripetere i motivi per cui prediligo quest'ultimo approccio – e, più nello specifico, mi è particolarmente cara l'ipotesi interpretativa che utilizza l'idea del *federalizing process*²², quale processo di costruzione degli Stati federali lungo una linea immaginaria ai cui due estremi si collocano rispettivamente lo Stato unitario e la Comunità sovranazionale di Stati indipendenti – risulta necessario sottolineare come sia opportuno, per la corretta comprensione dei processi di federalizzazione, un loro approfondimento metagiuridico, per cui acquistano rilevanza le forze politiche, sociali ed economiche che indirizzano lo sviluppo del processo in una determinata direzione.

Partendo da tale presupposto, mi pare pienamente condivisibile l'opinione di coloro i quali²³ sottolineano “la rilevanza dell'indagine storica relativa alla fase di formazione dello Stato federale, che la dottrina prevalente considerava non significativa in quanto, essendo precedente alla formazione dello Stato, non poteva avere un oggetto giuridico”²⁴. Ci stiamo riferendo agli studi di Giovanni Bognetti²⁵ – che ho già citato nella prima parte di questo lavoro segnalando il passaggio da un federalismo dualista o verticale, efficacemente sintetizzato dall'immagine del *layer-cake*²⁶, ad un federalismo cooperativo o orizzontale – volti ad analizzare come i modelli costituzionali liberali e sociali abbiano influenzato lo sviluppo dei processi federali.

Tale cambiamento nel ‘modo di essere’ del federalismo, negli Stati federali più antichi – ci stiamo riferendo alla Svizzera, all'Australia e naturalmente ai due stati nordamericani – avviene grazie all'impulso della giustizia costituzionale, ma anche

queste concezioni”, nell'ignorare che “il concetto di sovranità non sembra essere più adeguato all'effettività degli ordinamenti statali”.

²² Il maggiore esponente delle teorie del *federalizing process* è Friederich C. J. che teorizza l'approccio dinamico allo studio del federalismo nella sua opera *Trends of federalism in theory and practice*, New York, Praeger Publishers Inc., 1968.

²³ Stiamo facendo riferimento in particolare all'adesione, pur con alcune riserve, alle teorie ed al metodo friedrichiano di La Pergola A. in vari dei suoi scritti e particolarmente nell'*Introduzione*, in AA.VV., *Federalismo e crisi dei regimi comunisti*, Torino, La Rosa, 1993.

²⁴ Cfr. Comba M., *Esperienze federaliste tra garantismo...cit.*, p.29.

²⁵ Si vedano sul tema Bognetti G., *La costituzione economica*, Milano, Giuffrè, 1984; e Id., *La costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1994.

²⁶ Cfr. Groppi T., *Il federalismo... cit.*, p.73.

grazie ad alcuni emendamenti che garantiscono alla federazione le risorse finanziarie necessarie per poter intervenire in maniera congrua nello svolgimento dei nuovi compiti assunti. Si è avuto un processo che ha riguardato per primi gli Stati Uniti nel periodo tra le due guerre e poi progressivamente tutte le altre esperienze federali, per cui “gli organi federali, appoggiati dagli orientamenti della Corte Suprema, hanno dato una interpretazione della Costituzione che ha progressivamente esteso le competenze di intervento regolatore non solo a tutti gli aspetti dell’economia, ma all’insieme della vita sociale americana tanto quanto basta per rendere gli stati membri entità politico-amministrative subordinate”, responsabili cioè della mera esecuzione di decisioni prese a livello federale, “chiamati in buona parte a collaborare a piani deliberati, talvolta fin nei dettagli, dal centro, bisognosi di un flusso permanente e sostanzioso di aiuti federali”²⁷.

In tale mutato contesto si avverte – come già evidenziato – la necessità della creazione di moduli collaborativi/coordinativi tra i vari livelli di governo. È possibile, perciò, riscontrare in varie esperienze costituzionali la presenza di accordi; inoltre è diffusa la partecipazione di delegati degli Stati membri presso i ‘luoghi decisionali’ federali; tanti ordinamenti utilizzano organi comuni con funzioni che possono essere semplicemente consultive o di implementazione dell’azione federale. Infine, sono di particolare rilievo sia il coordinamento legislativo ed amministrativo, effettuato attraverso la legislazione-quadro o di delegazione, sia il cosiddetto intervento finanziario federale con trasferimenti *ad hoc* che naturalmente condizionano fortemente le *policies* degli Stati membri e richiedono una forte collaborazione tra i vari livelli di governo affinché possano raggiungere compiutamente gli obiettivi programmati²⁸.

Tali moduli di cooperazione/collaborazione sono stati, da ultimo, abbandonati in concomitanza con la crisi dello Stato sociale a favore di un sistema – basato su efficienza, flessibilità e competizione, elementi tipici dell’analisi economica dei processi decisionali – volto ad evitare la prevalenza di metodi consociativi di gestione della cosa pubblica.

²⁷ Cfr. Bognetti G., *Il federalismo*, Torino, Utet, 2001, p.16.

²⁸ Particolare interesse sulle modalità pratiche di collaborazione tra Federazione e Stati membri riveste il contributo di De Vergottini G., *Lo stato federale...* cit.

In questo lavoro è stata più volte rilevata la 'diffidenza' verso quelle teorie che tentano di inquadrare i sistemi federali in sterili schematizzazioni, attraverso l'individuazione di caratteri comuni a varie esperienze comparate, in quanto "in un'analisi degli ordinamenti contemporanei non possiamo più fare riferimento a modelli monolitici quali Stato federale, Stato unitario accentrato o Stato Regionale perché nella realizzazione di questi modelli si sono avute una serie di varianti che, quasi in una sorta di osmosi dei criteri ordinatori da un modello ad un altro, non ci consentono oramai di riferirsi a prototipi"²⁹. Nonostante ciò possiamo cercare di evidenziare alcuni elementi strutturali comuni, tipici degli ordinamenti politici organizzati in maniera federale³⁰.

In primo luogo possiamo riscontrare la presenza di una Costituzione scritta, quale garanzia della divisione del potere e delle competenze tra i diversi livelli di governo; suprema, nel senso che prevale sulle Costituzioni e sulla legislazione degli Stati membri; e rigida, in quanto sono previste procedimenti legislativi aggravati per la sua revisione, che implicano sempre la partecipazione degli Stati membri.

Si nota, inoltre, la presenza di un organo federale con la competenza di comporre gli eventuali contrasti tra la federazione e gli enti federati e di garantire il riparto costituzionale di poteri e competenze; e la presenza, nell'ambito di un sistema parlamentare bicamerale, di una seconda Camera che rappresenti gli Stati membri a livello federale. Nella composizione di tale Camera si riscontra il principio della rappresentazione paritaria, o quasi paritaria, di tutti gli Stati membri, ed i parlamentari operano sia con vincolo di mandato, ovvero che devono seguire pedissequamente le direttive provenienti dallo Stato di origine, come avviene nel caso tedesco, sia senza alcun vincolo, come avviene per esempio nel Senato statunitense.

Gli Stati membri hanno la garanzia di un'autonomia costituzionale e di un'autonomia impositiva e molto spesso si riconosce loro la possibilità di concludere accordi internazionali.

²⁹ Cfr. Bilancia P., *Stato unitario accentrato...* cit., p.43.

³⁰ Sull'argomento si vedano Groppi T., *Il federalismo...* cit., e Ventura S., *Il federalismo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

Tralasciando le suddette caratteristiche strutturali degli ordinamenti politici organizzati in maniera federale, un ultimo elemento che è necessario ribadire, prima di passare all'analisi degli elementi tipici dei federalismi latinoamericani, è quello relativo alla presenza di “un' *affectio foederalis* della società”, ovvero “la necessità di rispondere ad aspirazioni profonde di una società caratterizzata da un pluralismo – non importa se economico, religioso, razziale, storico, linguistico – di tipo territoriale”³¹.

Conseguentemente la causa prima del federalismo dovrebbe individuarsi nella società stessa, ovvero nella volontà di mantenersi, o non mantenersi, uniti; cosicché il “modello federale assume connotazioni diverse in correlazione alla forma di governo entro la quale viene attuato, nonché necessariamente al periodo storico che ne costituisce la premessa ed alla composizione della società che ne costituisce il sostrato”³². Da questo punto di vista le esperienze federali rientrano in una delle manifestazioni possibili del più ampio principio di autonomia, le cui diverse modalità di realizzazione, a seconda delle specificità dei singoli sistemi costituzionali – ed in seguito cercherò di mettere alla luce quelle relative all'America Latina – fanno sì che esistano una pluralità di forme organizzative del principio in questione, tra le quali quella federale riveste storicamente una notevole importanza.

La declinazione del principio di autonomia delle comunità territoriali effettuata dai sistemi di decentramento latinoamericani mi permette di mettere alla luce alcune caratteristiche, al netto delle ovvie differenze tra i singoli ordinamenti costituzionali, di tali federalismi che sono di particolare ‘interesse comparato’ – soprattutto per l'osservatore europeo abituato a sistemi di decentramento che pur non qualificandosi come federali riconoscono un'ampia autonomia alle proprie comunità territoriali – in quanto si tratta della dimostrazione lampante della straordinaria duttilità del principio in questione e dell'estrema varietà che può assumere la ‘formula federale’ nella sua applicazione pratica.

³¹ Cfr. Groppi T., *Il federalismo...* cit., p.12.

³² Cfr. Bilancia P., *Stato unitario accentrato...* cit., p.38.

In primo luogo bisogna evidenziare l'influenza avuta non solo dalla *experiencia fundadora*³³ statunitense sui sistemi costituzionali latinoamericani³⁴, ma anche dalla struttura territoriale importata dalla Spagna in quei territori "a través de los municipios, cabildos, intendencias y diputaciones provinciales"³⁵ che, in quanto "sencillamente divisiones administrativas de un Imperio", hanno impedito lo sviluppo in tali territori di "auténticas instituciones políticas propias con arraigo suficiente como para ser capaces de resistir la presión de la administración central"³⁶. La correlazione tra questi due modelli, ovvero il sistema federale statunitense e il centralismo di marca spagnola, ha fatto sì – come cercherò di evidenziare più avanti – che il sistema federale "no ha llegado a convertirse en realidad en esas repúblicas"³⁷.

Detto ciò è possibile individuare, seguendo la ricostruzione di Raffaele Bifulco³⁸, almeno tre punti d'incontro tra i diversi sistemi federali latinoamericani. Si tratta, innanzitutto, di federalismi nati attraverso un processo dissociazione/disaggregazione³⁹ dal precedente impero coloniale che si caratterizzano per il succedersi – ed è questo il secondo elemento di analogia – di periodi caratterizzati da spinte centrifughe ed altri caratterizzati da spinte centripete, consistenti nella "formazione di fazioni politiche favorevoli e contrarie rispetto all'idea federale"⁴⁰. Infine è possibile riscontare, nella necessità di gestione di ampi territori, la motivazione che ha indotto ad un *favor* dei costituenti per l'organizzazione territoriale federale, analogamente a quanto era avvenuto per gli Stati Uniti d'America.

³³ Si veda Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo...* cit.

³⁴ Si veda De la Cueva M., *La Constitución de 5 de febrero 1857*, in Kruger H., *El constitucionalismo a mediados del siglo XXI*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1957.

³⁵ Cfr. Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.8.

³⁶ Cfr. Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo...* cit., pp.74-75 che riprende le argomentazioni di Wheare K.C., *Del governo federale...* cit.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Si veda Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati*, Vol.II, Torino, Giappichelli, 2012.

³⁹ Sul federalismo cosiddetto disaggregativo si veda Mastromarino A., *Il federalismo disaggregativo: un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁴⁰ Cfr. Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit., p.4.

A ciò si deve aggiungere un ulteriore elemento – la cui funzione è chiaramente ‘defederalizzante’ – che è quello dell’iperpresidenzialismo⁴¹, ovvero la concentrazione del potere nel governo federale e, più nello specifico, nella figura del capo dell’esecutivo, nonché le non rare ‘rotture democratiche’⁴². A tal proposito in precedenza ho segnalato l’intima connessione esistente tra il federalismo e la democrazia nel senso che i due processi si complementano e si sostengono reciprocamente⁴³, è chiaro quindi che il *deficit* democratico che hanno sofferto, anche per lunghi periodi, molti Paesi della subcontinente latinoamericano “haya ido estrechamente unido a la desnaturalización del sistema federal por lo que, a la inversa, el sistema federal no ha podido operar como instrumento democratizador del poder”⁴⁴.

Si è segnalato in precedenza come lo sviluppo dei sistemi federali abbia seguito i mutamenti avvenuti nei sistemi costituzionali in modo che si è passati prima da un tipo di federalismo duale ad un cooperativo, poi da quest’ultimo ad un federalismo competitivo.

Nell’esperienza latinoamericana – a causa del più volte ripetuto influsso statunitense – viene seguito il modello di federalismo duale che ha nella celebre sentenza della Corte Suprema statunitense nel caso *Hammer versus Dagenhart*⁴⁵ la sua più chiara enunciazione, che ribadisce la separazione tra la sfera dei poteri degli Stati membri e della Federazione prevista, tra le altre cose, dal X emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d’America⁴⁶.

⁴¹ Si veda sul tema l’interessante contributo di Guidi G., *La concezione latinoamericana della divisione dei poteri. Il carattere ibrido delle Costituzioni. Il loro valore messianico*, in *Studi Urbinati*, Anno LXXVII, 2010. Sull’iperpresidenzialismo nel caso argentino Salvino T., *L’Argentina tra democrazia e golpe*, Milano, Franco Angeli, 2012.

⁴² Si veda Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit.

⁴³ Sul punto si veda Schambeck H., *Posibilidades y limites del federalismo*, in *Documentación Administrativa*, n.193, 1982.

⁴⁴ Cfr. Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., pp.10-11.

⁴⁵ In tale caso – *Hammer v. Dagenhart* 247 U.S. 251 (1918) disponibile in <http://supreme.justia.com> – la Corte Suprema ha giudicato una legge del 1916, relativa al commercio interstatale di prodotti industriali e età lavorative dei bambini, incostituzionale in quanto il Congresso avrebbe utilizzato il potere di regolamentazione del commercio interstatale in modo improprio ovvero ingerendo con la prerogativa di regolamentazione dei singoli Stati nelle materie di lavoro e produzione industriale.

⁴⁶ Il X emendamento prevede che “the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”.

I testi costituzionali dell'aerea optano, quindi, per una rigida separazione tra le competenze del livello federale e quelle delle entità federate con una clausola di residualità a favore di quest'ultime⁴⁷. Con riferimento agli ordinamenti di si occuperà questo lavoro, ovvero l'Argentina ed il Messico, prevedono nelle rispettive costituzioni disposizioni analoghe a quelle del X emendamento statunitense, così la Costituzione argentina stabiliva già nel testo originario del 1853 che “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”⁴⁸, mentre la Costituzione messicana enunciava nel testo originario del 1917 il principio della sovranità condivisa tra la Federazione e gli Stati membri⁴⁹.

Nonostante tali previsioni costituzionali formali che richiamano, almeno a livello ideale, l'esperienza statunitense, non può non segnalarsi come “desde los primeros momentos aparecería una pauta tendencial centralizadora del poder político en la Federación y, particularmente en el Ejecutivo federal”⁵⁰, passando da un modello teorico di federalismo duale ad un pratico di semplice *descentralización administrativa*⁵¹.

Come è facile comprendere la logica centralizzatrice dei sistemi federali latinoamericani divenne ancora più marcata quando l'*experiencia fundadora* statunitense abbandonò – come conseguenza del passaggio storico, di cui ho già detto, da un modello di stato liberale ad un modello di stato sociale – una concezione del federalismo vissuta in chiave conflittuale a favore di un modello di federalismo cooperativo in cui si passa dalla reciproca separazione, a volte addirittura in chiave conflittuale tra i due livelli, ad una “crescita del ruolo del governo centrale accompagnata però, a scopo di riequilibrio, dall'affermazione di moduli e strumenti di cooperazione-collaborazione tra istituzioni, sia in senso orizzontale che

⁴⁷ Si veda Carpizo J., *Federalismo en Latinoamérica*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1973.

⁴⁸ Si veda l'art.101 del testo costituzionale argentino del 1853. Una previsione analoga è contenuta nell'attuale art.121.

⁴⁹ L'art.40 della Costituzione messicana vigente – come anche quello originario del 1917 che differisce dall'attuale per pochissimi elementi – prevede che “es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

⁵⁰ Cfr. Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., p.18.

⁵¹ Sul punto si veda Durand C., *El Estado federal en el derecho positivo*, in Berger C., *Federalismo y federalismo europeo*, Madrid, Tecnos, 1965.

verticale”⁵². Si può infatti notare come, dinanzi al chiaro fallimento del sistema di *federalismo centralizado*, si sia innescato un processo, seppur lento, di riformulazione del principio federale che non va nella direzione di ripensamento dello stesso, bensì nella creazione di moduli cooperativi tra federazione ed entità federate⁵³.

Prima di iniziare con la comparazione di alcuni aspetti dei sistemi di decentramento messicano e argentino mi sembra necessario evidenziare alcuni elementi che possano chiarire meglio la portata dell'analisi che segue.

Il fine principale delle parti successive di questo lavoro non sarà quello di effettuare una comparazione *in toto* dei sistemi federali argentino e messicano, bensì quello di mettere alla luce come anche in questi due casi – il cui maggiore elemento di incontro è costituito dal soffrire, fin dall'esperienza costitutiva, di palesi e 'patologiche' tendenze accentratrici – l'aver scelto un'organizzazione di tipo federale sia stata, come d'altro canto è avvenuto altrove, la via naturale per dare una risposta adeguata ad una situazione di pluralismo non solo territoriale, ma anche economico, sociale ed etnico⁵⁴.

Il federalismo quale “espressione concreta di pluralismo territoriale”⁵⁵ o, volgendo lo sguardo agli aspetti socioculturali del fenomeno, è “il pluralismo culturale che caratterizza una comunità politica di ampie dimensioni (...) a giustificare il modulo organizzativo del federalismo”⁵⁶ sono le idee base della successiva analisi che – pur con i noti limiti sia del sistema argentino che di quello messicano, in cui la natura accentratrice della Costituzione materiale mortifica le previsioni in senso federale della Costituzione formale – rendono configurabile un sistema in cui la formula federale permette di coniugare il principio di autonomia con l'unità complessiva dell'ordinamento.

⁵² Cfr. Groppi T., *Il federalismo...* cit., p.70.

⁵³ Si veda sul punto Carmagnani M., *Federalismo latinoamericanos: México-Brasil-Argentina*, México, El Colegio de México-Fondo de cultura Económica, 1993.

⁵⁴ Sul punto si veda Groppi T., *Il federalismo...* cit.

⁵⁵ Cfr. Paddinson R., *Il federalismo: diversità regionale nell'unione nazionale*, in Brosio G., *Governo decentralizzato e federalismo. Problemi ed esperienze internazionali*, Bologna, Il Mulino, 1997, p.27.

⁵⁶ Cfr. de Vergottini G., *Stati federali e Stati regionali*, in Gambino S. (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, Maggioli, 1998, p.43.

Seguendo il filo conduttore costituito dalla peculiare declinazione accentratrice del principio di autonomia e del pluralismo territoriale, effettuata sia dal modello federale argentino che da quello messicano, saranno oggetto di analisi comparata, nelle parti successive di questo lavoro, non solo gli aspetti tipici di qualsiasi analisi sui sistemi di decentramento – quindi il riparto costituzionale delle competenze legislative e della potestà impositiva delle entità federate – ma anche la configurazione istituzionalmente asimmetrica delle due capitali federali.

2. Dios está en todas partes pero atiende en Buenos Aires (y en Ciudad de México): la logica accentratrice del federalismo argentino e di quello messicano. Uno sguardo d'insieme ai due sistemi di decentramento

La comprensione di un sistema federale richiede, come ho già sottolineato in precedenza, l'approfondimento della sua evoluzione storica. Ciò risulta ancora più importante per l'analisi di due sistemi federali, come quello argentino e messicano, che, pur avendo adottato uno schema costituzionale ispirato al modello statunitense per quanto riguarda l'autonomia delle proprie entità federate, risentono fortemente dell'influsso del sistema coloniale spagnolo, la cui caratteristica fondamentale può essere individuata nel centralismo esercitato dalla capitale dell'impero⁵⁷, e perciò convertono i modelli costituzionali analizzati, pur formalmente federali, in sistemi di decentramento 'anomali', ovvero caratterizzati da forti 'accenti' centralistici⁵⁸.

⁵⁷ Afferma condivisibilmente sul tema Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., p.8: "la adopción del federalismo no responde a una mera mimesis del modelo norteamericano; por otro lado, el sistema federal o, más bien, los sistemas federales latinoamericanos, pues existen diferencias notables entre algunos de ellos, nos presentan particularidades propias".

⁵⁸ Sull'evoluzione storica di tali modelli si vedano, tra gli altri: Armenta López L.A., *La forma federal de Estado*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005; Barragán Barragán J., *El federalismo como forma de gobierno y no de Estado. El caso mexicano*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nn.38/39, 2002; Bazán V., *El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas*, in *Estudios Constitucionales*, n.1, 2013; Bazán V., *El sistema federal argentino: actualidad y perspectivas*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013; Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.; Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo...* cit.; Carpizo J., *Federalismo en Latinoamérica...* cit.; Carpizo J., *Sistema federal mexicano*, in *Los sistemas federales del continente americano*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1972; Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit.; Frondizi S., *El federalismo en la República Argentina*, in *Los sistemas federales del continente americano...*cit.; Hernández A.M., *Presidencialismo y federalismo en*

La nascita dello Stato federale argentino è il risultato di un lungo e travagliato processo storico che ha la sua origine nella rivoluzione del maggio 1810 quando, in seguito alla detronizzazione di re Ferdinando VI da parte di Napoleone, i cittadini di Buenos Aires, guidati da Manuel Belgrano, si resero indipendenti dalla madre patria. È in questo periodo che viene promulgato il *Reglamento de los Poderes*, primo documento argentino a carattere costituzionale, in cui si sanciva la separazione dei poteri e si proclamava il principio dell'*habeas corpus*⁵⁹.

Il dato essenziale del periodo iniziale di indipendenza – almeno per quanto riguarda gli elementi correlati al futuro assetto federale – è che, analogamente a quanto vedremo con riferimento al caso messicano, i protagonisti furono i municipi⁶⁰. In questo primo frangente le Province, che vennero create tra il 1813 e il 1820 come divisioni amministrative, nella stragrande maggioranza dei casi per iniziativa del stesso governo centrale, non ebbero alcun ruolo: ad avviare il processo rivoluzionario fu prima il *Consejo de Buenos Aires*, seguito poi da altri consigli municipali. Ciò ebbe naturalmente un chiaro impatto nella costruzione del futuro stato federale poiché “parece fuera de toda duda que el sistema municipal colonial será uno de los elementos desencadenantes, decenio después, del federalismo argentino”⁶¹.

In seguito alla proclamazione dell'indipendenza dalla Spagna, che avviene formalmente con il congresso di Tucumán del 1816, inizia un lungo periodo caratterizzato non solo da “un costane tejer y destejer constitucional”⁶², ma anche da violenti conflitti tra gli *unitarios* – ovvero la classe dirigente della capitale, in

Argentina, in *www.federalismi.it*, 2010; Hernández A.M., *El federalismo argentino*, in Id., *Derecho público provincial*, Buenos Aires, 2011; Linares Quintana Segundo V., *La garantía del principio federal en la Constitución argentina*, in *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, Tomo I, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988; López Rosas J.R., *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970; Sagüés P.N., *Constituciones Iberoamericanas. Argentina*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2006; Valencia Carmona S., *En torno al federalismo mexicano*, in Hernández A.M., Valadés D., *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

⁵⁹ Si veda sul tema López Rosas J.R., *Historia constitucional argentina...* cit.

⁶⁰ Sul tema si vedano: Carpizo J., *Federalismo en Latinoamérica...* cit.; Sánchez Viamonte C., *Manual de derecho político*, Buenos Aires, Editora Bibliográfica Argentina, 1959.

⁶¹ Cfr. Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., p.35.

⁶² Cfr. Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo...* cit., p.70.

maggioranza liberale e di ispirazione monarchica, che da lì aspirava a controllare tutto il Paese – e i *federales*, composti dalle classi popolari con in testa i *caudillos* della provincia, per lo più di ispirazione repubblicana, che, per ovvi motivi, propendevano per una soluzione federale. Il già citato *tejer y destejer* costituzionale fa sì che – prima di giungere al testo attuale che è quello del 1853 con le successive modifiche – si facciano diversi tentavi⁶³, reiteratamente rifiutati dalle Province, soprattutto a causa degli aspri contrasti politici e militari cui si è appena fatto riferimento. Mentre a livello centrale si combatteva e si discuteva sulla forma di Stato da far assumere all'Argentina, le Province venivano nel contempo governate sostanzialmente dai rispettivi *caudillos*, approvavano in alcuni casi le proprie Costituzioni e, quale elemento ancora più rilevante, iniziavano a stringere dei trattati interprovinciali.

I suddetti patti tra le Province saranno di decisiva influenza sulla successiva Costituzione federale del 1853 – ed è questo il motivo per cui se ne è evidenziata la rilevanza – in quanto contribuirono a strutturare giuridicamente il Paese⁶⁴. Infatti anche se a partire dal rifiuto della Costituzione del 1819 le varie Province furono “en estado de hacer por sí mismas lo que más convenga a sus intereses y régimen interior”⁶⁵, si mantenne una seppur ‘informe ed informale’ struttura politico-istituzionale comune, quella delle *Provincias Unidas del Río de la Plata*, che fu gradualmente irrobustita e la cui continuità fu garantita proprio dai patti interprovinciali⁶⁶, a cui fa riferimento lo stesso preambolo della Costituzione vigente. I *pactos preexistentes*⁶⁷ a cui fa cenno il preambolo della Costituzione⁶⁸ sono: il

⁶³ Tralasciando i progetti costituzionali del 1813 e 1818, nonché gli *estatutos provisionales* del 1815 e 1816, vennero approvati tre testi costituzionali, rispettivamente nel 1819, 1825, 1826.

⁶⁴ Sul punto si veda Linares Quintana Segundo V., *La garantía del principio federal...* cit.

⁶⁵ Sono le parole utilizzate dal *cabildo* di Buenos Aires – che assunse il controllo della città e della provincia in seguito alla vittoria, il 1 febbraio del 1820, delle forze federali nella *batalla de Cepada* e la conseguente dissoluzione del *congreso general* e la rinuncia del *directorio* – riportate da Longhi L., *Génesis e historia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945.

⁶⁶ È questa l'opinione, da me naturalmente condivisa, di Sagüés P.N., *Constituciones Iberoamericanas...* cit.

⁶⁷ Si veda la ricostruzione di Sagüés P.N., *Constituciones Iberoamericanas. Argentina...* cit.

⁶⁸ Recita tale preambolo: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo

Tratado del Pilar del 23 febbraio del 1820, sottoscritto dalle Province di Buenos Aires, Santa Fe ed Entre Ríos, che riconosce l'esistenza di una nazione, il cui sistema di governo deve essere federale, ed esprime la volontà di riunire i contraenti in un'assemblea; il *Tratado de Benegas*, elaborato il 24 novembre 1820 da Santa Fe e Buenos Aires; il *Tratado del Cuadrilátero*, firmato il 25 gennaio 1822 tra Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos e Corrientes, in seguito al quale si costituì il congresso costituente che elaborò la fallimentare costituzione del 1826; il *Pacto Federal* del 1831, siglato in seguito al fallimento della *Convención Nacional de Santa Fe*, che riconosce l'esistenza di uno Stato argentino organizzato come repubblica federale. Tale ultimo documento – analogamente ai più famosi *Articles of Confederation and Perpetual Union* tra i 13 Stati fondatori statunitensi – resse il sistema istituzionale confederale argentino fino all'approvazione del testo costituzionale del 1853.

Il *Pacto Federal* del 1831 fornì lo schema di base grazie al quale si poté avviare il processo costituente a partire dalla sconfitta nel febbraio del 1852 del *caudillo* di Buenos Aires Juan Manuel de Rosas, che era riuscito fino a quella data “a mantenere il proprio potere autocratico anche in mancanza di un'espressa attribuzione da parte di un documento costituzionale”, in forza del fatto che la sua Provincia si era fatta “carico degli affari esteri e del pagamento del debito di tutta la Confederazione”⁶⁹. Con l'*Acuerdo de San Nicolás* del 31 maggio 1852 – firmato da tutte le Province ad eccezione di Buenos Aires che si separò per più di un quinquennio dalla Confederazione argentina – a cui parteciparono la maggior parte dei governatori, venne creato il *Congreso General Constituyente*, composto da due rappresentanti per Provincia ed avente competenze sia costituenti che legislative ordinarie.

Il *Congreso General Constituyente*, riunito a Santa Fe, firmò il 1 maggio del 1853 la *Constitución de la Confederación Argentina*⁷⁰ tuttora vigente⁷¹ – entrata in vigore

que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”.

⁶⁹ Cfr. Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit., p.16.

⁷⁰ Sull'utilizzo del termine di confederazione chiarisce Sagüés P.N., *Constituciones Iberoamericanas. Argentina...* cit., p.29: “Pese a que adoptaba el título de Constitución de la Confederación Argentina, y que reiteraba muchas veces en el texto la palabra Confederación (artículos 3o., 5o., 13, etcétera), lo cierto es que en otros artículos se empleó el término federal (artículos 1o., 6o., 27, etcétera), que era el que más se ajustaba a la estructura política adoptada”.

⁷¹ Il testo attuale della *Constitución de la Nación Argentina* è il risultato di diverse riforme avvenute nel 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 e, da ultimo, 1994. Sul contenuto di tali riforme si veda il

il 25 maggio – il cui percorso costituente venne completato nel novembre del 1859 quando, in seguito alla sconfitta delle truppe dello Stato di Buenos Aires da parte delle truppe confederali nella celebre battaglia di Cepeda, con il *Pacto de Unión de San José de Flores*, Buenos Aires torna ad essere parte integrante della Federazione, previa riforma della Costituzione del 1860.

Il percorso costituzionale descritto in precedenza, che portò alla promulgazione dell'attuale Costituzione argentina, viene riassunto dalla dottrina⁷² suddividendolo in tre periodi: il *constitucionalismo precario y transitorio*, che è quello che va dal 1810 al 1831 ed è caratterizzato, come abbiamo visto, da “*inestabilidad y disgregación*” e dal succedersi di “*distintos regímenes y autoridades, así como varios documentos de nivel constitucional*”⁷³; la fase, tra il 1831 ed il 1852, del *constitucionalismo inórganico o de la Conferación Argentina*; ed infine la fase del *constitucionalismo organico* a partire dalla Costituzione del 1853 – fortemente influenzata dall'opera di Juan Batista Alberti⁷⁴ – con la quale l'Argentina divenne una repubblica federale, completando così il percorso iniziato con la rivoluzione del maggio 1810.

Volgendo lo sguardo alla storia costituzionale messicana e, più nello specifico, alla nascita del sistema federale di quel Paese, quello che emerge è che – a differenza del caso argentino in cui, a partire dalla trasformazione della sovranità originaria delle Province in autonomia con la Costituzione del 1853, il principio federale non venne più messo in dubbio⁷⁵ – la questione federale venne subito politicizzata, sicché, per tutta la prima metà del XIX secolo, il Messico si trovò nella ‘bizzarra’ situazione per cui ebbe un'organizzazione federale o unitaria a seconda del partito al governo⁷⁶. A proposito della politicizzazione dell'idea federale, si può affermare,

contributo di Marquez A.M., *Constitución de la nación argentina: su sanción y sus reformas*, in www.federalismi.it, 2013.

⁷² Si veda sul punto Sagüés P.N., *Constituciones Iberoamericanas. Argentina...* cit., ripreso, tra gli altri, da Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.

⁷³ Cfr. Sagüés P.N., *Constituciones Iberoamericanas. Argentina...* cit., p.3.

⁷⁴ Mi sto riferendo a Alberti J.B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, disponibile in www.hacer.org, 1852. Sull'enorme influenza del pensiero di Juan Batista Alberti sul pensiero costituzionale argentino si veda, tra gli altri, Hernández A.M., *El federalismo argentino...* cit. e la bibliografia ivi citata.

⁷⁵ Si veda sul punto Linares Quintana Segundo V., *La garantía del principio federal...* cit.

⁷⁶ Si veda sul tema Carpizo J., *Federalismo en Latinoamérica...* cit. Afferma sul punto Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo...* cit., p.70: “en medio del continuo caos político del período

seguendo la ricostruzione di Fix Zamudio e Valencia Carmona, che “in Messico il federalismo è stato molto più che un sistema di distribuzione geografica delle competenze: la sua unione iniziale con il liberalismo, il fatto di essere questo fonte, predecessore o parente, reale o artificiale del progressismo e del rivoluzionarismo messicani, uniscono il federalismo al progresso ed alla rivoluzione e lo oppongono al centralismo, al conservatorismo e alla controrivoluzione”⁷⁷. Quanto fin qui detto con riferimento al fatto che il principio federale in Argentina non sia stato messo in discussione – al contrario di quanto avvenuto in Messico – non crea una discriminante, se non a livello meramente formale, tra i due sistemi federali, in quanto la *conducción centralizada*⁷⁸ delle entità federate è, come vedremo meglio in seguito, il maggior elemento di contatto tra i due modelli di decentramento.

Il Messico è stato il primo Stato del panorama comparato latinoamericano ad assumere la formula federale come proprio sistema di decentramento sicché – si può affermare senza paura di essere smentiti – che “ha sido en México la idea federal una fuerza que atraviesa su historia”⁷⁹.

Sull'ingresso di tale idea nel sistema messicano – e quindi sull'origine del federalismo nel Paese – sono state costruite tre differenti ipotesi storico-costituzionali.

Secondo una prima postura⁸⁰, invero poco plausibile per ovvie motivazioni storiche, l'origine del sistema federale sarebbe da rinvenire nell'organizzazione territoriale del periodo precoloniale⁸¹, durante il quale esistevano diverse comunità

caudillista que dominó la vida nacional entre 1824 y 1855, el tipo de Estado (federalista o federal) vigente en el país dependió mucho más del carácter de sus gobiernos que de la naturaleza de sus Constituciones”.

⁷⁷ Cfr. Fix Zamudio H., Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México D.F., Porrúa, 2001, p.939, citato da Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.

⁷⁸ Cfr. Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., p.37.

⁷⁹ Cfr. Valencia Carmona S., *En torno al federalismo mexicano...* cit., p.359.

⁸⁰ Si vedano, tra gli altri, Cue Cánovas A., *El federalismo mexicano*, México D.F., Libro Mex Editores, 1960; Romerovargas Iturbide I., *La organización política de Anáhuac*, México D.F., Libros Luciérnaga, 1957; Romerovargas Iturbide I., *La Cámara de Senadores de la República mexicana*, México D.F., Ediciones del Senado de la República, 1967.

⁸¹ Sul punto afferma Valencia Carmona S., *En torno al federalismo mexicano...* cit., p.360: “Hasta ahora, sin embargo, no puede considerarse fundada la tesis que comentamos, en virtud de que no se ha demostrado que nuestros primeros constituyentes se hubiesen inspirado en tan lejano pasado, así como por lo aventurado de equiparar la organización indígena con la federal, creadas y formuladas para realidades y tiempos diversos”.

territoriali unite da una rete di alleanze che renderebbe configurabile un sorta di patto confederale.

Una diversa corrente di pensiero – che fu, tra le altre cose, la prima a svilupparsi – farebbe risalire il sistema federale messicano ad una semplice imitazione del più famoso sistema statunitense, favorita inoltre da un'intensa attività di 'marketing ideologico' ad opera degli stessi politici statunitensi. Tale postura viene autorevolmente sostenuta dal de Tocqueville che, nella sua più celebre opera, sottolinea come “gli abitanti del Messico, volendo stabilire il sistema federale, presero per modello e copiarono quasi interamente la Costituzione federale degli Anglo-americani, loro vicini”⁸². A dimostrazione del fatto che l'implementazione di un sistema federale necessita di elementi extragiuridici⁸³ che trascendono il mero dato costituzionale ed istituzionale, lo studioso francese evidenzia come i messicani “portando nel loro Paese la lettera della legge, non poterono portare, nello stesso tempo, anche quello spirito che le dà vita. Li si vide, così impigliarsi di continuo negli ingranaggi del loro doppio governo. La sovranità degli Stati e quella dell'Unione, uscendo dall'ambito che la Costituzione aveva loro dato, penetrarono ogni giorno una dentro l'altra”⁸⁴.

La terza ed ultima ipotesi⁸⁵ fa riferimento all'organizzazione territoriale dell'ultimo periodo coloniale. Secondo tale postura storico-costituzionale le radici del principio federale in Messico risalgono in primo luogo al sistema delle intendenze, di 'marca' francese, impiantate nel territorio della Nuova Spagna a partire dal 1786; a ciò si aggiunga, in maniera analoga a quanto detto con riferimento al caso argentino, il ruolo giocato dai municipi quali 'motori' dei primi *movimientos liberadores*; e da ultimo si consideri l'organizzazione territoriale della Costituzione

⁸² de Tocqueville A., *La Democrazia in America*, Milano, Mondadori, 2009, p.197.

⁸³ Non si può che concordare pienamente con l'idea di Livingston W.S., *A Note on the Nature of Federalism*, in *Political Science Quarterly*, Vol.67, 1952, che afferma: “The essential nature of federalism is to be sought for, not in the shadings of legal and constitutional terminology, but in the forces – economic, social, political, cultural – that have made the outward forms of federalism necessary”.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Si vedano, tra gli altri, Burgoa I., *Derecho constitucional mexicano*, México D.F., Porrúa, 1973; Lee Benson N., *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México D.F., El Colegio de México, 1955; O'Gorman, E., *Breve historia de la divisiones territoriales*, México D.F., Editorial Polis, 1937; De la Cueva M., *La Constitución del 5 de febrero de 1917...* cit.; Carpizo J., *Sistema*

di Cadice del 1812 che, nonostante sia stata in vigore in Messico solo nei periodi 1813-1814 e 1820-1823, non solo vide la partecipazione alla sua stesura di 17 rappresentanti delle colonie messicane, ma, ancora più importante, creò un sistema di decentramento della colonia messicana basato sulle *diputaciones provinciales* – corrispondenti, come demarcazione territoriale, alle intendenze – le quali svolsero fin da subito un'intensa attività politica, divenendo “interesantes receptáculos de las inquietudes locales”⁸⁶.

Furono proprio le deputazioni provinciali ad essere il ‘motore’ del processo di indipendentizzazione, così avvenne che nel lasso di tempo, noto come *Imperio de Iturbide*, compreso tra l'indipendenza dalla Spagna – nell'agosto del 1821 con i *Tratados di Córdoba* – e la proclamazione della repubblica federale nel 1824, le diverse province si costituirono gradualmente in Stati sovrani, mentre contemporaneamente iniziavano le riunioni del congresso costituente che portarono all'approvazione, il 31 gennaio del 1824, dell'*Acta Constitutiva de la Federación Mexicana*, il cui articolo 5 stabiliva l'adozione della *forma de republica representativa popular federal*⁸⁷. Tale previsione venne poi confermata nell'articolo 4 della *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* del 4 ottobre del 1824.

Con tale Costituzione che si ispirava chiaramente al modello statunitense – è plausibile quindi un'ipotesi alternativa a quelle descritte in precedenza che coniughi l'imitazione del modello federale di Filadelfia con l'organizzazione territoriale dell'ultimo periodo coloniale – si inaugurò il periodo della cosiddetta “oscilación constitucional”⁸⁸ tra federalismo, difeso dalle forze liberali, e centralismo, di cui fecero la loro bandiera i conservatori. Fu un periodo di intensi scontri tra le forze politiche in campo in cui all'endemica debolezza dello Stato federale si diede

federal mexicano...cit.; Valencia Carmona S., *El Poder Ejecutivo latinoamericano*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

⁸⁶ Cfr. Valencia Carmona S., *En torno al federalismo mexicano... cit.*, p.360.

⁸⁷ Tale periodo convulso viene ben riassunto da Valencia Carmona S., *En torno al federalismo mexicano... cit.*, p.361 che evidenzia l'esistenza di “un hilo conductor de la descentralización política, que arranca de las intendenencias, se recrea en los cabildos, se fortalece con la aparición de las diputaciones provinciales e intensifica en el periodo comprendido de septiembre de 1821 (proclamación de la independencia) a 1824 (año en que se expide la primera Constitución federal), pues en dicho lapso las provincias, que llegaron a alcanzar el número de veintitrés, combatieron con firmeza para que se reconociera su existencia y su autonomía”.

risposta con delle 'pulsioni' centralistiche che condussero, nei periodi di prevalenza delle forze conservatrici, a due riforme costituzionali – la *Siete Leyes Constitucionales* del 1836 e la *Bases Orgánicas de la República Mexicana* del 1843 – di chiara impronta antifederale. Quest'ultimo assetto istituzionale non entrò mai veramente in vigore a causa non più dei contrasti politici interni, ma della guerra che vide lo Stato messicano essere sconfitto dagli Stati Uniti e perdere un terzo del suo territorio⁸⁹. A tale periodo, che fu "la fase forse più traumatica della storia messicana"⁹⁰, seguì la restaurazione – attraverso l'*Acta Constitutiva y de Reformas* del 1847⁹¹ – della Costituzione federale del 1824 con alcune riforme.

L'alternanza al potere tra conservatori e liberali – con la conseguente oscillazione tra un sistema, almeno formalmente, federale ed uno, anche formalmente, centralista – terminò con la definitiva affermazione di questi ultimi e la promulgazione della Costituzione del 1857 che consacrò definitivamente l'organizzazione federale dello Stato messicano. A partire da tale documento costituzionale "aunque el federalismo retornó a la norma constitucional su aplicación efectiva fue bastante relativa"⁹² per tre motivazioni a carattere, ancora una volta, politico: in primo luogo perché gli scontri tra conservatori e liberali continuarono impedendo il consolidamento del sistema istituzionale; a ciò si aggiunga che nel periodo 1861-1865 il Messico fu governato, in seguito ad un intervento militare francese, da Massimiliano I d'Asburgo; ed infine si consideri il lungo governo dittatoriale di Porfirio Díaz che – secondo quella che abbiamo visto essere una consuetudine dei sistemi federali latinoamericani in generale ed argentino e messicano in particolare – "redujo las instituciones constitucionales a un nivel puramente semántico, el federalismo sólo existía en el papel, en la realidad prevalecía un gobierno cada vez más central"⁹³.

L'organizzazione federale del Messico venne definitivamente sancita dalla Costituzione del 1917 tuttora vigente – nata con l'intento di modificare la

⁸⁸ Cfr. Fix Zamudio H., Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano...* cit., p.943.

⁸⁹ Gli Stati Uniti sulla base del Trattato di pace di Guadalupe Hidalgo del 1848 si annetterono il Texas, la California, il Nuovo Messico, il Nevada, l'Arizona e parte del Colorado e dell'Utah.

⁹⁰ Cfr. Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit., p.9.

⁹¹ La parte III dell'*Acta Constitutiva* stabilisce che "la acta constitutiva y la Constitución federal sancionadas en 31 de Enero y 24 de Octubre de 1824, forman la única Constitución política de la República".

⁹² Cfr. Valencia Carmona S., *En torno al federalismo mexicano...* cit., p.363.

⁹³ *Ibidem*.

Costituzione del 1857, ma che condusse ad un testo del tutto nuovo da ultimo modificato nel luglio 2014 – che stabilisce come “es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”⁹⁴.

Una comparazione *tout court* dei modelli di decentramento messicano ed argentino, come già detto in precedenza, esula dai fini e dalle possibilità di questa ricerca, sicché dopo aver confrontato l'evoluzione storica dei due modelli uno degli aspetti appare necessario analizzare – dopo averlo già in precedenza accennato – è quello relativo alla logica accentratrice che rappresenta il punto dolente sia del sistema federale argentino che di quello messicano.

Al fine di sintetizzare tale ‘disfunzione’ dei due federalismi latinoamericani ho utilizzato, nel titolo di questo paragrafo, un vecchio adagio – *Dios está en todas partes pero atiende en Buenos Aires*, modificandolo in modo da ricomprendervi il caso messicano – utilizzato dagli argentini *no porteños*, ovvero quella parte della popolazione che non vive a Buenos Aires, per indicare i danni causati dal centralismo e, conseguentemente, la mancanza di effettività delle previsioni costituzionali in tema di federalismo.

Uno dei motivi per cui i costituenti argentini e messicani fecero, come abbiamo ampiamente discusso, largo uso dell'esperienza statunitense era proprio quello di voler evitare uno schema istituzionale improntato al centralismo, in quanto tali popoli “escarmentados del centralismo ejercido durante siglos desde Madrid, contemplaban con aprensión el nuevo centralismo que se pretendía ejercer (...) desde las ciudades de México o Buenos Aires”⁹⁵. La preoccupazione dei costituenti era – come ha dimostrato la storia costituzionale dei due Paesi – più che fondata in quanto Argentina e Messico rappresentano la ‘prova provata’ di come “una nazione può avere una Costituzione federale, ma in pratica attuare tale Costituzione in maniera

⁹⁴ Si veda l'art.40 della *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. L'attuale versione di tale articolo, per come modificato dal decreto pubblicato nel *Diario Oficial de la Federación* il 30 novembre 2012, aggiunge l'aggettivo “laica” alle caratteristiche della Repubblica.

⁹⁵ Cfr. Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., pp.7-8, che riprende l'idea di De la Cueva M., *La Constitución de 5 de febrero 1857...* cit.

che il governo non rispetti il principio federale”⁹⁶. Ciò ha fatto muovere i due sistemi di decentramento verso una forma di *federalismo centralizado* in cui “los poderes regionales y locales dependen totalmente de decisiones de alcance nacional tomadas por el poder central”⁹⁷.

Tralasciando per il momento i profili del riparto competenziale e dell'autonomia finanziaria delle entità federate, di cui ci si occuperà in seguito e da cui è possibile trarre diversi 'indizi' a riguardo della tendenza accentratrice dei due sistemi federali – in quanto si può osservare per esempio, per quanto concerne le competenze, un'espansione paulatina di quelle del livello federale e, con riferimento alla distribuzione delle risorse finanziarie, un relazione di quasi totale dipendenza economica degli enti decentrati nei confronti dello Stato centrale – si evidenzieranno in seguito alcune delle cause della “notoria discordancia entre la constitución normativa y la realidad vigente”⁹⁸.

Per quanto riguarda il Messico bisogna far riferimento, ancora una volta, alla storia costituzionale del Paese per comprendere appieno quella che viene a ragione definita la *lógica centralizadora del sistema federal*⁹⁹.

Sebbene la Costituzione del 1917 abbia consacrato il principio federale al “rango de dogma político constitucional”¹⁰⁰ – in quanto garanzia non solo di una maggiore democraticità del sistema, ma anche di una maggiore efficacia dell'azione di governo in un territorio ampio come quello messicano – non si può non evidenziare come sia avvenuta una progressiva “expansión o ampliación de la órbita federal, el cual causó desequilibrios y efectos desfavorables al sistema federal”¹⁰¹, dovuta principalmente a

⁹⁶ Cfr. Wheare K.C., *Del governo federale...* cit., p.65.

⁹⁷ Cfr. López Aranguren E., *El federalismo americano las relaciones entre poderes en Estados Unidos*, Madrid, IEAL, 1987, p.57. L'Autore aggiunge alla tipica classificazione in federalismo duale, cooperativo, neofederalismo, quella del *federalismo centralizado* di cui i sistemi federali in esame rappresentano gli archetipi.

⁹⁸ Cfr. Hernández A.M., *Presidencialismo y federalismo...* cit., p.22.

⁹⁹ Si vedano sul punto Armenta López L.A., *La forma federal de Estado...* cit.; Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.; Fernández Segado F., *Reflexiones críticas en torno al federalismo en América Latina*, in Alfredo Arismendi A., Caballero Ortiz J., *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Editorial Civitás, 2003; Serna de la Garza J.M., *La lógica centralizadora del sistema federal mexicano*, in Oropez García A., *México-China. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2012; Valencia Carmona S., *En torno al federalismo mexicano...* cit.

¹⁰⁰ Cfr. Valencia Carmona S., *En torno al federalismo mexicano...* cit., p.367.

¹⁰¹ *Ibidem*.

motivazioni di ordine politico legate alle vicende della cosiddetta *dictadura perfecta*¹⁰². Senza entrare nello specifico dell'analisi delle cause di una così lunga permanenza al potere di un partito egemonico – che, seppur interessanti, hanno un'importanza secondaria ai fini di questa ricerca – quello che mi interessa sottolineare è come tale situazione abbia avuto un chiaro 'effetto disfederalizzante'¹⁰³ sul sistema di decentramento messicano, attraverso la duplice tecnica delle continue revisioni costituzionali e del ruolo egemonizzante svolto dal *Partido Revolucionario Institucional*.

Per quanto concerne il tema delle riforme della Costituzione il numero degli interventi costituzionali ha raggiunto l'impressionante cifra di 216¹⁰⁴, che serve ad indicare la deprecabile tendenza – per altro non per nulla diminuita in seguito al passaggio ad un sistema politico realmente pluralista – a ricorrere in maniera illimitata alla revisione costituzionale ogniqualvolta si renda necessario ampliare le competenze federali.

Esemplificativa a tal proposito è la vicenda relativa alle riforme dell'art.73 – regolante le materie di competenza del *Congreso* messicano – che è stato riformato per ben 71 volte¹⁰⁵, sicché ogni volta che vi è stata necessità di ampliare i poteri della Federazione non si è ricorso, come è avvenuto in altri ordinamenti, alla dottrina dei poteri impliciti, ma si è preferito 'più semplicemente' riformulare il testo della previsione costituzionale sul tema¹⁰⁶.

¹⁰² L'espressione è dello scrittore peruviano Mario Vargas Llosa, il quale il 30 agosto del 1990 si riferì in tal modo al governo del *Partido Revolucionario Institucional*, che ha mantenuto il potere in Messico dal 1929 al 2000, affermando: "México es la dictadura perfecta. La dictadura perfecta no es el comunismo. No es la URSS. No es Fidel Castro. La dictadura perfecta es México. Es la dictadura carnuflada. Tiene las características de la dictadura: la permanencia, no de un hombre, pero sí de un partido. Y de un partido que es inarnovible".

¹⁰³ Afferma sul punto Fernández Segado F., *Reflexiones críticas en torno al federalismo...* cit., p.110: "La tradicional concentración de poder en el gobierno federal y, dentro de éste, en el presidente, de lo que constituye ejemplo paradigmático el presidencialismo mexicano, ha contribuido fuertemente a la desfederalización".

¹⁰⁴ Si vedano i dati – aggiornati al 18 febbraio 2014 – relativi agli interventi di riforma costituzionali, contenuti sul sito web della *Cámara de Diputados* (www.diputados.gob.mx).

¹⁰⁵ Si vedano i dati – aggiornati al 18 febbraio 2014 – relativi agli interventi di riforma costituzionali dell'art.73 della Costituzione, contenuti sul sito web della *Cámara de Diputados* (www.diputados.gob.mx).

¹⁰⁶ Sul tema si veda quanto si dirà nella parte relativa al riparto delle competenze legislative nei sistemi federali argentino e messicano.

Il periodo della *dictatura perfecta* si caratterizza, inoltre, per il controllo *de facto* da parte della presidenza della repubblica, espressione del partito egemone, di tutti i poteri compresi quelli decentrati, i quali, in linea teoria, non erano legati al governo federale da alcuna relazione di subordinazione, ma “i Governatori degli Stati membri finivano per operare come dei meri *presidential agents*, implementando politiche decise dall'Esecutivo nazionale”¹⁰⁷. È ancora una volta utile fare un esempio pratico di tale controllo totalizzante sugli enti federati da parte del governo federale: si pensi che nel periodo nel periodo 1988-1994 la presidenza della Federazione – esercitando un potere *contra constitutionem* – sostituì ben 17 governatori degli Stati membri, utilizzando ‘artifici giuridici’ di vario tipo¹⁰⁸.

È naturale che con il passaggio agli inizi del nuovo millennio ad un sistema politico realmente pluralista, con la fine della settantennale egemonia del *Partido Revolucionario Institucional*, si siano aperte delle possibilità per superare tale obsoleta logica centralizzatrice e ridare nuova linfa ad un sistema federale che, sebbene “en su configuración constitucional y legal, requiere de reformas importantes”, non può che essere rivitalizzato dalla nascita di “un sistema nuevo, en el que los distintos actores, tanto los políticos como los ciudadanos, reclaman nuevos espacios de participación y de decisión”¹⁰⁹.

Analogamente a quanto avvenuto nel caso messicano, anche in Argentina è possibile individuare, lungo la storia costituzionale del Paese, un processo di progressiva centralizzazione che ha prodotto “a notorious disarrangement between the formal constitution and reality”¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cfr. Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit., p.12 che cita, sul tema, il lavoro di Eisenstadt T.A., *Courting Democracy in Mexico: Party Strategies and Electoral Institutions*, New York, Cambridge University Press, 2004.

¹⁰⁸ Si veda sul punto quanto riportato da Gadsden Carrasco C.H., *Federalismo y Descentralización: Retos y aprendizajes en México*, in www.forumfed.org.

¹⁰⁹ Cfr. Serna de la Garza J.M., *La lógica centralizadora del sistema federal...* cit., p.549.

¹¹⁰ Si esprime in tal modo Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.; Hernández A.M., *The Distribution of Competences and the Tendency Towards Centralization in the Argentine Federation*, in www.federalism.it, n.19, 2008, p.3. Sul tema si vedano inoltre Bazán V., *El sistema federal argentino...* cit.; Frías P.J., *La provincia argentina entre Alberdi y la realidad*, in *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, Tomo 1, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002; Hernández A.M., *El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994*, in www.federalismi.it, n.24, 2005; Hernández A.M., *El federalismo argentino...* cit.; Hernández A.M., *El fracaso del proyecto centralista*, in *La Nación*, 8 gennaio 2003; Hernández A.M., *Presidencialismo y federalismo...* cit.

Le motivazioni di tale scollamento tra il dato normativo e quello reale si possono individuare, seguendo la ricostruzione di Pedro J. Frías¹¹¹, nei tre *accidentes* avvenuti nel corso dell'evoluzione del sistema federale: “se han desarrollado las virtualidades centralizadoras de los poderes delegados; han mediado distorsiones del federalismo; ha cambiado, deformándose, la infraestructura socio-económica”¹¹². A ciò si aggiunga il ruolo peculiare svolto dalla capitale Buenos Aires¹¹³ che – in forza anche delle motivazioni storiche descritte in precedenza – è divenuta il simbolo dell'accentramento del potere nel governo federale attraverso un “fenómeno notable de concentración que alcanzara todos los órdenes de la vida social argentina en relación a su capital y que se repite en casi todas las provincias”¹¹⁴.

A partire dal 1983, anno in cui viene ristabilita la democrazia in Argentina, è avvenuto – secondo un processo simile a quello dinanzi descritto per il Messico – un processo di graduale rivitalizzazione del sistema federale che ha condotto nel 1994 alla non più prorogabile riforma costituzionale¹¹⁵. Tale riforma fu il risultato della convergenza tra i due maggiori partiti argentini – il *Partido Justicialista* e la *Unión Cívica Radical* – che con il *Pacto de Olivos*, del novembre 1993, ed il complementare *Acuerdo de la Rosada*¹¹⁶, del dicembre dello stesso anno, disegnarono il futuro assetto costituzionale argentino, recepito poi dalla Convenzione costituente, riunita nelle città di Santa Fe e Paraná, che il 22 agosto 1994 deliberò la riforma costituzionale.

¹¹¹ Si veda il già citato Frías P.J., *La provincia argentina entre Alberdi...* cit.

¹¹² *Idem*, p.3.

¹¹³ Sul ruolo accentratrice – non solo a livello politico, ma anche economico e demografico – svolto da Buenos Aires e più in generale dai grandi conglomerati urbani argentini in relazione con il sistema federale e il ‘rinato’ ordinamento democratico si veda Polack A., “*Dios está en todas partes, pero atiende en Buenos Aires*”. *Apuntes sobre la relación entre democracia y federalismo en la Argentina*, in *Desafíos*, Bogotá, 2012.

¹¹⁴ Cfr. Hernández A.M., *El fracaso del proyecto centralista...* cit.

¹¹⁵ Per comprendere il cambio di prospettiva nell'ambito dell'organizzazione federale dello Stato in seguito alla democratizzazione del sistema politico sono esemplificative le parole di Botan N., *Prólogo*, in Calvo E., Abal Medina J.M., *El federalismo electoral argentino. Sobrerepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p.9: “Cuando comenzó a practicarse la democracia constitucional en la Argentina en 1983, el régimen federal no contaba con el apoyo de una sólida tradición capaz de respaldarlo. Al igual que los fenómenos políticos que se ponían en marcha en el orden nacional, el federalismo, más que una experiencia positiva, expresaba un conjunto de ideales y un proyecto novedoso”.

¹¹⁶ Sulle portate di tali accordi e sulle negoziazioni politiche che condussero alle riforme si veda Pegoraro M., Zulcovsky F., *El juego añadido de la reforma constitucional argentina*, in *Colección*, 2011.

Uno dei punti focali della riforma – insieme alla tematica dell'ordinamento di Buenos Aires, di cui mi occuperò in seguito, e dell'autonomia municipale – era quello del rafforzamento del sistema federale argentino che venne effettuato intervenendo su alcuni suoi 'punti critici': la riorganizzazione del riparto competenziale; l'accentuazione del ruolo federale del Senato che – tralasciando l'aggiunta di un senatore per ogni Provincia, le previsioni dell'elezione diretta, e non più indiretta, dei suoi membri e la riduzione del mandato da nove a sei anni – divenne *cámara de origen*, avendo quindi la possibilità di imporre la sua volontà alla *cámara revisora*, in materie di chiara trascendenza come la *ley-convenio de coparticipación impositiva*¹¹⁷, le iniziative in materia di *crecimiento armonico de la Nacion y al poblamiento de su territorio*, nonché di riequilibrio interterritoriale¹¹⁸; la rimodulazione dell'autonomia finanziaria, alla cui analisi sarà dedicato ampio spazio in seguito; la possibilità per le Province di creare *regiones para el desarrollo economico y social*, a norma dell'art.124 della Costituzione, e di celebrare dei trattati internazionale; il riconoscimento del dominio provinciale sulle proprie risorse naturali che era stato uno degli ambiti in cui più era stata esercitata la 'bulimia centralizzatrice' da parte del governo federale.

Sfortunatamente le innovative previsioni costituzionali contenute nella riforma del 1994 non si sono trasformate in una reale federalizzazione del sistema e si è venuto così a reiterare il, tipicamente latinoamericano, "proceso de centralización, que ha producido una notoria discordancia entre la Constitución formal y la realidad vigente"¹¹⁹.

Uno delle modalità per valutare il reale grado di federalizzazione di un sistema di decentramento è quello, proposto da Kenneth Wheare¹²⁰, del maggiore o minore potere che ha la Federazione di intervenire negli Stati membri, naturalmente maggiore è la frequenza con cui tale possibilità d'intervento viene esercitata dalla

¹¹⁷ Si veda quanto previsto dall'art.75, II comma, della Costituzione argentina.

¹¹⁸ Si veda quanto stabilito dall'art.75, XIX comma, della Costituzione argentina.

¹¹⁹ Cfr. Hernández A.M., *El federalismo argentino...* cit., p.91.

¹²⁰ Si veda sul punto Wheare K.C., *Del governo federale...* cit.

Federazione più alta sarà la subordinazione delle entità federate nei confronti di quest'ultima¹²¹.

Il primo elemento di contatto tra il modello argentino e quello messicano, relativamente al tema oggetto di analisi, è costituito dall'aver avuto entrambi come esempio, ancora una volta, la Costituzione degli Stati Uniti d'America, la cui sezione 4 dell'articolo IV stabilisce che "the United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened) against domestic violence". Le finalità di tale previsione vengono egregiamente descritte da James Madison, nel *Federalist Paper* n.43, il quale spiega che "to guarantee to every state in the union a republican form of government; to protect each of them against invasion; and on application of the legislature or of the executive, (when the legislature cannot be convened) against domestic violence. In a confederacy founded on republican principles, and composed of republican members, the superintending government ought clearly to possess authority to defend the system against aristocratic or monarchical innovations. The more intimate the nature of such an union may be, the greater interest have the members in the political institutions of each other; and the greater right to insist, that the forms of government under which the compact was entered into, should be substantially maintained"¹²².

Il sistema costituzionale argentino¹²³ riprende la previsione della Costituzione statunitense già a partire dal *Pacto Federal* del 1831, in cui si prevedeva la mutua

¹²¹ Afferma condivisibilmente sul punto Serrafiero M.D., *La Intervención federal en Argentina. Experiencia y jurisprudencia*, in www.forumfed.org: "El ámbito sobre el cual se ejerce esta medida institucional constituye un interesante indicador pues denota en lo sustancial la actitud del gobierno federal en relación a las situaciones y gobiernos provinciales y el grado de protección o el respeto hacia los órganos y poderes de los Estados constituyentes de la República federal".

¹²² Cfr. Hamilton A., Jay J., Madison J., *The Federalist*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001, disponibile in files.libertyfund.org/pll/.

¹²³ Sul tema dell'*intervención federal* nell'ordinamento federale argentino si vedano, tra gli altri: Bidart Campos G.J., *Intervención Federal en las Provincias*, in *La Ley*, Tomo 154, 1974; Gil Domínguez A., *Las facultades constitucionales del interventor federal*, in *La Ley*, 20 ottobre 2004; Mendelevich P., *Intervenciones en la historia*, in *La Nación*, 11 aprile 2004; Sagüés P.N., *La intervención federal en los EE.UU. y Argentina. Un enfoque comparatista*, in *Cuaderno de Federalismo*, Córdoba, 1987; Sola J.V., *Intervención Federal a las provincias*, Buenos Aires,

protezione tra le Province, passando per l'art.6 della Costituzione del 1853¹²⁴ – che si caratterizzava per una diffusa 'vaghezza' e, inoltre, concedeva eccessivi poteri all'esecutivo federale – fino a giungere al testo attualmente vigente in cui l'intervento federale nel territorio delle Province viene previsto con la finalità di “garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”¹²⁵.

L'interpretazione di tale disposizione ha suscitato parecchi interrogativi relativamente non solo agli organi a cui spetta la potestà d'intervento – è il potere esecutivo, tramite decreto, a dover intervenire o quello legislativo attraverso la legge – ma anche con riferimento alla tipo di intervento stabilito dalla norma. A tal proposito, mi pare adeguata la ricostruzione di González Calderón¹²⁶ che distingue tra un'*intervención reconstitutiva*, nei casi in cui il potere federale interviene a garanzia della *forma republicana de gobierno*, ed un'*intervención ejecutiva* nei casi rimanenti.

Al di là delle questioni definitorie e di quelle procedurali che potrebbero sorgere dall'istituto in esame, l'elemento rilevante ai fini della mia analisi è quello di stabilire come l'*intervención federal*, la cui natura è quella di un rimedio chiaramente eccezionale, sia stata nella pratica utilizzata in maniera reiterata – si pensi che nel periodo 1854-1999 l'istituto è stato utilizzato per ben 165 volte, con una media di 1,44 interventi per anno di governo, di cui 111 volte per decreto presidenziale e 54 attraverso un intervento legislativo¹²⁷ – soprattutto dal potere presidenziale non solo con la finalità di controllare le entità federate, ma anche seguendo ragionamenti di tipo politico in cui acquistava centralità la consonanza partitica tra l'organo che

Abeledo Perrot, 1982; Vanossi J.R., *Intervención federal*, in *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1962.

¹²⁴ Recitava il suddetto articolo: “El Gobierno Federal interviene con requisición de las Legislaturas o Gobernadores provinciales, o sin ella en el territorio de cualquiera de las Provincias al solo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición, o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior”.

¹²⁵ Si veda l'art.6 della Costituzione argentina vigente.

¹²⁶ Si veda González Calderón J.A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kraft, 1958.

¹²⁷ Si vedano i dati riportati da Serrafiero M.D., *La Intervención federal en Argentina. Experiencia...* cit.

decideva l'intervento, fosse esso il Presidente o il Congresso, e la Provincia interessata¹²⁸.

Anche nel caso dell'*intervención federal* il passaggio ad regime democratico ha ridotto le 'pulsioni centralizzanti' del sistema federale, infatti nel periodo 1983-2001 si contano solamente 8 interventi. Naturalmente tale decremento, oltre agli indubbi effetti benefici del processo di democratizzazione sul federalismo argentino, sono in parte spiegabili con le innovazioni introdotte in materia dalla riforma costituzionale del 1994 che – modificando il combinato disposto del comma 31 dell'art.75¹²⁹ e del comma 20 dell'art.99¹³⁰ – aumentò chiaramente le garanzie a tutela delle entità federate. La previsione, nel novellato comma 31 dell'articolo 75 della Costituzione, della competenza del potere legislativo nel decidere sull'*intervención federal*, segue la linea tracciata già nell'aprile 1929 – ma come abbiamo visto spesso disattesa nell'applicazione pratica – dalla *Corte Suprema* nel famoso caso del *recurso de hábeas corpus a favor de Alejandro Orfilia*, in cui si stabilisce che quando l'art.6 della Costituzione fa riferimento al *gobierno federal* sta alludendo, seppur implicitamente, al *Congreso*. Inoltre agiscono in direzione della garanzia dell'autonomia delle Province non solo l'obbligo – *ex art.99*, comma 20, della Costituzione – per il Presidente di poter decretare l'*intervención federal* solo nel caso in cui l'attività del Congresso sia sospesa e contestualmente convocarlo per discutere

¹²⁸ La distorsione dell'istituto dell'*intervención federal* viene segnalata da Pedro J. Frías nel progetto di legge sulla materia presentato il 3 giugno 1992 in cui afferma: "La historia de la intervención federal en nuestro país es la historia de desencuentros entre la Nación y las provincias, pues durante los 123 años transcurridos entre 1853 y 1976, se ordenaron 174 intervenciones provinciales. Estos números son el mejor registro del uso y abuso que hizo el gobierno federal del instituto de la numerosas situaciones de allanamiento a la autonomía provincial decididas por los gobiernos militares que se sucedieron – sólo interrumpidos por breves interregnos democráticos y semidemocráticos – desde 1930. Considerado un remedio extremo por la Constitución nacional, los sucesivos gobernantes apelaron al instrumento de la intervención federal en forma reiterada, y la mayoría de las veces para subordinar el poder provincial al dictado de Buenos Aires. Prueba de ello es el procedimiento elegido para ordenar la intervención: de las 174 intervenciones, tan sólo 32 % (56) fueron decididas por el Congreso de la Nación; el resto, es decir 68 % (118), fueron dispuestas por decreto del Poder Ejecutivo sin intervención del Poder Legislativo".

¹²⁹ La norma prevede che sia competenza del *Congreso*: "Disponer la intervencion federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervencion decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo".

¹³⁰ È competenza del Presidente: "Decreta la intervencion federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultaneamente para su tratamiento".

la questione, ma anche la possibilità per quest'ultimo, a norma del comma 31 dell'art.75, di poter revocare l'intervento deciso dal Presidente.

L'introduzione in Messico della possibilità per la Federazione di intervenire nelle entità federate avviene con la riforma del 1874 alla Costituzione del 1857¹³¹. In tale occasione il legislatore costituzionale oltre a reintrodurre il Senato nel sistema istituzionale messicano – in quanto il testo del 1857, sebbene organizzasse lo Stato in forma federale, non prevedeva la presenza di una seconda camera che rappresentasse le entità federate – gli attribuisce in via esclusiva la cosiddetta *función declarativa de desaparición de poderes*, ovvero la possibilità “de declarar cuando hayan desaparecidos los poderes constitucionales legislativo y ejecutivo de un estado, que es llegado el caso de nombrarle un gobernador provisional quien convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales del mismo estado”¹³². Naturalmente, già prima della citata riforma costituzionale, era possibile individuare i prodromi di tale istituto sia nella Costituzione del 1824 – il cui art.49 attribuiva al *Congreso General* la potestà esclusiva di emanare leggi e decreti con la finalità di *conservar la unión federal de los estados, y la paz y el orden público en lo interior de la federación* – che nella Costituzione del 1857, il cui art.116 stabiliva che *los poderes de la Unión tienen el deber de proteger a los Estados contra toda invasión o violencia exterior. En caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la legislatura del Estado o por su ejecutivo, si aquella no estuviere reunida*.

Il testo costituzionale vigente – che è quello del 1917 con le successive modifiche – prevede diversi casi in cui la Federazione può esercitare il suo intervento negli Stati membri. In via preliminare bisogna chiarire che, analogamente ai testi costituzionali previgenti, anche la Costituzione del 1917 nel suo art.119, obbliga la Federazione a *proteger a los Estados contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o transtorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean*

¹³¹ Sul tema dell'*intervención federal* in Messico si vedano: González Oropeza M., *La intervención federal en la desaparición de poderes*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1987; Mejía R., Orozco W.L., *Declaración de desaparición de poderes de un Estado*, in Id., *El Senado de la República y la política interior*, México D.F., Porrúa, 2003.

excitados por la Legislatura del Estado o por su Ejecutivo, si aquélla no estuviere reunida.

La prima forma di intervento è quella che, a norma dell'art.29 della Costituzione, abilita il Presidente in caso di invasione, perturbazione grave della pace pubblica o di qualsiasi altro pericolo o conflitto sociale, a sospendere in qualsiasi parte della Federazione *el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación*¹³³.

In maniera analoga l'art.110¹³⁴ prevede i casi in cui un pubblico ufficiale 'locale' possa essere sottoposto a giudizio politico. L'intervento federale in tale situazione ha solo finalità dichiarativa, nel senso che la *Cámara de diputados* accusa il funzionario

¹³² Si veda l'art.72, comma B, punto V della Costituzione messicana de1857 per come riformata nel 1874.

¹³³ Le previsioni dell'articolo in questione sono molto dettagliate sia a livello procedurale che materiale, così viene stabilito che "En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decreta el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión. Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez".

¹³⁴ Il II comma dell'art.110 della Costituzione messicana stabilisce che: "Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, así como los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal les otorgue autonomía, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este Título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda".

dinanzi al *Senado* che, qualora lo ritenga necessario, ha la facoltà di iniziare il procedimento emettendo una risoluzione con la quale trasferisce il caso alle autorità dello Stato in modo che lo giudichino in base alla propria legislazione.

Oltre alle tipologie d'intervento federale appena descritte esiste un caso ulteriore in cui ad intervenire nello Stato membro è il potere giudiziale, nello specifico la *Suprema Corte*, che, a norma dell'art.105 della Costituzione, si occuperà della risoluzioni delle controversie che possono insorgere tra i vari poteri territoriali – quindi federazioni, Stati, Municipi e *Distrito Federal* – relativamente alla costituzionalità dei rispettivi atti.

Infine bisogna fare riferimento – ed è questo l'ambito di maggiore trascendenza all'interno dei casi in cui è costituzionalmente prevista l'*intervención federal* – ai commi V e VI dell'art.76 della Costituzione che attribuiscono al *Senado*, da un lato la competenza dichiarativa della *desaparición de poderes* e della conseguente nomina del *gobernador provisional* incaricato di convocare nuove elezioni¹³⁵, dall'altro il compito di risolvere i conflitti politici tra i poteri di uno Stato¹³⁶, di cui naturalmente l'*intervención federal* è la risoluzione ultima. Entrambi i commi dell'art.76 della Costituzione vengono attuati attraverso le cosiddette *leyes reglamentarias* – quella riferita dal V comma è del 29 dicembre del 1978, mentre per il VI comma la regolamentazione è del 31 agosto 2007 – che stabiliscono gli elementi materiali e procedurali delle due fattispecie.

Tralasciando gli aspetti procedurali, che non hanno ai miei fini una particolare rilevanza, mi preme segnalare che l'aver attribuito il potere di dichiarare la *desaparición de poderes* al potere legislativo elimina *ab initio* tutte le distorsioni

¹³⁵ Il V comma dell'art.76 attribuisce al Senato la competenza di “declarar, cuando hayan desaparecido todos los poderes constitucionales de un Estado, que es llegado el caso de nombrarle un Gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales del mismo Estado. El nombramiento de Gobernador se hará por el Senado a propuesta en terna del Presidente de la República con aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes, y en los recesos, por la Comisión Permanente, conforme a las mismas reglas. El funcionario así nombrado, no podrá ser electo Gobernador constitucional en las elecciones que se verifiquen en virtud de la convocatoria que él expidiere. Esta disposición regirá siempre que las constituciones de los Estados no prevean el caso”.

¹³⁶ A norma del VI comma dell'art.76 della Costituzione messicana il Senato è competente per “resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un Estado cuando alguno de ellos ocurra con ese fin al Senado, o cuando con motivo de dichas cuestiones se haya interrumpido el orden constitucional, mediando un conflicto de armas. En este caso el Senado dictará su resolución, sujetándose a la Constitución General de la República y a la del Estado. La ley reglamentará el ejercicio de esta facultad y el de la anterior”.

descritte per il caso argentino, relative ad suo abuso, da parte del Presidente e conseguentemente aumenta la democraticità dell'intervento federale, anche se – abbandonando il piano giuridico e volgendo lo sguardo al versante politico della questione – il ruolo egemonizzante svolto dal *Partido Revolucionario Institucional*, almeno fino al 2000, relativizza quanto fin qui detto. Continuando su tale linea di analisi c'è da dire che l'istituto della *desaparición de poderes* – quale caso più rilevante nel quale può essere autorizzato l'intervento federale in un'entità federata – non è stato più utilizzato in Messico a partire dal 1975, conseguentemente, già a livello meramente temporale, si può notare come non possa essere segnalato, diversamente a quanto avviene per il caso argentino, un suo abuso. Tale prima impressione viene confermata se, utilizzando i dati riportati da Manuel González Oropeza¹³⁷, osserviamo come nel periodo 1917-1995 ci siano state solo 49 dichiarazioni di *desaparición de poderes* da parte del Senato messicano.

Ciò non deve indurre alla frettolosa conclusione che l'istituto – così come le altre previsioni che abilitano l'intervento federale negli Stati membri – sia stato utilizzato secondo valutazioni di ordine strettamente costituzionale e che le convenienze partitiche non abbiano in alcun modo inciso sulla decisione di intervenire o meno. Secondo il vecchio adagio di giolittiana memoria – le leggi si applicano per i nemici e si interpretano per gli amici – anche nel caso messicano, come descritto in precedenza per l'Argentina, “la faculta declarativa de desaparición de poderes ha sido frecuentemente mal interpretada para acabar en forma inmediata con los gobiernos estatales desafectos o contrarios a la política federal”; come è facile comprendere “esta utilización incostitucional de la medida es atentatoria del federalismo mexicano, convirtiéndola en lo que no es, en una medida deformada, sancionadora de la realidad política”¹³⁸.

¹³⁷ Si vedano i dati riportati da González Oropeza M., *La intervención federal en la...* cit.

¹³⁸ *Idem*, p.236.

3. Il riparto delle competenze legislative in Argentina e Messico: una breve notazione comparata

Un elemento sicuramente utile a valutare la qualità dell'affermazione del principio federale e il reale grado di decentramento di un sistema istituzionale è 'storicamente' costituito dal riparto competenziale tra la federazione e le entità federate, tanto che "es bastante común encontrar en al literatura jurídica sobre el federalismo, referencias a los distintos métodos utilizados por los textos constitucionales para distribuir las competencias entre los diversos niveles gubernamentales"¹³⁹. Conseguentemente risulta facilmente comprensibile che la distribuzione costituzionale delle competenze tra i diversi livelli di governo, soprattutto in ambito legislativo, sia uno degli elementi di maggiore interesse per comprendere la reale ampiezza dell'autonomia degli enti decentrati in quanto, come è stato giustamente evidenziato, "no hay un verdadero Estado federal si la competencia federal es ilimitada"¹⁴⁰.

In via preliminare va sottolineato come il livello costituzionale delle norme regolanti il riparto delle competenze legislative sia la *condicio sine qua non* dell'attribuzione di una reale autonomia alle entità federate in quanto – seguendo la ricostruzione di Serna de la Garza J.M.¹⁴¹ – dal riconoscimento costituzionale delle attribuzioni legislative delle entità federate derivano un triplice ordine di conseguenze: in prima battuta tali norme partecipano della rigidità dell'intero testo, tipica sia del caso messicano che di quello argentino, sicché la loro modifica richiede l'adozione della procedura legislativa aggravata necessaria per le revisioni costituzionali; inoltre le violazioni dello schema costituzionale di riparto delle competenze comportano l'insorgere di un conflitto a carattere costituzionale che può essere risolto solo attraverso l'intervento degli organi di giustizia costituzionale, nello specifico la *Corte Suprema de Justicia Argentina* e la *Suprema Corte de*

¹³⁹ Cfr. Serna de la Garza J.M., *Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas*, in Serna de la Garza J.M., Caballero Juárez J.A., *Estado de derecho y transición jurídica*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

¹⁴⁰ Cfr. Durand C., *El Estado federal en el derecho positivo...* cit., p. 186.

¹⁴¹ L'Autore utilizza tale postura interpretativa non solo nell'appena citato *Federalismo y sistemas de distribución...*cit., ma anche nel libro *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Justicia de la Nación in Messico; e, in maniera consequenziale a quanto appena detto, l'interpretazione di tali norme da parte degli organi apicali di giustizia costituzionale conduce ad una configurazione 'a geometria variabile' del riparto delle competenze che, grazie soprattutto ai termini volutamente generici utilizzati in materia dalle Costituzioni, può adeguarsi alle diverse esigenze congiunturali.

Da quanto fin qui detto a mo' di breve introduzione, si potrebbe erroneamente credere che lo *status* costituzionale delle norme regolanti il riparto competenziale – così come la residualità a favore delle entità federate che, come dirò in seguito, caratterizza sia lo schema di distribuzione delle competenze argentino che quello messicano – 'blinderebbe' le attribuzioni degli Stati membri ed eviterebbe, almeno su tal punto, la deprecabile logica accentratrice dei due sistemi federali in esame. In realtà, in linea di continuità con l'analisi effettuata nel paragrafo precedente, le previsioni costituzionali sul riparto delle competenze legislative sono l'ulteriore dimostrazione del "carácter nominal del federalismo iberoamericano"¹⁴².

Il riparto delle competenze legislative previsto dalla Costituzione argentina¹⁴³ segue, anche dopo la riforma del 1994, lo schema tracciato dai costituenti del 1853/1860. L'ultima riforma del testo costituzionale argentino infatti, pur modificando alcuni degli ambiti materiali di competenza della Federazione e delle Province, non è intervenuta sul criterio di base del riparto delle competenze che, ancora una volta in maniera analoga al modello statunitense, prevede l'operatività del cosiddetto "principio di enumerazione"¹⁴⁴, ovvero l'esistenza di una lista di competenze della Federazione – nello specifico si tratta dell'articolo 75 della

¹⁴² Cfr. Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., p.96.

¹⁴³ Si vedano sul tema: Argullol i Murgadas E., Velasco Rico C.I., *Instituciones y competencias en los estados descentralizados*, Barcellona, Institut d'Estudis Autònomic, 2011; Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.; Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo...* cit.; Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit.; Hernández A.M., *El federalismo argentino...* cit.; Lopéz Bofill H., *Notas sobre la experiencia federal en Argentina*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.98, 1997.

¹⁴⁴ Sugli ordinamenti che adottano tale principio-guida per dividere le competenze legislative tra la Federazione e le entità federate si veda Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.

Costituzione argentina – e, a completamento del sistema, l'operatività di un criterio di residualità a favore delle Province¹⁴⁵.

Tale schema sembrerebbe, a primo acchito, affidare la competenza legislativa residuale – e quindi in linea teorica generale – alle Province. In realtà la reiteratamente segnalata logica accentratrice del sistema federale argentino fa sì che si abbia un'accezione distorta del criterio della residualità, in quanto “il principio che pare, ad una prima lettura, affidare alle Province la legislazione generale può condurre – a seconda dell'ampiezza delle materie affidate al governo federale – anche ad uno svuotamento dei poteri delle Province, sino a farli diventare veramente residuali e di poco rilievo”¹⁴⁶. Questa tesi, che sembrerebbe essere il risultato della sola osservazione dell'applicazione pratica delle previsioni costituzionali in materia di competenze provinciali, viene confermata a livello formale dal fatto che l'art.31 della Costituzione regola i rapporti tra la legislazione federale e quella provinciale non, come sarebbe naturale, in chiave di reciproca 'suddivisione competenziale' – nel senso che ogni ente ha un ambito materiale di competenza, costituzionalmente tutelato, in cui esso è sottoposto al solo potere della Costituzione – ma secondo un criterio gerarchico che prevede una subordinazione di tutti gli atti provinciali, comprese le Costituzioni, non solo alla Costituzione federale ed ai trattati internazionali, ma anche alla legislazione federale ordinaria¹⁴⁷.

La Federazione argentina, al di là delle competenze enumerate nei primi 31 comma dell'articolo 75 della Costituzione, possiede – in maniera analoga alla dottrina statunitense degli *implied powers*¹⁴⁸ – una serie di poteri ed attribuzioni a carattere legislativo utili “para poner en ejercicio los poderes antecedentes”, ovvero quelli esplicitati come competenze esclusive della Federazione, nonché in maniera

¹⁴⁵ Secondo l'art.121 della Costituzione argentina: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

¹⁴⁶ Cfr. Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit., p.273.

¹⁴⁷ Prevede l'art.31 della Costituzione: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

¹⁴⁸ A norma dell'art.18, sezione 8, comma 18 della Costituzione statunitense il Congresso avrà i poteri necessari “to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the

ancora più ampia “todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”¹⁴⁹. Alle precedenti attribuzioni competenziali si aggiungano quelle materie su cui la Costituzione, nel suo articolo 126, vieta alle Province la possibilità di legiferare, riservandole conseguentemente alla legislazione federale¹⁵⁰.

Oltre alle competenze del livello federale esplicitamente delegate dalle Province – contenute nei primi 31 comma dell'articolo 75 della Costituzione argentina, nonché nell'articolo 85¹⁵¹, e nelle previsioni relative alle attribuzioni degli organi di vertice del potere esecutivo e giudiziario, ovvero gli articoli 86¹⁵², 99¹⁵³, 100¹⁵⁴, 114¹⁵⁵, 115, 116¹⁵⁶ – o derivanti dall'esercizio dei cosiddetti poteri impliciti¹⁵⁷ o dalla proibizione per le Province di legiferare su determinati ambiti materiali, a norma dell'art.126 della Costituzione argentina, ed a quelle conservate in via residuale dalle Province, secondo quanto previsto dall'art.121 della Costituzione argentina; il sistema argentino di ripartizione delle competenze prevede una serie di materie in cui sia la Federazione che le Province possono esercitare delle *facultades concurrentes*, che rappresentano, senza dubbio, l'ambito competenziale di maggiore complessità interpretativa.

foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof”.

¹⁴⁹ Cfr. l'art.75, comma 32, della Costituzione argentina.

¹⁵⁰ Secondo l'art.126 della Costituzione argentina: “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros”.

¹⁵¹ Il primo comma di tale articolo prevede che: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo”.

¹⁵² Tale articolo prevede la figura del *Defensor del Pueblo*, il cui funzionamento sarà regolato da una *ley especial* federale, che si occuperà della “defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

¹⁵³ La disposizione in questione elenca le attribuzioni del *Presidente de la Nación*.

¹⁵⁴ La disposizione in questione elenca le attribuzioni del *Jefe de gabinete de ministros*.

¹⁵⁵ La disposizione in questione elenca le attribuzioni del *Consejo de la Magistratura*.

¹⁵⁶ Gli ultimi due articoli citati regolano le attribuzioni della Corte Suprema e dei *tribunales inferiores de la Nación*.

¹⁵⁷ A norma dell'art.75, comma 32, della Costituzione argentina.

Si rivela necessario operare, ai fini di una maggiore chiarezza espositiva, una tripartizione all'interno delle materie di competenza concorrente distinguendo tra una competenza concorrente *stricto sensu*, una competenza concorrente complementare ed una competenza concorrente 'di supplenza'.

Nel primo gruppo inserisco quelle materie in cui possono legiferare sia la Federazione che le Province, come avviene nel caso della concorrenza tra le competenze federali previste nei commi 18¹⁵⁸ e 19¹⁵⁹ dell'art.75 della Costituzione argentina, e le competenze provinciali di cui agli articoli 124¹⁶⁰ e 125¹⁶¹. La concorrenza tra la legislazione federale e quella provinciale viene inoltre riconosciuta

¹⁵⁸ Secondo la disposizione in analisi è competenza federale "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

¹⁵⁹ È sempre competenza della Federazione "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales".

¹⁶⁰ A norma dell'art.124 della Costituzione argentina "las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio".

¹⁶¹ L'articolo in questione prevede che "las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura".

in maniera esplicita dalla Costituzione argentina nel comma 17 dell'art.75¹⁶². Non mi sembra al contrario configurabile – come invece fa, tra gli altri, Hernández A.M.¹⁶³ – nei termini di una vera e propria competenza concorrente quella prevista nel secondo paragrafo, comma 2 dell'art.75¹⁶⁴, in quanto la competenza legislativa sulla *ley convenio de coparticipación* rimane sempre in capo alla Federazione, pur basandosi su un accordo con le Province.

In tali casi in cui vi è una chiara coincidenza di ambiti materiali di competenza sia delle Province che della Federazione, quando il criterio della leale collaborazione non risulta essere sufficiente ad evitare dei conflitti normativi, la giurisprudenza della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina individua alcuni criteri utili a risolvere le eventuali antinomie¹⁶⁵. Seguendo tale dottrina giurisprudenziale – che spesso conduce all'attribuzione della competenza legislativa al livello federale secondo un deprecabile modello di accentramento delle competenze legislative – la competenza viene assegnata al livello di governo provinciale o a quello federale tenendo in considerazione in primo luogo le finalità indicate dalla Costituzione e, in seconda battuta, la tutela dell'interesse generale.

Ai criteri giurisprudenziali appena citati si aggiungano quelli – a carattere chiaramente accentratore – individuati da parte della dottrina¹⁶⁶ per cui, in primo luogo, è necessario fare riferimento all'elemento territoriale della questione in modo che, se la dimensione della materia è nazionale, dovrà essere la Federazione a occuparsi della sua legislazione; il secondo elemento da considerare è che alcune materie di livello 'intrinsecamente' federale non potevano essere immaginate, e

¹⁶² Tale disposizione prevede che sia competenza concorrente provinciale e federale “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”.

¹⁶³ Si veda Hernández A.M., *El federalismo argentino...* cit.

¹⁶⁴ Secondo la disposizione in questione sarà competenza della Federazione adottare “una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos”.

¹⁶⁵ López Bofill H., *Notas sobre la experiencia...* cit., nella nota n.20 si riferisce ai seguenti casi giurisprudenziali: *Lciva Martín versus Provincia de Entre Ríos* del 19 maggio 1992, *Galassi Amonio* del 3 dicembre 1987, *Disco S.A. versus Gobierno de la Provincia de Mendoza* del 29 agosto 1989.

¹⁶⁶ Si veda Bidecain C.M., *Cuadernos Del Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

quindi delegate alla Federazione, da parte del costituente; infine la Federazione può intervenire e legiferare dinanzi all'inerzia o all'incapacità del livello provinciale di governo. Osservando le disposizioni costituzionali relative alle competenze concorrenti *stricto sensu* non si può non condividere l'opinione di quelli che evidenziano come "se trata de competencias que (...) no se definen por las funciones que se proyectan sobre determinadas materias (es decir, no se definen objetivamente) sino que se definen en sentido finalista, de modo que una actuación conjunta de Provincias y Federación podría acrecentar el bienestar de las primeras sin que necesariamente las respectivas medidas entrasen en conflicto"¹⁶⁷, mentre in realtà il sistema si è nella pratica orientato verso un modello di accentramento federale delle competenze legislative

Per quanto concerne le competenze concorrenti complementari si tratta di quelle materie in cui la Federazione si occupa della disciplina di principio mentre alle Province è riservata la disciplina di dettaglio. Nello specifico mi sto riferendo non solo al già citato comma 19 dell'art.75 della Costituzione, nella misura in cui prevede la competenza federale relativamente al profilo delle *leyes de organización y de base de la educación*, ma anche al III comma dell'art.41 che prevede, con riferimento al *derecho a un ambiente sano*, come *corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales*.

Si configura infine una competenza concorrente 'di supplenza' per quelle materie in cui è ammessa la legislazione provinciale solo nella misura in cui il legislatore nazionale non abbia ancora legiferato, come avviene ad esempio con riferimento al già citato art.126 della Costituzione per cui le Province non potranno *dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado*; conseguentemente è permesso loro legiferare su tali aspetti fin quando non lo abbia fatto la Federazione.

¹⁶⁷ Cfr. Lopéz Bofill H., *Notas sobre la experiencia...* cit., p.252.

Il sistema di ripartizione delle competenze legislative in Messico¹⁶⁸ presenta diversi elementi di analogia con quello argentino non solo alla luce del fatto che, come più volte evidenziato, entrambi i modelli hanno avuto come punto di riferimento comune quello statunitense, ma anche grazie alla “similar técnica seguida por las cartas constiucionales de ambos países para llevar a cabo la oportuna delimitación competencial”¹⁶⁹.

Il primo elemento di comparazione individuabile è costituito dall'utilizzo, anche nel caso messicano, del “principio di enumerazione”¹⁷⁰; ovvero l'art.73 della Costituzione messicana enumera le materia su cui la Federazione può legiferare e, inoltre, prevede che – in maniera analoga all'art.121 della Costituzione argentina – “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”¹⁷¹. L'uso del termine *expresamente* – che non è utilizzato né nell'analoga disposizione argentina né in quella del ‘modello’ statunitense¹⁷² – farebbe a primo acchito propendere per la creazione di un sistema di ripartizione delle competenze rigido in cui, in linea di principio, una materia o è di competenza federale o è di competenza statale, mentre in realtà, come ha ben dimostrato autorevole dottrina¹⁷³, le attribuzioni legislative di Stati membri e Federazione non seguono una così semplicistica bipartizione¹⁷⁴.

Anche nel caso messicano è possibile individuare l'influenza della dottrina statunitense degli *implied powers*¹⁷⁵, in quanto il *Congreso* ha le potestà necessarie

¹⁶⁸ Si vedano sul tema: Argullol i Murgadas E., Velasco Rico C.I., *Instituciones y competencias...* cit.; Arteaga Nava E., *Derecho constitucional, México*, Oxford, Oxford University Press, 1999; Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.; Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo...* cit.; Carbonell M., *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003; Carpizo J., *Sistema federal mexicano...* cit.; Carpizo J., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1997; Carpizo J., *Estudios constitucionales*, México D.F., Porrúa, 1991; Faya Viesca J., *El federalismo mexicano*, México D.F., Porrúa, 1998; Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit.; Garza J.M., *Federalismo y sistemas de distribución...* cit.; Tena Ramírez F., *Derecho constitucional mexicano*, México D.F., Porrúa, 1992.

¹⁶⁹ Cfr. Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., p.101.

¹⁷⁰ Si veda quanto detto sul tema nella nota n.141.

¹⁷¹ Si veda l'art.124 della Costituzione messicana.

¹⁷² Il X emendamento della Costituzione statunitense prevede che “the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”.

¹⁷³ Si veda Carpizo J., *Sistema federal mexicano...* cit.

¹⁷⁴ Si veda Argullol i Murgadas E., Velasco Rico C.I., *Instituciones y competencias...* cit.

¹⁷⁵ Si rimanda alla nota n.147.

“para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión”¹⁷⁶. A tal riguardo è necessario evidenziare – o meglio ‘rievidenziare’ in quanto vi ho già fatto riferimento in precedenza – la peculiarità riguardante lo scarso utilizzo dei poteri impliciti in tale sistema di decentramento, “porque siempre que se ha requerido hacer uso de una facultad federal que no estuviera claramente recogida en las distintas fracciones del artículo 73, se ha acudido a la reforma constitucional, que con tanta proclividad se ha usado en el país”¹⁷⁷.

Agli ambiti di competenza federale derivanti dalle competenze esplicite enumerate nell’art.73 della Costituzione messicana ed ai cosiddetti poteri impliciti, bisogna aggiungere quelli derivanti dalle proibizioni per gli Stati membri contenute negli articoli 117 – che sono proibizioni assolute e quindi non superabili in nessuna maniera – e 118, la cui deroga può essere autorizzata dalla Federazione “a través de una ley marco o ley-base, si fuera el caso, o a través de un decreto si se tratara de una autorización de carácter singular y concreto”, in modo che tale atto “es condición necesaria para la existencia y parámetro de validez de las normas que, con posterioridad, dicten las entidades federativas”¹⁷⁸.

Particolarmente dibattuto risulta essere il tema dell’esistenza nell’ordinamento costituzionale messicano, analogamente a quanto segnalato per il caso argentino, di una clausola di supremazia del diritto federale. Sulla natura dell’art.133 della Costituzione messicana – che sottolinea *come esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión*; ed inoltre impone l’obbligo per i giudici statali di dare applicazione *a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados* – sono state fatte diverse ipotesi.

¹⁷⁶ Si veda il comma XXX dell’art.73 della Costituzione messicana.

¹⁷⁷ Cfr. Cárdenas J., *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p.205

¹⁷⁸ Cfr. Carbonell M., *El federalismo en México: principios...* cit., p.386.

Parte della dottrina interpreta¹⁷⁹ tale disposizione come una vera e propria *supremacy clause*, data la somiglianza, anche lessicale, con l'art.VI, II comma, della Costituzione statunitense¹⁸⁰, seguendo l'idea di base per cui "no hay teóricamente (es decir, por razones de teoría, pero también, claro está, en la práctica) un sistema de delimitación territorial de competencias que pueda prescindir, en una forma u otra, de una 'cláusula de prevalencia', ni es imaginable un sistema de delimitación material de competencias que pueda funcionar en ausencia de una relación de rango"¹⁸¹. Conseguentemente, riprendendo l'analisi fatta con riferimento al caso argentino, le norme statali di qualsiasi livello cederebbero dinanzi a una disciplina federale contrastante, in quanto quest'ultima sarebbe dotata "de un poder normativo más intenso que el de las entidades federativas"¹⁸²

Una seconda interpretazione¹⁸³ della disposizione in analisi – sicuramente più rispettosa dell'autonomia degli Stati membri e del riparto costituzionale delle competenze – pur non mettendo in dubbio la supremazia della Costituzione, dinanzi a cui cederebbero le disposizioni legislative contrastanti sia nazionali che federali, ritiene che la normazione federale prevarrebbe su quella statale solo nella misura in cui rispetti i limiti indicati dalla Costituzione nazionale. Se si considera l'art.133 in maniera 'sistemica', ovvero in relazione con l'intero testo costituzionale, ci si rende subito conto che, interpretarlo a mo' di vera e propria *supremacy clause*, andrebbe a collidere con lo spirito e la lettera di un ordinamento giuridico costruito in maniera federale, mentre la sua interpretazione in chiave di supremazia costituzionale salda la disposizione in analisi con la clausola federale dell'art.124 "norma cardinal del sistema federal mexicano"¹⁸⁴, per cui la Federazione è un ente a competenze

¹⁷⁹ Limitandosi alla bibliografia citata si veda: Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo...* cit. e Carbonell M., *El federalismo en México...* cit.

¹⁸⁰ La disposizione in questione, di cui l'art.133 della Costituzione messicana è la fedele traduzione, dispone che: "this Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding".

¹⁸¹ Cfr. Rubio Llorente F., *La forma del poder*, Madric, CEC, 1993, p.332.

¹⁸² Cfr. Carbonell M., *El federalismo en México: principios...* cit., p.391.

¹⁸³ Si vedano: Carpizo J., *Estudios constitucionales...* cit.; Faya Viesca J., *El federalismo mexicano...* cit.; Tena Ramírez F., *Derecho constitucional mexicano...* cit.

¹⁸⁴ Cfr. Faya Viesca J., *El federalismo mexicano...* cit., p.86.

costituzionalmente enumerate – secondo il già analizzato principio di enumerazione – di contro gli Stati membri sono enti a competenze residuali e generali.

Al di fuori dello schema competenziale fin qui descritto per cui la competenza legislativa appartiene o alla Federazione – se si tratta delle materie derivanti dall'art.73 della Costituzione messicana, dai poteri impliciti, o dalle proibizioni per gli Stati membri di cui agli articoli 117 e 118 della Costituzione messicana – o in via residuale agli Stati membri, esistono nel sistema costituzionali messicano una serie di materie su cui possono legiferare sia la Federazione che le entità federate. Sulla natura di tali competenze vi è stato un ampio dibattito dottrinale.

Felipe Tena Ramírez, prendendo come *tertium comparationis* le competenze concorrenti nell'ordinamento costituzionale statunitense¹⁸⁵, sottolinea la scorrettezza dell'uso dell'aggettivo *concurrentes* nel caso messicano, in quanto dal punto di vista lessicale “concurrentes son dos o más acciones que coinciden en el mismo punto o en el mismo objeto, cosa distinta a lo que ocurre en el derecho americano, donde la facultades concurrentes de la Unión y de los Estados nunca llegan a coincidir, pues el ejercicio por parte de la primera excluye y suprime inmediatamente la facultad de los segundos”¹⁸⁶. Conseguentemente in castigliano sarebbe più corretto utilizzare il termine *facultades coincidentes*. A ciò si aggiunga la riflessione più strettamente giuridica, secondo cui l'utilizzo di tali facoltà, siano esse concorrenti o coincidenti, “sólo se explica en aquellos regímenes federales en que los Estados son lo suficientemente vigorosos para disputar derechos al gobierno central y están alerta para hacer suyos los poderes cuyo ejercicio descuida la Unión”¹⁸⁷. Non è certo questo il caso del Messico. Premesso ciò, secondo l'Autore non è configurabile l'esistenza di vere e proprie *facultades concurrentes* – intese nell'accezione statunitense e corrispondenti a quelle che nel caso argentino ho definito competenze concorrenti ‘di supplezza’ – nel sistema costituzionale messicano, vi sono invece dei rari casi in cui vengono utilizzate le *facultades coincidentes*¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Secondo Tena Ramírez F., *Derecho constitucional mexicano...* cit., pp.119-122 definisce le *facultades concurrentes* nel sistema statunitense quelle “que pueden ejercer los Estados mientras no las ejerza la federación, titular constitucional de las mismas”.

¹⁸⁶ Cfr. Tena Ramírez F., *Derecho constitucional mexicano...* cit., pp.119-122.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Tena Ramírez F., *Derecho constitucional mexicano...* cit., pp.119-122 sull'utilizzo di tali facoltà afferma: “Por vía de ejemplo puede citarse el de la fracción XXV del artículo 73, que antes de la

A favore della configurabilità delle facoltà concorrenti nel sistema costituzionale messicano si è espresso Elisur Arteaga Nava, secondo cui “una facultad que corresponde a los poderes centrales puede ser ejercida válidamente por los poderes de los estados, mientras aquéllos no la ejerzan”¹⁸⁹; naturalmente l’esercizio di tale tipo di competenza da parte degli Stati membri è consentito solo qualora non si tratti di una materia in cui a quest’ultimi sia proibito intervenire.

Di tenore nettamente opposto è il giudizio di Jorge Carpizo che, classificando la Costituzione messicana come a ‘competenza rigida’, reputa che non vi sia alcuno spazio per la concorrenza competenziale¹⁹⁰.

La tematica delle *facultades concurrentes* è stata affrontata dal *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, che si è espresso a favore della loro esistenza nel sistema competenziale messicano affermando che – analogamente a quelle che in Argentina ho definito competenze concorrenti complementari – si tratta di quelle materie in cui “las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general”¹⁹¹. Argomenta a tal proposito il tribunale che “si bien es cierto que el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que *las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados*, también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado facultades concurrentes, entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción

reforma de 1931 consignaba la facultad de la federación sobre sus planteles educativos, sin menoscabo de la libertad de los Estados para legislar en el mismo ramo”.

¹⁸⁹ Cfr. Arteaga Nava E., *Derecho constitucional, México...* cit., p.392.

¹⁹⁰ Si veda Carpizo J., *Constitución Política de los Estados...* cit.

XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J)”¹⁹².

4. Aspetti costituzionali del federalismo fiscale: la Costituzione argentina e quella messicana a confronto

Questa riflessione sulla natura accentratrice dei sistemi federali latinoamericani in generale, e di quello argentino e messicano nello specifico, non può trascurare la regolazione costituzionale degli aspetti finanziari di tali modelli di decentramento. Riprendendo quanto affermato saggiamente da Napoleone – *c'est l'argent qui fait la guerre* – per sottolineare la preminenza degli aspetti economici su quelli valoriali, l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa delle entità federate rappresenta uno dei 'sintomi' principali della qualità dell'affermazione del principio federale, in quanto, come è facilmente intuibile, a nulla serve concedere a livello costituzionale un gran numero di competenze alle entità federate se quest'ultime non posseggono le risorse finanziarie necessarie al loro esercizio¹⁹³.

Prima di analizzare in maniera comparativa gli aspetti costituzionali peculiari dei sistemi di autonomia finanziaria delle entità federate argentine e messicane, mi sembra necessario – a mo' di introduzione al tema – effettuare una breve disamina generale sul concetto di federalismo fiscale individuando inoltre, in via preliminare, quelli che sono gli elementi comuni ai due modelli.

¹⁹¹ Si veda la *tesis jurisprudencial* n.142 del 2001 del *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

¹⁹² *Idem* (corsivo non testuale).

¹⁹³ Afferma condivisibilmente Della Vía A.R., *Actualidad del federalismo argentino*, in Serna de la Garza J.M., *Federalismo y regionalismo*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.57: “Si las cuestiones económicas y – especialmente – las cuestiones impositivas se encuentran ligadas de manera muy estrecha con los orígenes del constitucionalismo, reflejándose en las limitaciones al poder de imposición del Estado a través de la consagración de garantías que forman parte de la tradición cultural de occidente como una expresión del *rule of law*, no debe extrañar que también encontremos en el diseño del federalismo como forma de Estado, importantes fundamentos que se sustentan en el ámbito de lo fiscal”.

Il concetto di federalismo fiscale fa riferimento ai metodi e principi che guidano la finanza pubblica negli ordinamenti giuridici in cui coesistono diversi livelli di governo, a prescindere dalla loro qualificazione come federali. Questo significato del termine viene confermato dalla sua derivazione anglosassone, infatti, l'espressione federalismo fiscale, traduzione dell'inglese *fiscal federalism*, si riferisce non all'aspetto tributario, ma più appropriatamente all'aspetto della politica di bilancio¹⁹⁴.

La nascita di tale idea si deve agli studi di Richard Musgrave sulla finanza pubblica¹⁹⁵, il quale indicò quale scopo principale del federalismo fiscale quello "di consentire ai diversi gruppi che vivono nei diversi stati di esprimere le loro diverse preferenze per i servizi pubblici; e ciò porta inevitabilmente, a differenze nei livelli della tassazione e dei servizi pubblici. Le differenze nei livelli di tassazione possono interferire con l'efficiente allocazione delle risorse e con la localizzazione delle attività economiche; ma questo è il costo della suddivisione politica, sia essa a livello subnazionale che sovranazionale"¹⁹⁶.

La manifestazione principale del concetto in questione – e quella a cui nell'analisi dei sistemi di decentramento messicano ed argentino dedicherò più spazio – è costituita dalla distribuzione del potere impositivo tra i vari livelli di governo. In linea generale possiamo dire che sono riscontrabili due modalità di finanziamento dei livelli di governo degli Stati politicamente decentrati: la finanza separata e la finanza integrata, che, come ci dimostra l'esperienza comparata, raramente si manifestano in maniera pura, ma più spesso possono riscontrarsi dei modelli misti di finanziamento delle entità substatali. Il primo tipo di finanziamento si basa sul riconoscimento dell'autonomia impositiva ai soggetti periferici, mentre nel secondo modello, ovvero quello della finanza integrata, la federazione riscuote il gettito tributario ridistribuendolo alle entità decentrate attraverso il sistema delle compartecipazioni, il quale prevede il trasferimento di una quota del gettito generato dal tributo sul territorio dell'entità decentrata.

¹⁹⁴ Si veda sul tema Giarda P., *La favola del federalismo fiscale*, in *Nova Juris Interpretatio*, Roma, 2009.

¹⁹⁵ In particolare si veda Musgrave R.A., *The theory of public finance: a study in public economy*, New York, McGraw-Hill, 1959.

¹⁹⁶ *Idem*.

Su tale aspetto delle relazioni federali ha avuto un grosso impatto il passaggio da un federalismo duale ad un federalismo cooperativo; infatti con il già segnalato passaggio ad un modello di Stato sociale, che ha visto aumentare in maniera esponenziale gli interventi del livello centrale, volti ad incidere fortemente nella società ed a garantire un ampio paniere di diritti prestazionali, la Federazione, attraverso un'imposizione diretta sui redditi e sui patrimoni – a discapito dell'autonomia finanziaria dei livelli di governo periferici, e conseguentemente a discapito della loro autonomia nella scelta delle politiche da adottare – ha modificato, non formalmente ma sostanzialmente, il riparto costituzionale delle competenze¹⁹⁷.

Tralasciando l'impostazione economica classica sul tema della potestà impositiva, eccessivamente influenzata da concezioni liberiste dello Stato e della società, secondo il quale “ciascun livello di governo e ciascun governo, centrale, regionale o locale, deve finanziare le proprie spese con il gettito prodotto da proprie entrate tributarie”¹⁹⁸, vi sono tributi la cui riscossione è più opportuno che sia lasciata al livello centrale di governo e tributi per cui è possibile prevedere un'amministrazione periferica. Teniamo in considerazione che esistono, a livello comparato, alcune regole generali “nella scelta dei tributi da assegnare al finanziamento dell'attività degli enti decentrati” per cui “valgono le seguenti considerazioni: 1) l'efficienza allocativa e l'equità orizzontale richiedono che le imposte raccolte in una giurisdizione non siano esportate verso cittadini di altre giurisdizioni; 2) l'amministrazione dei tributi, come hanno sperimentato molti paesi, è caratterizzata da forti economie di scala; 3) le imposte e le tasse locali non devono determinare scelte di localizzazione dei fattori diverse da quelle che sarebbero state effettuate in presenza di un mix efficiente di spese locali e tasse locali (principio di neutralità); la mobilità fiscale determina perdite di gettito nelle giurisdizioni che applicano aliquote più elevate e aumenti della base imponibile nelle giurisdizioni che ricevono i fattori che si spostano”, inoltre “4) i non residenti o i pendolari per lavoro non devono essere penalizzati con aliquote differenziate (...) 5) occorre minimizzare gli effetti

¹⁹⁷ Si veda la definizione di federalismo fiscale contenuta in Groppi T., *Il federalismo...* cit.

¹⁹⁸ Cfr. Giarda P., *Federalismo fiscale*, voce per il supplemento all'*Enciclopedia del Novecento, Dal XX al XXI secolo: problemi e prospettive*, Roma, Istituto Treccani, 2001, p.8.

redistributivi all'interno della giurisdizione; 6) è opportuno che le basi imponibili prescelte siano distribuite in modo relativamente uniforme sul territorio"¹⁹⁹.

L'utilizzo di un sistema di federalismo fiscale – che preveda una corretta decentralizzazione della potestà di spesa e di quella impositiva, con delle imprescindibili correzioni a carattere perequativo – comporta, come dimostra l'esperienza comparata, almeno due innegabili vantaggi: il circolo virtuoso, improntato alla differenziazione ed alla miglior offerta di beni e servizi, che si instaura tra i diversi livelli di governo, e la maggiore efficienza dei governi locali. Per quanto riguarda il primo punto i cittadini-elettori-consumatori, in queste condizioni, sceglierebbero, per pure ragioni di convenienza, la giurisdizione con la migliore offerta di beni e servizi ad un prezzo minore; ciò innescherebbe un circolo virtuoso per cui gli enti decentrati entrerebbero in concorrenza tra di loro e sarebbero costretti ad evitare sprechi inutili ed a massimizzare le proprie risorse. Per quanto concerne la maggiore efficienza nell'offerta di beni e servizi, in linea teorica la maggiore prossimità del livello di governo deputato alla produzione di tali beni renderebbe maggiormente responsabili gli amministratori nei confronti dei loro cittadini e dei loro bisogni.

Passando da un maggiore livello d'astrazione, costituito dall'analisi generale del concetto di federalismo fiscale, ad uno minore, consistente nell'osservazione dei due ordinamenti giuridici oggetto d'analisi, è possibile individuare alcune caratteristiche comuni ai due modelli²⁰⁰, che confermano, anche in tale settore, come il federalismo in America Latina “no ha llegado a convertirse en realidad en esas repúblicas”²⁰¹.

In primo luogo è possibile riscontrare un forte accentramento della potestà impositiva, che ha come deprecabile conseguenza “la forte dipendenza dei governi statali dai trasferimenti finanziari della Federazione”²⁰². Tale prima caratteristica comporta una mortificazione dell'autonomia delle entità federate, per cui queste ultime si trovano impossibilitate ad esercitare appieno gli spazi di autonomia

¹⁹⁹ *Idem*, p.9.

²⁰⁰ Si veda sul tema la ricostruzione di Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.

²⁰¹ Cfr. Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo...* cit., pp.74-75 che riprende le argomentazioni di Wheare K.C., *Del governo federale...* cit.

²⁰² Cfr. Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit., p.396.

costituzionalmente riconosciuti in quanto risulta facile comprendere come i due concetti, ovvero quello di autonomia politica e quello di autonomia finanziaria, abbiano tra di loro un legame fortissimo, poiché il secondo è strumentale rispetto al primo: solo concedendo agli enti decentrati la possibilità di gestire autonomamente le proprie finanze gli si può permettere di raggiungere l'autonomia nell'implementazione delle politiche²⁰³.

In seconda battuta è riscontrabile una preminenza delle imposte sui consumi – di cui è solitamente auspicabile una gestione decentrata – sul totale ammontare delle entrate delle entità federate.

Infine il forte indebitamento pubblico dei due Paesi – che ha assunto contorni drammatici in Argentina – “ha portato all'introduzione (...) di leggi di responsabilità fiscale, con le quali sono state stabilite forme di più intenso controllo federale”²⁰⁴.

L'autonomia finanziaria delle entità federate è uno degli elementi di maggiore trascendenza nel dibattito sul federalismo argentino²⁰⁵ in quanto, ripercorrendo la storia costituzionale del Paese “fin dai primi anni dell'indipendenza, emerge con estrema chiarezza la centralità della questione della *fiscal federalization*, alla quale

²⁰³ Sul punto afferma Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., p.118 – riprendendo le argomentazioni di Carpizo J., *Federalismo en Latinoamérica...* cit. – che “el punto clave de un Estado federal no es primordialmente de naturaleza jurídica, sino económica, pues su verdadera columna vertebral reside en la aptitud de vida de las entidades federativas, esto es, en si pueden existir sin la ayuda económica del centro o si, por el contrario, una parte considerable de su presupuesto es cubierto por la Federación, supuesto este último en el que el sistema federal se aproximará al unitario”.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ Sul federalismo fiscale nell'ordinamento costituzionale argentino si vedano: Argañaraz N., Devalle S. et al., *Un mejor Federalismo para Argentina. Una propuesta de cambio para la distribución de los recursos públicos*, disponibile in <http://blogs.eco.unc.edu.ar>; Argullol i Murgadas E., Velasco Rico C.I., *Instituciones y competencias...* cit.; Benvenuti J.M., *Federalismo Fiscal*, in *Documentos y aportes en administración pública y gestión estatal*, n.9, 2007; Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.; Bou I Novensá M., *El federalismo argentino: aproximación teórica y desempeño institucional*, in *Documentos de trabajo del Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya*, Barcellona, 2005; Brillo J., *Coparticipación, la agonía del federalismo*, in *iEco*, 23 marzo 2014; Cao H., Fernando D. et al., *Federalismo Fiscal*, in *Observatorio de Políticas Públicas*, dicembre 2005; Capello M., Galassi G., *Los problemas actuales del federalismo fiscal argentino*, in *Studia Politicae*, n.17, 2009; Della Vía A.R., *Actualidad del federalismo...* cit.; Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit.; Frías P.J., *Constitucionalidad de la coparticipación impositiva federal*, in *Cuadernos de Federalismo*, Córdoba, Instituto de Federalismo-Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1988; Hernández A.M., *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009; Paz M., *Coparticipación Federal. Un tema pendiente*, in *Voces en el Fénix*, 2013; Quiroga Lavié H., *Derecho constitucional latinoamericano*, México D.F., Universidad

peraltro risulta strettamente legato l'intero processo di riforma politico-amministrativa del Paese²⁰⁶.

L'intero sistema era improntato – fino alla riforma costituzionale del 1994 che è intervenuta sulla materia del federalismo fiscale – alla logica della separazione delle imposte tra la Federazione e le Province per cui, a norma del previgente II comma dell'art.67 della Costituzione, era competenza del Congresso federale *imponer contribuciones directas, por tiempo determinado y, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan*. Di conseguenza le imposte indirette erano riservate in via residuale alle Province.

Lo schema costituzionale in materia di finanziamento delle entità federate venne violato nella sostanza, in maniera abbastanza costante, dalla normativa tributaria applicativa²⁰⁷ che, andando contro il dettato della Costituzione, creò un sistema di federalismo fiscale in cui le imposte indirette – che come abbiamo appena evidenziato dovevano essere riservate alle Province – furono considerate concorrenti, o meglio compartecipabili, mentre la potestà statale di creare imposte dirette si trasformò da eccezione, come imponeva il dettato costituzionale²⁰⁸, a norma.

La riforma costituzionale del 1994 ha preso atto del cambiamento *de facto* avvenuto nel sistema di ripartizione delle risorse finanziarie – in cui come abbiamo visto la soluzione compartecipativa si è sovrapposta ad uno schema costituzionale basato sulla separazione delle fonti tributarie – costituzionalizzando il criterio della compartecipazione impositiva che, secondo buona parte della dottrina²⁰⁹, poiché causa una totale dipendenza delle entità federate dai trasferimenti federali, è stata una

Nacional Autónoma de México, 1991; Vedaschi A., *Il federalismo fiscale in Argentina*, in Ferrari G.F., *Federalismo, Sistema fiscale, Autonomie. Modelli giuridici comparati*, Roma, Donzelli, 2010.

²⁰⁶ Si veda l'ottima ricostruzione sul punto di Vedaschi A., *Il federalismo fiscale in Argentina...* cit.

²⁰⁷ Il punto di svolta nel cambiamento del sistema di finanziamento delle Province in direzione chiaramente incostituzionale avvenne – secondo quanto affermato da Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit. – con la legge n.12139 del 1935. Sulla contrarietà al dettato costituzionale del sistema di federalismo fiscale argentino fino alla riforma del 1994, e soprattutto dell'abuso della facoltà, in linea teorica eccezionale, di imporre imposte indirette da parte del governo federale si veda Frías P.J., *Constitucionalidad de la coparticipación impositiva...* cit.

²⁰⁸ Si veda il previgente II comma dell'art.67 della Costituzione argentina.

²⁰⁹ Si vedano, tra gli altri, sul tema Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., Quiroga Lavié H., *Derecho constitucional latinoamericano...* cit.

delle cause principali della mortificazione del principio federale e dell'autonomia *tout court* delle entità federate.

Per quanto concerne l'aspetto della potestà impositiva il novellato testo costituzionale stabilisce, in maniera più chiara rispetto al passato, la ripartizione delle fonti tributarie tra Province e Federazione. In base allo schema costituzionale spetteranno alla Federazione: le imposte indirette esterne, come stabilito dal combinato disposto degli articoli 4²¹⁰, 9²¹¹, 75, I comma²¹², e 126²¹³ della Costituzione; le imposte indirette interne in compartecipazione con le Province, secondo quanto previsto dall'art.75, II comma²¹⁴, della Costituzione; e, come eccezione, le imposte dirette per un tempo determinato ed in maniera proporzionale su tutto il territorio nazionale, solo quando lo esigano *la defensa, seguridad común y bien general del Estado*²¹⁵.

²¹⁰ Stabilisce l'articolo in questione che: "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional".

²¹¹ L'art.9 della Costituzione prevede che: "En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso".

²¹² È competenza del Congresso: "Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación".

²¹³ Per il testo dell'articolo si veda la nota n.150.

²¹⁴ Il II comma dell'art.75 prevede che è competenza del Congresso: "Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias. No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso. Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determina la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición".

²¹⁵ Si veda il II comma dell'art.75 della Costituzione.

Le Province hanno invece riservate le imposte indirette interne, in compartecipazione con la Federazione²¹⁶, e le imposte dirette che esse conservano in forza della residualità a loro favore a norma dell'art.121 della Costituzione argentina²¹⁷, sempre che la Federazione non si appropri, in via eccezionale e per un tempo determinato²¹⁸, di tali fonti tributarie.

Ogni livello di governo si occuperà, in via di principio, di riscuotere i rispettivi tributi, tranne per quelli compartecipati – che rappresentano “el conjunto más importante de transferencias que se vuelcan de la Nación hacia las Provincias”²¹⁹ – tra Provincia e Federazione, che saranno riscossi dalla Federazione e suddivisi poi tra le entità federate²²⁰.

Il novellato articolo 75, II comma, della Costituzione argentina eleva al massimo rango normativo la *ley-convenio*, il cui compito sarà quello di sviluppare il dettato costituzionale e dare applicazione pratica al regime di compartecipazione impositiva, regolando sia quella che viene definita *distribución primaria* – ovvero la suddivisione della massa compartecipabile tra la Federazione e l'insieme delle Province – sia la cosiddetta *distribución secundaria*, costituita dalla ‘delicata e dibattuta’ suddivisione tra le Province dell'ammontare dei tributi compartecipabili a loro spettanti²²¹.

Le caratteristica di tale norma vengono individuate direttamente nella Costituzione.

In primo luogo la *ley-convenio* ha, come ho già evidenziato in precedenza, il Senato come camera d'origine, quindi i senatori – che come è risaputo sono i rappresentanti delle Province – hanno la possibilità di imporre la propria volontà al Congresso, visto il suo *status* di *cámara revisora* in materia.

²¹⁶ Si veda il II comma dell'art.75 della Costituzione.

²¹⁷ Il testo dell'articolo è contenuto nella nota n.145.

²¹⁸ Si veda il II comma dell'art.75 della Costituzione.

²¹⁹ Cfr. Cao H., Fernando D. et al., *Federalismo Fiscal...* cit., p.8.

²²⁰ A riguardo della *coparticipación federal* affermano Cao H., Fernando D. et Al., *Federalismo Fiscal...* cit., p.8: “la Coparticipación Federal de impuestos surge de una resignación de potestades tributarias que efectúan las provincias en la ley correspondiente, cediendo a la Nación la facultad de recaudar determinados tributos – que se especifican taxativamente en la ley de coparticipación – a cambio de una participación en el producido de tal recaudación”.

²²¹ Si veda sul tema Paz M., *Coparticipación Federal...* cit., il quale analizza le motivazioni politico-economiche che impediscono l'adozione della *ley-convenio* che, a norma della sesta disposizione transitoria della Costituzione, sarebbe dovuta essere approvata entro la fine del 1996.

In secondo luogo si richiede un'approvazione a maggioranza assoluta da parte di entrambi i rami del Parlamento nonché dalle Province; essendo la norma basata su un accordo previo tra la Federazione e le Province stesse, non potrà naturalmente essere modificata unilateralmente, né tantomeno regolamentata da parte del governo centrale.

Vengono infine individuati i criteri – ovvero l'equità, la solidarietà, l'uguaglianza interterritoriale, l'orientamento verso lo sviluppo e la qualità della vita – a cui deve improntarsi l'intero sistema ed in particolar modo la distribuzione secondaria delle entrate. Per quanto concerne invece la distribuzione primaria, il criterio direttivo sarà costituito dalla corrispondenza tra le risorse trasferite e le funzioni e competenze esercitate – il cosiddetto principio della connessione²²² – in modo che “no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso”²²³.

L'approvazione della normativa sulla compartecipazione impositiva tra le Province e la Federazione si attende vanamente da ormai un ventennio²²⁴ e la regolazione della materia è ancora affidata alla legge 23548 del 1988²²⁵.

Senza entrare nello specifico della distribuzione delle risorse finanziaria – che esula dai fini e dalle possibilità di questo lavoro – si tenga in considerazione che viene da più parti segnalata una gestione centralista della materia, attraverso la sottrazione alla massa compartecipabile di ingenti risorse attraverso lo strumento delle *asignaciones específicas* di taluni tributi²²⁶. A ciò si aggiunga che l'autonomia finanziaria delle Province viene ulteriormente mortificata – a favore della solita

²²² Si veda Bou I Novensá M., *El federalismo argentino: aproximación...* cit.

²²³ Si veda il II comma dell'art.75 della Costituzione argentina.

²²⁴ Su tale ingiustificabile ritardo Capello M., Galassi G., *Los problemas actuales del federalismo...* cit., p.31, evidenziano condivisibilmente come: “El incumplimiento de la cláusula constitucional deja claro, también, que lo de la ley de coparticipación es un grave problema institucional, seguramente entre los más graves de Argentina, porque se trata del reparto jurisdiccional del dinero, y por ende en gran medida del poder político. Sus consecuencias no son sólo económicas y fiscales, sino también políticas, afectando el funcionamiento de una república democrática”.

²²⁵ La normativa in questione doveva rappresentare una regolazione temporanea, per la durata di un anno, della compartecipazione impositiva, mentre in realtà è ancora vigente con innumerevoli modifiche “la mayoría de ellas tan poco razonables como la ley original”, come affermano Capello M., Galassi G., *Los problemas actuales del federalismo...* cit., p.31.

logica accentratrice che abbiamo visto essere il *leitmotiv* dei sistemi federali argentino e messicano – dalla riduzione della partecipazione provinciale alla massa compartecipabile²²⁷.

All'ammontare costituito da tutte le imposte compartecipabili – escludendo quindi i tributi relazionati con il commercio estero, quelli con *asignaciones específicas* o destinate ad investimenti, opere pubbliche e servizi ritenuti importanti dalla Federazione e dalle Province – non solo viene sottratto quasi il 30% delle risorse sotto forma di *asignaciones específicas*; non solo le percentuali di compartecipazione provinciali si aggirano intorno al 25%, quando la legge 23548 del 1988 prevedrebbe una percentuale pari a non meno del 34%; ma inoltre per l'anno in corso si è avuto un ulteriore “retiro del sistema coparticipable de 67.000 millones de pesos”²²⁸.

Si consideri da ultimo che, ad ulteriore distorsione del sistema, “la distribución de recursos se convirtió, en los hechos, en una fuerte herramienta de presión política destinada a favorecer a los aliados y a postergar a los opositores según los casos”²²⁹.

La Costituzione argentina – oltre ad indicare una serie di criteri quali l'equità, la solidarietà, l'uguaglianza interterritoriale, l'orientamento verso lo sviluppo e la qualità della vita, che devono guidare la ripartizione dei tributi compartecipati – stabilisce, al comma 9 dell'art.75, la possibilità di concedere *subsídios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a*

²²⁶ A norma del terzo comma dell'art.75 della Costituzione argentina è competenza del Congresso “establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

²²⁷ Tale aspetto della questione viene analizzato con attenzione da Hernández A.M., *Federalismo y Constitucionalismo Provincial...* cit.

²²⁸ Si vedano i dati riportati da Brillo J., *Coparticipación, la agonía...* cit., il quale sottolinea come nell'anno 2014 si siano sottratti alla ‘massa compartecipabile’: “El 11% del IVA, que equivale a una detracción para el mismo año de 33.000 millones de pesos. El 36% del Impuesto a las Ganancias, que representa una suma de 82.000 millones de pesos. El 70% de los Monotributos, equivalente a 4.000 millones. El 70% del Impuestos a los Créditos y Débitos, que representa otros 49.000 millones. Así, mediante estas quitas, se sustrajo de la masa coparticipable inicial, definida por la Ley 23.548, para el Presupuesto del año 2014, la suma de \$235.000 millones”. Continua condivisibilmente l'*ex jefe de Gabinete* della Provincia de Neuquén che “este avance de la Nación sobre las Provincias, en materia de recursos coparticipables que intente sintetizar, provocó, más allá de la reducción de los fondos a las Provincias, algo mucho peor: la pérdida de una parte de autonomía por parte de las autoridades provinciales, que no pueden disponer de recursos que vienen con una afectación determinada. Lo que configura una degradación del sistema federal. Más allá de que las Provincias puedan recibir fondos de Nación por otras vías, es evidente que ha existido en este tiempo un desprecio por la norma, por las vías formales y ha crecido la discrecionalidad para premiar simpatías o adhesiones, y consecuentemente castigar las posturas provinciales independientes o no alineadas”.

²²⁹ Cfr. Della Vía A.R., *Actualidad del federalismo...* cit., p.77.

cubrir sus gastos ordinarios, ispirandosi chiaramente ai criteri della solidarietà fiscale tra i territori ed ai canoni di un federalismo cooperativo. Degli analoghi criteri solidari dovrebbero, a norma del comma VII dell'art.75, guidare *el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional*.

Non deve però tralasciarsi che le intenzioni del costituente siano state violate, nel senso che le disposizioni in senso solidaristico sono state in realtà utilizzate “con fines de política partidaria o electoralista”²³⁰. Si pensi, a mo' d'esempio, che il vincolo di destinazione dei fondi erogati al di fuori dei tributi compartecipabili – compresi quelli finalizzati alla realizzazione della solidarietà tra i territori – non viene regolato da alcuna normativa ed è stabilito annualmente dal Governo nella legge di bilancio, risultando quindi essere sensibilissimo agli interessi partitici contingenti. A ciò si aggiunga che l'intera distribuzione secondaria viene condotta sulla base di accordi politici – spesso “sotterranei”²³¹ – e la materia è ulteriormente complicata non solo dalla più volte segnalata violazione del dettato costituzionale, ma dalla sovrapposizione di una serie di norme di diversa natura, che hanno creato una estrema varietà di regimi fiscali sovrapposti a quello ‘ufficiale’ della legge 23548 del 1988: ciò rende estremamente adeguata la definizione di *laberinto de la coparticipación*²³².

Passando all'analisi del sistema di federalismo fiscale messicano può essere riscontrato in esso, pur a fronte di una regolazione costituzionale differente rispetto all'Argentina, non solo una comune tendenza all'accentramento impositivo, ma anche una deprecabile dipendenza finanziaria delle entità federate dai trasferimenti della Federazione.

Il modello di federalismo fiscale creato dalla Costituzione messicana²³³ non segue la normale logica della residualità a favore degli Stati membri – secondo quanto

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Cfr. Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit., p.430.

²³² Aníbal Oscar Berteau è l'autore della versione grafica del labirinto, nata poco dopo la riforma del 1994 per spiegare a Richard Bird, professore di Economia dell'Università di Toronto, il sistema di compartecipazione allora vigente, il quale fu definito dallo studioso canadese appunto un *laberinto* o, in maniera ancora più esemplificativa, un *plato de fideos*, una pasta molto simile ai nostri spaghetti. La versione grafica del *laberinto* è disponibile sul sito web www.federalismofiscal.com.

²³³ Sul sistema di federalismo fiscale messicano si vedano: Argullol i Murgadas E., Velasco Rico C.I., *Instituciones y competencias...* cit.; Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit.;

previsto dall'art.124 del testo costituzionale²³⁴ – in quanto il comma VII dell'art.73 stabilisce che il Congresso ha la competenza di *imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto*. Si configura quindi, anche seguendo l'interpretazione che della disposizione ha dato la *Suprema Corte de Justicia*²³⁵, una competenza illimitata della Federazione di gravare qualsiasi base imponibile e, conseguentemente, accentrare nelle sue mani la potestà impositiva, ben al di là delle materie ad essa esplicitamente riservate dal XXIX comma dell'art.73²³⁶ e dall'art.131²³⁷ della Costituzione messicana. A ciò si aggiunga che agli Stati membri

Carpizo J., *Estudios constitucionales...* cit.; Carpizo J., *Sistema federal mexicano...* cit.; Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit.; Flores Zavala E., *Elementos de finanzas públicas mexicanas*, México D.F., Porrúa, 1963; Pliego Moreno I.V., *El federalismo fiscal en México: entre la economía y la política*, in *Documento de Trabajo del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, n.84, 2010; Serna de la Garza J.M., *Derecho financiero mexicano*, México D.F., Porrúa, 1990; Serna de la Garza J.M., *La lógica centralizadora del sistema federal...* cit.; Serna de la Garza J.M., *El sistema federal mexicano. Un análisis...* cit.; Yáñez Ruiz M., *El problema fiscal en las distintas etapas de nuestra organización política*, México D.F., SHCP, 1959.

²³⁴ Come già riportato in precedenza tale disposizione stabilisce che “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

²³⁵ La *Suprema Corte de Justicia* nel *amparo en revisión* 9521/65 afferma che: “los artículos 73, fracción VII y 74 fracción IV, de la Carta Fundamental facultan respectivamente el Congreso y a la Cámara de Diputados para imponer en general las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto, de lo que se sigue que tales facultades son ilimitadas en cuanto a las materias que pueden gravarse, y que se entienden tanto a las que están reservadas expresa y privativamente al Congreso, como quella en que puede concurrir con los Estados. El que haya materias reservadas exclusivamente a la Federación, conforme a las fracciones X y XXIX del artículo 73 Constitucional, ello no significa que sus facultades impositivas deban limitarse a dichas materias, sino que los Estados están excluidos de ellas”.

²³⁶ Secondo tale disposizione il Congresso è competente “Para establecer contribuciones: 1°. Sobre el comercio exterior; 2°. Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4° y 5° del artículo 27; 3°. Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros; 4°. Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación; y 5°. Especiales sobre: a) Energía eléctrica; b) Producción y consumo de tabacos labrados; c) Gasolina y otros productos derivados del petróleo; d) Cerillos y fósforos; e) Aguamiel y productos de su fermentación; y f) Explotación forestal; g) Producción y consumo de cerveza. Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine. Las legislaturas locales fijarán el porcentaje correspondiente”.

²³⁷ L'articolo in questione prevede: “Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer, ni dictar, en el Distrito Federal, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117. El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el

è vietato, a norma dell'art.117: *gravar el tránsito de personas o cosas que atraviesen su territorio* (comma IV); *gravar la circulación ni el consumo de efectos nacionales o extranjeros, con impuestos o derechos cuya exención se efectúe por aduanas locales, requiera inspección o registro de bultos o exija documentación que acompañe la mercancía* (comma VI); *expedir ni mantener en vigor leyes o disposiciones fiscales que importen diferencias de impuestos o requisitos por razón de la procedencia de mercancías nacionales o extranjeras, ya sea que esta diferencia se establezca respecto de la producción similar de la localidad, o ya entre producciones semejantes de distinta procedencia* (comma VII).

Il modello di federalismo fiscale che è risultato dalle disposizioni costituzionali appena citate prevede, in linea teorica, una concorrenza tra la potestà impositiva della Federazione e quella degli Stati membri. La Federazione può, perciò, gravare le basi imponibili riservate dalla Costituzione (comma XXIX dell'art.73 ed art.131), quelle che non possono essere gravate dagli Stati membri (commi IV, VI, VII dell'art.117), e tutte quelle che sono necessarie per coprire le spese del bilancio federale. Dal canto loro gli Stati membri possono gravare tutte le basi imponibili non riservate alla Federazione o a loro proibite.

Come è facile comprendere, la vaghezza costituzionale che caratterizza la ripartizione della potestà impositiva tra la Federazione e gli Stati membri nonché la confusione tra i tributi non espressamente riservati alla Federazione, ma che quest'ultima poteva – qualora fosse necessario per coprire le spese del bilancio federale – imporre, e le basi imponibili che potevano essere teoricamente gravate dagli Stati membri in forza della clausola di residualità a loro favore, di cui all'art.124 della Costituzione messicana, ha favorito nella pratica un accentramento della potestà impositiva nelle mani della Federazione.

Tale situazione di “caos fiscal”²³⁸ – in cui, come appena evidenziato, la teorica concorrenza costituzionale della potestà impositiva “significó facultades ilimitadas de la Federación para gravar cualquier base”²³⁹ – fu incrementata dalla deprecabile

Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida”.

²³⁸ Cfr. Argullol i Murgadas E., Velasco Rico C.I., *Instituciones y competencias...* cit., p.633.

²³⁹ Cfr. Serna de la Garza J.M., *La lógica centralizadora del sistema federal...* cit., p.567.

tendenza a gravare più volte la stessa base imponibile con le, facilmente comprensibili, distorsioni economiche che da ciò potevano derivare²⁴⁰.

L'accentramento delle facoltà impositive – avallato dalla giurisprudenza della *Suprema Corte de Justicia*²⁴¹ e da autorevole dottrina²⁴² – ha portato alla formulazione di una tripartizione delle potestà di imporre tributi costituzionalmente prevista²⁴³ in base alla quale esiste: una *concurrència impositiva* sulla maggior parte delle basi imponibili tra la Federazione e gli Stati membri; delle *facultades exclusivas otorgada en forma positiva* derivanti dai tributi espressamente riservati dalla Costituzione alla Federazione; delle *facultades exclusivas federales por razón de prohibición a los Estados* contenuti nei commi III, V, VI dell'articolo 117.

La via d'uscita alle problematiche appena segnalate – imposizioni multiple sulla stessa base imponibile, accentramento delle potestà impositive ed intreccio competenziale tra la Federazione e gli Stati membri – relativamente al profilo della distribuzione costituzionale delle competenze fiscali venne, fin dal principio, trovata nella creazione di meccanismi di concertazione tra i diversi livelli istituzionali, che si concretizzarono nella realizzazione delle tre convenzioni fiscali del 1925, 1933, 1947. Senza entrare nello specifico dei sistemi di ripartizione delle competenze fiscali tra i vari livelli istituzionali risultato delle tre convenzioni – in quanto, analogamente a quanto affermato con riferimento al caso argentino, un'analisi approfondita dei meccanismi fiscali, che andasse oltre il dato costituzionale, richiederebbe ben altra attenzione – quello che va sottolineato è che a partire dal 1925 si sono cercate in un modello federale a carattere, almeno nelle intenzioni, cooperativo, costituito dalle sedi di concertazione delle tre *Convenciones Nacionales Fiscales* a cui furono convocati gli esecutivi degli enti federati, le migliori modalità

²⁴⁰ Afferma sul punto Yáñez Ruiz M., *El problema fiscal en las distintas...* cit., pp.203-204: “la carencia de preceptos constitucionales que delimitan técnicamente los diversos campos de imposición del Gobierno Federal, de los Gobiernos de los Estados y de los Municipios (...) tienen consecuencias anárquicas en el régimen general de país y produce indebidas sobreposiciones de impuestos que lo estorban o, en algunos casos, impiden el desarrollo del comercio y de la industria y ponen trabas, por tanto, al progreso nacional, mantienen el monto de las recaudaciones fiscales muy abajo de su valor máximo compatible con la potencialidad económica de la República...”.

²⁴¹ Si veda la nota n.235.

²⁴² Si vedano tra gli altri Carpizo J., *Estudios constitucionales...* cit.; Flores Zavala E., *Elementos de finanzas públicas...* cit.; Serna de la Garza J.M., *Derecho financiero mexicano...* cit.

²⁴³ Tale ripartizione è riportata sia da Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina...* cit., che da Serna de la Garza J.M., *La lógica centralizadora del sistema federal...* cit.

non solo di evitare l'imposizione multipla, ma anche di raggiungere un aumento delle entrate tributarie dei diversi livelli istituzionali.

L'attuale sistema di regolazione delle relazioni fiscali tra la Federazione e gli Stati membri è il risultato di un lungo processo di concertazione, iniziato nel 1976, che culminò due anni più tardi con la *Ley del Impuesto al Valor Agregado* – il quale assorbì l'*impuesto sobre ingresos mercantiles* e altre 40 imposte speciali – e la *Ley de Coordinación Fiscal*, con cui si implementò l'attuale *Sistema Nacional de Coordinación Fiscal*. Il cuore di tale sistema è costituito dai *convenios de coordinación fiscal* tra gli Stati membri – che allo stato attuale hanno tutti firmato tali compromessi – e la Federazione, attraverso cui i primi autolimitano la propria potestà tributaria, in modo che le imposte di maggiore importanza siano stabilite ed amministrare dal livello federale²⁴⁴, ed in cambio ottengono una percentuale di compartecipazione ai tributi federali.

Gli obiettivi sottesi alla creazione del *Sistema Nacional de Coordinación Fiscal* riguardano in primo luogo il superamento delle problematiche, dinanzi segnalate, derivanti dalla 'apertura costituzionale' del sistema di federalismo fiscale messicano; ed in seconda battuta l'armonizzazione della legislazione tributaria su tutto il territorio nazionale, nonché l'irrobustimento delle finanze delle entità federate. A ciò si aggiunga che, anche se la potestà impositiva degli Stati membri viene fortemente ridimensionata – visto che “la federazione controlla l'80% degli introiti fiscali generali, mentre gli Stati membri ricavano le loro entrate soprattutto da meccanismi di trasferimento”²⁴⁵ ed inoltre “el regimen legal de participación en ingresos federales no conlleva el reconocimiento de algún grado de capacidad normativa para las entidades federativas”²⁴⁶ – le risorse trasferite a titolo di *participaciones*, di si riferirà a breve, non hanno vincoli di destinazione. Può essere inoltre riscontrata una indubbia livellazione delle differenze di capacità tributaria delle entità federate, che

²⁴⁴ Serna de la Garza J.M., *Derecho financiero mexicano...* cit., p.199 evidenzia come la firma dei *convenios de coordinación fiscal* abbia fatto sì che: “los dos impuestos más importantes (el Impuesto sobre la Renta y el Impuesto al Valor Agregado) sean establecidos y administrados por la Federación (a pesar de que ninguno de estos dos impuestos se hayan asignado de manera expresa al Congreso de la Unión en el artículo 73, fracción XXIX, constitucional, que es el artículo que establece la lista de impuestos que le corresponden a la Federación”.

²⁴⁵ Cfr. Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit., p.409.

²⁴⁶ Cfr. Serna de la Garza J.M., *Derecho financiero mexicano...* cit., p.201.

agisce chiaramente nella direzione di garantire l'eguaglianza interterritoriale, nonché l'eliminazione della concorrenza impositiva tra gli Stati membri.

Per quanto riguarda il regime dei trasferimenti federali agli Stati previsto dalla *Ley de Coordinación Fiscal*, che come già sottolineato rappresentano il 'controprezzo' al totale sacrificio dell'autonomia impositiva delle entità federate, è necessario distinguere tra il regime dei fondi trasferiti a titolo di *participaciones* – quindi entrando più nello specifico il *Fondo General de Participaciones* ed il *Fondo de Fomento Municipal* – e quelli trasferiti come *aportaciones*²⁴⁷, ovvero il *Fondo de Aportaciones para la Nómina Educativa y Gasto Operativo*, il *Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud*, il *Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social*, il *Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de los Municipios y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal*, il *Fondo de Aportaciones Múltiples*, il *Fondo de Aportaciones para la Educación Tecnológica y de Adultos*, il *Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal*, il *Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de las Entidades Federativas*. Le risorse del primo tipo – come quelle derivanti dalle compartecipazioni che gli Stati hanno in alcune imposte federali – non sono a destinazione vincolata nel senso che gli Stati mantengano un'ampia autonomia nella scelta su come spenderle; diversamente i fondi percepiti a titolo di *aportaciones* sono a carattere settoriale ovvero la loro destinazione è, in maggiore o minore misura, vincolata. Se si tiene in considerazione che l'ammontare delle *aportaciones* supera quello delle risorse ricevute a titolo di *participaciones* si può facilmente comprendere come si abbia oltre al già segnalato accentramento – dai contorni sempre più simili ad un azzeramento – delle potestà impositiva degli Stati membri un forte condizionamento della potestà di spesa. In tale situazione risulta complesso immaginare una vera e propria autonomia finanziaria degli enti federati, tanto che il modello è molto simile ad un puro sistema a finanza integrata.

Un'ulteriore caratteristica del sistema di federalismo fiscale messicano – che insieme all'accentramento della potestà impositiva è l'elemento di maggiore vicinanza con il modello argentino – è costituito dall'utilizzo delle risorse con

finalità partitico-elettoralistiche. Tale distorsione del sistema – si tenga in considerazione che le percentuali di compartecipazione sono stabilite nella *Ley de Coordinación Fiscal*, quindi l'oggetto del contendere è costituito dall'ammontare del bilancio federale²⁴⁸ – è divenuta palese con il processo di democratizzazione grazie al quale si sono aperti spazi di vera concertazione, anche conflittuale, tra gli Stati e la Federazione, in cui il 'colore politico' dei rispettivi governi ha iniziato ad avere il suo peso, mentre per tutta l'epoca della dittatura perfetta vi era, per ovvi motivi, un naturale predominio del livello federale.

5. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ed il Distrito Federal messicano: lo status costituzionale asimmetrico delle capitali federali

L'esperienza comparata dimostra come la questione delle capitali sia stata sempre una problematica di difficile risoluzione per un duplice ordine di motivi. In via preliminare bisogna segnalare l'aspetto identitario-simbolico per cui, a prescindere dal grado di decentramento politico-istituzionale dell'ordinamento, "la capitale è sempre stata considerata come uno dei fattori fondamentali dell'integrazione politica di un popolo, un punto di riconoscimento dell'identità nazionale"²⁴⁹; in seconda battuta, con specifico riferimento a quegli ordinamenti giuridici, come quelli oggetto di questa comparazione, organizzati in maniera federale, vi è la necessità di evidenziare come "siempre existe un problema de intereses entre el gobierno nacional y la gente que vive en la ciudad"²⁵⁰. A tale elemento di problematicità, tipico di tutte le capitali federali, gli ordinamenti federali in esame ne aggiungono di ulteriori: nel caso argentino è possibile riscontrare, come costante storico-

²⁴⁸ Come riferito da Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati...* cit., p.410: "Nel primo decennio del nuovo secolo si sono verificati vari conflitti attorno al bilancio federale fra Governatori, Presidenza e Congresso...".

²⁴⁹ Si veda sul punto Zagrebelsky G., *Il significato della questione costituzionale della «capitale»*, in AA.VV., *La capitale reticolare. Il decentramento delle funzioni nazionali: un'esperienza europea e una proposta per l'Italia*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1993, p.98.

²⁵⁰ Cfr. Rowat D.C., *The Government of Federal Capitals*, Toronto, University of Toronto Press, 1973, p.ix.

costituzionale, un rapporto di conflittualità tra Buenos Aires ed il resto del Paese²⁵¹; invece in Messico lo scontro tra liberali e conservatori, che abbiamo visto essere l'elemento caratterizzante il primo periodo della storia costituzionale del Paese, ha condotto ad una profonda politicizzazione della cosiddetta *cuestión capital*.

Buenos Aires e Ciudad de México sono state protagoniste nell'ultimo ventennio di un duplice processo di cambiamento, più stabile e duraturo quello argentino, più incerto e soggetto a continue variazioni il messicano. Si è assistito da un lato ad una democratizzazione del loro ordinamento, dall'altro alla concessione di margini di maggiore autonomia, con il risultato che il volto delle due capitali è mutato radicalmente. Il rinnovato ordinamento costituzionale delle due capitali ha comportato innumerevoli dibattiti relativi alla ricerca del termine più adatto alla definizione del loro *status* giuridico-istituzionale. Inoltre in entrambi i sistemi è possibile riscontrare una, nella pratica poco utile, 'compulsione comparativa' volta ad avvicinare erroneamente lo *status* costituzionale asimmetrico di Buenos Aires e Ciudad de México a quello, rispettivamente, di Province e Stati membri.

Come vedremo più nello specifico in seguito, il modello di governo delle capitali alle dirette dipendenze dell'esecutivo federale è stato abbandonato a favore di un sistema in cui le capitali federali acquisiscono molti elementi di similarità con gli Stati, nel caso del Messico, e le Province, nel caso argentino. Abbiamo così, tra le innovazioni di maggiore impatto politico-costituzionale, l'elezione diretta del vertice del potere esecutivo, nel sistema previgente di nomina presidenziale, e delle assemblee legislative, che hanno vere e proprie competenze legislative costituzionalmente garantite.

Il federalismo argentino – come ho avuto modo di evidenziare nelle parti precedenti del mio lavoro – è stato storicamente attraversato da un costante ed irrisolto contrasto tra i *porteños*, appellativo con cui vengono indicati gli abitanti di Buenos Aires, e gli abitanti dell'interno del Paese; di conseguenza quello di Buenos

²⁵¹ Si veda sul tema l'ottima ricostruzione di Luna F., *Buenos Aires y el país*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1982.

Aires rappresenta un “problema estructural no resuelto”²⁵², che attraversa tutta la storia politico-costituzionale argentina.

La riforma costituzionale del 1994 ha tra i suoi aspetti maggiormente interessanti a livello comparato il ripensamento del ruolo, nonché dello *status* giuridico-istituzionale, della capitale federale²⁵³, che ha come obiettivo la risoluzione dell'annoso problema della cosiddetta *cuestión capital*.

Senza entrare nello specifico del ‘cammino’ storico-costituzionale della capitale federale, si tenga in considerazione, quale elemento di particolare trascendenza all'interno di tale percorso, che l'art.3 della Costituzione del 1853, in cui Buenos Aires veniva dichiarata capitale federale²⁵⁴, non poté trovare applicazione a causa della mancata adesione della Provincia di Buenos Aires al patto confederativo – tanto che inizialmente le autorità federali ebbero sede nella città di Paraná – e nemmeno dopo l'integrazione di Buenos Aires alla Federazione argentina, si riuscì a ‘stabilizzare’ a livello costituzionale la *cuestión capital*. La riforma costituzionale del 1860, resa necessaria per consentire l'integrazione della Provincia di Buenos Aires,

²⁵² Tale concetto viene ripreso più volte negli scritti di Hernández A.M. che si rifà a quanto detto dallo storico Luna F., *Buenos Aires y el país...* cit. A tal proposito afferma condivisibilmente Frosina L., *La Città Autonoma di Buenos Aires nel federalismo multilivello argentino. Il singolare status costituzionale della capitale federale*, in www.federalismi.it, 2009, p.4, che la relazione “tra Buenos Aires e il resto del Paese ha rappresentato uno degli aspetti più problematici nel divenire del federalismo, assumendo in diversi momenti connotazioni violente e finanche drammatiche”.

²⁵³ Si vedano, tra gli altri, sul tema: Barraza J.I., *La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Logros y desafíos*, in *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2005; Bidart Campos G., *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995; Billè R., *La Città autonoma di Buenos Aires: un nuovo soggetto federale? Contributo al dibattito in corso sul nuovo Codice delle Autonomie Locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, n.2, 2007; Cagnoli C., Carpio C., D'Avino C., Martino L., Sanchez I., *Análisis de la autonomía de la ciudad de Buenos Aires*, disponibile nel sito web dell'Asociación Argentina de Administración Pública, 1997; De Giovanni J., *La ciudad de Buenos Aires y la nueva Constitución: una autonomía fundacional*, Buenos Aires, Ediciones Coidad Argentina, 1995; Fajardo Torres M., Szczyry R., *El status jurídico institucional de la Ciudad de Buenos Aires y sus limitaciones*, disponibile in www.adaciudad.org.ar; Frosina L., *La Città Autonoma di Buenos Aires...* cit.; Hernández A.M., *Derecho municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1997; Hernández A.M., *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997; Lafourcade P.J., *La reforma a la Ley Cafiero y una nueva violación a la Constitución nacional*, relazione al VII Seminario Internacional de Tributación Local, Universidad Católica de Salta, 2007; Lonigro F.V., *Doctrina del Día: el status constitucional de la Ciudad de Buenos Aires*, in *Revista La Ley*, 2012; Losa N.O., *Derecho Municipal, público provincial y contravencional*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2006; Reiriz M.G., *El status jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus relación con la jurisdicción originaria de la CSJN*, in *aDA Ciudad*, n.2, 2006.

²⁵⁴ Il suddetto articolo prevedeva che: “las autoridades que ejercen el Gobierno federal residen en la Ciudad de Buenos Aires, que se declara capital de la Confederación por una ley especial”.

eliminò infatti dal testo ogni riferimento a Buenos Aires come capitale federale, delegando la questione ad una *ley especial del Congreso*²⁵⁵.

La *ley especial* a cui allude la Costituzione venne approvata dal *Congreso* venti anni più tardi – legge n.1029 – sicché solo nel 1880 Buenos Aires divenne formalmente capitale federale, usufruendo “di uno status giuridico differenziato rispetto alle altre città, propriamente derivante da *tale* rinnovata condizione giuridica”²⁵⁶. Ciò le permetteva di godere di maggiori poteri rispetto a qualsiasi altro municipio autonomo in quanto, analogamente alle Province: era rappresentata nel *Congreso Federal*²⁵⁷; partecipava alle elezioni del Presidente e del Vicepresidente della Repubblica, secondo quanto stabilito dall'art.81 della Costituzione; godeva inoltre dello stesso loro regime di compartecipazione finanziaria.

Alle previsioni costituzionali che regolavano lo *status* di capitale federale di Buenos Aires, di cui il Presidente della nazione era *el Jefe inmediato y local*²⁵⁸, si devono aggiungere – per comprendere appieno l'ordinamento della città previgente alla riforma del 1994 – le norme relative alla sua organizzazione municipale, quindi, da ultima, la *ley organica* n.19987 del 1972 e successive modifiche. Secondo quanto stabilito in tale legge, *la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, como persona jurídica pública estatal, ejerce el gobierno y administración de la ciudad de Buenos Aires*²⁵⁹, servendosi di tre organi istituzionali: il *concejo deliberante*, eletto direttamente dai cittadini col compito di emanare ordinanze nelle materie di competenza della *Municipalidad*; il *departamento ejecutivo* con a capo un *intendente municipal* di nomina presidenziale, quale “dato (...) più evidente di sottomissione

²⁵⁵ Secondo l'art.3, novellato dalla riforma del 1860 e non modificato dalle riforme successive, “las autoridades que ejercen el Gobierno federal residen en la ciudad que se declare capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más Legislaturas Provinciales, del territorio que haya de federalizarse”.

²⁵⁶ Cfr. Frosina L., *La Città Autonoma di Buenos Aires...* cit., p.6, corsivo non testuale.

²⁵⁷ L'art.36 previgente prevedeva che: “un Congreso, compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las Provincias y de la Capital, será investido del Poder Legislativo de la Nación”. Nell'art.37 ancora vigente si stabilisce che “la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado, y a simple pluralidad de sufragios, en razón de uno por cada veinte mil habitantes, o de una fracción que no baje del número de diez mil”. L'art.46 previgente prevedeva che: “el Senado se compondrá de dos senadores de cada provincia, elegidos por sus Legislaturas a pluralidad de sufragios, y dos de la capital elegidos en la forma prescrita para la elección de Presidente de la Nación. Cada senador tendrá un voto”.

²⁵⁸ Secondo quanto previsto dal previgente III comma dell'art.86 della Costituzione.

²⁵⁹ Si veda l'art.1 della legge n.19987 del 1972.

della Città alla volontà politica del Governo federale”²⁶⁰, che lo rendeva simile ad un semplice delegato del Presidente dotato invero di pochissima autonomia²⁶¹; i *consejos vecinales*, quali organismi di base del sistema amministrativo della capitale.

La riforma costituzionale del 1994 ha modificato profondamente lo *status* ordinamentale della capitale federale Buenos Aires nella direzione della concessione di una rinnovata autonomia, ben visibile nel novellato art.129 della Costituzione, che ne rappresenta il ‘baluardo costituzionale’²⁶². Tale articolo stabilisce infatti l’attribuzione alla città di Buenos Aires di un regime di autonomia, costituito non solo dalla possibilità di dettare le proprie norme nell’ambito dei poteri attribuitogli dalla Costituzione – quelle che vengono definite *facultades propias de legislación* – ma anche dal suo riconoscimento a livello giurisdizionale, nonché esecutivo con l’elezione diretta del proprio *jefe de gobierno*. A ciò si aggiunga l’elezione da parte dei cittadini della città dei membri di una sorta di ‘convenzione statutaria’, con il compito di redigere un *estatuto organizativo* delle istituzioni cittadine, che venne promulgato il 1 ottobre del 1996 con il ‘nome equivoco’ di *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*.

Le disposizioni costituzionali relative all’autonomia della città di Buenos Aires – pur riconoscendo l’autonomia legislativa, giurisdizionale, amministrativa e statutaria – non definiscono materialmente le competenze spettanti al nuovo ente così, dinanzi al silenzio del testo costituzionale, i ‘costituenti cittadini’ “redactaron una Constitución como si la Ciudad de Buenos Aires fuera una provincia y tuviera todas sus potestades”²⁶³.

Quello relativo al nome dello statuto organizzativo non è, quindi, il solo elemento di equivocità nella questione statutaria della capitale argentina. Bisogna considerare infatti che – secondo quanto previsto dal II comma dell’art.129 – venne approvata la legge 24588 del 1995, meglio conosciuta come legge Cafiero dal nome del senatore

²⁶⁰ Cfr. Billè R., *La Città autonoma di Buenos Aires...* cit., pp.223-224.

²⁶¹ Si veda sul tema De Giovanni J., *La ciudad de Buenos Aires...* cit.

²⁶² L’articolo in questione stabilisce: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

²⁶³ Cfr. Lonigro F.V., *Doctrina del Día: el status constitucional...* cit.

che la propone. Tale normativa, che stabilisce un criterio di residualità opposto, quindi a favore della Federazione, rispetto a quello previsto per le Province²⁶⁴ – spiegabile dal fatto che è la città di Buenos Aires a ricevere le facoltà delegatagli dalla Federazione e non viceversa come è avvenuto nel caso delle Province nel 1853-1860 – nel suo art.5²⁶⁵ prevede che tutte le attribuzioni della vecchia *municipalidad de Buenos Aires* saranno le competenze del nuovo ente. La *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires* è andata ben oltre le sole competenze dell'antica *municipalidad*²⁶⁶, certo contrariamente a quanto stabilito dalla legge Cafiero, ma in maniera maggiormente conforme, almeno a mio parere, al dettato costituzionale, in quanto la 'nuova' autonomia prevista dal costituente del 1994 per Buenos Aires si sarebbe ridotta, in caso contrario, ad una mera questione terminologica.

I dubbi appena sollevati, con riferimento alla denominazione dello statuto organizzativo della città di Buenos Aires ed alla ripartizione delle competenze in esso effettuata, sono confermati da diverse opinioni dottrinarie, che denunciano il "tentativo statale di ricentralizzazione"²⁶⁷ attraverso la normativa applicativa dell'art.129 della Costituzione argentina e l'incostituzionalità di diverse disposizioni non solo della legge Cafiero, ma anche della legge cosiddetta Snopek²⁶⁸ – la n.24620 del 1995 – che regola l'elezione del Presidente e del Vicepresidente del Governo e dei membri della 'convenzione statutaria'.

²⁶⁴ Si veda l'art.2 della legge 24588 del 1995.

²⁶⁵ L'articolo in analisi prevede: "La ciudad de Buenos Aires, será continuadora a todos sus efectos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La legislación nacional y municipal vigente en la ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo al que se refiere el artículo 129 de la Constitución Nacional seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda".

²⁶⁶ Lonigro F.V., *Doctrina del Día: el status constitucional...* cit. evidenzia come lo "Estatuto, dictado en el año 1996, asignó a las autoridades porteñas facultades que excedían las que ya tenía delegadas el viejo municipio no autónomo, generando ello serios problemas legales y judiciales entre la Nación y la Ciudad, como por ejemplo el manejo de los puertos, la explotación del juego, etc.". In maniera analoga Billè R., *La Città autonoma di Buenos Aires...* cit., p.240, sottolinea come "la differenza che ha voluto marcare la Città, nella redazione della propria Carta organizzativa, rispetto al dettato costituzionale, non si limita d'altro canto ad una questione meramente formale: si è, infatti, inserito un catalogo di diritti e di politiche settoriali, che appare eccessivo nella sua regolamentazione e nella sua estensione e che potrebbe far sorgere quei tipici problemi di competenza, verosimilmente caratteristici del rapporto tra lo Stato e le Province piuttosto che tra lo Stato e i Comuni".

²⁶⁷ Cfr. Frosina L., *La Città Autonoma di Buenos Aires...* cit., p.15.

²⁶⁸ Si veda, tra gli altri, Hernández A.M., *Federalismo, autonomía municipal...* cit. e Losa N.O., *Derecho Municipal, público provincial...* cit.

Riassumendo la questione relativa alle competenze legislative della città di Buenos Aires, autorevole dottrina sostiene che un'interpretazione armonica del dettato costituzionale condurrebbe a limitare le competenze del Congresso nella città – riconosciute a norma del comma 30 dell'art.75, per come limitato dalla settima disposizione transitoria²⁶⁹ – ai soli temi connessi al suo *status* di capitale e, in via residuale, alle competenze non contenute nello statuto organizzativo²⁷⁰.

Alle previsioni di cui all'art.129 della Costituzione bisogna aggiungere quelle relative alla sua rappresentazione nel *Congreso* federale²⁷¹, infatti, a differenza del regime previgente, si stabilisce che la città abbia i propri rappresentanti sia alla Camera²⁷² che al Senato²⁷³ a prescindere dal suo *status* di capitale federale, con la peculiarità che, nell'ipotesi in cui la capitale dovesse essere trasferita, quest'ultima non avrebbe propri rappresentanti al Senato. Inoltre è previsto un trattamento analogo a quelle delle Province sia per quanto concerne l'eventuale *intervención federal*²⁷⁴; che per la creazione di regioni per lo sviluppo economico²⁷⁵ e la conservazione di organismi di sicurezza sociale per gli impiegati pubblici ed i liberi professionisti; nonché per la promozione del *progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura*²⁷⁶.

²⁶⁹ La norma in analisi dispone che: "El Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires mientras sea capital de la Nación las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al Artículo 129. (Corresponde al Artículo 75 inc. 30)".

²⁷⁰ In tal senso si sono espressi sia Bidart Campos G., *Derecho constitucional...* cit., che Hernández A.M., *Derecho municipal...* cit.

²⁷¹ L'art.44 della Costituzione argentina prevede: "Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación".

²⁷² Secondo l'art.45 della Costituzione: "La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado".

²⁷³ L'art.54 della Costituzione stabilisce che: "El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto".

²⁷⁴ Si veda l'art.75 della Costituzione argentina.

²⁷⁵ Si veda l'art.124 della Costituzione argentina.

²⁷⁶ Si veda il comma II dell'art.125 della Costituzione argentina.

Una situazione del tutto irrazionale²⁷⁷ è quella, infine, concernente l'autonomia fiscale di Buenos Aires in quanto se da un lato si è integrata la città nel sistema di compartecipazione²⁷⁸, dall'altro la si priva non solo del potere di stabilire imposte indirette in compartecipazione con lo Stato²⁷⁹ – come abbiamo visto sono autorizzate a fare le Province – ma anche della possibilità di partecipare alle negoziazioni relative alla *ley convenio*²⁸⁰, in cui vengono stabilite le compartecipazioni a cui essa ha diritto.

Il nuovo *status* costituzionale di Buenos Aires, per come disegnato dalla riforma costituzionale del 1994, ha offerto alla dottrina giuridica numerosi elementi di riflessione e di dibattito.

Uno dei punti maggiormente dibattuti è quello terminologico – come spesso avviene nell'ambito delle discipline giuridiche che a tali questioni riservano sempre un 'amorevole' attenzione – insieme all'impossibilità, di cui si dirà a breve, di equiparare l'autonomia della *ciudad de Buenos Aires* a quella provinciale, né tantomeno a quella municipale. Ciò ha indotto la dottrina a cercare una definizione che risolvesse il '*rebus*' costituzionale della definizione della capitale, così Buenos Aires è stata definita, a seconda dell'angolo visuale da cui è stata osservata la sua autonomia, in vari modi: *Provincia o Estado número veinticuatro*²⁸¹, *semi o cuasi Provincia*²⁸², *nuevo Estado con características propias o ciudad-estado*²⁸³, *ciudad federada*, *municipio nacional*²⁸⁴, *Provincia urbana*²⁸⁵, *entidad sui generis*²⁸⁶, *cuarto*

²⁷⁷ Tale situazione paradossale viene segnalata da Frosina L., *La Città Autonoma di Buenos Aires...* cit., che riprende Gelli M.A., *La ciudad de Buenos Aires: una autonomía en construcción*, in *La Ley*, n.1028, 2006.

²⁷⁸ Il paragrafo III del comma II dell'art.75 della Costituzione argentina prevede che: "La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional".

²⁷⁹ Il paragrafo I del comma II dell'art.75 della Costituzione argentina non menziona la città di Buenos Aires.

²⁸⁰ Il paragrafo II del comma II dell'art.75 della Costituzione argentina non menziona la città di Buenos Aires.

²⁸¹ Cfr. Sáez Capel J., *Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vigésimo cuarto Estado de la Federación*, in *Revista Jurídica La Ley Actualidad*, 2005.

²⁸² Cfr. Dromi R., Menem E., *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.

²⁸³ Cfr. Ferreyra R., *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Depalma, 1997.

²⁸⁴ Cfr. Barra R., *Buenos Aires, el estatuto organizativo no es constitución*, in *Revista Jurídica El Derecho*, 1996.

*nivel de gobierno de rango constitucional*²⁸⁷, *ente autárquico*²⁸⁸, *ente autónomo sui generis tutelado*²⁸⁹, *municipalidad de cinco estrellas*²⁹⁰, *ciudad constitucional*²⁹¹.

Le questioni meramente terminologiche hanno, a mio modo di intendere la questione, scarso interesse scientifico, ed un discorso analogo può essere fatto per i tentativi di ricondurre lo *status* giuridico di Buenos Aires a quello di una Provincia o di un Municipio²⁹². Se è indubbio che il nuovo ente ha diverse caratteristiche in comune con le Province – meno plausibile appare accostare il suo *status* costituzionale a quello dei municipi – non si può considerare come un elemento secondario l'evidente volontà del costituente federale del 1994 di tracciare un'autonomia *sui generis*, differente da quella provinciale. La natura dell'autonomia di Buenos Aires quale *tertium genus* rispetto a quella provinciale e municipale è confermata dalla giurisprudenza della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* che ha evidenziato – nel caso *Cincunegui Juan Bautista c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad* del 1999 – come “(...) no cabe equiparar el status jurídico especial del que goza la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conforme con lo establecido en el art.129 de la Constitución Nacional y en la cláusula transitoria séptima, con la autonomía provincial en los términos que la ha entendido desde sus inicios esta Corte y que implica decidir con entera independencia de los Poderes de la Nación...”²⁹³.

Di particolare equilibrio risulta essere l'opinione a tal proposito di Hernández A.M.²⁹⁴ che – semplificando giustamente sia le questioni terminologiche che quelle

²⁸⁵ Cfr. Ottonello R., *La Ciudad de Buenos Aires como provincia urbana*, in *Revista Jurídica La Ley*, n.1058, 1997.

²⁸⁶ Cfr. Bidart Campos G.J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

²⁸⁷ Cfr. Sabsay D., Onaindia J., *La constitución de los porteños*, Buenos Aires, Errepar, 1997.

²⁸⁸ Cfr. Marienhoff M., *La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la Constitución Nacional de 1994*, in *Revista Jurídica El Derecho*, 164-1113.

²⁸⁹ Cfr. Sagüés N.P., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

²⁹⁰ Cfr. Palacio L.E., *La justicia de la ciudad de Buenos Aires*, in *Academia Nacional de Derecho*, 2001.

²⁹¹ Cfr. Losa N.O., *Derecho Municipal, público provincial...* cit.

²⁹² Si veda il dibattito sul tema riportato da Billè R., *La Città autonoma di Buenos Aires...* cit., e da Reiriz M.G., *El status jurídico...* cit.

²⁹³ Si veda il testo della sentenza del 23 marzo 1999 nel caso *Cincunegui Juan Bautista c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad*.

²⁹⁴ Hernández A.M., *Federalismo, autonomía municipal...* cit.

relative alla eventuale corrispondenza tra lo *status* costituzionale di Buenos Aires e quello provinciale o municipale – reitera l'idea da me espressa al principio di questo paragrafo, a riguardo della 'compulsione comparativa', evidenziando come *existen cuatro órdenes de gobierno: el gobierno federal, los gobiernos de provincia; el gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires y los gobiernos municipales autónomos*.

Nel caso messicano il dibattito relativo alla capitale federale riguardò – almeno in sede di assemblea costituente per la Costituzione del 1824 – non tanto il suo *status* giuridico-costituzionale, quanto piuttosto il luogo in cui doveva essere ospitata. Lo scontro non fu a carattere territoriale, come nel caso argentino in cui si è segnalata una costante contrapposizione tra Buenos Aires e il resto del Paese, ma si trattò del riflesso della già evidenziata politicizzazione della questione federale, con le forze liberali che premevano per stabilire la capitale nella città di Querétaro e i conservatori che erano a favore invece di Ciudad de México. Alla fine, dopo diverse vicende politico-istituzionali²⁹⁵, ebbero la meglio questi ultimi, con il sostegno anche di parte dei liberali, e Ciudad de México divenne la capitale della nascente Federazione messicana.

L'“oscilación constitucional”²⁹⁶ tra federalismo, difeso dalle forze liberali, e centralismo, di cui fecero la loro bandiera i conservatori che, come abbiamo visto, ha caratterizzato la storia costituzionale del Paese – con i correlati continui cambiamenti costituzionali che ciò comportava – fece sì che lo *status* costituzionale, ordinamentale ed istituzionale di Ciudad de México sia stato più volte messo in discussione e non abbia comunque avuto alcun modo di stabilizzarsi.

Il testo costituzionale attualmente in vigore, quello del 1917, affronta la questione della capitale federale²⁹⁷, certamente in una maniera meno peculiare rispetto al suo omologo argentino, ma non mancando di sollevare diversi elementi di riflessione.

²⁹⁵ Si rimanda all'ottima ricostruzione effettuata da Hurtado González J., Arellano Ríos A., *La ciudad de México y el distrito federal: un análisis político-constitucional*, in *Estudios Constitucionales*, n.2, 2009

²⁹⁶ Cfr. Fix Zamudio H., Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano...* cit., p.943.

²⁹⁷ Si vedano sull'ordinamento del *distrito federal* messicano: Abal Medina J.M., *Evaluando las instituciones políticas de los distritos federales*, in *Perfiles Latinoamericanos*, n.22, 2003; Díaz Alfaro S., *El distrito federal mexicano. Breve historia constitucional*, in AA.VV., *Estudios Jurídicos en torno*

Prima di analizzare le previsioni costituzionali vigenti a riguardo del *distrito federal* messicano, va ricordato che, a ridosso dell'entrata in vigore della Costituzione, venne approvata la *Ley de Organización del Distrito y Territorios Federales* del 1919, la quale faceva sopravvivere i governi municipale nel territorio della capitale federale. Da ciò discende la conseguenza che, fino al 1928, coesistettero un governatore di nomina federale e un'organizzazione municipale di elezione popolare a dimostrazione del fatto che nell'idea di Venustiano Carranza – *Primer Jefe del Ejército Constitucionalista*, che in quanto tale aveva promulgato la *Ley de Organización del Distrito y Territorios Federales* – il *distrito federal* era uno Stato²⁹⁸.

Il 1928 rappresenta una sorta di spartiacque ai fini della nostra analisi, in quanto la riforma dell'art.73 della Costituzione e la conseguente nuova *Ley Orgánica del Distrito y los Territorios Federales* soppressero i governi municipali del *distrito federal* e gli diedero “las características que en esencia hoy permanecen”²⁹⁹.

Prima di giungere al modello costituzionale oggi vigente, l'ordinamento del *Distrito Federal* è passato per una serie di riforme costituzionali e legislative, di cui si descriveranno solo quelle maggiormente rilevanti. In primo luogo la riforma della *Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal* del 1970 stabilì la sovrapposizione geografica tra il *Distrito Federal* e *Ciudad de México*, conseguentemente “atrás quedó la época en que el Distrito Federal era una parte de la

a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario 1992, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1992; González Oropeza M., *La condición jurídica de la sede de los poderes federales en México*, in Serna de la Garza J.M., *Federalismo y regionalismo...* cit.; Hurtado González J., Arellano Ríos A., *La ciudad de México...* cit.; Marván Laborde, *La cuestión del gobierno representativo en el distrito federal mexicano*, in *Cuestiones Constitucionales*, n.4, 2001; Rodríguez Lozano A., *El distrito federal mexicano: gobierno y democracia*, in AA.VV., *El constitucionalismo en la postrimería del siglo XX. La constitución mexicana 70 años después*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

²⁹⁸ Tale idea viene condivisa da Hurtado González J., Arellano Ríos A., *La ciudad de México...* cit., p.215, nota n.28. Gli Autori supportano tale convinzione evidenziando come: “Fue así como poco después del triunfo de la Revolución mexicana de 1910, Venustiano Carranza en su calidad de primer jefe del ejército constitucionalista, presentó su proyecto de Constitución ante el Congreso Constituyente el 1 de diciembre de 1916. En el artículo 43 se propuso, y se señaló, cuáles eran las partes integrantes de la federación. La iniciativa enunció los estados de la A a la Z, para después de finalizada la lista con el estado de Zacatecas mencionar al Distrito Federal y los territorios federales de Baja California y territorio de Quintana Roo. El Constituyente de 1917 aprobó tal y como lo presentó Carranza. Dicha situación prevaleció hasta 1934 cuando, mediante decreto publicado en el Diario Oficial, se suprimieron los territorios de Baja California Sur y Quintana Roo para incluirse en el listado de los estados”.

²⁹⁹ Cfr. Rodríguez Lozano A., *El distrito federal mexicano...* cit., p.241.

Ciudad de México o la Ciudad de México una parte del Distrito Federal. Los dos son una y la misma cosa”³⁰⁰. Nel 1987, con la riforma del VI comma dell’art.73 della Costituzione messicana, venne creato un organo elettivo, l’*Asamblea de Representantes del Distrito Federal*, che fu concepita non come una vera e propria assemblea legislativa, bensì come un mero organo deliberativo. Di maggiore trascendenza sono, infine le riforme del 1993 e del 1996. Con la prima riforma costituzionale, quella del 1993, vennero concesse competenze legislative all’*Asamblea de Representantes* ed inoltre si cambiò il nome del capo dell’esecutivo che divenne *Jefe del Distrito Federal* – e non più *Jefe del Departamento del Distrito Federal*, in quanto il relativo dipartimento, creato nel 1941, cessò d’esistere – la cui nomina avveniva per elezione indiretta³⁰¹. Infine, a partire dalla riforma 1996, il capo dell’esecutivo venne eletto direttamente dai cittadini.

Si consideri che, come si evince da quanto appena detto, la già evidenziata deprecabile tendenza del legislatore messicano alla continua revisione costituzionale non ha risparmiato nemmeno l’ordinamento della capitale federale. Il solo art.122 – che come vedremo è il ‘perno’ dell’intero sistema di autonomia della capitale – è stato riformato, dal 1993 ai giorni nostri per ben 11 volte. Un dato ancora più significativo è quello riportato da Hurtado González J. ed Arellano Ríos A., che sottolineano come “desde el 22 de agosto de 1996, fecha en que fue aprobada la última reforma constitucional referida al Distrito Federal, hasta mayo de 2009 se presentaron 43 iniciativas de reformas constitucionales sobre temas diversos que

³⁰⁰ Cfr. Hurtado González J., Arellano Ríos A., *La ciudad de México...* cit., pp.218-219.

³⁰¹ Il sistema di elezione indiretta, mai effettivamente utilizzato, prevedeva che – secondo quanto riportato da Hurtado González J., Arellano Ríos A., *La ciudad de México...* cit., p.221 – “éste sería nombrado por el presidente de la República de entre cualquiera de los representantes a la Asamblea, diputados federales o senadores electos en el Distrito Federal, que pertenezcan al partido político que por sí mismo obtenga el mayor número de asientos en la Asamblea de Representantes. El nombramiento sería sometido a la ratificación de dicho órgano, que contará con un plazo de cinco días para, en su caso, ratificarlo. Si el nombramiento no fuese ratificado, el presidente presentará a la Asamblea un segundo nombramiento para su ratificación dentro de un plazo de cinco días. Si no hubiera ratificación del segundo nombramiento, el Senado hará directamente el nombramiento del Jefe del Distrito Federal”. Gli Autori evidenziano come tale sistema “ha sido, sin lugar a dudas, el procedimiento más acertado para la elección y designación del titular del órgano de gobierno político-administrativo del Distrito Federal, lamentablemente nunca se practicó debido a que el transitorio Quinto de la reforma constitucional en cuestión establecía que el primer nombramiento para el cargo de Jefe del Distrito Federal, en los términos de este decreto se verificará en el mes de diciembre de 1997 y el periodo constitucional respectivo concluirá el dos de diciembre del año 2000. Por razones más que nada derivadas de la presión y negociación política, la reforma constitucional del 22 de agosto de 1996 hizo que esta reforma constitucional quedara sobreesida y nunca fuera aplicada”.

atañen tanto al artículo 122 como al 44 constitucionales en las partes sustantivas del estatuto político o el diseño institucional de la capital del país”³⁰².

Tornando al testo costituzionale vigente, il *Distrito Federal* viene menzionato come una delle parti integranti della Federazione³⁰³, al pari degli Stati membri, e corrisponde – a norma dell’art.44 della Costituzione messicana – alla *Ciudad de México, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos*. A ciò si aggiunga la creazione dello “Stato potenziale” di *Valle de México*, che ingloberà il territorio della *Ciudad de México, con los límites y extensión que le asigne el Congreso General*, nel caso in cui la capitale dovesse essere trasferita³⁰⁴, e la competenza del Senato – a norma del VI comma dell’art.76 – relativamente alla nomina ed alla rimozione del *Jefe del Distrito Federal* nei casi previsti dalla Costituzione³⁰⁵.

La ‘disposizione cardine’ dell’ordinamento costituzionale della capitale federale è costituita, come ho già anticipato, dall’amplissimo art.122 della Costituzione messicana³⁰⁶, in cui viene disegnata la struttura istituzionale e competenziale del *Distrito federal*.

Dal punto di vista istituzionale il cambiamento rispetto all’immediato passato, ed ancor di più al modello originario della Costituzione del 1917, non è di poco conto. Si passa da un sistema in cui il potere legislativo ed esecutivo rimaneva nelle mani degli organi federali – rispettivamente il *Congreso de la Unión* e il *Presidente de la República*, che lo esercitavano prima per il tramite di un reggente e poi, a partire dalla *Ley Orgánica del Distrito y los Territorios Federales* del 1928, di un *Departamento del Distrito Federal*, con a capo un *Jefe del Departamento del Distrito Federal*, sempre di nomina federale – ad un disegno istituzionale in cui l’organo legislativo e quello esecutivo vengono eletti direttamente dai cittadini.

³⁰² *Idem*, p.223.

³⁰³ Si veda l’art.43 della Costituzione messicana.

³⁰⁴ Si veda l’art.44 della Costituzione messicana.

³⁰⁵ Si veda su tali casi l’art.122 della Costituzione messicana.

³⁰⁶ Il testo dell’articolo, come tutto il testo della Costituzione messicana, è disponibile nel sito web della *Cámara de Diputados* (www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm). L’articolo in analisi si compone di sei commi: nei primi cinque viene ‘disegnato’ l’organigramma istituzionale del *Distrito Federal*, l’ampio sesto comma – a sua volta suddiviso in otto lettere – regola *la distribución de competencias entre los Poderes de la Unión y las autoridades locales del Distrito Federal*.

Secondo il novellato schema istituzionale, costituzionalmente previsto, gli organi del *Distrito Federal* sono: l'*Asamblea Legislativa*, eletta direttamente dai cittadini ogni tre anni con la competenza a legiferare sulle materie conferitegli dalla Costituzione; il *Jefe de Gobierno del Distrito Federal*, eletto direttamente per un periodo di sei anni come capo dell'esecutivo e responsabile dell'amministrazione dell'ente; ed il *Tribunal Superior de Justicia*, responsabile dell'amministrazione di giustizia relativamente all'applicazione delle norme di competenza locale.

Per quanto concerne gli aspetti competenziali è necessario fare riferimento sia alle previsioni dell'articolo in analisi che individua le competenze, con riferimento al territorio della capitale, sia degli organi nazionali – quindi il *Congreso de la Unión* ed il *Presidente de los Estados Unidos Mexicanos* – che a quelli del *Distrito Federal*.

L'art.122 prevede, con una disposizione a carattere sicuramente accentratore, che l'*Estatuto de Gobierno del Distrito Federal* – la norma fondativa regolante la sua organizzazione e funzionamento secondo il quadro delineato in Costituzione, approvata nel luglio del 1994 e, da ultimo, modificata nel giugno 2014 – venga approvato, in maniera differente a quanto visto per il caso argentino, dal *Congreso de la Unión*.

Per quanto concerne, infine, l'elemento finanziario la capitale federale partecipa, analogamente agli Stati membri, al già descritto *Sistema Nacional de Coordinación Fiscal*.

Il regime di autonomia pensato dalla Costituzione messicana per la capitale federale presenta diversi elementi di analogia con il caso argentino – si pensi ad esempio all'elezione diretta dei vertici del potere esecutivo e legislativo, alla condivisione, con i relativi aggiustamenti, del sistema di finanziamento degli Stati membri e delle Province – anche se Buenos Aires sembra godere della concessione costituzionale di maggiore autonomia rispetto alla sua omologa messicana.

Inoltre anche nel caso messicano, in maniera simile a quanto già detto con riferimento a *Buenos Aires*, si è dibattuto relativamente allo *status* giuridico di *Ciudad de México*, anche se l'interesse della dottrina messicana su tale tema non è paragonabile all'ampia discussione argentina in materia: ci si è infatti

sommariamente limitati a utilizzare definizioni quali *semiestado*³⁰⁷, *cuasiestado*³⁰⁸ o, in maniera molto fantasiosa, semplice governo locale³⁰⁹. Anche nel caso messicano, come ho fatto in precedenza per lo *status* di *Buenos Aires*, è importante sottolineare come la Costituzione messicana abbia voluto creare un regime differenziato sia rispetto a quello degli Stati membri, che naturalmente a quello dei municipi. Di conseguenza mi sembra pienamente condivisibile l'opinione di Rodríguez Lozano A. il quale evidenzia come "no es posible comparar al Distrito Federal con otra institución política porque simple y sencillamente son diferentes", in quanto "no existe forma de comparar cosas de naturaleza distinta"³¹⁰.

L'ordinamento costituzionale e statutario del *Distrito Federal* sollevano diversi dubbi con riferimento al reale grado di autonomia di una delle parti integranti la Federazione messicana, come dimostra il fatto che i tentativi di riforma dell'ente sono stati numerosi e, attualmente, il dibattito sul tema è molto intenso. Le proposte in analisi sono molteplici e tutte indirizzate alla concessione di una reale autonomia alla capitale federale, come quella attualmente oggetto di discussione parlamentare.

Il punto di maggiore criticità dell'intero sistema, in quanto caratterizzato da una forte carica simbolica, è quello relativo alle lesioni dell'autonomia statutaria del *Distrito Federal*. Risulta infatti abbastanza problematica la soluzione costituzionale per cui il processo di approvazione del *Estatuto de Gobierno del Distrito Federal* sia nelle mani del *Congreso de la Unión*, producendo l'irrazionale conseguenza che i cittadini e l'organo legislativo di uno degli enti che costituiscono la Federazione non possano intervenire nella creazione della sua norma fondativa. Ciò si traduce, come nella peggiore traduzione accentratrice, nell'attesa dell'intervento del legislativo federale ogniqualvolta vi sia la necessità politica di modificare lo statuto, implementando così "un sistema inefficiente para hacer frente a las necesidades cotidianas y cambiantes de la ciudad"³¹¹.

³⁰⁷ Cfr. Acosta Romero M., *Teoría general del derecho administrativo*, México D.F., Porrúa, 1986, p.203.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ È questa l'idea di Gaxiola J.F., *La crisis del pensamiento político y otros ensayos*, México D.F., Porrúa, 1956, pp.97-115.

³¹⁰ Cfr. Rodríguez Lozano A., *El distrito federal mexicano...* cit., p.248.

³¹¹ Cfr. Marván Laborde, *La cuestión del gobierno representativo...* cit., p.62.

L'analisi dell'ordinamento costituzionale delle due capitali federali – pur sottolineando la maggiore 'peculiarità' del sistema argentino che potrebbe, forse, fornire un modello per la futura e non più prorogabile riforma del *Distito Federal* messicano – mi conduce ad evidenziare, a mo' di breve conclusione, come i due ordinamenti giuridici abbiano dato soluzione alla 'problematica' della capitale federale ricorrendo ad una loro configurazione asimmetrica³¹². Il sistema federale argentino e quello messicano hanno infatti – come avviene in tutti quegli ordinamenti che si caratterizzano per essere integrati da entità tendenzialmente eterogenee e diseguali tra loro – previsto una differenziazione istituzionale, competenziale e, in parte, finanziaria di due dei loro territori, Ciudad de México e Buenos Aires, che possiedono forti elementi di peculiarità e differenziazione rispetto alle restanti parti dei due Paesi.

³¹² Sul concetto di asimmetria si veda il famosissimo saggio di Tarlton C.D., *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism*, in *Journal of Politics*, n.27, 1965.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE: TRADIZIONI E TRANSIZIONI

Nel corso degli ultimi mesi del mio lavoro di ricerca mi è spesso tornato in mente un passaggio delle *Epistulae Morales ad Lucilium* – reminiscenza dei miei studi liceali – in cui Lucio Anneo Seneca segnala all'amico come *ignoranti quem portum petat nullus suus ventus est*. Il quesito che, conseguentemente, ha 'torturato' la mia contorta mente di giurista è se fossi riuscito a 'sfruttare il vento' del mio desiderio di esplorare 'lidi sconosciuti', seguendo – nell'analisi dell'attuale panorama costituzionale di transizione – come la luce di un faro i “concetti dogmatici tradizionali”¹.

La risposta a tale interrogativo non spetta, sicuramente, a me; e potrà essere positiva nella misura in cui sia almeno riuscito a fornire un'immagine abbastanza delineata di “un territorio sconosciuto”, evitando di ricorrere a “vecchie mappe, disegnate in tempi diversi e in risposta a bisogni differenti”². La completezza sistemica non è, quindi, ricercata né, evidentemente, raggiunta, in quanto sarebbe del tutto velleitario pretenderla nell'analisi di un cambiamento fondativo di un sistema complesso – come quello dello Stato-nazione – che, come sottolinea Saskia Sassen, è per definizione una questione estremamente complicata³.

La volontà di lasciare una traccia in sentieri, fino ad ora, poco esplorati è stata mossa, soprattutto, dal desiderio di contribuire alla ricerca di innovativi paradigmi interpretativi che permettano alla scienza costituzionale di non rimanere chiusa “nel fondamento terrestre”, facendo cadere “gli spazi globali (...) in dominio di altre potenze, di interessi selvaggi, di nomadi avidi e crudeli”⁴. Il proposito di intravedere

¹ Cfr. Palermo F., *La forma di Stato dell'Unione Europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, CEDAM, 2005.

² Cfr. Benhabib S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Cortina, 2006, p.5.

³ Sassen S., *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, Bruno Mondadori, 2008, p.508, dopo aver affermato che “il cambiamento fondativo nei sistemi complessi è una questione complicata”, evidenzia come: “un'interpretazione critica di tale cambiamento deve affrontare l'enorme complessità, istituzionalizzazione, formalizzazione e forza centripeta dello stato-nazione, l'unità che ha assorbito tutti i principali componenti elementari della società nel corso di parecchi secoli”.

⁴ Cfr. Irti N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p.80.

una soluzione volta a preservare le conquiste essenziali del costituzionalismo moderno – ovvero di tutelare la tradizione in un scenario di transizione – ha costituito la motivazione più intima della mia ricerca, rivolta essenzialmente all’indagine di come non arrestare o frenare il processo di civilizzazione, minacciato dalle aggressive ed incontrollate forze del capitalismo finanziario⁵, che mettono continuamente a rischio libertà ed uguaglianza, le due ‘fondamenta’ essenziali della nostra tradizione costituzionale.

In periodi, come quello attuale, di grandi e rapide trasformazioni, fare delle previsioni può esporre al rischio di essere facilmente, e rapidamente, smentiti dal corso degli eventi. Non è possibile, perciò, prevedere, le forme che assumerà il costituzionalismo, né tantomeno quale livello istituzionale costituirà la sua ‘sede privilegiata’, e neppure esso se riuscirà a far prevalere la logica del diritto e dei diritti su quella che Andrea Morrone definisce “teologia economica”⁶. Ciò che al momento risulta ampiamente dimostrato, come è emerso a più riprese nel corso del mio lavoro di ricerca, è che il processo di mondializzazione, e più nello specifico quello di globalizzazione giuridica, con il conseguente cambiamento nella sovranità statale – la quale, se pure non rappresenta ancora un concetto totalmente superato, sta attraversando, bisogna ammetterlo, una fase di transizione, evolvendo anch’esso verso forme differenti – abbia un chiaro impatto sulle Costituzioni nazionali, che avevano come presupposto l’idea di uno Stato sovrano, il quale, ormai, lo è sempre meno.

Anche se immaginare degli sviluppi futuri risulta alquanto complicato – in quanto l’evoluzione dei sistemi istituzionali e costituzionali, come tutti i fenomeni complessi, sono sempre pieni di ambiguità, di elementi costitutivi che suggeriscono

⁵ Si veda sul tema Gallino L., *Finanzcapitalismo*, Torino, Einaudi, 2013. L’Autore definisce il capitalismo finanziario come: “una mega-macchina che è stata sviluppata nel corso degli ultimi decenni allo scopo di massimizzare e accumulare, sotto forma di capitale e insieme di potere, il valore estraibile sia dal maggior numero possibile di esseri umani, sia dagli ecosistemi. L’estrazione di valore tende ad abbracciare ogni momento e aspetto dell’esistenza degli uni e degli altri, dalla nascita alla morte o all’estinzione. Come macchina sociale, il finanzcapitalismo ha superato ciascuna delle precedenti, compresa quella del capitalismo industriale, a motivo della sua estensione planetaria e della sua capillare penetrazione in tutti i sotto-sistemi sociali, e in tutti gli strati della società, della natura e della persona”.

⁶ Si veda Morrone A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, n.4, 2012.

conclusioni analitiche antitetiche – iniziano però a delinearsi delle tendenze che non sfuggono all’analisi e lasciano, comunque, degli interrogativi aperti a successivi momenti di riflessione.

In primo luogo il costituzionalismo sta allentando i suoi legami con il territorio, con il popolo e con lo Stato. Nel “processo di denazionalizzazione del diritto e di deterritorializzazione dei confini delle comunità nazionali”⁷ e dell’abbandono di moduli costituzionali improntanti alla gerarchia, è palese come – generalizzando quanto affermato da Calogero Pizzolo con riferimento al sistema costituzionale argentino – sia ormai una realtà il superamento concettuale della “clásica pirámide kelseniana” che, trasformandosi in “una especie de trapecio al trincar”, ha reso “el reinado de la constitución” non più “absoluto y exclusivo”, trasformandolo “en un gobierno mancomunado junto a instrumentos internacionales que pasan a tener su misma jerarquía”⁸.

Tale processo non significa in alcun modo che le Costituzioni debbano rinunciare a qualsiasi pretesa di ‘normatività’, bensì che l’origine di molte di tali obbligazioni normative proviene – nell’ambito di quello che viene definito uno Stato costituzionale aperto⁹ – da altri luoghi di esercizio di un potere sostanzialmente costituzionale. Ciò non deve sorprendere ove si rifletta sul fatto che le ‘influenze esterne’ sui testi costituzionali nazionali non sono mai mancate e gli ordinamenti costituzionali vengono, in parte, “a essere plasmati dall’ordine internazionale, che fa venire meno l’assioma per il quale il diritto costituzionale è il prodotto di una propria specifica comunità politica, quindi, un fenomeno essenzialmente nazionale e perciò non esportabile. Le *international legal norms*, infatti, possono costituire un

⁷ Cfr. D’Ignazio G., *Ordine e disordine: le sliding doors dei sistemi complessi nel costituzionalismo transnazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.2, 2013.

⁸ Cfr. Pizzolo C., *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*, in *La Ley*, 2006, p.1.

⁹ Di Martino A., *Il territorio dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p.296, evidenzia una duplice apertura dello Stato costituzionale, ovvero “la metafora dell’apertura rinvia al superamento di due contrapposizioni distinte, ma correlate: quella tra fatto e norma quali elementi fondanti la costituzione, e quella tra diritto interno e diritto internazionale quali ambiti separati in cui si esercita la sovranità”.

importante strumento di influenza sui costituenti (o i legislatori) nazionali soprattutto se i contenuti normativi risultano condivisi a livello generale”¹⁰.

L’apertura dello Stato costituzionale, come è stato appena segnalato, non è un fenomeno del tutto nuovo, ma ciò non vuol dire che l’epoca del ‘costituzionalismo transnazionale’ non presenti elementi del tutto innovativi, che rendono obsoleti i vecchi schemi interpretativi. Il costituzionalismo odierno deve, volente o nolente, adattarsi ad un panorama giuridico in continuo mutamento; conseguentemente si delinea un ‘modello’ di Costituzione che “viene intessuto continuamente non solo dall’attività di corti di vario tipo (internazionali, sovranazionali, globali e nazionali), ma anche dalla produzione di varie carte, ossia da una moltiplicazione di scritture costituzionali, che indeboliscono il senso teologico che le Costituzioni avevano nel passato per ogni Stato”¹¹.

L’analisi di uno scenario giuridico in transizione come quello attuale ‘impone’ l’adozione di uno schema interpretativo pluralista. Tale scelta rappresenta, a mio modo di intendere la questione, la soluzione scientifica non solo più realistica, ma al momento maggiormente praticabile a fronte di uno scenario caratterizzato dalla coesistenza di diversi livelli – termine a cui va evitato di dare una connotazione gerarchica, in quanto i distinti livelli possono differenziarsi non solo verticalmente, ma anche orizzontalmente o funzionalmente – di esercizio di un potere sostanzialmente costituzionale.

La frammentazione della sovranità statale – che ha ‘generato’ un ordine costituzionale policentrico e multilivello, in cui le relazioni tra i diversi poli di esercizio del potere costituzionale sono molto più importanti della ‘forma’ che essi assumono – rende obbligata la scelta, dinanzi all’impossibilità di una *reductio ad unitatem*¹², dell’adozione di uno schema interpretativo multilivello con una conseguente “configurazione reticolare dei sistemi costituzionali pluralistici”¹³, in cui

¹⁰ Cfr. Ceccherini E., *L’integrazione tra ordinamenti ed il ruolo del giudice*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.2, 2013.

¹¹ Cfr. Ferrarese M.R., *Il costituzionalismo globale tra “non luogo” e “dislocazioni”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.2, 2013.

¹² È questa la postura adottata da Carrozza P., *Constitutionalism’s Post-Modern Opening*, in Loughlin M., Walker N., *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹³ Cfr. Russo A.M., *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonomo spagnolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p.252.

nessuno dei poli costituzionali può pretendere di esercitare l'autorità ultima del sistema, contrariamente a quanto avveniva nella celebre costruzione normativistica della piramide kelseniana.

Tale modello ci permette di “discern fragmentary constitutional law elements at various levels of governance, in part relating only to specific sectors (e.g. human rights law or trade law). We might visualize these elements as situated both ‘horizontally’ (sectorally) and ‘vertically’ (encompassing both the international and the national level). The constitutional elements at the various levels and in the various sectors may complement and support each other. I call this criss-cross a ‘constitutional network’. The term ‘network’, which is currently in vogue in various disciplines, is used here to describe relationships and interaction of norms and of their users”¹⁴. Si viene perciò a configurare un “transnational constitutional network, in which the relevant norms cannot be aligned in an abstract hierarchy”¹⁵, con la fondamentale conseguenza che “the resolution of eventual conflicts between international and national constitutional law requires a balancing of interests in concrete cases”¹⁶, da ciò derivano la rinnovata centralità dell’istituzione giudiziaria – quale strumento principale di tale bilanciamento – e la sua proliferazione nel panorama costituzionale transnazionale.

Pluralismo costituzionale, costituzionalismo multilivello, ‘apertura’ degli ordinamenti costituzionali e superamento della loro connotazione gerarchico/piramidale, centralità delle Carte e protagonismo delle corti, sembrano essere queste le chiavi di lettura del costituzionalismo contemporaneo. Ciò conduce il ragionamento al secondo elemento di riflessione: il costituzionalismo transnazionale del sistema interamericano di tutela dei diritti umani, che dei suddetti elementi rappresenta una delle più complete, e meglio riuscite, sintesi.

Gli elementi costitutivi dell’attitudine costituzionale della Corte di San José sono stati ampiamente analizzati nel corso del mio lavoro, così come l’apertura dei testi e

¹⁴ Cfr. Peters A., *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol.19, 2006, pp.601-602.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

delle giurisprudenze costituzionali di due ordinamenti della regione – quello messicano e quello argentino – al diritto dei diritti umani ed ai precedenti giurisprudenziali della Corte IDH. Quest’ultima, pur partendo dall’analisi del caso concreto, è solita proclamare, con non celato attivismo, dei principi di ordine generale ai quali gli Stati finiscono, con maggiore o minore ritrosia, a conformarsi.

Dall’analisi della vocazione costituzionale della Corte emerge una caratteristica del modello interamericano di protezione dei diritti umani che lo rende di particolare interesse soprattutto per l’osservatore europeo: quest’ultimo è abituato al fatto che i diritti fondamentali vengono tutelati in maniera prioritaria dai sistemi costituzionali nazionali e, secondariamente, dal sistema sovranazionale di tutela, secondo una logica sussidiaria a cui dovrebbe essere improntato il lavoro di un’istituzione sovranazionale di tutela dei diritti dell’uomo¹⁷ e che, in linea teorica, viene rispettata anche dal modello interamericano. Il passaggio dalla teoria alla pratica ha fatto sì che “la giurisprudenza interamericana mostri una tendenza alla valorizzazione dell’aspetto sovrapositivo dei trattati sui diritti umani”¹⁸; ciò implica che si evinca – dall’applicazione che la Corte IDH dà del *Pacto de San José* e più in generale del diritto dei diritti umani – una predilezione per “l’autorità morale che accomuna questi accordi, indipendentemente dal riconoscimento formale ad essi attribuito, e che viene collegata al valore assiologico delle previsioni di tutela in essi contenute”¹⁹. Tale attitudine – che configura una sorta di ‘inversione dell’onere di tutela’ a ‘favore’ del sistema interamericano – è il risultato di una situazione sociopolitica del subcontinente latinoamericano caratterizzata da violazioni massive dei diritti umani, in cui spesso “el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de 'terrorismo de Estado’”²⁰. Ciò è, inoltre, uno dei motivi per cui la Corte ha sempre fatto uno scarso riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, guardando piuttosto, come ho

¹⁷ Si veda Carozza P.G., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, Vol.97, 2003.

¹⁸ Cfr. Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, in Cappuccio L., Lollini A., Tanzarella P., *Le corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p.199.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. il paragrafo 66 della *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 22 settembre 2006 nel caso *Goiburú y otros versus Paraguay*.

ampiamente sottolineato, al di fuori del sistema interamericano per trovare un adeguato supporto alle proprie strategie interpretative.

Il ruolo di supplenza svolto dalla Corte di San José nei confronti degli ordinamenti statali conferma l'utilità dell'approccio pluralistico nell'analisi del costituzionalismo transnazionale in quanto nel sistema interamericano – che costituisce, in tutto e per tutto, un *transnational constitutional network*²¹ – la componente gerarchica viene del tutto relativizzata. La Corte, infatti, evita 'astutamente' di discutere in maniera palese della 'obsoleta' problematica della sovranità statale – che è pur stata ampiamente 'intaccata', ben oltre le previsioni convenzionali, dalle sue decisioni, essendo addirittura configurabile una situazione di *supraconstitucionalidad*²² del *Pacto de San José* – ma incardina l'intero sistema sull'operatività del ben noto principio *pro homine*, in modo da far sì che a prevalere sia la regolazione maggiormente favorevole all'individuo, indipendentemente dalla sua origine convenzionale o nazionale.

Gli organi giurisdizionali nazionali della regione hanno mostrato – come visto con riferimento alla recezione, da parte delle giurisdizioni messicana ed argentina, della giurisprudenza della *Corte di San José* sulle leggi di amnistia e sul controllo di convenzionalità – di essere molto sensibili agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di San José, tanto che si segnala come “lo scarso compimento delle misure *di riparazione stabilite nelle decisioni* va (...) di pari passo con un diverso fenomeno (...) rappresentato dalla tendenza dei giudici a servirsi della giurisprudenza interamericana per risolvere i casi ad essi sottoposti”²³.

Il protagonismo e l'attivismo delle corti nella creazione di uno *ius commune* interamericano è parte di una tendenza globale ad una rinnovata centralità dei corpi giudiziari²⁴, che manifestano un accentuato cosmopolitismo. Si è venuta a creare una comunità epistemica dei giudici allo scopo della ricerca – nel panorama giuridico postnazionale e più nello specifico in una materia strettamente costituzionale come la

²¹ Si veda Peters A., *Compensatory Constitutionalism...* cit.

²² Cfr. Sagüés P.N., *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2012, p.457.

²³ Cfr. Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione...* cit., p.200 (corsivo non testuale).

²⁴ Si veda sul tema Cassese S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

tutela dei diritti dell'uomo – di “un nuovo ordine globale”²⁵. Le varie corti nel mondo che si occupano di una questione apolide come quella dei diritti umani sono in continua comunicazione reciproca, al di là dell'ambito territoriale in cui operano, generando anche in ambito costituzionale quel fenomeno – definito dalla dottrina giuridica anglosassone *judicial globalization* – per cui “high court judges (whether international, regional, or national) entering into a global conversation by referring to and borrowing from each other and – similar to political leaders – gathering information as they see each other at special meetings or even at summits”²⁶.

L'impatto geopolitico, forse, più visibile del processo di mondializzazione è quello relativo alla creazione ormai in quasi tutti i continenti di forme di cooperazione, più o meno strette e più o meno stabili, tra gli Stati, con delle chiare implicazioni istituzionali e giuridiche. Il carattere pluridimensionale e non meramente commerciale di tale fenomeno – che ha nell'Unione Europea il suo esempio più antico e meglio riuscito – dimostra come si tratti di una tendenza alla riorganizzazione del potere, non solo di quello economico, a livello globale che “se localiza en el punto de encuentro de la teoría de la comunidad internacional y del Estado, en donde confluyen elementos de ambos y donde se construye el orden internacional sobre nuevos fundamentos”²⁷.

È questa sicuramente una delle chiavi di lettura – nonché uno degli elementi di riflessione giuridica più interessanti – del nuovo ordine mondiale; sulle relazioni reciproche tra i vari blocchi regionali, comprendendo naturalmente i cosiddetti Stati continentali, si giocheranno i futuri assetti di potere e di domino a livello globale.

Tralasciando l'aspetto geopolitico della questione, l'esperienza d'integrazione europea – che è il modello inevitabile per qualsiasi esperimento d'integrazione²⁸ e

²⁵ Si veda Cassese S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine mondiale*, Roma, Donzelli Editore, 2009.

²⁶ Cfr. Baudenbacher C., *Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles?*, in *Texas International Law Journal*, Vol.38, 2003, p.505.

²⁷ Cfr. Panebianco M., *A Integração Regional Européia e Latino-Americana entre Internacionalismo e Constitucionalismo*, in Landim J.F.P., *Direito e Integração. Experiência Latino-Americana e Européia*, Brasília, Editora da UnB, 1981, p.65.

²⁸ Si vedano sul punto: Best E., *The European Integration Process as an Example for Other Regions?*, relazione al Convegno *50 Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, University of Maastricht, 23-24 March 2007; Levì Coral M., *La Unión Europea y la nueva integración*

ancor di più per il subcontinente latinoamericano che ha sempre mantenuto un forte legame, soprattutto a livello di tradizioni giuridiche, con il continente europeo – dimostra come le implicazioni sugli ordinamenti giuridici dei processi di integrazione regionale siano tutt'altro che trascurabili. Se è vero che tali processi nascono per volontà degli Stati, e quindi secondo i classici canoni del diritto internazionale, è indubbio che, almeno al livello di integrazione a cui si è giunti nel modello/eccezione europeo²⁹, hanno dei chiari impatti sulla sovranità statale *tout court*, come dimostrano icasticamente i fatti legati alla recente crisi dei debiti sovrani dell'Eurozona. La nuova 'sovranità in transizione' degli Stati che decidono di prender parte a processi, più o meno profondi e più o meno specifici, di integrazione sovranazionale, trova nella sua cessione l'esercizio più alto e il profilo maggiormente innovativo³⁰.

Un ulteriore, ed ultimo, elemento di riflessione costituzionale deriva dall'analisi comparata dei sistemi federali argentino e messicano.

La costruzione dei due sistemi di decentramento ha avuto come modello nobile il sistema federale statunitense in quanto si voleva in tutti i modi evitare uno schema politico istituzionale improntato al centralismo. I costituenti dei due Paesi, avendo sofferto il centralismo esercitato dalla capitale dell'Impero, si posero, infatti, l'obiettivo che tale schema non si riproponesse con riferimento alle capitali dei nascenti Stati indipendenti, Buenos Aires e Città del Messico. L'adozione di uno schema costituzionale improntato al federalismo, e quindi all'ampio riconoscimento dell'autonomia *tout court* delle proprie entità federate, non impedì che i due modelli di decentramento divenissero, nella realtà, gli archetipi di una tipologia particolare di federalismo, conosciuto come *federalismo centralizado*, in cui "los poderes

latinoamericana: parámetros de comparación aplicados en diferentes estudios sobre los procesos de integración, in *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n.11, 2011.

²⁹ Sto alludendo al titolo dell'opera di Wallace W., *Regionalism in Europe: Model or Exception?*, in Hurrell A., Fawcett L., *Regionalism in World Politics. Regional Organization and International Order*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

³⁰ Si esprime in tali termini, con riferimento all'ordinamento europeo, Fragola M., *Temi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2008.

regionales y locales dependen totalmente de decisiones de alcance nacional tomadas por el poder central”³¹.

Senza ribadire le motivazioni di ordine socio-politico che stanno alla base di tale ‘snaturamento’ del modello federale costituzionalmente previsto, ciò che in questa sede mi preme è sottolineare come nello studio del diritto – e dei sistemi federali in particolare, visto l’importanza degli elementi extragiuridici nel corretto funzionamento di tali modelli – bisognerebbe sempre evitare, soprattutto in un panorama costituzionale in transizione come quello attuale, di restringere l’analisi al solo dato formale, e non perdere mai “interesse per l’investigazione delle proprie radici”³².

Tale postura interpretativa non può che condurre a riferirmi agli studi di Costantino Mortati – seppur a mo’ di riflessione generale in quanto la dignità scientifica del pensiero mortatiano richiederebbe un’attenzione e una maturità scientifica che oltrepassano le mie attuali possibilità – ed alla sua concezione di Costituzione in senso materiale³³. Proprio la costruzione teorica mortatiana – che ha l’indubbio merito di identificare “la forma di Stato *non solo* come realtà giuridico-teoretica *ma anche* come realtà storico-fattuale”³⁴ – fornisce un’interessante chiave di lettura dell’applicazione del principio federale nei casi oggetto di analisi, i quali si pongono, a mio modo di intendere la questione, al limite tra la Costituzione in senso materiale e la vera e propria sospensione costituzionale. Non si ha infatti – o almeno non solo – una mera azione delle forze politiche dominanti che tendono a plasmare la forma di Stato secondo le finalità che si propongono, bensì un fenomeno diverso che comporta una “una sorta di diritto ‘effettivo’ contrapposto a quello ‘formale’”³⁵. Tale

³¹ Cfr. López Aranguren E., *El federalismo americano las relaciones entre poderes en Estados Unidos*, Madrid, IEAL, 1987, p.57.

³² Cfr. Zagrebelsky G., *Premessa a C. Mortati. La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998, p.IX.

³³ Si vedano in particolare: Mortati C., *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940; Id., *La Costituzione in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1962. Tale ultimo saggio è contenuto in Barbera A., *Una e indivisibile*, Milano, Giuffrè, 2007. Sul tema si veda, inoltre, Gambino S., *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2004 e la bibliografia ivi citata.

³⁴ Cfr. Barbera A., *Una e indivisibile... cit.*, pp.17-18.

³⁵ Cfr. Fioravanti M., *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione. Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in Galizia M., Grossi P., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, p.157. Il passaggio in questione è riportato da Barbera A., *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in Id., *Una e indivisibile... cit.*

mia chiave di lettura sarebbe confermata dal fatto che con la definitiva caduta dei governi dittatoriali che hanno a lungo governato i due Paesi, sia il Messico sia l'Argentina abbiano avviato un, seppur lento, processo di 'rifederalizzazione' dei rispetti sistemi di decentramento.

Gli elementi di riflessione qui sollevati 'ruotano attorno' all'idea fondante del mio percorso di ricerca, ovvero il processo di 'snaturamento' della classica immagine dello Stato sovrano con tutto ciò che a livello costituzionale e giuridico ne deriva. Alla suddetta immagine ho accostato, con finalità esemplificative, la definizione di virtualità di Deleuze che, utilizzando le parole di Proust, la definisce come qualcosa che è "reale senza essere attuale, ideale senza essere astratto"³⁶.

La definizione di 'Stato virtuale' offre l'indubbio vantaggio interpretativo di evitare sia di 'cantare prematuramente il *requiem*' dello Stato, sia di arroccarsi su un dogmatismo di stampo positivista sulla base della presunta tutela delle conquiste del costituzionalismo democratico del secondo dopoguerra.

L'analisi del 'fedele specchio' della sovranità statale evidenzia come quello che Einaudi definiva il "mito dello stato sovrano"³⁷ sia stato, e continui ad essere, un concetto più politico che giuridico, molto sensibile alle necessità del potere dominante nei vari periodi storici. Nell'attuale fase di glocalizzazione – o detto in altro modo di "allungamento degli ordinamenti giuridici"³⁸ dal livello globale a quello locale – è stato lucidamente evidenziato come "gli stati-nazione non dovrebbero più essere considerati gli unici poteri di governo: essi sono ora una classe fra diversi tipi di poteri e di agenzie politiche in un complesso sistema di potere dal livello globale a quello locale"³⁹.

³⁶ Cfr. Deleuze G., Guattari F., *Che cos'è la filosofia?*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2002, p.12.

³⁷ Si veda sul punto Morelli U., *Contro il mito dello stato sovrano. Luigi Einaudi e l'unità europea*, Milano, Franco Angeli, 1990.

³⁸ Si è espresso in tal senso Sabino Cassese in una recente intervista a Treccani Web Tv dal titolo *Le istituzioni tra localismo e globalità*.

³⁹ Cfr. Sassen S., *Territorio, autorità, diritti...* cit., p.291.

RINGRAZIAMENTI

Le prime persone che sento di dover ringraziare sono Mamma, Papà e Raffaella. Il loro supporto non è mai mancato durante gli anni, a tratti ‘confusionari’, del mio percorso formativo. Se oggi sono quello che sono, come uomo e come studioso, è soprattutto grazie ai loro utilissimi consigli.

Un sentito ringraziamento va al mio supervisore, il Professor Guerino D’Ignazio. In un mondo pieno di ‘esperti del settore’, Egli ha saputo essere – anche in questa occasione – saggio maestro e guida paziente.

Un grazie lo devo, inoltre, alla Professoressa Helen Xanthaki e a tutto lo staff dell’Institute of Advanced Legal Studies dell’University of Londono per l’aiuto ricevuto nelle mie ricerche bibliografiche.

Merita un ringraziamento affettuoso Franca Chirico per i preziosi ‘consigli linguistici’.

Ringrazio inoltre il piccolo Luigi. Non potevo desiderare ‘antistress’ più dolce negli immancabili momenti di difficoltà.

Un sincero ringraziamento va a tutti quelli che, in momenti diversi e in vari modi, hanno collaborato alla buona riuscita di questo lavoro.

Last but not least, ai miei amici – vicini e lontani, vecchi e nuovi – dico amorevolmente GRAZIE.

BIBLIOGRAFIA

Abal Medina J.M., *Evaluando las instituciones políticas de los distritos federales*, in *Perfiles Latinoamericanos*, n.22, 2003.

Abreu Burelli A., *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

Acosta Romero M., *Teoría general del derecho administrativo*, México D.F., Porrúa, 1986.

Adda J., *La mondialisation de l'économie. I. Genèse, II. Problèmes*, Parigi, La Découverte, 1998.

Ainaga Vargas M., *Federalismo y globalización. Algunas reflexiones*, in Casarín L., Manlio F., *Derecho constitucional estatal*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

Alberti J.B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, disponible in www.hacer.org, 1852.

Allegretti U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta, 2002.

Allevi G., *Classico Ribelle*, Milano, Rizzoli, 2011.

Aman A.C., *The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.31, n.1, 1998.

Amaya Villareal A.F., *El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado*, in *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2005.

- Angulo Jacobo L.F., *El control difuso de convencionalidad en México*, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2013.
- Arenas Meza M., *La Contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la eliminación de las «leyes de amnistía» en América Latina: un paso decisivo en la lucha contra la impunidad*, *relazione al Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*.
- Arienzo A., *Stato minimo e minimo di stato. Sulla governante commissaria di mercato*, in AA.VV., *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Verona, ombre corte, 2012.
- Armenta López L.A., *La forma federal de Estado*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Attinà F., *La scelta del multilateralismo. L'Italia e le operazioni di pace*, Milano, Giuffrè, 2009.
- Ayala Corrao C.M., *La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, in *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, Volumen II, Caracas, Konrad Adenauer Stiftung, 1996.
- Ayala Corrao C.M., *La jerarquía de los tratados de derechos humanos*, in *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
- Ayala Corrao C.M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, FUNDAp, 2004.
- Ayala Corrao C.M., *Las consecuencias de la jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos*, in *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Estudios en Homenaje al Profesor Antonio Augusto Cancado Trindade*, Tomo V, Porto Alegre, 2005.

- Ayala Corrao C.M., *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Estudios Constitucionales*, n.1, 2007.
- Ayala Corrao C.M., *Inconstitucionalidad de la denuncia de la convención americana sobre derechos humanos por Venezuela*, in *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, n. 2, 2012.
- Argañaraz N., Devalle S. et al., *Un mejor Federalismo para Argentina. Una propuesta de cambio para la distribución de los recursos públicos*, disponible in <http://blogs.eco.unc.edu.ar>.
- Argullol i Murgadas E., Velasco Rico C.I., *Instituciones y competencias en los estados descentralizados*, Barcellona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2011.
- Arteaga Nava E., *Derecho constitucional*, México, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Barra R., *Buenos Aires, el estatuto organizativo no es constitución*, in *Revista Jurídica El Derecho*, 1996.
- Barragán J., *El federalismo como forma de gobierno y no de Estado. El caso mexicano*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nn.38/39, 2002.
- Barraza J.I., *La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Logros y desafíos*, in *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- Bassanini F., *Sovranità condivisa chance per l'Italia*, in *Corriere della Sera*, 23 agosto 2012.
- Battaglini G., *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, Padova, Cedam, 1999.
- Baudenbacher C., *Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles?*, in *Texas International Law Journal*, Vol.38, 2003.

- Bauman Z., *Globalization. The Human Consequences*, Cambridge-Oxford, Polity Press-Blackwell Publishers Ltd., 1998.
- Bauman Z., *Globalizzazione e Glocalizzazione*, Roma, Armando Editore, 2005.
- Bazán V., *La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008.
- Bazán V., *La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos*, in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2009.
- Bazán V., *Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.18, 2011.
- Bazán V., *El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas*, in *Estudios Constitucionales*, n.1, 2013.
- Bazán V., *El sistema federal argentino: actualidad y perspectivas*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.
- Bazán V., *La justicia constitucional en América Latina y algunos desafíos temáticos que afronta*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.1, 2014.
- Beck U., *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, Carrocci editore, 1999.
- Bell D., *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*, New York, Basic Books, 1973.
- Benavides L., *La "despolitización" del proceso de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, in Corzo Sosa E., Carmona Tinoco J.U., Saavedra Alessandri P., *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanc, 2013.

- Benhabib S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Cortina, 2006.
- Bénichi R., *Histoire de la mondialisation*, Paris, Vuibert, 2003.
- Benvenuti J.M., *Federalismo Fiscal*, in *Documentos y aportes en administración pública y gestión estatal*, n.9, 2007.
- Besson S., *Sovereignty in Conflict*, in Warbrick C., Tierney S., *Towards an 'International Legal Community'? The Sovereignty of States and the Sovereignty of International Law*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006.
- Best E., *The European Integration Process as an Example for Other Regions?*, relazione al Convegno *50 Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, University of Maastricht, 23-24 March 2007.
- Biaggini G., *La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.7, 2003.
- Biagini H.E., *El pensamiento identitario*, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol.6, n.5, 2001.
- Bianchi A., *Globalization of Human Rights: The Role of Non-State Actors*, in Teubner G., *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.
- Bianchi A., *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, in *European Journal of International Law*, Vol.10, n.2, 1999.
- Bicudo H., *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la recomendaciones de la Comisión Intereamericana de Derechos Humanos*, in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

- Bidart Campos G.J., *Intervención Federal en las Provincias*, in *La Ley*, Tomo 154, 1974.
- Bidart Campos G., *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- Bidart Campos G., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- Bidart Campos G.J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- Bidecain C.M., *Cuadernos Del Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- Bifulco R. (a cura di), *Ordinamenti federali comparati*, Vol.II, Torino, Giappichelli, 2012.
- Bilancia P., *Stato unitario accentrato, decentrato, federale: dalle diverse origini storiche alle confluenze dei modelli*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.9, 2005.
- Bilancia F., *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista telematica giuridica dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, n.2, 2011.
- Billè R., *La Città autonoma di Buenos Aires: un nuovo soggetto federale? Contributo al dibattito in corso sul nuovo Codice delle Autonomie Locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, n.2, 2007.
- Bin R., *Ordine giuridico ed ordine politico nel diritto costituzionale globale*, disponibile in www.robortobin.it, 2006.
- Bin R., *Soft law, no law*, in Somma A. , *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009.
- Bin R., Pitruzzella G., *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2012.

- Binder C., *¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías*, in von Bogdandy A., Ferrer Mac-Gregor E., Morales Antionazzi A., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionales commune en América Latina?*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- Bini Smaghi L., *Le regole per salvare il capitalismo*, in *Aspenia*, 2009.
- Bini Smaghi L., *Quale Europa dopo la crisi?*, discorso tenuto per l'inaugurazione dell'anno accademico 2011 dell'*Institute for Advanced Studies* di Lucca, 11 marzo 2011.
- Blanco Valdés R.L., *Los rostros del federalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- Bobbio N., *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in Id., *Stato, Governo, Società. Per una teoria generale della Politica*, Torino, Einaudi, 1985.
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.
- Bobbio N., *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, in Bobbio N., *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999.
- Boggero G., *La corte costituzionale tedesca: ago della bilancia in Europa?*, in www.aspeniainstitute.it, 2012.
- Bognetti G., *La costituzione economica*, Milano, Giuffè, 1984.
- Bognetti G., *La costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1994.
- Bognetti G., *Il federalismo*, Torino, Utet, 2001.
- Bognetti G., *L'oggetto e il metodo*, in Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G.F., *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- Bonanni A., *La guerra mondiale dei debiti*, in *La Repubblica*, 17 gennaio 2012.

- Borja J., Castells M., *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 1997.
- Botan N., *Prólogo*, in Calvo E., Abal Medina J.M., *El federalismo electoral argentino. Sobrerrepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- Bouguinat H., *Finance Internationale*, Paris, Presses universitaires de France, 1992.
- Bou I Novensá M., *El federalismo argentino: aproximación teórica y desempeño institucional*, in *Documentos de trabajo del Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya*, Barcellona, 2005.
- Brillo J., *Coparticipación, la agonía del federalismo*, in *iEco*, 23 marzo 2014.
- Buergenthal T., *The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences*, in *American University Law Review*, Vol.30, n.1, 1980.
- Buergenthal T., *The Inter-American Court of Human Rights*, in *The American Journal of International Law*, Vol.76, n.2, 1982.
- Buergenthal T., Grossman C., Nikken P., *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas, 1990.
- Buergenthal T., *The Human Rights Revolution*, in *St. Mary's Law Journal*, Vol.23, n.3, 1991-1992.
- Buergenthal T., *The OAS Charter after Forty Years*, in *American Society of International Law Proceedings*, Vol.82, 1998.
- Burgoa I., *Derecho constitucional mexicano*, México D.C., Porrúa, 1973.
- Burgorgue-Larsen L., Úbeda de Torres A., *La "guerra" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol.3 Especial, 2010.

- Burgorgue-Larsen L., *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*, in *Working Papers on European Law and Regional Integration* dell'Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional dell'Universidad Complutense, n.22, 2014.
- Burneo Labrín J.A., *Jurisdicción Universal y Ex Jefes de Estado. El caso Pinochet*, in *Décimo Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2009.
- Bussani M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2010.
- Bussani M., *La globalità asservita e il dirottamento dello Stato*, in AA.VV., *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Verona, ombre corte, 2012.
- Bustos Gisbert R., *El constitucionalismo en red*, in D'Ignazio G., Russo A.M., *Il Diritto della cooperazione territoriale nel pluralismo costituzionale europeo*, in corso di pubblicazione.
- Cacciari M., *Geo-filosofia dell'Europa*, Milano, Adelphi, 1994.
- Cacciatore G., Scocozza A., *El Gran Majadero de América*, Reggio Calabria, La Città del Sole, 2008.
- Cagnoli C., Carpio C., D'Avino C., Martino L., Sanchez I., *Análisis de la autonomía de la ciudad de Buenos Aires*, disponibile nel sito web dell'Asociación Argentina de Administración Pública, 1997.
- Calasso F., *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano, Giuffrè, 1957.
- Calhoun J.C., *A discourse on the Constitution and Government of the United States*, in *Union and liberty. The political philosophy of John Calhoun*, Indianapolis, Liberty Fund, 1992.

- Campbell J.L., *Institutional Change and Globalization*, New York, Princeton University Press, 2004.
- Cançado Trindade A.A., *Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.37, 2003.
- Cançado Trindade A.A., *El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto de derecho internacional*, in Cançado Trindade A.A., Ventura Robles M.E, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- Cançado Trindade A.A., *La emancipación de la persona humana en la reconstrucción del Jus Gentium*, in Cançado Trindade A.A., Ventura Robles M.E, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- Cançado Trindade A.A., *The Emancipation of the Individual from his Own State: the Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations*, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo 1979-2004*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- Cançado Trindade A.A., *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Cançado Trindade A.A., *Jus Cogens: the Determination and the Gradual Expansion of its Content in Contemporary International Case-Law*, disponible in www.oas.org.
- Cançado Trindade A.A., *La ampliación del contenido material del Ius Cogens*, disponible in www.oas.org.

- Cantaro A., *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, in www.dirittifondamentali.it, 2012.
- Cao H., Fernando D. et al., *Federalismo Fiscal*, in *Observatorio de Políticas Públicas*, dicembre 2005.
- Capello M., Galassi G., *Los problemas actuales del federalismo fiscal argentino*, in *Studia Politicae*, n.17, 2009.
- Cappelletti M., Seccombe M., Weiler J., *Integration Through Law: Europe and American Federal Experience*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986.
- Cappuccio L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, in Cappuccio L., Lollini A., Tanzarella P., *Le corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.
- Caponi R., *Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo*, in Barsotti V., Varano V., *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- Caravita B., *Lineamenti di diritto costituzionale regionale e federale*, Torino, Giappichelli, 2009.
- Carbonell M., *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003.
- Carbonell M., *Introducción general al control de convencionalidad*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2012.
- Carbonell M., *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades*, in www.miguelcarbonell.com, 6 settembre 2012.
- Carbonell M., *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa, México, 2013.

- Cárdenas J., *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Cardona Llorens J., *La función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*.
- Carducci M., *Il diritto comparato delle integrazioni regionali nel contesto euroamericano*, in AA.VV., *Anais da V Jornada da Associação de Direito Público do Mercosul*, Belo Horizonte, Ed Forum, 2012.
- Carducci M., *La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa. Casi e problemi*, in Carducci M., Riberi P., *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericana: casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2012.
- Carducci M., *Il difficile confronto tra Europa ed America Latina su diritto giurisprudenziale e tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 2013, p.15.
- Caretti P., *Introduzione generale alle V Giornate Italo-Ispano-Brasiliane di Diritto Costituzionale: La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, Lecce, 14-15 settembre 2012.
- Carmagnani M., *Federalismos latinoamericanos: México-Brasil-Argentina*, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Carmona Tinoco J.U., *La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México*, in García Ramírez S., Castañeda Hernández M., *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa*

de la Corte Interamericana, Città del Messico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

Carozza P.G., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, Vol.97, 2003.

Carpizo J., *Sistema federal mexicano*, in *Los sistemas federales del continente americano*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1972.

Carpizo J., *Federalismo en Latinoamérica*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1973.

Carpizo J., *Estudios constitucionales*, México D.F., Porrúa, 1991.

Carpizo J., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

Carpizo J., *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.10, 2006.

Carpizo J., *La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos*, in *Anuario mexicano de derecho internacional*, Vol.12, 2012.

Carozza P., *Rapporti tra istituzioni e comunicazione nello Stato contemporaneo*, disponibile in www.masterdau.jus.unipi.it.

Carozza P., *Constitutionalism's Post-Modern Opening*, in Loughlin M., Walker N., *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Cassedy S., *Globalization and the Modern Conception of Human Rights*, in López-Alves F., Johnson D.E., *Globalization and Uncertainty in Latin America*, Basingstoke, Palgrave Mcmillan, 2007.

Cassese A., *La Dichiarazione universale dei diritti umani. Quaranta anni dopo*, in Cassese A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

- Cassese A., *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Parigi, Presse Universitaires de France, 2002.
- Cassese A., *Diritto internazionale. I. I lineamenti*, Bologna, il Mulino, 2003.
- Cassese A., *Diritto internazionale. II. Problemi della comunità internazionale*, Bologna, il Mulino, 2004.
- Cassese A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2005.
- Cassese S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- Cassese S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- Cassese S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- Cassese S., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 2008.
- Cassese S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.
- Cassese S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine mondiale*, Roma, Donzelli Editore, 2009.
- Cassese S.(a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 2009.
- Cassese S., *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno ed il suo tempo*, disponibile su www.irpa.eu, 2011.
- Castaldi R., *Lo sviluppo dell'Unione Europea e la sua crisi nel contesto globale*, paper per il XXVI convegno della Società Italiana di Scienza Politica, Roma 13-15 settembre 2012.
- Castells D., *The Information Age: Economy, Society and Culture* (Vol.I: *The rise of Network Society*, 1996; Vol.II: *The Power of Identity*, 1997; Vol.III: *The End of Millenium*, 1998), Oxford, Blackwell.

- Castells J.M., *El difícil federalismo*, in Calvo-García M., Felstiner W.L.F., *Federalismo. Federalism*, Madrid, Dykinson, 2004.
- Catania A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2008.
- Ceccherini E., *L'integrazione tra ordinamenti ed il ruolo del giudice*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.2, 2013.
- Cervati A.A., *Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica*, in *Diritto romano attuale*, fascicolo 6, 2001.
- Chesnais F., *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1997.
- Chiti V., *Per una dimensione europea del "nuovo regionalismo"*, in *Regioni e governo locale*, n.3, 1993.
- Cohen J.L., *Whose Sovereignty? Empire Versus International Law*, in *Ethics & International Affairs*, Vol.18, n.3, 2004.
- Cohn Haim H., *International Fact-Finding Processes and The Rule of Law*, in *The Review of International Commission of Jurists*, n.18, 1977.
- Comba M., *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il caso del Judicial federalism negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 1996.
- Cortese E., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, Bulzoni Editore, 1966.
- Cottier T., Hertig M., *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.7, 2003.
- Crahan M., *Human Rights and Basic Needs in the Americas*, Washington, Georgetown University Press.
- Crisafulli V., Sandulli A.M., *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, 1975.

- Crosa E., *Diritto costituzionale*, Torino, Utet, 1941.
- Cue Cánovas A., *El federalismo mexicano*, México D.F., Libro Mex Editores, 1960.
- D'Atena A., *Le autonomie sub-statali e le loro garanzie istituzionali*, in Rolla G. (a cura di), *La difesa delle autonomie locali*, Milano, Giuffrè, 2005.
- D'Atena A., *Regionalismo e Sovranazionalità*, Milano, Giuffrè, 2008.
- D'Ignazio G., *Ordine e disordine: le sliding doors dei sistemi complessi nel costituzionalismo transnazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.2, 2013.
- Dahl R.A., Tufte E.R., *Size and democracy*, Stanford, Stanford University Press, 1973.
- Davis M., *The Pinochet Case*, in *Research Paper dell'Institute of Latin American Studies dell'University of London*.
- de Figueiredo Caldas R., *O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.
- De Giovanni J., *La ciudad de Buenos Aires y la nueva Constitución: una autonomía fundacional*, Buenos Aires, Ediciones Coidad Argentina, 1995.
- De la Cueva M., *La Constitución de 5 de febrero 1857*, in Kruger H., *El constitucionalismo a mediados del siglo XXI*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1957.
- De Marco E., *La sovranità dello Stato tra «pluralismo» e «Integrazione sovranazionale»*, in *Rivista di Diritto Pubblico e Scienze Politiche*, 1994.
- de Oliveira Mazzuoli V., *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.

- De Petris A., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul meccanismo europeo di stabilità e sul fiscal compact. Guida alla lettura*, in www.federalismi.it, 2012.
- de Tocqueville A., *La Democrazia in America*, Milano, Mondadori, 2009.
- De Vega García P., *Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.100, 1998.
- de Vergottini G., *Lo stato federale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1990.
- de Vergottini G., *Stati federali e Stati regionali*, in Gambino S. (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, Maggioli, 1998.
- de Vergottini G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 1999.
- de Vergottini G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010.
- De Vittor F., *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Rivista di diritto internazionale*, n.3, 2002.
- De Wet E., *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, in *Leiden Journal of International Law*, n.19, 2006.
- Del Vecchio A., *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismo*, Bari, Cacucci editore, 2009.
- della Cananea G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- Della Vía A.R., *Actualidad del federalismo argentino*, in Serna de la Garza J.M., *Federalismo y regionalismo*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de

- Derecho Constitucional, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Deleuze G., Guattari F., *Che cos'è la filosofia?*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2002.
- Denninger E., *Derecho en «desorden» global. Sobre los efectos de la globalización*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.8, 2004.
- Deti T., Gozzini G., *Storia contemporanea II. Il Novecento*, Milano, Bruno Mondadori, 2002.
- Di Gaspare G., *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Lavis, Cedam, 2011.
- Di Giorgi P., *Persona, globalizzazione e democrazia partecipativa*, Milano, Franco Angeli, 2004.
- Di Martino A., *Il territorio dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè Editore, 2010.
- Díaz Alfaro S., *El distrito federal mexicano. Breve historia constitucional*, in AA.VV., *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- Díaz Müller L., *El sistema interamericano de derechos humanos, la Declaración y la Convención americanas*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*.
- Domingo R., *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Donoso G., *Inter-American Court of Human Rights' reparation judgements. Strengths and challenges for a comprehensive approach*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.49, 2009.

- Dotti S., *Dal mondo bipolare al mondo multipolare, passando per l'unipolare*, in www.cartografareilpresente.org , 2010.
- Draghi M., *Gli economisti e la crisi*, relazione alla cinquantesima riunione scientifica annuale della società italiana degli economisti, Roma, 22 ottobre 2009.
- Dromi R., Menem E., *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.
- Dupuy P-M., *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.1, 1997.
- Durand C., *El Estado federal en el derecho positivo*, in Berger C., *Federalismo y federalismo europeo*, Madrid, Tecnos, 1965.
- Dwyer A.S., *The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol.XIII, n.1, 1990.
- Eisemberg M.A., *La Natura del Common Law*, Milano, Giuffrè, 2010.
- Eisenstadt T.A., *Courting Democracy in Mexico: Party Strategies and Electoral Institutions*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- Elazar D.J., *Idee e forme del federalismo*, Milano, Mondadori, 1998.
- Eliades A., *El derecho de rectificación o respuesta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, disponibile sulla pagina web della Facultad de Periodismo y Comunicación Social dell'Universidad Nacional de la Plata.
- Elias O., *Regionalism in International Law-Making and the Westphalian Legacy*, in Harding C., Lim C.L., *Renegotiating Westphalia*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.
- Elster J., *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006.

- Enache-Brown C., Fried A., *Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedere Aut Judicare in International Law*, in *McGill Law Journal*, Vol.43, 1998.
- Fajardo Morales Z.A., *El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica*, disponible nel sito web della *Suprema Corte de Justicia de la Nación*.
- Fajardo Torres M., Szczyry R., *El status jurídico institucional de la Ciudad de Buenos Aires y sus limitaciones*, disponible in www.adaciudad.org.ar.
- Fassbender B., *Sovereignty and Constitutionalism in International Law*, in Walker N., *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- Faúndez Ledesma H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- Faya Viesca J., *El federalismo mexicano*, México D.F., Porrúa, 1998.
- Feria Tinta M., *La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.43, 2006.
- Fernández Valle M., *La Corte Suprema Argentina frente al Legado de la Última Dictadura Militar: Reseña del fallo "Simón"*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2006.
- Fernández Segado F., *El federalismo en América Latina*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Fernández Segado F., *Reflexiones críticas en torno al federalismo en América Latina*, in Alfredo Arismendi A., Caballero Ortiz J., *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Editorial Civitás, 2003.

- Ferrajoli L., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- Ferrara G., *La sovranità popolare e le sue forme*, in Labriola S., *Valori e principi del regime repubblicano*, Vol.1, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Ferrarese M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2006.
- Ferrarese M.R., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- Ferrarese M.R., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012.
- Ferrarese M.R., *Il costituzionalismo globale tra “non luogo” e “dislocazioni”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.2, 2013.
- Ferrer Mac-Gregor E., *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, in *Estudios Constitucionales*, a.9, n.2, 2011.
- Ferrer Mac-Gregor E., *El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, *Comité del Centro de Estudios de Derecho y Investigaciones Parlamentarias*, 2012.
- Ferrer Mac-Gregor E., *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.

- Ferreyra R., *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Figueiredo M., *América Latina y la defensa y promoción de los derechos humanos: las Constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos en la región*, in Mezzetti P., Pizzolo C., *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2012.
- Fioravanti M., *Per l'interpretazione giuridica dell'opera di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè Editore, n.10, 1981.
- Fioravanti M., *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione. Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in Galizia M., Grossi P., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990.
- Fix Zamudio H., Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México D.F., Porrúa, 2001.
- Flores Zavala E., *Elementos de finanzas públicas mexicanas*, México D.F., Porrúa, 1963.
- Focarelli C., *Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale*, in *Politica del diritto*, n.2, 2011.
- Foglio G., *Debito e sovranità nella storia europea. Storia di un'opportunità*, in www.lex.unict.it, 2011.
- Fragola M., *Temi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2008.
- Frías P.J., *Las responsabilidades morales y políticas*, in *Los breviaros del siglo XXI*, Córdoba, s/d.
- Frías P.J., *Constitucionalidad de la coparticipación impositiva federal*, in *Cuadernos de Federalismo*, Córdoba, Instituto de Federalismo-Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1988.

- Frías P.J., *La provincia argentina entre Alberdi y la realidad*, in *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, Tomo 1, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002.
- Friederich C. J., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Ginn, 1950.
- Friederich C. J., *Trends of federalism in theory and practice*, New York, Praeger Publishers Inc., 1968.
- Friedman L.M., *Frontiers: National and Transnational Order*, in Ladeur K-H., *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, 2004.
- Frohnen B., *A Problem of Power: The Impact of Modern Sovereignty on the Rule of Law in Comparative and Historical Perspective*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol.20, 2012.
- Fronzizi S., *El federalismo en la República Argentina*, in *Los sistemas federales del continente americano*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1972.
- Frosina L., *La Città Autonoma di Buenos Aires nel federalismo multilivello argentino. Il singolare status costituzionale della capitale federale*, in www.federalismi.it, 2009.
- Frosini T., *Marco Polo e l'universo giuridico*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 novembre 2012.
- Gadsden Carrasco C.H., *Federalismo y Descentralización: Retos y aprendizajes en México*, in www.forumfed.org.
- Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- Gallino L., *Finanzcapitalismo*, Torino, Einaudi, 2013.
- Gamarra Y., *National Responses in Latin America to International Events Propelling the Justice Cascade: The Gelman Case*, in Beneyto J.M., Kennedy D., Corti Valera

- J., Haskell J., *New Approaches to International Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012.
- Gambino S., *Regionalismo e federalismo nell'evoluzione della forma di stato contemporaneo*, in Groppi T. (a cura di), *Principio di autonomia e forma dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1998.
- Gambino S., *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2004.
- Gambino S., *Il costituzionalismo del Novecento*, in *Scritti in Onore di Antonino Pensovecchio Li Bassi*, Torino, Giappichelli, 2004.
- Gambino S., Nocito W., *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in www.astrid-online.it, 2012.
- García Belsunce H. A., *Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución nacional*, comunicazione effettuata all'Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 24 aprile 2006.
- García Herrera M.A., Maestro Buelga G., *Constitución y capitalismo financiarizado: por un constitucionalismo crítico*, in www.constitucionalismo.it, 2012.
- García Ramírez S., *El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.32-33, 2000-2001.
- García Ramírez S., *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2003.
- García Ramírez S., *Origen y actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in González Martín N., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. Tomo II*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

- García Ramírez S., *El control interno de convencionalidad*, in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.28, 2011.
- Garro A., *La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Cuestiones constitucionales*, 2009.
- Garzón Valdés E., *El terrorismo de Estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad)*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.65, 1989.
- Gaxiola J.F., *La crisis del pensamiento político y otros ensayos*, México D.F., Porrúa.
- Gelli M.A., *La ciudad de Buenos Aires: una autonomía en construcción*, in *La Ley*, n.1028, 2006.
- Gentili A., *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Politica del diritto*, n.2, 2011.
- Gialdino R.E., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2006.
- Giannini M.S., *Autonomia pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1956.
- Giarda P., *Federalismo fiscale*, voce per il supplemento all'*Enciclopedia del Novecento, Dal XX al XXI secolo: problemi e prospettive*, Roma, Istituto Treccani, 2001.
- Giarda P., *La favola del federalismo fiscale*, in *Nova Juris Interpretatio*, Roma, 2009.
- Giddens A., *Le conseguenze della modernità*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- Gil Domínguez A., *Las facultades constitucionales del interventor federal*, in *La Ley*, 20 ottobre 2004.

- Gil L., Paikin D., *Mapa de la Integración Regional en América Latina*, in *Nueva Sociedad*, 2013.
- Giovagnoli A., *Storia e globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- Giraudi G., *Lo Stato regolatore tra globalizzazione ed europeizzazione*, in Foradori P., Scartezzini R., *Globalizzazione e processi di integrazione sopranazionale: l'Europa, il Mondo*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2006.
- Giupponi T., *Sovranità degli stati versus sovranità dei diritti: sfere di immunità e giustizia internazionale*, in Mezzetti P., Pizzolo C., *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2012.
- Goldman R.K., *Historia y acción: el sistema interamericano de derechos humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, in Covarrubias Velasco A., Ortega Nieto D., *La protección internacional de los derechos humanos: un reto en el siglo XXI*, Pedragal de Santa Teresa, El Colegio de México, 2007.
- González Calderón J.A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kraft, 1958.
- González Oropeza M., *La intervención federal en la desaparición de poderes*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- González Oropeza M., *La condición jurídica de la sede de los poderes federales en México*, in Serna de la Garza J.M., *Federalismo y regionalismo*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Goodman R., Jinks D., *Toward an Institutional Theory of Sovereignty*, in *Stanford Law Review*, Vol.55, 2003.
- Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e della sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

- Griffiths A., Nerenberg K., *Handbook of Federal Countries*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2005.
- Griffiths J., *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, n.24, 1986.
- Groppi T., *Il federalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- Groppi T., Lecis Cocco-Ortu A.M., *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it, 2013.
- Guidi G., *La concezione latinoamericana della divisione dei poteri. Il carattere ibrido delle Costituzioni. Il loro valore messianico*, in *Studi Urbinati*, Anno LXXVII, 2010.
- Guilherme Arcano Conci L., *Las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales supremos nacionales: el caso de Brasil*, in Mezzetti P., Pizzolo C., *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2012.
- Hamilton A., Jay J., Madison J., *The Federalist*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001, disponibile in files.libertyfund.org/pll/.
- Harding C., Lim C.L., *The Significance of Westphalia: an Archeology of the International Legal Order*, in Harding C., Lim C.L., *Renegotiating Westphalia*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.
- Harmsen V.R., *The European Court of Human Rights as a 'Constitutional Court': Definitional Debates and the Dynamics of Reform*, in Morison J., McEvoy K., Gordon A., *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Held D., *Governare la globalizzazione. Un'alternativa democratica al mondo unipolare*, Bologna, Il Mulino, 2005.

- Helzel P.B., *Il recupero del binomio sovranità-autorità alla luce della tradizione giuridica*, in Helzel P.B., Katolo A.J., *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, CEDAM, 2012.
- Henderson H., *Los tratados internacionales de derechos umano en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.39, 2004.
- Hennebel L., *The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism*, in *Quebec Journal of International Law, Special Edition*, 2011.
- Hernández A.M., *Derecho municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Hernández A.M., *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Hernández A.M., *El fracaso del proyecto centralista*, in *La Nación*, 8 gennaio 2003.
- Hernández A.M., *El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994*, in *www.federalismi.it*, n.24, 2005.
- Hernández A.M., *The Distrubution of Competences and the Tendency Towards Centralization in the Argentine Federation*, in *www.federalism.it*, n.19, 2008.
- Hernández A.M., *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- Hernández A.M., *Presidencialismo y federalismo en Argentina*, in *www.federalismi.it*, 2010.
- Hernández A.M., *El federalismo argentino*, in Id., *Derecho público provincial*, Buenos Aires, 2011.
- Hitters J.C., *Control de Constitucionalid y Control de Convencionalidad. Comparación*, in *Estudios Constitucionales*, n.2, 2009.

- Hooker M.B., *Legal pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Oxford University Press, 1976.
- Hurtado González J., Arellano Ríos A., *La ciudad de México y el distrito federal: un análisis político-constitucional*, in *Estudios Constitucionales*, n.2, 2009.
- Ibáñez Rivas J.M., *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2012.
- Ignatieff M., *Human Rights as Idolatry*, in Gutmann A., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 2001.
- Irti N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- Jameson F., *Postmodernismo. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, Roma, Fazi, 2007.
- Jimena Quesada L., *La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*, in Revenga Sánchez M., *El Poder Judicial*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2009.
- Jinesta Lobo E., *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, in Ferrer Mac-Gregor E., *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Santiago de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.
- Kelsen H., *The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organisation*, in *The Yale Law Journal*, Vol.53, n.2, 1944.
- Kelsen H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989.

- Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 2000.
- Kennedy D., *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, in *The University of Pennsylvania Law Review*, Vol.130, n.6, 1982.
- Kennedy D., *One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream*, University College London and School of Oriental and African Studies, 4 marzo 2006.
- Kleinlein T., *Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?*, in *Goettingen Journal of International Law*, n.4, 2012.
- Kleinlein T., *Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law*, in *Nordic Journal of International Law*, Vol.81, 2012.
- Koeck E.F., *Alfred Verdross – A Visionary of Contemporary Doctrine and Practice of International Law*, in *Studia Iuridica Toruniensia*, Tomo VIII, 2011.
- Koh H.H., *How Is International Human Rights Law Enforced?*, in *Indian Law Journal*, Vol.74, 1999.
- Krisch N., *The Case for Pluralism in Postnational Law*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n.12, 2009.
- Krisch N., *Beyond Constitutionalism: The Pluralistic Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Krošlák D., *The Idea of Legal Pluralism (With Regard to the Conception of Leopold Pospíšil)*, disponibile in *Social Science Research Network*, 2011.
- Kumm M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, Vol.11, n.3, 2005.

- La Pergola A., *Introduzione*, in AA.VV., *Federalismo e crisi dei regimi comunisti*, Torino, La Rosa, 1993.
- La Pergola A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- La Porta U., *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, Liguori Editore, 2005.
- Lafourcade P.J., *La reforma a la Ley Cafiero y una nueva violación a la Constitución nacional*, relazione al VII Seminario Internacional de Tributación Local, Universidad Católica de Salta, 2007.
- Larrioux J.T., *Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.
- Law D.S., *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, in *Northwestern University Law Review*, Vol.102, n.3, 2008.
- Leanza U., *Il nuovo multilateralismo nel mantenimento della pace: Nazioni Unite ed Unione Europea*, in *La Comunità Internazionale*, n.1, 2007.
- Leanza U., Caracciolo I., *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Ledesma H., *La Independencia y Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y Desafíos*, in AA.VV., *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998.
- Lee Benson N., *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México D.C., El Colegio de México, 1955.

- Levi Coral M., *La Unión Europea y la nueva integración latinoamericana: parámetros de comparación aplicados en diferentes estudios sobre los procesos de integración*, in *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n.11, 2011.
- Linares Quintana Segundo V., *La garantía del principio federal en la Constitución argentina*, in *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, Tomo I, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- Livingston W.S., *A Note on the Nature of Federalism*, in *Political Science Quarterly*, Vol.67, 1952.
- Lo Castro G., *Il mistero del diritto. III. L'uomo, il diritto, la giustizia*, Torino, Giappichelli, 2012.
- Lonigro F.V., *Doctrina del Día: el status constitucional de la Ciudad de Buenos Aires*, in *Revista La Ley*, 2012.
- López Bofill H., *Notas sobre la experiencia federal en Argentina*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.98, 1997.
- López Rosas J.R., *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970.
- López Aranguren E., *El federalismo americano las relaciones entre poderes en Estados Unidos*, Madrid, IEAL, 1987.
- Losa N.O., *Derecho Municipal, público provincial y contravencional*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2006.
- Luciani M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996.
- Luciani M., *Costituzionalismo irenico e polemico*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 2006.
- Luciani M., *Sovranità*, in *Italianieuropei*, n.7, 2011.

- Luhmann N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- Luna F., *Buenos Aires y el país*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1982.
- MacCormick N., *Beyond the Sovereign State*, in *The Modern Law Review*, Vol.56, n.1, 1993.
- MacCormick N., *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, Vol.1, 1995.
- Manili P.L., *La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano*, in Méndez Silva R., *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Città del Messico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Marc A., *El porvenir de Europa y otros ensayos*, in *Centro de Estudios Constitucionales/Boletín Oficial del Estado*, 1989.
- Marienhoff M., *La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la Constitución Nacional de 1994*, in *Revista Jurídica El Derecho*, 164-1113.
- Marini G., *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, relazione al convegno *The construction of legal traditions*, Perugia, 19/20 novembre 2007.
- Markesinis B.S., *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishing, 1997.
- Marquez A.M., *Constitución de la nación argentina: su sanción y sus reformas*, in www.federalismi.it, 2013.
- Martin C., Rodríguez-Pinzón D., *La Prohibición de la Tortura y los Malos Tratos en el Sistema Interamericano*, Ginevra, Organizzazione Mondiale Contro la Tortura, 2006.

- Martinico G., *L'articolo 13 del Fiscal Compact ed il ruolo dei Parlamenti nel sistema multilivello*, in Bonvicini G., Brugnoli F., *Il fiscal compact*, Roma, 2012.
- Martinico G., *Multilevel governance e federalismo costituzionale: le sfide per la teoria giuridica*, in *Il Ponte*, 2012.
- Marván Laborde, *La cuestión del gobierno representativo en el distrito federal mexicano*, in *Cuestiones Constitucionales*, n.4, 2001.
- Massera A., *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Vol.51, n.1, 2001.
- Mastromarino A., *Il federalismo disaggregativo: un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Milano, Giuffrè, 2010.
- Mastromartino F., *La soggettività degli individui nel diritto internazionale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011.
- Mattei U., *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2004.
- Mazzarese T., *Minimalismo dei diritti: "ragionevole apologia" o insidiosa delegittimazione?*, in *openfiler.jus.unibs.it*, 2006.
- Mazzarese T., *Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale*, in *diritto & questioni pubbliche*, n.8, 2008.
- McCorquodale R., *The individual and the International legal system*, in Evans M.D., *International law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- McCrudden C., *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.20, n.4, 2000.
- Medina Quiroga C., *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and Inter-American System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

- Medina Quiroga C., *Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- Medina Quiroga C., Nash Rojas C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile para la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), 2011.
- Mejía R., Orozco W.L., *Declaración de desaparición de poderes de un Estado*, in Id., *El Senado de la República y la política interior*, México D.F., Porrúa, 2003.
- Mejía Edward J., *Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.
- Melica L., *Federalismo e libertà. I modelli di Messico, Argentina e Venezuela*, Padova, Cedam, 2002.
- Mendelevich P., *Intervenciones en la historia*, in *La Nación*, 11 aprile 2004.
- Mensa Gonzáles A., *La atribución constitucional de indultar y el derecho internacional de los derechos humanos*, in Mezzetti P., Pizzolo C., *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2012.
- Michaels R., *Global Legal Pluralism*, in *Annual Review of Law & Social Science*, Vol.5, 2009.
- Micossi S., *Eurozona dalla crisi alla Road map verso l'unione economica e monetaria*, prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico 2012/2013 dell'Università Carlo Cattaneo-LIUC, 12 novembre 2012.
- Mikunda-Franco E., *I diritti umani come fenomeno culturale regionale*, in *Scienza & Politica*, n.29, 2003.

- Milá Moreno J., *El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, in Gómez I.F., Pureza J.M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.
- Mocoroa J.G., *Justicia transicional, amnistía y Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso "Gelman" y algunas inquietudes*, in Carducci M., Riberi P., *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericana: casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2012.
- Moyer C., *The Role of Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights*, disponibile in www.corteidh.or.cr.
- Möllers C., *Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism*, in von Bogdandy A., Bast J., *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
- Moore F.S., *Law as Process. An Antropological Approach*, Münster-Hamburg/Oxford, LIT/James Currey, 2000.
- Moreiro Neto D., *Mercosul – Minilateralismo y Metaconstitucionalismo*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.128, 1995.
- Morelli U., *Contro il mito dello stato sovrano. Luigi Einaudi e l'unità europea*, Milano, Franco Angeli, 1990.
- Morin E., *Il Metodo. Vol.1. La natura della natura*, Milano, Raffaello Cortina Edizioni, 2001.
- Morrone A., *Per il metodo del costituzionalista: riflettendo sul «Lo Stato moderno e la sua crisi» di Santi Romano*, in *Quaderni Costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, n.2, 2012.

- Morrone A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, n.4, 2012.
- Mortati C., *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975.
- Mortati C., *La Costituzione in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1962 (tale saggio è contenuto in Barbera A., *Una e indivisibile*, Milano, Giuffrè, 2007).
- Müller J-W., *Three Constitutionalist Responses to Globalization*, in Tulis J.K., Macedo S., *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2010.
- Musgrave R.A., *The theory of public finance: a study in public economy*, New York, McGraw-Hill, 1959.
- Nash Rojas C., *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.
- Nawiasky H., *Zum Begriff des Föderalismus*, in *Schweizer Rundschau*, 1946.
- Neuman L.G., *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, Vol.19, n.1, 2008.
- Nieto C., *Los amos de la guerra. El intervencionismo de Estados Unidos en America Latina de Eisenhower a G.W. Bush*, Barcellona, Debate, 2006.
- Nieto Navia R., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994.
- Nikken P., *El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones*

de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, in *Panel 1 della Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System*, Washington, 1 marzo del 2003.

Nikken P., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

Nogueira Alcalá H., *Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos humanos*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.

Novak M., *El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, in Gómez I.F., Pureza J.M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

Nozich R., *Anarchia, stato, utopia*, Milano, Il Saggiatore Tascabili, 2008.

Nugnes F., *Il Fiscal compact. Prime riflessioni su un accordo ricognitivo*, in www.forumcostituzionale.it, 2012.

O’Gorman E., *Breve historia de la divisiones territoriales*, México D.C., Editorial Polis, 1937.

Oraá J., *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, in Isa F.G., Pureza J.M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

Ost F., van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

- Oteiza E., *La protección procesal de los derechos humanos*, in *La ley*, Buenos Aires, 1989.
- Ottonello R., *La Ciudad de Buenos Aires como provincia urbana*, in *Revista Jurídica La Ley*, n.1058, 1997.
- Pacheco Gómez M., *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.
- Pacheco Vieira L., *Controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano: Um diálogo de ferramentas processuais em favor da efetivação do direito internacional dos direitos humanos*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.
- Paddinson R., *Il federalismo: diversità regionale nell'unione nazionale*, in Brosio G., *Governo decentralizzato e federalismo. Problemi ed esperienze internazionali*, Bologna, Il Mulino, 1997.
- Palacio L.E., *La justicia de la ciudad de Buenos Aires*, in *Academia Nacional de Derecho*, 2001.
- Palazzo E.L., *Breves cronologías del constitucionalismo y del federalismo: tiempos paralelos*, in www.federalismi.it, 2003.
- Palermo F., *La forma di Stato dell'Unione Europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, CEDAM, 2005.
- Panebianco M., *A Integração Regional Européia e Latino-Americana entre Internacionalismo e Constitucionalismo*, in Landim J.F.P., *Direito e Integração. Experiência Latino-Americana e Européia*, Brasília, Editora da UnB, 1981.
- Pasqualucci J., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

- Passerin D'Entreves A., *La dottrina dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1967.
- Paz M., *Copartecipación Federal. Un tema pendiente*, in *Voces en el Fénix*, 2013.
- Pegoraro M., Zulcovsky F., *El juego añadido de la reforma constitucional argentina*, in *Colección*, 2011.
- Pelayo Moller C.M., *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, México D.F., Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2012.
- Pellet A., *Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!*, in *European Journal of International Law*, Vol.10, 1999.
- Perassi M., *Banca Centrale Europea*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, Giuffè, 2011.
- Pérez-León J.P., *El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol.8, 2008.
- Perju V., *Freedom and Imagination: Constitutional Space in the Cosmopolitan Project*, paper per la conferenza *Constitutionalism in a New Key: Cosmopolitan, Pluralist and Reason-Oriented*, Berlino, gennaio 2011.
- Perulli P., *Sistemi locali e sfide globali*, in *XXI Secolo*, Treccani, 2009.
- Perulli P., *Politiche locali tra decentralizzazione e ricentralizzazione*, in *Stato e Mercato*, n.90, 2010.
- Peters A., *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol.19, 2006.
- Pinto M., *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, in Abregù M., Courtis C., *La aplicación de*

- los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997.
- Pitruzzella G., *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, n.1, 2012.
- Pizzolo C., *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*, in *La Ley*, 2006.
- Pizzolo C., *El problema de las normas interconectadas: Una visión desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos*, in *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, n.43, 2013.
- Pizzolo C., *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani*, in Mezzetti L., Pizzolo C., *Diritto processuale dei diritti umani*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.
- Pizzorusso A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, disponibile in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008.
- Pliego Moreno I.V., *El federalismo fiscal en México: entre la economía y la política*, in *Documento de Trabajo del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, n.84, 2010.
- Poiaras Maduro M., *Contrapuntual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in Walker N., *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- Poiaras Maduro M., *Three Claims of Constitutional Pluralism*, disponibile in www.wzb.eu.
- Polack A., *“Dios está en todas partes, pero atiende en Buenos Aires”*. *Apuntes sobre la relación entre democracia y federalismo en la Argentina*, in *Desafíos*, Bogotá, 2012.
- Pospíšil L., *Antropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971.

- Prandini R., *La “costituzione” del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner*, in Teubner G., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.
- Prosperi L., *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *www.federalismi.it*, n.4, 2013.
- Pugliatti S., *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943.
- Quadri R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori, 1968.
- Quiroga Lavié H., *Derecho constitucional latinoamericano*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- Quispe Remón F., *Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso*, in *Revista de derecho, Universidad del Norte*, n.34, 2010.
- Raviolo G., *La crisi globale. Da Bretton Woods ai mutui subprime*, Roma, Edizioni Universitarie Romane, 2009.
- Reiriz M.G., *El status jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus relación con la jurisdicción originaria de la CSJN*, in *aDA Ciudad*, n.2, 2006.
- Rey Cantor E., *Test di convenzionalità e controllo di convenzionalità*, relazione alla conferenza *Il sistema interamericano di tutela dei diritti umani e la Cedu: una comparazione*, Bologna, 2013.
- Rifkin J., *Il sogno europeo. Come l’Europa ha creato una nuova visione del futuro che sta lentamente eclissando il sogno americano*, Milano, Mondadori, 2004.
- Risso Ferrand M., *Cumplimento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.

- Robertson R., *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London, Sage Publications Ltd, 1992.
- Robertson R., *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*, in Featherstone M., Lash S., Robertson R., *Global Modernities*, London, Sage Publications Ltd, 1995.
- Rocher G., *La mondialisation: un phénomène pluriel*, in Mercure D., *Une société-monde? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Laval (Québec), Presses de l'Université Laval, 2001.
- Rodotà S., *Antropologia dell' homo dignus, lectio magistralis* tenuta presso l'Aula Magna dell'Università di Macerata in occasione del conferimento della *Laurea honoris causa*, 6 ottobre 2010.
- Rodríguez Lozano A., *El distrito federal mexicano: gobierno y democracia*, in AA.VV., *El constitucionalismo en la postrimería del siglo XX. La constitución mexicana 70 años después*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- Rodríguez Manzo G., Arjona Estévez J.C., Fajardo Morales Z., *Bloque de constitucionalidad en México*, México D.F, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- Rodríguez Rescia V.M., *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.23, 1996.
- Rojo Salgado A., *Globalización, Integración Mundial y Federalismo*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.109, 2000.
- Romano S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it, 1909.

- Romano S., *Oltre lo Stato*, in *Rivista diritto pubblico*, 1919.
- Romano S., *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1939.
- Romano S., *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945.
- Romerovargas Iturbide I., *La organización política de Anáhuac*, México D.F., Libros Luciérnaga, 1957.
- Romerovargas Iturbide I., *La Cámara de Senadores de la República mexicana*, México D.F., Ediciones del Senado de la República, 1967.
- Rosas Castañeda J.A., *Hacia el Jus Standi del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, n.3, 2007.
- Rosas Fregosos R., *Leyes de amnistía u olvido, hasta qué punto son violatorias de derechos humanos*, in *El Sol de Tijuana*, 20 diciembre 2010.
- Rosatti H., *El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en la Argentina*, in *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley*, 2012.
- Rossi L.S., *Le organizzazioni internazionali come strumento di governo multilaterale*, Milano, Giuffrè, 2006.
- Rowat D.C., *The Government of Federal Capitals*, Toronto, University of Toronto Press, 1973.
- Rubio Correa M., *La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993*, in *Pensamiento Constitucional*, n.5, 2012.
- Rubio Llorente F., *La forma del poder*, Madric, CEC, 1993, p.332.
- Ruffert M., *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, n.48, 2011.

- Ruggie J.C., *Multilateralism: the Anatomy of an Institution*, in Ruggie J.G., *Multilateralism Matters. The Theory and Praxis of an Institutional Form*, New York, Columbia University Press, 1993.
- Ruggeri A., *Art.94 della Costituzione vivente: "il Governo deve avere la fiducia dei mercati" (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in www.federalismi.it, 2011.
- Ruipérez J., *¿La Constitución en crisis? El Estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.120, 2003.
- Ruíz Miguel C., *La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?*, in *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, Vol.2, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.
- Ruscello F., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, Vol.1, 2001.
- Russo A.M., *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonomico spagnolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.
- Sabsay D., Onaindia J., *La constitución de los porteños*, Buenos Aires, Errepar, 1997.
- Sáez Capel J., *Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vigésimo cuarto Estado de la Federación*, in *Revista Jurídica La Ley Actualidad*, 2005.
- Sagiés P.N., *La intervención federal en los EE.UU. y Argentina. Un enfoque comparatista*, in *Cuaderno de Federalismo*, Córdoba, 1987.
- Sagiés N.P., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

- Sagüés P.N., *Constituciones Iberoamericanas. Argentina*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Sagüés P.N., *Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano*, in *La Ley*, a.LXXIV, n.152, 2010.
- Sagüés P.N., *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2012.
- Sagüés P.N., *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo*, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2013.
- Salgado Pesantes H., *La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.
- Salgado Pesantes H., *Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in Ferrer Mac-Gregor E., Zaldívar Lelo de Larrea A., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, Città del Messico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Salgado Pesantes H., *Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad*, in von Bogdandy A., Ferrer Mac-Gregor E., Morales Antionazzi A., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionales commune en América Latina?*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

- Salvino T., *L'Argentina tra democrazia e golpe*, Milano, Franco Angeli, 2012.
- Salvioli F., *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marco legal y desarrollo jurisprudencial*, in *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, Sergio Fabris, Brasilia, 2004.
- Sánchez Viamonte C., *Manual de derecho politico*, Buenos Aires, Editora Bibliográfica Argentina, 1959.
- Santiago Pagliari A., *Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino*, in *Ars Boni et Aequi*, a.7, n.2, 2011.
- Saraceno F., *Le cause di fondo della crisi economica: diseguaglianza e squilibri sociali*, in www.aspeninstitute.it, 2012.
- Sassarego C.F., *Daño al proyecto de vida*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.50, 1996.
- Sassen S., *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, Bruno Mondadori, 2008.
- Sassen S., *Una sociologia della globalizzazione*, Torino, Einaudi, 2008.
- Scamardella F., *La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, nn.13-14, 2011.
- Scarciglia R., *Introduzione al diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- Scarciglia R., *Costituzionalismo globale, tradizioni legali e diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.2, 2013.
- Scelle G., *Précis de droit de gens. Principe set systematique*, Paris, Rec. Sirey, 1932.
- Schambeck H., *Posibilidades y limites del federalismo*, in *Documentación Administrativa*, n.193, 1982.

- Scharpf F.W., *The Asymmetry of European Integration or why the Ue cannot be a "Social Market Economy"*, in *KFG Working Paper*, n.6, 2009.
- Schiavello A., *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica*, Vol.15, n.1, 2013.
- Schiff Berman P., *From International Law to Law and Globalization*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.43, 2005.
- Schiff Berman P., *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Law Review*, Vol.80, 2007.
- Schmitt C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del "politico"*, Bologna, Il Mulino, 1972.
- Schmitt C., *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991.
- Schoenhard P.M., *A Three Dimensional Approach to the Public-Private Distinction*, in *Utah Law Review*, n.2, 2008.
- Schwöbel C., *The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers*, in *German Law Journal*, Vol.13, n.1, 2012.
- Schütz A., *Imperatives Without Emperor*, in *Law and Critique*, Vol.20, n.3, 2009.
- Serna de la Garza J.M., *Derecho financiero mexicano*, México D.F., Porrúa, 1990.
- Serna de la Garza J.M., *Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas*, in Serna de la Garza J.M., Caballero Juárez J.A., *Estado de derecho y transición jurídica*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Serna de la Garza J.M., *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Serna de la Garza J.M., *La lógica centralizadora del sistema federal mexicano*, in Oropez García A., *México-China. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

- Serrafero M.D., *La Intervención federal en Argentina. Experiencia y jurisprudencia*, in *www.forumfed.org*.
- Sgueo G., *Il concetto di sovranità nella storia. Il Medio-Evo e le principali teorie interpretative sul tema*, in *www.diritto.it*, 2008.
- Sgueo G., *Il tema della sovranità tra il XVIII ed il XIX secolo*, in *www.diritto.it*, 2008.
- Shaffer G., *Transnational Legal Process and State Change*, in *Law & Social Inquiry*, Vol.37, n.2, 2012.
- Sharma C.K., *Emerging Dimensions of Decentralization Debate in the Age of Glocalization*, in *Indian Journal of Federal Studies*, Vol.19, n.1.
- Silva Flores C., Martins C.E., *Nuevos Escenarios para la Integración de América Latina*, Buenos Aires, Editorial Arcis, 2013.
- Silvestri G., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n.1, 1996.
- Simma B., *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in *European Journal of International Law*, n.6, 1995.
- Simma B., *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Slaughter A-M., *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, Vol.29, 1994.
- Slaughter A.M., *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol.40, 2000.
- Sola J.V., *Intervención Federal a las provincias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

- Steil B., *Lessons of the financial crisis*, 45° rapporto del Center for Geoeconomic studies del Council on Foreign Relations, 2009.
- Steiner H.J., Austin P., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Strange S., *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello stato e dispersione del potere*, Bologna, Il Mulino, 1998.
- Streeck W., *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, Feltrinelli Editore, 2013.
- Swyngedouw E., *Globalisation or 'Glocalisation'? Networks, Territories and Rescaling*, in *Cambridge Review of International Affairs*, Vol.17, n.1, 2004.
- Tena Ramírez F., *Derecho constitucional mexicano*, México D.F., Porrúa, 1992.
- Tajadura Tejada J., *¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.123, 2004.
- Tanzarella P., *Gli effetti delle decisioni delle corti dei diritti: Europa e America a confronto*, in *Quaderni costituzionali*, n.2, 2009.
- Tanzarella P., *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San Josè*, in *Astrid-online*, 2009.
- Targetti F., *I problemi lasciati aperti dalla globalizzazione e quelli aggravati dalla crisi finanziaria: per una governance dell'economia globale*, in Amato G., *Governare l'economia globale. Nella crisi ed oltre la crisi*, Firenze, Passigli Editore, 2009.
- Tarlton C.D., *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism*, in *Journal of Politics*, n.27, 1965.

- Teubner G., *Il Trilemma Regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Politica del diritto*, n.18, 1987.
- Teubner G., *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in *Cardozo Law Review*, n.13, 1992.
- Teubner G., *'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society*, in Teubner G., *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.
- Teubner G., *Breaking Frames: La globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in Teubner G., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.
- Teubner G., *Costituzionalismo societario: alternativa alla teoria costituzionale stato-centrica*, in Teubner G., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.
- Teubner G., *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in Teubner G., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.
- Teubner G., *Costituzionalismo societario e politica del comune*, in AA.VV., *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Verona, ombre corte, 2012.
- Teubner G., *Istituzioni in frammenti. Il costituzionalismo sociale al di là dello Stato-nazione* in AA.VV., *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Verona, ombre corte, 2012.
- Teubner G., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012.

- Teubner G., *Costituzionalismo della società transnazionale*, relazione al XXVIII Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2013.
- Tomuschat C., *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*, Cambridge, Kluwer Law International, 1995.
- Torres Zúñiga N., *Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.70, 2013.
- Tosato G.L., *L'impatto della crisi sulle istituzioni dell'Unione*, in Bonvicini G., Brugnoli F., *Il fiscal compact*, Roma, 2012.
- Toscano M., Filho F., *Integración regional y globalización de la economía: las dos caras del nuevo orden mundial*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.100, 1998.
- Tremonti G., *Uscita di sicurezza*, Milano, Rizzoli, 2012.
- Treves T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2005.
- Trucco M.F., *El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales*, in *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 2012.
- Tushnet M., *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, 2006.
- Twining W., *Human Rights: Southern Voices. Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai and Upendra Baxi*, in *Review of Constitutional Studies*, Vol.11, n.2, 2006.
- Twining W., *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2009.

- Uprimny Yepes R., *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- Valencia Carmona S., *El Poder Ejecutivo latinoamericano*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- Valencia Carmona S., *En torno al federalismo mexicano*, in Hernández A.M., Valadés D., *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Valverde J.L., *Introducción al federalismo global*, in Díaz Carrera C., *El federalismo global*, Madrid, Unión Editorial, 1989.
- Vanossi J.R., *Intervención federal*, in *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1962.
- Vedaschi A., *Il federalismo fiscale in Argentina*, in Ferrari G.F., *Federalismo, Sistema fiscale, Autonomie. Modelli giuridici comparati*, Roma, Donzelli, 2010.
- Ventura Robles M.E., *El Acceso Directo de la Víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un ideal y una lucha de Antônio Augusto Cancade Trindade*, in Cançado Trindade A.A., Ventura Robles M.E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- Ventura S., *Il federalismo*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Verdross A., *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, in *American Journal of International Law*, Vol.60, 1966.
- Verola N., *L'Europa e la crisi: squilibri finanziari ed equilibri costituzionali*, in www.astrid-online.it, 2010.

- Viola F., *Dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo ai Patti internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti*, in *Ragion Pratica*, Vol.6, n.11, 1998.
- Vitali S., Glattefelder J. B., Battiston S., *The network of global corporate control*, presentato sul *New Scientist Magazine* del 22 ottobre 2011.
- Volpe G., *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000.
- von Foerster H., Pörksen B., *La verità è l'invenzione di un bugiardo. Colloqui per scettici*, Roma, Meltemi editore, 2001.
- Walker N., *The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key*, in de Búrca G., Scott J., *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- Walker N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *The Modern Law Review*, Vol.65, n.3, 2002.
- Walker N., *Constitutionalism and Pluralism in Global Context*, in *RECON Online Working Paper*, n.3, 2010.
- Wallace W., *Regionalism in Europe: Model or Exception?*, in Hurrell A., Fawcett L., *Regionalism in World Politics. Regional Organization and International Order*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Weintraub J., *The Theory and Politics of the Public/Private Distinction*, in Weintraub J., Krishan K., *Public and Private in Thought and Practice*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1997.
- Wheare K.C., *Del governo federale*, Bologna, Il Mulino, 1997.
- Wiener A., *Global Constitutionalism: Mapping an Emerging Field*, paper preparato per la conferenza *Constitutionalism in a New Key? Cosmopolitan, Pluralist and Public Reason-Oriented*, Berlino, 2011.

- Wigmore J.H., *A Panorama of the World's Legal Systems*, Washington D.C., Washington Law Book Company, 1936.
- Wedgwood R., *Augusto Pinochet and International Law*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2000.
- Xiaochuan Z., *Reform the international monetary system*, 23 March 2009.
- Yáñez Ruiz M., *El problema fiscal en las distintas etapas de nuestra organización política*, México D.F., SHCP.
- Zagrebelsky G., *Il significato della questione costituzionale della «capitale»*, in AA.VV., *La capitale reticolare. Il decentramento delle funzioni nazionali: un'esperienza europea e una proposta per l'Italia*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1993.
- Zagrebelsky G., *Premessa a C. Mortati. La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998, p.IX.
- Zalaquett Daher J., *El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2007.
- Zanghì C., *Diritti dell'uomo (protezione internazionale dei)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989.
- Zanghì C., *Gli effetti «diretti» delle sentenze della Corte Interamericana. Una svolta epocale nella giurisprudenza? Il caso Barrios Altos*, in *Rivista della cooperazioni giuridica internazionale*, n.2, 2002.
- Zappalà S., *La giustizia penale internazionale: dai tribunali ad hoc dell'Onu alla Corte penale permanente*, in www.italianieuropei.it, 2008.
- Ziegler J., *La privatizzazione del mondo. Predoni, predatori e mercenari del mercato globale*, Milano, il Saggiatore/Net, 2005.

BIBLIOGRAFIA

Zumbansen P., *Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order*, in *Comparative Research in Law & Political Economy*, York University, 2011.

Zürn M., *The State in the Postnational Constellation – Societal Denationalization and Multi-Level Governance*, in *ARENA Working Papers*, n.35, 1999.

Zweigert K., Kötz K., *Introduzione al diritto comparato. Vol.I: Principi Fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1992.