

BOLLETTINO DI INFORMAZIONE
SULL'ATTUALITÀ GIURISPRUDENZIALE STRANIERA

dicembre 2013

a cura di *E. Bottini, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M. T. Rörig*

con il coordinamento di *Paolo Passaglia*

FRANCIA

1. Decisione n. 2013-677 DC del 14 novembre 2013, Legge organica relativa all'indipendenza del settore audiovisivo pubblico

Settore audiovisivo pubblico – Disciplina delle nomine dei presidenti di società del settore e del presidente dell'Istituto nazionale del settore audiovisivo – Ricorso preventivo obbligatorio – Incostituzionalità della disciplina della nomina del presidente dell'Istituto nazionale del settore audiovisivo.

2. Decisione n. 2013-356 QPC del 29 novembre 2013, M. Christophe D.

Giustizia minorile – Reati commessi anteriormente al compimento dei sedici anni – Connessione o rapporto di indivisibilità con reati commessi dopo i sedici anni – Potere del giudice istruttore di concentrare la cognizione del caso presso la corte d'assise dei minori – Asserita violazione del principio di eguaglianza, del principio di buona amministrazione della giustizia, del principio fondamentale relativo alla giustizia penale minorile e della presunzione di innocenza – Questione prioritaria di costituzionalità – Rigetto.

3. Decisione n. 2013-357 QPC del 29 novembre 2013, Società Wesgate Charters Ltd

Controlli doganali – Ispezioni delle imbarcazioni da parte di agenti doganali – Locali adibiti a domicilio personale – Mancata previsione della necessità di un'autorizzazione del giudice ed assenza di ricorsi avverso le ispezioni – Asserita violazione del diritto alla privacy ed all'inviolabilità del domicilio – Questione prioritaria di costituzionalità – Accoglimento – Dichiarazione di incostituzionalità con effetti differiti nel tempo.

4. Decisione n. 2013-679 DC del 4 dicembre 2013, Legge relativa alla lotta contro l'evasione fiscale e la grande delinquenza economica e finanziaria, e decisione n. 2013-680 DC del 4 dicembre 2013, Legge organica relativa al procuratore finanziario della Repubblica

Fisco e tributi – Lotta all'evasione fiscale – Istituzione di un procuratore finanziario della Repubblica – Rafforzamento delle misure repressive penali – Molteplici questioni di costituzionalità – Ricorsi preventivi (obbligatori per la legge organica) – Incostituzionalità di talune disposizioni – Emissione di talune riserve d'interpretazione.

GERMANIA

1. Ordinanza del 23 ottobre 2013 (1 BvR 1842/11 e 1 BvR 1843/11)

Diritto d'autore – Compenso – Normativa che prevede un esame giudiziale dell'adeguatezza – Asserita violazione della libertà di professione e dell'autonomia privata – Ricorsi diretti – Riconoscimento di un margine di azione del legislatore, nella ponderazione dei contrapposti interessi – Ricorsi diretti – Rigetto.

2. Ordinanza del 6 dicembre 2013 (2 BvQ 55/13)

Partiti politici – Votazione interna alla SPD in merito al contratto per la grande coalizione – Ricorso cautelare volto ad impedirla – Carenza del requisito oggettivo dei ricorsi diretti – Inammissibilità di un eventuale ricorso diretto – Rigetto del ricorso cautelare.

REGNO UNITO

1. Bull and another v Hall and another, [2013] UKSC 73, del 27 novembre 2013

Orientamento sessuale – Struttura alberghiera – Mancata assegnazione di camere matrimoniali a coppie non sposate – Corte suprema – Irrilevanza dell'invocazione di una convinzione di matrice religiosa – Discriminazione diretta a danno delle coppie omosessuali.

SPAGNA

1. STC 182/2013, del 23 ottobre

Ordinamento dell'economia e del credito – Decreto-legge recante normativa básica – Incidenza su competenze delle Comunità autonome – Asserita esorbitanza dalla competenza statale – Ricorsi in via principale – Norma che preclude alle Comunità autonome ogni intervento sulla ristrutturazione di alcuni enti creditizi – Accoglimento in parte qua – Rigetto delle altre doglianze.

2. Notizia sul decesso del giudice costituzionale Hernando Santiago

FRANCIA

a cura di Eleonora Bottini

1. Decisione n. 2013-677 DC del 14 novembre 2013, Legge organica relativa all'indipendenza del settore audiovisivo pubblico

Settore audiovisivo pubblico – Disciplina delle nomine dei presidenti di società del settore e del presidente dell'Istituto nazionale del settore audiovisivo – Ricorso preventivo obbligatorio – Incostituzionalità della disciplina della nomina del presidente dell'Istituto nazionale del settore audiovisivo.

Il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato sulla legge organica relativa all'indipendenza del settore audiovisivo pubblico, in applicazione degli articoli 46, comma 5, e 61, comma 1°, della Costituzione, che prevedono che il *Conseil* debba obbligatoriamente pronunciarsi sulla costituzionalità delle leggi organiche.

In primo luogo, il *Conseil* ha disatteso le doglianze relative ad una evocata invalidità procedurale derivante dal fatto che la lettura delle conclusioni della commissione bicamerale paritetica al Senato fosse stata iscritta all'ordine del giorno durante la settimana riservata prioritariamente al controllo dell'azione del governo ed alla valutazione delle politiche pubbliche. Ciò veniva ritenuto in contrasto con l'articolo 48 della Costituzione; il *Conseil* ha tuttavia precisato che l'articolo 48, comma 4, nella formulazione conseguente alla revisione costituzionale del 23 luglio 2008, non prevede che questa settimana sia interamente ed unicamente consacrata a questi temi. L'utilizzo del termine "prioritariamente" – secondo il *Conseil* – non è da interpretarsi come "esclusivamente", anche alla luce della pregressa giurisprudenza costituzionale¹.

Sul piano contenutistico, gli articoli 1° e 2 della legge organica hanno sottratto la nomina del presidente delle società *France Télévisions* e *Radio France*, e della società che gestisce il settore audiovisivo al di fuori della Francia, dall'elenco delle nomine operate dal Presidente della Repubblica e sottoposte alla procedura di cui all'articolo 13 della Costituzione. Quest'ultimo, anch'esso modificato dalla revisione del 23 luglio 2008, riguarda le nomine per gli impieghi o funzioni aventi particolare importanza "per la garanzia dei diritti e delle libertà o la vita economica e sociale della Nazione". Un elenco è stato redatto ed è stato annesso alla legge organica del 23 luglio 2010, la quale comprendeva anche le tre presidenze di cui sopra. Il *Conseil* si è quindi trovato, per la prima volta, a verificare la costituzionalità di una elisione dall'elenco delle nomine per le quali è previsto un procedimento particolarmente garantista.

Lo stesso giorno in cui era stata adottata la legge organica, il Parlamento aveva adottato anche una legge ordinaria sullo stesso argomento, che non è stata però sottoposta al controllo di costituzionalità da parte del *Conseil*. Ai sensi di questa legge, la nomina dei presidenti delle tre società di programma deve avvenire da parte del Consiglio superiore dell'audiovisivo, a maggioranza dei suoi membri. Questa nuova modalità di nomina è, secondo il *Conseil*, sufficiente a garantire l'indipendenza di

¹ Cfr. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 99-417 DC dell'8 luglio 1999, *Risoluzione recante modifica del regolamento dell'Assemblée nationale, considérant 3*.

queste società ed a contribuire alla libertà dell'informazione. Gli articoli 1° e 2 sono quindi stati considerati conformi alla Costituzione.

Infine, l'articolo 3 della legge organica ha previsto la sottoposizione della nomina del presidente dell'Istituto nazionale dell'audiovisivo, da parte del Presidente della Repubblica, al parere della commissione competente di ciascuna camera. Il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che questa carica non rientri nell'ambito delle funzioni per cui è previsto all'articolo 13 della Costituzione il parere nonché il diritto di veto delle commissioni parlamentari. Ha quindi dichiarato l'incostituzionalità di questo articolo.

2. Decisione n. 2013-356 QPC del 29 novembre 2013, M. Christophe D.

Giustizia minorile – Reati commessi anteriormente al compimento dei sedici anni – Connessione o rapporto di indivisibilità con reati commessi dopo i sedici anni – Potere del giudice istruttore di concentrare la cognizione del caso presso la corte d'assise dei minori – Asserita violazione del principio di eguaglianza, del principio di buona amministrazione della giustizia, del principio fondamentale relativo alla giustizia penale minorile e della presunzione di innocenza – Questione prioritaria di costituzionalità – Rigetto.

La sezione penale della Corte di cassazione ha trasmesso al *Conseil constitutionnel* una questione prioritaria di costituzionalità avente ad oggetto due espressioni presenti negli articoli 9 e 20 dell'ordinanza n. 45-174 del 2 febbraio 1945, modificata dalla legge n. 2011-939 del 10 agosto 2011, sulla partecipazione dei cittadini al funzionamento della giustizia penale ed il giudizio minorile.

Queste due disposizioni riconoscono al giudice istruttore il potere di rinviare a giudizio davanti alla corte d'assise dei minori, nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, anche imputati per reati commessi prima del compimento dei sedici anni, quando si proceda anche per reati connessi o indivisibili dai precedenti commessi dopo il compimento dei sedici anni.

La corte d'assise dei minori è quindi divenuta competente, alle condizioni suddette, a conoscere anche dei reati commessi prima dei sedici anni.

Il ricorrente, accusato di aggressioni sessuali e stupri nei confronti della sorella tra il 1986 e il 1992, prima e dopo del compimento dei sedici anni, sosteneva che questa competenza allargata si ponesse in contrasto con il principio di uguaglianza di fronte alla legge.

Il *Conseil constitutionnel* ha considerato che con queste disposizioni il legislatore ha inteso evitare l'eventualità che, nell'ipotesi di un minore accusato di reati commessi prima e dopo il compimento dei sedici anni, venissero istruiti due processi diversi, uno davanti al tribunale dei minori e l'altro davanti alla corte d'assise dei minori. In questo senso, il legislatore ha perseguito l'obiettivo di una migliore amministrazione della giustizia, poiché il rischio era quello di una parcellizzazione delle diverse procedure, con la possibilità di decisioni tra loro contrastanti e la moltiplicazione del numero di udienze, anche con riferimento alla presenza delle vittime.

Per gli adulti, esistono numerose ipotesi di proroga delle competenze in caso di connessione o indivisibilità tra i reati, a vari stadi della procedura. La connessione è definita all'articolo 203 del

codice di procedura penale²; l'indivisibilità invece non è stata definita dalla legge ma dalla giurisprudenza, fin dal 1875³.

Il ricorrente denunciava la violazione del principio di uguaglianza di fronte alla giustizia (articolo 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789) e quella dell'obiettivo costituzionale della buona amministrazione della giustizia (articolo 16 della Dichiarazione del 1789), oltre a quelle del principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica relativo alla giustizia penale dei minori e della presunzione di innocenza.

La differenza di trattamento, secondo il ricorrente, emergeva dalla possibile comparazione tra due minori che avessero commesso reati prima e dopo i sedici anni: a seconda della decisione del giudice istruttore, uno poteva essere giudicato in parte dal tribunale dei minori, in parte dalla corte d'assise dei minori, e l'altro soltanto dalla corte d'assise. Questa differenza di trattamento è stata dal *Conseil* considerata giustificata da un obiettivo costituzionale, quello della buona amministrazione della giustizia (*Considérant* 7).

La violazione dell'obiettivo costituzionale della buona amministrazione della giustizia non è stata ritenuta validamente invocabile nell'ambito di una questione prioritaria di costituzionalità (per la quale possono addursi solo lesioni di diritti e libertà riconosciuti dalla Costituzione).

Per quanto riguarda il principio fondamentale in materia di giustizia penale dei minori, da questo derivano i due principi dell'attenuazione della responsabilità penale del minore e della necessità di ricercare la rieducazione e la moralizzazione dei minori delinquenti⁴. Questo principio prevede l'esistenza del principio di specializzazione della giustizia minorile e della finalità rieducativa della stessa. Le disposizioni contestate non revocavano in dubbio, secondo il *Conseil*, nessuno di questi due principi.

Neanche il diritto al rispetto della presunzione di innocenza, risultante dell'articolo 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, poteva dirsi violato dalle disposizioni in esame. Secondo il *Conseil*, il fatto che reati connessi o indivisibili tra loro vengano giudicati in successione da due tribunali diversi, non comporta un'inversione dell'onere della prova, per i fatti sottoposti al giudizio del secondo tribunale, successivamente alla decisione del primo.

Il *Conseil* ha quindi ritenuto le disposizioni impugnate conformi alla Costituzione, anche perché esse hanno posto in essere un certo numero di garanzie per il minore: la scelta del giudice istruttore deve essere motivata da considerazioni oggettive e proprie della fattispecie, per giustificare l'esistenza di un legame di indivisibilità e connessione tra i reati; inoltre l'ordinanza di rinvio del giudice è suscettibile di ricorso in appello.

² “Le infrazioni sono connesse quando sono state commesse contemporaneamente da più persone riunite, oppure quando sono state commesse da persone diverse, anche in diversi tempi e luoghi, ma in seguito ad una concertazione avvenuta prima tra queste persone, oppure quando i colpevoli ne hanno commesse alcune per procurarsi i mezzi di commettere le altre, per facilitarne l'esecuzione o garantirsi l'impunità [...]”.

³ “L'indivisibilità tra gli elementi di un'infrazione presuppone che questi siano in un mutuo rapporto di dipendenza, e collegati tra loro da un legame talmente intimo che l'esistenza degli uni non si potrebbe comprendere senza l'esistenza degli altri”: Cass. crim., 29 luglio 1875, *Bull. crim.*, n. 239.

⁴ Questo principio giurisprudenziale (che rientra tra i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica) è stato per la prima volta espresso dal *Conseil constitutionnel* nella decisione n. 2002-461 DC del 29 agosto 2002.

3. Decisione n. 2013-357 QPC del 29 novembre 2013, *Società Wesgate Charters Ltd*

Controlli doganali – Ispezioni delle imbarcazioni da parte di agenti doganali – Locali adibiti a domicilio personale – Mancata previsione della necessità di un'autorizzazione del giudice ed assenza di ricorsi avverso le ispezioni – Asserita violazione del diritto alla privacy ed all'inviolabilità del domicilio – Questione prioritaria di costituzionalità – Accoglimento – Dichiarazione di incostituzionalità con effetti differiti nel tempo.

La Corte di cassazione ha trasmesso al *Conseil constitutionnel* una questione prioritaria di costituzionalità riguardante gli articoli 62 e 63 del codice delle dogane. Questi articoli consentivano agli agenti dell'amministrazione delle dogane di ispezionare le imbarcazioni nella zona marittima di competenza delle dogane stesse. Queste ispezioni erano possibili in ogni tipo di imbarcazione, in qualsiasi circostanza, e cioè sia che l'imbarcazione si trovasse in mare, in porto, in rada, in un fiume o canale.

L'articolo 64, non impugnato, disciplina le ispezioni domiciliari sulla terraferma da parte degli agenti doganali, che devono essere autorizzate da un giudice della libertà e della detenzione. La questione di costituzionalità è sorta con riguardo alle zone di un'imbarcazione adibite ad uso privato, in particolare se utilizzate come domicilio, per decidere se esse dovessero essere considerate alla stregua di semplici imbarcazioni sulla base degli articoli 62 e 63, oppure se rientrassero analogicamente nel caso dell'articolo 64. Una giurisprudenza costante della Corte di cassazione aveva stabilito che le ispezioni doganali nelle imbarcazioni utilizzate a scopo privato potevano avvenire, conformemente all'articolo 63, senza l'autorizzazione di un giudice.

Due particolarità erano quindi presenti nella legge con riferimento all'ispezione di spazi privati all'interno delle imbarcazioni: in primo luogo, non era necessaria un'ordinanza del giudice per richiedere questo tipo di controlli; in secondo luogo, non erano previsti ricorsi adeguati affinché il controllo dei doganieri fosse effettuato secondo i termini di legge. Sul primo punto, il *Conseil* ha ritenuto che la lotta contro la frode in materia doganale giustificasse il fatto che gli agenti della dogana ispezionassero imbarcazioni di ogni genere, ivi comprese quelle adibite a domicilio o le zone destinate ad uso privato. L'autorizzazione del giudice non era necessaria, considerata anche la difficoltà di procedere ai controlli doganali in mare.

Questo non doveva, tuttavia, significare l'assenza di garanzie costituzionali poste a difesa del diritto alla *privacy*. La società ricorrente nella specie aveva contestato l'inesistenza di queste garanzie e più precisamente aveva lamentato la violazione della libertà individuale e dell'inviolabilità del domicilio, del diritto di difesa e del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, nonché del principio di uguaglianza, poiché il regime delle ispezioni delle imbarcazioni differiva da quello delle ispezioni domiciliari sulla terraferma.

Il *Conseil constitutionnel* ha rilevato un'incostituzionalità in ordine al mancato rispetto della *privacy* ed in particolare all'inviolabilità del domicilio, senza aver bisogno di esaminare le altre doglianze esposte dal ricorrente. Il *Conseil* ha infatti considerato che la seconda caratteristica tipica dei controlli doganali, e cioè l'assenza di un ricorso possibile contro l'ispezione delle imbarcazioni, fosse contraria alle garanzie previste all'articolo 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

La Corte europea dei diritti umani aveva già constatato l'esistenza di una violazione del diritto alla *privacy* in merito alle visite domiciliari ed ai sequestri doganali, ed aveva quindi condannato la Francia⁵, quando invece la Corte di cassazione aveva deciso che questo tipo di violazione veniva giustificato dall'obiettivo di lotta alla frode. Ad avviso del *Conseil*, anche se l'articolo 2 della Dichiarazione del 1789 non ha reso obbligatoria l'autorizzazione del giudice prima dell'ispezione (*Considérant* 7), i poteri di ispezione da parte degli agenti doganali non erano comunque supportati da garanzie procedurali sufficienti. Nessun ricorso permetteva di verificare, nell'ambito di processi penali o doganali, che le ispezioni si fossero svolte secondo i termini imposti dalla legge (*Considérant* 8).

Gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità e del conseguente annullamento dei due articoli contestati sono stati rinviati dal *Conseil* al 1° gennaio 2015, in modo tale da permettere al legislatore di adeguare la normativa alle esigenze costituzionali, senza permettere che vengano contestate, sulla base di questa incostituzionalità, le ispezioni effettuate prima di questa data (*Considérant* 10).

4. Decisione n. 2013-679 DC del 4 dicembre 2013, Legge relativa alla lotta contro l'evasione fiscale e la grande delinquenza economica e finanziaria, e decisione n. 2013-680 DC del 4 dicembre 2013, Legge organica relativa al procuratore finanziario della Repubblica

Fisco e tributi – Lotta all'evasione fiscale – Istituzione di un procuratore finanziario della Repubblica – Rafforzamento delle misure repressive penali – Molteplici questioni di costituzionalità – Ricorsi preventivi (obbligatorie per la legge organica) – Incostituzionalità di talune disposizioni – Emissione di talune riserve d'interpretazione.

Il *Conseil constitutionnel* si è espresso su due leggi approvate lo stesso giorno dal Parlamento e riguardanti la stessa questione: il rafforzamento della repressione dei reati fiscali, economici e finanziari.

Con la decisione n. 2013-680 DC, il *Conseil*, adito in ossequio all'obbligatorietà del controllo sulle leggi organiche, ha giudicato conforme alla Costituzione l'articolo unico della legge organica che ha creato, con una modifica dell'ordinanza n. 58-1270 del 22 dicembre 1958, recante legge organica relativa allo *status* della magistratura, un procuratore finanziario della Repubblica, in ragione della grande complessità dei casi di evasione fiscale, che spesso coinvolgono un grande numero di autori e di vittime su una scala territorialmente vasta, anche di ordine internazionale. Il procuratore finanziario della Repubblica sarà sottoposto alle stesse regole di ogni altro procuratore della Repubblica, ed i reati da questi perseguiti saranno istruiti e giudicati dal Tribunale di grande istanza di Parigi. Resterà in carica per sette anni.

Per quanto riguarda la legge ordinaria, il *Conseil constitutionnel* è stato adito da più di sessanta senatori nell'ambito di un controllo preventivo della legge.

Nell'analizzare le numerose doglianze dei ricorrenti, il *Conseil* ha giudicato alcune disposizioni conformi alla Costituzione, altre sono invece state dichiarate incostituzionali, mentre su altre ancora sono state emesse alcune riserve interpretative. Lo stesso *Conseil* ha sollevato d'ufficio doglianze su alcuni articoli. Di seguito si darà sommariamente conto solo delle questioni più significative.

⁵ Corte EDU, sentenza del 25 febbraio 1993, *Funko contro Francia*.

L'articolo 3 della legge ordinaria instaurava un nuovo limite massimo di pena pecuniaria per quanto riguardava le persone giuridiche; un emendamento parlamentare aveva aggiunto questa misura volta ad inserire nel diritto penale la possibilità di una pena pecuniaria proporzionale al giro d'affari di una società. Questo tetto massimo doveva essere del 10% nel caso di un'infrazione punita con almeno cinque anni di reclusione e che avesse procurato un profitto diretto o indiretto; del 5% nel caso di un'infrazione per la quale nessuna multa fosse prevista per le persone fisiche e che avesse procurato un profitto diretto o indiretto. Per i ricorrenti, questo tipo di pena era contraria al principio di proporzionalità dei delitti e delle pene ed al principio di individualità delle pene, entrambi ricavati dall'articolo 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Nell'ambito della sua giurisprudenza, il *Conseil* ha sempre effettuato un controllo limitato dell'adeguatezza della sanzione all'infrazione, andando a sanzionare unicamente una manifesta sproporzione tra esse. Il criterio della percentuale del giro d'affari per calcolare una multa non è stato considerato di per sé incostituzionale⁶. L'articolo impugnato, tuttavia, definiva un gruppo di infrazioni troppo vasto, senza indicare in maniera adeguatamente precisa le sole infrazioni che potevano essere adeguatamente sanzionate in proporzione al giro d'affari. Per questa ragione, il *Conseil* ha dichiarato questo articolo contrastante con l'articolo 8 della Dichiarazione del 1789, e dunque incostituzionale.

L'articolo 5 della legge estende l'applicazione dello *status* di "pentito" alle infrazioni di corruzione e traffico di influenze illecite, prevedendo quindi un'esenzione o una riduzione della pena in caso di cooperazione con la giustizia per l'autore o complice dei fatti-reato. I ricorrenti denunciavano questa misura in quanto contraria all'uguaglianza di fronte alla legge; secondo il *Conseil*, invece, questa deroga al principio di uguaglianza è da ritenersi giustificata dal perseguimento degli obiettivi di prevenzione delle violazioni dell'ordine pubblico e della ricerca degli autori delle infrazioni, entrambi obiettivi costituzionali (*Considérant* 16).

Il paragrafo I dell'articolo 9 della legge permette di considerare come una circostanza aggravante dell'evasione fiscale il fatto che sia stata commessa utilizzando conti bancari all'estero: considerato che il fatto di possedere un conto all'estero non è in sé e per sé punibile per legge, i ricorrenti consideravano questa aggravante contraria al principio di necessità dei delitti. Il *Conseil* ha disatteso questa doglianza in quanto la nuova circostanza aggravante non è stata ritenuta lesiva di alcun diritto costituzionale (*Considérant* 22).

Per quanto riguarda le prove nei processi per evasione fiscale, gli articoli 37 e 39 della legge prevedono la possibilità per l'amministrazione di utilizzare documenti regolarmente portati alla sua conoscenza, indipendentemente dal modo in cui siano stati ottenuti, ovvero indipendentemente dal fatto che un giudice ne abbia invalidato la procedura di ottenimento dopo la loro presa di conoscenza da parte dell'amministrazione fiscale. Il *Conseil*, pur senza aver considerato incostituzionale una tale misura, ha espresso una riserva interpretativa onde dichiarare che questa disciplina non può essere interpretata in modo tale da permettere il conseguimento dei documenti in maniera illegale da parte dell'amministrazione amministrativa o giudiziaria (*Considérant* 33).

Gli articoli 38 e 40 sono invece stati giudicati contrari alla Costituzione in quanto permettevano di procedere ad ispezioni domiciliari sulla base di una qualunque informazione, indipendentemente dalla sua provenienza. Il legislatore con questa previsione aveva, secondo il *Conseil*, violato l'articolo 2 della Dichiarazione del 1789, in quanto non aveva stabilito alcuna differenza tra le informazioni ottenute in maniera legale e quelle ottenute in maniera illegale (*Considérant* 39 e 40).

⁶ *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2013-341 QPC del 27 settembre 2013, *M. Smaïn Q. e altri*.

Un emendamento governativo aveva inoltre aggiunto alla legge l'articolo 57, con cui veniva allargato l'elenco degli "Stati e territori non cooperativi", aggiungendovi gli Stati e territori che avessero rifiutato di impegnarsi in un accordo di scambio automatico di informazioni con la Francia. Questo elenco, creato dall'articolo 22 della legge finanziaria n. 2009-1674 del 30 dicembre 2009, comprende i c.d. "paradisi fiscali" ed è aggiornato ogni anno dai ministri dell'economia e del bilancio. Quando questi paesi sono coinvolti in casi di evasione fiscale, scatta una maggiorazione delle pene pecuniarie, oltre a numerosi aggravii della tassazione e della legislazione fiscale in generale. Siccome, nonostante questo sia un obiettivo dell'OCSE, nessun accordo di trasmissione automatica di documenti è stato siglato dalla Francia ad oggi, il *Conseil* ha dichiarato questo articolo contrario alla Costituzione in quanto sproporzionato e in quanto lesivo del principio dell'uguaglianza di fronte agli oneri pubblici (*Considérant 51*).

Infine, i paragrafi IV e V dell'articolo 66 hanno previsto la possibilità di far ricorso a "poteri speciali d'inchiesta" nell'ambito dell'evasione fiscale commessa da una banda organizzata, come la sorveglianza, l'infiltrazione, il fermo cautelare di 96 ore, con la possibilità di differire il colloquio con il legale in casi particolari fino a 48 ore dopo l'arresto, e le intercettazioni telefoniche. Per quanto riguarda la maggior parte di questi poteri speciali, il *Conseil* ha considerato che, siccome sia la preservazione dell'ordine pubblico sia la lotta contro l'evasione fiscale sono degli obiettivi costituzionali, questo articolo era in gran parte conforme alla Costituzione. Unicamente per quanto riguarda il fermo cautelare di 96 ore, il *Conseil constitutionnel* ha riconosciuto la sussistenza di una sproporzione data dal fatto che le infrazioni in materia di evasione fiscale non costituiscono crimini contro la sicurezza, la dignità o la vita delle persone, e che quindi il ricorso a questo potere speciale costituiva una violazione del diritto di difesa (*Considérant 77*).

GERMANIA

a cura di Maria Theresia Rörig

1. Ordinanza del 23 ottobre 2013 (1 BvR 1842/11 e 1 BvR 1843/11)

Diritto d'autore – Compenso – Normativa che prevede un esame giudiziale dell'adeguatezza – Asserita violazione della libertà di professione e dell'autonomia privata – Ricorsi diretti – Riconoscimento di un margine di azione del legislatore, nella ponderazione dei contrapposti interessi – Ricorsi diretti – Rigetto.

Il Tribunale costituzionale federale ha respinto due ricorsi diretti aventi ad oggetto la normativa, e le relative decisioni della Corte suprema federale, sull'adeguatezza dei compensi corrisposti ad autori d'opere (nella specie, traduttori di testi letterari) nell'ambito del settore editoriale. Né le decisioni contestate né la normativa sul diritto d'autore sono state considerate dal Tribunale costituzionale in contrasto con la Legge fondamentale (LF).

Si è evidenziato nella pronuncia come il legislatore possa, al fine di attenuare squilibri sociali ed economici, limitare per legge la libertà di concordare individualmente per contratto il compenso per prestazioni professionali (libertà, questa, rientrante nella libertà di professione di cui all'art. 12, comma 1, LF). Pertanto una disposizione nella normativa sui diritti d'autore che sancisca il diritto ad un controllo giudiziale sull'adeguatezza del compenso contrattualmente concordato per l'utilizzo di un'opera può considerarsi conforme alla Costituzione.

È venuta in rilievo, in particolare, la norma introdotta, nel 2002, nella legge sul diritto d'autore secondo cui l'autore di un'opera ha il diritto di far esaminare in sede giudiziaria i contratti di concessione e licenza dei relativi diritti di utilizzazione onde verificare l'adeguatezza del compenso concordato. La normativa – volta a tutelare il contraente più debole (l'autore) nei confronti dei soggetti che commercializzano l'opera e destinata a trovare applicazione, a determinate condizioni, anche a contratti conclusi nell'anno precedente all'entrata in vigore – prevede inoltre che l'autore possa pretendere dall'altro contraente l'adeguamento del contratto in termini di compenso.

In base a detta normativa, la ricorrente – un editore *hardcover* – era stata condannata, in due diversi giudizi, dalla Suprema corte federale al pagamento di ulteriori importi a titolo di compenso in favore dei due attori dei rispettivi giudizi. Gli attori avevano tradotto dei libri in base ad accordi che prevedevano un compenso tra 18,50 e 19 Euro a cartella nonché il pagamento di una percentuale nel caso in cui fosse stato venduto un determinato numero di esemplari di libri tradotti ed infine una partecipazione sui ricavi di licenza provenienti dall'utilizzazione di diritti accessori.

Secondo il Tribunale costituzionale federale, la normativa contestata è compatibile con il dettato dell'art. 12 LF (libertà di professione). Tale diritto fondamentale include anche la libertà di negoziare in maniera vincolante il compenso per prestazioni professionali. Tuttavia, il legislatore può limitare tale diritto al fine di porre rimedio a squilibri sociali ed economici. Al riguardo, deve valutare i diritti in contrasto e – nel rispetto del compito che gli è proprio nello Stato sociale – equilibrarli in conformità al principio della "*praktische Konkordanz*" (concordanza pratica), e cioè in una forma tale che i diritti esplichino, nei limiti del possibile, per tutti i soggetti coinvolti i maggiori effetti. Il legislatore ha un ampio margine di valutazione e di azione in proposito. La valutazione delle

condizioni economiche e sociali rilevanti per tale situazione di conflitto fa parte della sua responsabilità politica, alla stessa stregua della previsione dei futuri sviluppi ed effetti della normativa introdotta.

Nella specie, il legislatore ha assunto in maniera ragionevole che la normativa previgente garantiva solo parzialmente una partecipazione equa dell'autore all'utilizzo economico delle sue opere e del suo lavoro. La norma introdotta ha quindi avuto lo scopo di aiutare agli autori di opere, con una posizione negoziale debole e con redditi bassi, a realizzare anche commercialmente il loro diritto d'autore. La disposizione che sancisce un esame dell'adeguatezza del compenso pone pertanto i diritti fondamentali coinvolti in un corretto equilibrio e garantisce il diritto dell'autore ad una idonea partecipazione allo sfruttamento economico delle sue opere, diritto tutelato anche a livello europeo ed internazionale.

È vero che la normativa incide in maniera non irrilevante anche sulla libertà dell'esercizio di professione degli utilizzatori (in questo caso, degli editori), di cui fa parte il diritto di negoziare liberamente i compensi con i rispettivi autori, diritto tra l'altro sancito dal principio dell'autonomia privata. Inoltre, la normativa limita la funzione del contratto, che vuole creare certezza dei diritti e di pianificazione. Tuttavia, il pregiudizio della libertà di professione degli utilizzatori dell'opera non risulta, alla luce di una valutazione globale, sproporzionata rispetto al diritto degli autori ad un equo compenso. La normativa infatti non esclude un qualsiasi margine di trattativa tra i contraenti, ma solo accordi che prevedano un compenso eccessivamente basso ed esige in tal senso la considerazione di tutte le circostanze rilevanti. Del resto, nell'ambito del giudizio, ricade sull'autore l'onere di provare i presupposti del suo diritto a correggere il contratto. Gli interessi degli utilizzatori vengono infine presi in considerazione da una disposizione normativa che prevede tariffe prestabilite che le parti possono concordare e la cui adeguatezza viene presunta in maniera incontestabile.

In relazione all'efficacia retroattiva della norma, il Tribunale costituzionale ha ritenuto che non sia lesiva del principio di irretroattività di cui all'art. 20, comma 3, LF (principio dello Stato di diritto). Il legislatore ha al riguardo perseguito lo scopo legittimo di evitare una concorrenza ingiusta tra le opere per cui erano già stati conclusi i relativi contratti e quelli per cui si poteva invece già godere della nuova normativa.

2. Ordinanza del 6 dicembre 2013 (2 BvQ 55/13)

Partiti politici – votazione interna alla SPD in merito al contratto per la grande coalizione – Ricorso cautelare volto ad impedirla – Carezza del requisito oggettivo dei ricorsi diretti – Inammissibilità di un eventuale ricorso diretto – Rigetto del ricorso cautelare.

Il Tribunale costituzionale federale ha respinto un ricorso cautelare con cui si cercava di impedire in via d'urgenza al partito politico SPD di effettuare una votazione tra i suoi membri in merito alla conclusione del contratto sulla grande coalizione. Il Tribunale costituzionale ha constatato l'inammissibilità di un eventuale ricorso diretto individuale in relazione a detto scrutinio. Su questa base, il ricorso cautelare non poteva che essere rigettato.

Nell'ambito di un ricorso diretto possono essere censurati solo c.d. atti dei pubblici poteri (art. 93, comma 1, n. 4a Legge fondamentale – LF –, art. 90, comma 1, BVerfGG), che nella specie non potevano ravvisarsi: con la votazione sul contratto di coalizione, la SPD non esercita un pubblico potere, giacché il potere pubblico viene esercitato *in primis* dallo Stato nel suo insieme, rappresentato

da un organo, ma i partiti politici non sono parte dello Stato. Essi operano nell'ambito della statalità, senza farne parte.

La conclusione di un contratto di coalizione tra i partiti politici e la precedente o successiva formazione della volontà interna dei partiti non incidono sulla sfera statale in modo diretto, e quindi non possono essere considerati alla stregua di un agire dello Stato (del potere pubblico). Tali contratti necessitano piuttosto di un'ulteriore e continuativa attuazione da parte dei parlamentari, regolarmente uniti nei gruppi parlamentari.

Inoltre, i deputati del *Bundestag* non sono vincolati da mandati o da istruzioni, ma sono soggetti soltanto alla loro coscienza (Art. 38, comma 1, per. 2 LF¹). Il coinvolgimento politico dei deputati in un partito politico ed in un gruppo parlamentare è consentito costituzionalmente e anche auspicato. La Legge fondamentale attribuisce ai partiti politici un ruolo particolare nel processo di formazione della volontà politica (art. 21, comma 1, LF²), poiché una stabile democrazia in una grande comunità non può funzionare senza la formazione di un processo politico che coinvolga organismi liberi ed idonei allo scopo. I gruppi parlamentari formati dai deputati (nell'esercizio del mandato libero) sono quindi istituti essenziali della vita costituzionale. La loro unità organizzativa non fa venir meno la libertà e l'uguaglianza dei deputati, poiché queste restano ferme nell'ambito di votazioni interne ai gruppi e nell'esercizio del diritto del gruppo parlamentare ad una partecipazione proporzionale alla formazione della volontà parlamentare.

Nella preparazione di tale processo di formazione della volontà parlamentare all'interno dei partiti politici, questi ultimi sono in linea di principio autonomi (ovviamente nel rispetto del dettato di cui agli artt. 21 e 38 LF). Nella specie, non è comunque accertabile che lo scrutinio possa creare in capo ai deputati coinvolti obblighi che potrebbero andare oltre quelli inerenti alla disciplina del gruppo parlamentare.

¹ Art. 38 LF: (1) I deputati del *Bundestag* sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto. Essi sono i rappresentanti di tutto il popolo, non sono vincolati da mandati né da direttive e sono soggetti soltanto alla loro coscienza.

(2) Ha diritto al voto chi ha compiuto il diciottesimo anno di età; è eleggibile chi ha raggiunto la maggiore età.

(3) I particolari sono stabiliti da una legge federale.

² Art. 21 LF: (1) I partiti concorrono alla formazione della volontà politica del popolo. La loro fondazione è libera. Il loro ordinamento interno deve essere conforme ai principi fondamentali della democrazia. Essi devono rendere conto pubblicamente della provenienza e dell'utilizzazione dei loro mezzi finanziari e dei loro beni.

(2) I partiti, che per le loro finalità o per il comportamento dei loro aderenti si prefiggono di attentare all'ordinamento costituzionale democratico e liberale, o di sovvertirlo, o di mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica federale di Germania sono incostituzionali. Sulla questione di incostituzionalità decide il Tribunale costituzionale federale.

(3) I particolari sono stabiliti dalla legislazione federale.

REGNO UNITO

a cura di Sarah Pasetto

1. *Bull and another v Hall and another*, [2013] UKSC 73, del 27 novembre 2013

Orientamento sessuale – Struttura alberghiera – Mancata assegnazione di camere matrimoniali a coppie non sposate – Corte suprema – Irrilevanza dell’invocazione di una convinzione di matrice religiosa – Discriminazione diretta a danno delle coppie omosessuali.

Un albergo gestito da una coppia cristiana non può escludere una coppia omosessuale dall’utilizzo delle proprie stanze matrimoniali senza porre in essere una discriminazione diretta fondata sull’orientamento sessuale: al riguardo, la compressione del diritto della coppia a manifestare la propria religione è da ritenersi giustificata.

La normativa britannica che vieta la discriminazione in base all’orientamento sessuale è costituita dagli *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007*¹, che sanciscono l’illegittimità della discriminazione diretta od indiretta non giustificata in base all’orientamento sessuale² nella fornitura di beni, strutture e servizi³. La discriminazione diretta sussiste se un individuo tratta un altro meno favorevolmente rispetto ad altri a causa della sua sessualità⁴; quella indiretta, invece, se un individuo applica una prassi o una *policy* generale, che però pone taluni individui in particolare svantaggio rispetto ad altri, e la prassi o *policy* non è giustificata da motivi diversi rispetto alla sessualità del gruppo svantaggiato⁵. Onde verificare la sussistenza di una di queste due forme di discriminazione, il matrimonio e la *civil partnership* non devono essere considerati in modo differenziato. La *civil partnership* è l’istituto predisposto dal legislatore inglese per riconoscere alle unioni omosessuali essenzialmente gli stessi diritti conseguenti al matrimonio. Il matrimonio, però, è riservato esclusivamente alle coppie eterosessuali – almeno fino al marzo 2014, quando entreranno in vigore le misure pratiche previste dal *Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013* che estende il matrimonio alle coppie omosessuali –, mentre la *partnership* è riservata alle sole coppie omosessuali.

La coppia di coniugi proprietari di un albergo parte in causa affittava le camere matrimoniali alle sole coppie eterosessuali unite in matrimonio, adducendo a giustificazione di questa limitazione la forte devozione alla fede cristiana, in base al quale i rapporti sessuali al di fuori del matrimonio erano da ritenersi inaccettabili. Le stanze singole o doppie erano invece affittate liberamente. Il modulo di prenotazione su *Internet* dell’albergo recava un avviso circa questi vincoli.

La coppia omosessuale in causa, unita in una *civil partnership*, aveva prenotato telefonicamente una stanza per due notti; la proprietaria dell’albergo aveva ommesso di informare circa la politica dell’albergo.

¹ Oggi è stata inserita nell’*Equality Act 2010*.

² *Regulation 4*.

³ Contrariamente alla regola generale che i fornitori di beni e servizi possono scegliere i propri clienti.

⁴ *Regulation 3(1)*.

⁵ *Regulation 3(3)*.

Al loro arrivo presso l'albergo, i clienti si erano visti negare la concessione della stanza (e restituire l'anticipo versato) perché i proprietari, essendo cristiani, non credevano nelle *civil partnerships* e, per loro, il matrimonio era solamente tra un uomo ed una donna.

Il comportamento degli albergatori era stato contestato in quanto ritenuto una discriminazione diretta o indiretta ed ingiustificabile, fondata sull'orientamento sessuale. Gli albergatori avevano ribadito di non essersi comportati in maniera discriminatoria poiché la distinzione da essi operata non era fondata sulla sessualità ma sullo stato civile. Inoltre, essi argomentavano che la normativa applicabile dovesse essere resa compatibile con il loro diritto a manifestare la propria religione, sancito dall'art. 9 della CEDU.

Le corti di primo e secondo grado avevano ritenuto che il comportamento contestato degli albergatori costituisse una discriminazione *diretta*. Si era quindi adita, da parte dei soccombenti, la Corte suprema, adducendo che il rifiuto costituisse un atto di discriminazione indiretta, ma giustificata, e comunque che la normativa britannica dovesse essere letta alla luce dell'art. 9 della CEDU.

La Corte suprema ha respinto il ricorso all'unanimità. Il *judgment* principale è stato redatto da *Lady Hale*.

Le questioni che la Corte doveva determinare erano se il comportamento costituisse un atto di discriminazione diretta ovvero indiretta; in quest'ultimo caso, se la discriminazione potesse ritenersi giustificata; infine, doveva accertarsi dell'incidenza dell'articolo 9 della CEDU.

Per *Lady Hale*, il rifiuto degli albergatori di concedere una stanza matrimoniale alla coppia omosessuale era un atto di discriminazione diretta. A tanto conduceva la giurisprudenza⁶; ma ancora più rilevante era il fatto che i due convenuti erano uniti in una *civil partnership*, essendo questo un istituto essenzialmente equiparabile al matrimonio⁷.

L'impossibilità di riservare trattamenti diversi alle coppie unite in matrimonio ed a quelle unite in una *civil partnership* è sancito espressamente dalle suddette *Regulations*; inoltre, i due istituti sono indissolubilmente legati all'orientamento sessuale delle singole coppie, in quanto il matrimonio è riservato (per ora) alle coppie eterosessuali e la *partnership* a quelle omosessuali. Dunque, quando l'albergatore applica il criterio dello stato civile, non può non applicare anche il criterio dell'orientamento sessuale.

La Corte ha stabilito che qualora non si fosse riscontrata una discriminazione diretta, si sarebbe comunque incorso in un caso di discriminazione indiretta, in quanto il diniego delle stanze matrimoniali alle coppie non sposate costituisce indubbiamente uno svantaggio per le coppie omosessuali che (per il momento) non possono sposarsi. Per una siffatta discriminazione non sussisterebbe alcuna giustificazione. La Corte ha ribadito la centralità della *civil partnership* contratta dalla coppia di clienti. Gli albergatori hanno cercato di giustificare la propria prassi con riferimento alla loro convinzione di matrice religiosa che i rapporti sessuali extramatrimoniali sono profondamente sbagliati; tuttavia, secondo *Lady Hale*, sarebbe difficile concludere che una convinzione religiosa secondo cui i rapporti sessuali tra *civil partners* sono sbagliati possa essere

⁶ Il caso *James v Eastleigh Borough Council*, deciso nel 1990 dalla *House of Lords*, ha stabilito che là dove un criterio di distinzione tra gruppi corrisponda esattamente ad una caratteristica tutelata per legge (nella specie, il sesso), si ha un atto direttamente discriminatorio.

⁷ Infatti, il *Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013* permette alle coppie unite in *civil partnerships* di "convertire" l'unione in matrimonio (*Section 9*).

giustificato ‘da motivi diversi rispetto alla sessualità del gruppo svantaggiato’, come prevede la legge, poiché tali rapporti sono per definizione tra individui dello stesso sesso.

La Corte ha sottolineato ulteriormente che il “Parlamento ha creato l’istituto della *civil partnership* affinché le coppie omosessuali possano godere degli stessi diritti giuridici delle coppie eterosessuali. Essi sono anche meritevoli dello stesso rispetto e della stessa stima. I diritti e gli obblighi derivanti dal matrimonio nella *civil partnership* esistono sia per riconoscere sia per incoraggiare rapporti stabili, solidi ed a lungo termine. È nell’interesse pubblico che i rapporti intimi si svolgano in questo modo. Ora che, finalmente, le coppie omosessuali possono prendere un impegno reciproco che è equivalente al matrimonio, coloro che forniscono beni, strutture e servizi dovrebbero trattarli nello stesso modo”.

Inoltre, permettere ad un individuo di discriminare perché ritiene che gli individui omosessuali non meritino un trattamento equo rispetto a quello riservato nei confronti degli eterosessuali darebbe luogo ad un gruppo di persone esenti dagli obblighi imposti dalla normativa anti-discriminazione.

L’obiettivo della legge era di assicurare che gli individui omosessuali fossero trattati in maniera eguale rispetto agli individui eterosessuali da parte di coloro impegnati nella fornitura di beni, strutture e servizi. Il Parlamento era ben consapevole che sussistevano alcune obiezioni religiose assai profonde rispetto alle loro proposte, ed ha considerato attentamente come meglio temperarli con l’obiettivo generale. Il Parlamento non ha però inserito una clausola di “obiezione di coscienza”, ma una esenzione attentamente ricavata solamente per le *organizzazioni* religiose, e non per gli individui.

Per quanto riguarda la CEDU, i diritti sanciti dall’articolo 9 sono effettivamente coinvolti. Tuttavia, l’interferenza provocata dalle *Regulations* con la Convenzione è giustificata, in quanto perseguono un obiettivo legittimo (la tutela dei diritti e delle libertà di individui come i convenuti) con uno strumento proporzionato. Non si pone, dunque, alcun tipo di incompatibilità tra normativa interna e Convenzione europea.

SPAGNA

a cura di Carmen Guerrero Picó

1. STC 182/2013, del 23 ottobre

Ordinamento dell'economia e del credito – Decreto-legge recante normativa básica – Incidenza su competenze delle Comunità autonome – Asserita esorbitanza dalla competenza statale – Ricorsi in via principale – Norma che preclude alle Comunità autonome ogni intervento sulla ristrutturazione di alcuni enti creditizi – Accoglimento in parte qua – Rigetto delle altre doglianze.

Il *plenum* del Tribunale costituzionale ha deciso alcuni ricorsi in via principale riuniti che erano stati presentati dai governi delle Comunità autonome di Estremadura, Galizia, Madrid e Catalogna nei confronti del regio decreto-legge n. 9/2009, del 26 giugno, sulla ristrutturazione bancaria e sul rafforzamento delle risorse proprie degli enti creditizi. La normativa è stata adottata dal Governo per fronteggiare il potenziale rischio sistemico della crisi finanziaria del 2008 e prevede l'intervento della Banca di Spagna in caso di insolvenza dei suddetti enti.

L'art. 86, comma 1, Cost. stabilisce che, in situazione di straordinaria ed urgente necessità, il Governo possa approvare decreti-legge che, in ogni caso, non potranno “modificare [...] il regime delle Comunità autonome [...]”. I ricorrenti ritenevano che il regio decreto-legge n. 9/2009 avesse alterato illegittimamente le competenze sancite nei rispettivi Statuti di autonomia, ed in particolare le loro competenze esecutive su casse di risparmio ed enti creditizi.

Il *plenum* ha ribadito, nel FJ 3, che l'espressione “regime delle Comunità autonome” deve essere interpretata nel senso che il decreto-legge non può interessare il regime costituzionale delle Comunità autonome, di cui formano parte gli Statuti di autonomia e le altre leggi che integrano il c.d. blocco della costituzionalità. Ferma restando l'intangibilità di questo “regime costituzionale”, l'ambito normativo dei decreti-legge corrisponde alla competenza legislativa dello Stato, di modo che non esiste alcun ostacolo costituzionale a che il decreto-legge, nell'esercizio di una competenza legislativa spettante allo Stato, disciplini materie su cui a sua volta la Comunità autonoma possa vantare competenze. La Costituzione vieta al decreto-legge di intervenire sul regime delle Comunità autonome nel senso di una delimitazione diretta e positiva delle competenze, ma non vieta qualunque altra disciplina che incida indirettamente sulle competenze autonome. Se così non fosse, del resto, si svuoterebbero di contenuto gli ambiti su cui questa fonte del diritto può intervenire, poiché è molto difficile individuare un settore normativo su cui non intervenga in un modo o in un altro una competenza autonoma. Più concretamente, la giurisprudenza costituzionale ha ammesso più volte che il decreto-legge può essere uno strumento idoneo ad emanare una normativa *básica*, nel rispetto dei requisiti di forma e materiali che presiedono all'adozione di disposizioni di questo tipo (FJ 3).

La finalità del regio decreto-legge n. 9/2009 consiste nel dar corso alla strategia necessaria di ristrutturazione bancaria in un contesto di crisi economica internazionale, stabilendo un processo volto ad incrementare la forza e la solvibilità del sistema bancario spagnolo. Il decreto, in particolare, pone il regime giuridico del *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria* (FROB) e disciplina i processi di ristrutturazione degli enti creditizi e l'incremento delle loro risorse (art. 1, comma 1), invocando all'uopo come titoli di competenza quelli contenuti all'art. 149, comma 1, paragrafi 6, 11 e 13, Cost., i quali attribuiscono allo Stato le competenze esclusive in materia di legislazione commerciale, di fondamenti (*bases*) dell'ordinamento del credito, delle banche e delle assicurazioni, e di fondamenti e coordinamento della pianificazione generale dell'attività economica (sesta disposizione finale). Gli artt. 6, 7 e 8 del regio decreto-legge n. 9/2009, fulcro delle controversie di ordine competenziale, regolamentano questi processi di ristrutturazione, stabilendo le competenze degli organi statali, ed in particolare della Banca di Spagna e del FROB, competenze che si delineano in termini tali da permettere al Tribunale costituzionale di affermare che, senza alcun dubbio, la normativa non attribuisce né delimita positivamente la sfera di competenze autonome, sebbene su di esse incida. Da questa incidenza, abituale ed in certi casi inevitabile trattandosi di norme *básicas*, non si può comunque inferire violazione alcuna dell'art. 86, comma 1, Cost. (FJ 3).

D'altro canto, il Tribunale costituzionale ha ricordato che, quando si tratta di competenze condivise tra lo Stato e le Comunità autonome, non è rilevante che la normativa *básica* dello Stato sia stata emanata successivamente agli Statuti di autonomia, perché se si riconosce allo Stato la competenza di porre la normativa *básica* in una determinata materia, questa competenza implica anche la capacità di modificarla. Ciò rende specioso l'argomento addotto in contrario consistente nella constatazione che la nuova normativa *básica* andrebbe contro i contenuti di norme autonome approvate in precedenza. Lo Stato, infatti, deve poter modificare la legislazione *básica* su materie in cui la competenza è condivisa, con le ovvie conseguenze corrispondenti per le norme di tutte le Comunità autonome quanto al loro necessario adattamento alla nuova legislazione basilare (FJ 8).

Sotto un altro profilo, il *plenum* del Tribunale costituzionale ha confermato la legittimità dell'art. 6 del regio decreto-legge n. 9/2009, che prevede l'intervento della Banca di Spagna, attribuendole la competenza esclusiva ad approvare il piano di ristrutturazione degli enti creditizi in situazione di debolezza da un punto di vista economico-finanziario. Tale attribuzione in capo alla Banca di Spagna è stata operata in ragione del suo essere l'organo garante del buon funzionamento e della stabilità dell'insieme del sistema finanziario, di talché la normativa su questo punto non può dirsi in alcun modo contrastante con la Costituzione (FJ 9).

A diversa conclusione si è giunti per l'art. 8, comma 2, del regio decreto-legge n. 9/2009, che ha riconosciuto alle Comunità autonome la potestà di emettere un parere preventivo non vincolante rispetto all'approvazione del piano di ristrutturazione da parte della Banca di Spagna. Il potere consultivo non è stato riconosciuto in tutti i casi, ma è stato circoscritto agli interventi sulle casse di risparmio e sulle cooperative di credito che abbiano il loro domicilio nel territorio della Comunità autonoma, restando esclusi gli altri enti di credito. Secondo il Tribunale costituzionale, "la dualità

competenziale esistente non può tradursi nella negazione di qualunque competenza autonoma su tutti gli enti finanziari o di credito che non siano casse di risparmio o cooperative di credito. La legge [...] non può riservare allo Stato la totalità delle competenze in questa materia su tutti gli enti di credito diversi da casse di risparmio e cooperative, a prescindere dalle loro caratteristiche strutturali e di funzionamento, dei loro ambiti di attuazione e dei rischi che implicano per la stabilità e la fiducia nel sistema finanziario”. In quest’ottica, si è appalesata una carenza di giustificazione costituzionale derivante dal fatto che “la procedura che prevede[va] una relazione obbligatoria ma non vincolante regolata dall’art. 8, comma 2, si limit[asse] alle casse di risparmio o alle cooperative di credito, in quanto comporta[va] semplicemente il totale svuotamento delle competenze autonome previamente riconosciute ed assunte negli Statuti di autonomia in materia di ordinamento del credito, ignorando del tutto qualsiasi possibilità di partecipazione delle Comunità autonome relativamente agli altri enti creditizi” (FJ 12).

2. Notizia sul decesso del giudice costituzionale Hernando Santiago

Il 29 novembre il Tribunale costituzionale ha emesso un comunicato stampa per informare del decesso del giudice costituzionale Francisco José Hernando Santiago, già Presidente del Consiglio generale del Potere giudiziario e del Tribunale supremo.

Il giudice Hernando Santiago era stato nominato dal Senato nel 2010 ed è rimasto in carica per soli tre anni. La sua nomina era avvenuta con tre anni di ritardo¹ rispetto alla data in cui la camera avrebbe dovuto provvedere alla nomina dei nuovi giudici costituzionali.

Il mandato del nuovo giudice costituzionale, che dovrà essere nominato dal Senato in un processo che garantisce l’intervento da parte delle Comunità autonome, avrà una durata ridotta. La legge *orgánica* n. 8/2010, del 4 novembre², ha novellato, oltre che la legge *orgánica* n. 5/1985, del 19 giugno, sul regime elettorale generale, la legge *orgánica* n. 2/1979, del 3 ottobre, sul Tribunale costituzionale (LOTC), al fine di “agevolare l’elezione dei giudici del Tribunale costituzionale nei casi di copertura di posti vacanti o di rinnovamento”. Ha aggiunto un comma 5 all’art. 16 LOTC, del seguente tenore: “5. I posti vacanti prodotti per cause diverse dalla scadenza del periodo per il quale le nomine sono state fatte saranno coperti conformemente alla stessa procedura utilizzata per la nomina del giudice costituzionale che abbia causato il posto vacante e per il tempo che gli sarebbe rimasto. Se si abbia ritardo nel rinnovo per terzi dei giudici costituzionali, ai nuovi che siano nominati sarà sottratto dal loro mandato il periodo di ritardo nel rinnovamento”. Si noti che, al momento della sua approvazione, era stato evidenziato come, stando alla lettera della Costituzione, la riforma potesse presentare profili di illegittimità, poiché l’art. 159, comma 3, Cost. prevede che “i membri del

¹ La contrapposizione tra il partito socialista (al Governo) ed il partito popolare riguardo all’idoneità dei candidati rispettivamente proposti aveva originato un lungo periodo di stallo nella nomina dei giudici costituzionali di designazione parlamentare (provocando, di conseguenza, la *prorogatio* del mandato dei giudici uscenti).

² La legge, concepita per allentare le tensioni create nel periodo di stallo di cui *supra*, era stata approvata grazie al voto favorevole di quasi tutti i gruppi parlamentari.

Tribunale costituzionale saranno nominati per un periodo di nove anni e si rinnoveranno per un terzo ogni tre anni”.