

SAGGI

Monica Bergo - La resistenza del diritto alla salute di fronte al nuovo vincolo costituzionale alla stabilità finanziaria. Il caso dalla Comunità Autonoma di Castilla-La Mancha.

NOTE E COMMENTI

Miranda Haideer – Corte interamericana dei diritti dell’uomo, sentenza Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) c. Costa Rica, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257

Giovanni Vagli – Tribunale costituzionale portoghese. Breve commento alla sentenza 5 aprile 2013 n. 187, che ha dichiarato l’incostituzionalità di varie disposizioni della legge di bilancio 2012

CRONACHE DAL MONDO

Ungheria. Flusso di modifiche alla Legge fondamentale

Canada. La Supreme Court conferma la legittimità costituzionale di alcune disposizioni dell’Anti-Terrorism Act del 2001

Ruanda. Giunge a conclusione l’ultimo processo in primo grado di fronte al Tribunale ONU

IRLANDA – Approvato con referendum il trentunesimo emendamento alla Costituzione sui diritti dei bambini

Regno Unito – Firmato l’accordo sul referendum per l’indipendenza della Scozia

SRI LANKA – Messo in stato di accusa e sollevato dall’incarico il Presidente della Corte suprema

Tanzania – Terminata la prima fase dei lavori della Commissione di revisione costituzionale

RECENSIONI

Ivan De Musso – GABRIELE PEPE, Principi generali dell’ordinamento comunitario e attività amministrativa, Eurilink, Roma, 2012

Riccardo Sciaudone -- Dörr, Oliver; Schmalenbach, Kirsten (eds.), Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary , Heidelberg, Springer, 2012, LIV + 1423p, ISBN 978-3-642-19291-3



ISSN 2037-6677

2013/2

**The right to health withstands the Constitutional
commitment to financial stability. The Castilla-La
Mancha case.**

**La resistenza del diritto alla salute di fronte al nuovo
vincolo costituzionale alla stabilità finanziaria. Il caso
dalla Comunità Autonoma di Castilla-La Mancha.**

Monica Bergo

Continuative healthcare and ER - general interest - financial stability

www.dpce.it



La resistenza del diritto alla salute di fronte al nuovo vincolo costituzionale alla stabilità finanziaria. Il caso dalla Comunità Autonoma di Castilla-La Mancha.

di Monica Bergo

Tribunale Superiore di Giustizia di Castilla-La Mancha, Camera Amministrativa, Sezione 1^a, Ordinanza del 29 gennaio 2013, Giudizio separato sulle misure cautelari, proc. 3/2013.

Servizi sanitari continuativi e di pronto soccorso – misure cautelari – sospensione decreto – interesse generale – stabilità finanziaria – efficacia delle cure – gestione efficiente delle risorse pubbliche – tutela dei diritti sociali.

Massima: Accoglimento parziale dei ricorsi proposti dal Consiglio delle Comunità locali di Castilla-La Mancha; modifica della misura cautelare di sospensione del decreto del 20 novembre 2012 emanato dal Dipartimento della salute e delle politiche sociali sui servizi sanitari di pronto soccorso e continuativi rientranti nei livelli essenziali di prestazioni (zona básicas de salud, ZBS) della Comunità autonoma. Tembleque, Duron e Adobe continueranno a fornire il servizio notturno.

1. Il 15 gennaio 2013 il Consiglio comunale di Tembleque (Toledo) impugnava davanti al Tribunale superiore di giustizia, Sezione amministrativa, di Castilla-La Mancha il decreto emanato dal Dipartimento della salute e delle politiche sociali del 20 novembre 2012 (Legge n. 23307/2012). Tale decreto, pubblicato il 14 gennaio 2013 nella Gazzetta Ufficiale di Castilla-La Mancha (DOCM), disponeva la riduzione del numero di centri di assistenza sanitaria in grado di offrire servizi continuativi (*Puntos de Atención Continuada* - PAC) e di pronto soccorso, per ragioni di miglioramento ed efficientamento del sistema sanitario della Comunità. Dopo due giorni, precisamente il 17 gennaio 2013, il TSJCM adottava la misura cautelare di sospensione (ex art. 129, RCL 1998/1741, della Legge sul procedimento amministrativo, LJCA) del decreto del 20 novembre 2012, imponendo, di conseguenza, di reimpostare il servizio sanitario continuativo e di pronto soccorso secondo i termini previgenti (TSJCM, Divisione amministrativa, Sezione 1^a, Ordinanza del 17 gennaio 2013, proc. 13/2013, Legge 15/2013, consultabile al sito poderjudicial.es). Inoltre, il Tribunale ha imposto che entro tre giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza, il Dipartimento della salute e delle politiche sociali conceda udienza al Consiglio delle Comunità locali di Castilla-La Mancha affinché possano fornire al Tribunale tutti gli elementi necessari per «decidere motivatamente sulla sospensione, il mantenimento o la modifica della misura cautelare adottata» (ex artt. 130 e 135, LJCA).

2. Era la legge 8/2000 del 30 novembre 2000 in materia di Ordinamento sanitario di Castilla-La Mancha ad istituire per la prima volta il Servizio sanitario della Comunità autonoma (SESCAM), come organismo del Dipartimento della salute e delle politiche sociali, titolare dell'erogazione dei servizi e dell'organizzazione delle strutture destinate alla tutela della salute.

Al fine di ottimizzare l'uso delle risorse fisiche, umane e materiali, e sulla base di criteri tecnici, il Dipartimento della salute emanava il decreto del 20 novembre 2012, di riorganizzazione dei Servizi sanitari continuativi e di pronto soccorso, per garantire l'effettività e la qualità delle cure per la popolazione. L'elaborazione del decreto è stata eseguita dallo studio tecnico di medici di base e specialisti, così come da professionisti del pronto soccorso del SESCAM, studiando le frequenze presso i

Centri di pronto soccorso, i dati epidemiologici di ciascun distretto sanitario, i tempi tra i diversi mezzi di urgenza ed emergenza, terra e aria, e il coordinamento di tali dispositivi.

Nella specie, sottolineando come «lo scarso utilizzo» di alcuni centri di pronto soccorso «ostacoli il raggiungimento di una sanità più efficiente, efficace, utile, veloce, razionale e moderna» il decreto del 20 novembre 2012 manteneva il servizio di pronto soccorso nella sola città di Ocaña; a Tembleque, La Guardia ed El Romeral, invece, il servizio veniva ridotto dalle ore 8 alle 20, interrompendo dunque quello notturno. Inoltre, veniva disposta la chiusura di 21 “distretti sanitari” destinati all'erogazione di servizi sanitari continuativi, su un totale di 182 in tutto il territorio di Castilla-La Mancha. Tali misure rappresentavano in primo luogo una manifestazione della potestà organizzativa sanitaria del Governo di Castilla-La Mancha, e in secondo luogo della potestà governativa di stabilire il modello e la procedura più appropriata al fine di facilitare l'accesso dei cittadini alle prestazioni sanitarie urgenti.

Ad ogni modo, l'aspetto che nel ragionamento dei giudici appare decisivo ai fini della soluzione del caso, concerne le prove fornite dal Consiglio delle Comunità locali, attraverso le quali il Tribunale viene edotto sulle gravi condizioni finanziarie in cui versa il Sistema sanitario nella Comunità autonoma. Particolarmente ingente è il divario esistente fra le spese previste e le spese effettuate dal SESCAM: basti pensare che la spesa effettiva nel 2011 ha superato di quasi 580 milioni di euro quella calcolata per il 2012. In una situazione descritta dal Tribunale come «vicina al collasso», al punto da rappresentare un rischio reale per la salute dei cittadini, il dovere di evitare che tale collasso si verifichi spetta in primo luogo agli amministratori pubblici (TSJCM, Auto 29 gennaio 2013, *Fundamentos de derecho, Sexto*).

Pertanto, riconoscono i giudici, se da un lato è inevitabile l'attuazione di un piano di razionalizzare della spesa sanitaria nell'area di Castilla-La Mancha, in grado di eliminare «la maggior parte di questo *deficit* che aveva messo in pericolo la continuità stessa del SESCAM»; dall'altro lato è necessario che nessuna delle misure adottate (dalla razionalizzazione di alcune strutture sanitarie, all'eliminazione dei rimborsi eccessivi; dalla riduzione del costo del personale, all'introduzione di ticket

per i farmaci, ecc.), tra cui la chiusura dei Centri di assistenza continuativa e di Pronto Soccorso, costituiscano un rischio non accettabile per i cittadini.

Su questo aspetto, la Relazione del Direttore Generale sulla qualità, la pianificazione e il controllo del SESCAM precisa che «la scelta ottimale delle risorse destinate al pronto soccorso fra i diversi livelli di cura, così come le chiamate specializzate di terra ed aeree hanno effetti positivi per la salute dei cittadini; diversamente, una inadeguata distribuzione di risorse per dei servizi sanitari che non soddisfano il bisogno effettivo di “salute” impedisce l’assegnazione delle stesse per i servizi efficaci, con una ripercussione negativa sulla popolazione.

Alla luce di quanto documentato, il Tribunale conviene nel definire la ristrutturazione dei servizi di emergenza da parte del Governo della Comunità non come un «capriccio», ma «al contrario» una condizione per soddisfare «il mandato costituzionale di stabilità fiscale» (ai sensi dell’art. 135 Cost. spagnola, modificato nel 2011 e attuato dalla legge organica 2 del 27 aprile 2012). A questo proposito, il Tribunale osserva che «è indubitabile il ruolo dell’interesse generale tutelato dalla Comunità Autonoma di perseguire la razionalizzazione della spesa sanitaria pubblica con l’area settentrionale nel Paese e di raggiungere perciò la sostenibilità del sistema (sulla riforma costituzionale spagnola, si v. O. Salazar Benítez, *La constitución domesticada: algunas reflexiones critica sobre la reforma del artículo 135 CE*, in *Teoría y realidad constitucional*, 29/2012, 415 ss.; nonché M. J. Ridaura Martínez, *La reforma del artículo 135 de la Constitución española: Pueden los mercado quebrar el consenso constitucional?*, in *Teoría y realidad constitucional*, 29/2012). Non sarà dunque questa Corte a negare il conseguimento di tale retto scopo» spiega il TSJCM (TSJCM, Auto 29 gennaio 2013, *Fundamentos de derecho, Séptimo*).

3. Pertanto, i giudici della Prima sezione della Divisione di contenzioso amministrativo del Tribunale Superiore di Giustizia di Castilla-La Mancha (TSJCM) hanno deciso di revocare la sospensione del decreto che modificava il calendario dei 21 PAC nell’area di Castilla-La Mancha, con l’esclusione della città di Tembleque, dove i servizi continuativi e di pronto soccorso dovranno essere ripristinati.

Tuttavia, come riportato dal TSJCM, le accuse sollevate dal Consiglio delle Comunità di Castilla-La Mancha sono state accolte solo parzialmente. L’Alta Corte

ha, infatti, chiarito che il decreto rimane effettivo per gli altri Centri, poiché il Comune di Tembleque – solo ricorrente nel processo – «non è legittimato a chiedere alla Corte di mantenere il servizio sanitario continuativo e di Pronto soccorso al di fuori della propria area distrettuale», poiché non sussisterebbe per Tembleque l'interesse legittimo a ricorrere anche per gli altri Comuni (ex art. 19.1.a) RCL 1998/1741 della LJCA).

Occorre precisare peraltro che con due ulteriori ricorsi presentati dai Comuni di Dúron e Adobe (Guadalajara) rispettivamente il 20 e 21 gennaio, i servizi continuativi e di Pronto soccorso sono stati ripristinati anche in queste aree, sempre per effetto della pronuncia del 29 gennaio 2013.

4. Nonostante questa pronuncia sia stata definita come un risultato “dolceamaro” per la tutela dei diritti sociali, il giudizio emesso dal TSJCM ha avuto un effetto dirompente per l'intero programma di riorganizzazione sanitaria predisposto a fine 2012 dal Dipartimento della salute e delle politiche sociali (J. Varras, *Los jueces permiten a Cospedal cerrar las urgencias nocturnas excepto en tres municipios*, 30 gennaio 2013, publico.es). L'azione congiunta dei comitati popolari tradottasi in una vera e propria mobilitazione della società civile hanno, infatti, costretto il Governo di Castilla-La Mancha ad adottare una nuova misura correttiva. Il Dipartimento della salute e delle politiche sociali il 25 marzo 2013 ha emanato un decreto di abrogazione del decreto 22 novembre 2012 sulle misure continuative e di pronto soccorso, riconoscendo come gli effetti delle pronunce del TSJCM rendano «praticamente impossibile il conseguimento degli obiettivi di miglioramento auspicati dalla stessa misura, obiettivi peraltro imposti dallo stesso ordinamento». È dunque in conformità ai principi di efficienza e coordinamento che il Dipartimento ritiene doveroso abrogare quanto precedentemente disposto dal decreto 22 novembre 2012, fatta salva la necessità di procedere ad una nuova razionalizzazione alle prestazioni sanitarie urgenti da inserire nell'elenco dei “livelli essenziali” della Comunità, al fine di migliorare l'utilizzo delle risorse fisiche, umane e materiali senza le quali sarebbe compromessa la qualità del servizio sanitario per la popolazione, sempre e comunque perseguendo l'interesse generale della massima protezione del bene

giuridico rappresentato dalla salute, quale bene protetto costituzionalmente (decreto 2013/3972, DOCM 16).



ISSN 2037-6677

2013/2

Inter-American Court of Human Rights, the *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) c. Costa Rica* judgement, 28th November 2012, C. n. 257.

Corte interamericana dei diritti dell’uomo, sentenza *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) c. Costa Rica*, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257.

Miranda Haideer

Right to privacy - ban on *in vitro* fertilisation - judicial dialogue

www.dpce.it



Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") c. Costa Rica*, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257.

di Miranda Haideer

Corte interamericana dei diritti dell'uomo – Diritto alla vita privata e familiare – Diritto all'integrità ed autodeterminazione personale – Divieto di fecondazione *in vitro* – Controllo di convenzionalità – Dialogo tra le Corti.

La Corte interamericana dei diritti dell'uomo, senza lasciare un margine di apprezzamento agli Stati, ha ritenuto che il divieto di utilizzo della tecnica di fecondazione *in vitro* vigente in Costa Rica viola il diritto alla vita privata, all'integrità ed autodeterminazione personale nonché il diritto di formare una famiglia, come riconosciuti negli artt. 5, comma 1, 7, 11, comma 2, e 17, comma 2 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo.

La Corte interamericana condanna il Costa Rica per il divieto di fecondazione *in vitro*.

1. – Con la sentenza *Artavia Murillo y otros*, reperibile al sito www.corteidh.com, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il divieto di fecondazione *in vitro* vigente in Costa Rica violasse i diritti alla vita privata, all'integrità ed autodeterminazione personale ed il diritto a formare una famiglia, come riconosciuti negli artt. 5, comma 1, 7, 11, comma 2, e 17, comma 2 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo (1969), in relazione a quanto disposto all'art. 1, comma 1 della Convenzione stessa, che obbliga gli Stati ad essa aderenti a rispettare e garantire i diritti fondamentali ivi contenuti.

Questa decisione mostra un “*activism*” da parte dei giudici della Corte interamericana i quali hanno riconosciuto come diritto convenzionale l'accesso alle tecniche di fecondazione *in vitro*, senza lasciare un margine di apprezzamento agli Stati come invece ha fatto di recente la (sua – per certi versi – “omologa”) Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza della Grande Chambre resa nel caso *S.H. and others c. Austria* (su tale pronuncia si rinvia, tra i tanti, al commento di S. Penasa, *Una sentenza “crioconservata”: porta (soc)chiusa alla dichiarazione di incompatibilità del divieto della c.d. fecondazione eterologa con l'articolo 8 della CEDU*, in questa *Rivista*, 2012, 88 ss.).

L'aspetto più significativo della decisione in commento sta nel fatto che i giudici hanno assunto come proprio riferimento, una pluralità di fonti e formanti, di carattere non solo normativo (la Dichiarazione e la Convenzione americana dei diritti dell'uomo, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Patto internazionale di diritti civili e politici, la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, la Convenzione sui diritti del fanciullo), ma anche giurisprudenziale: tra questi, diverse sentenze della Corte di Strasburgo nonché diverse decisioni del Tribunale costituzionale federale tedesco, del Tribunale costituzionale spagnolo, della Corte Suprema degli Stati Uniti, di quell'argentina e messicana; nella motivazione della medesima sentenza si fa, inoltre, riferimento a diversi atti adottati dalle Nazioni Unite, in particolare a decisioni del Comitato dei diritti dell'uomo.

Con questa decisione la Corte di San José conferma il progressivo aumento del ricorso alla comparazione giuridica, in particolar modo all'utilizzo della giurisprudenza di organi sovranazionali e nazionali, *in primis* delle Corti

costituzionali, ai fini dello studio e della risoluzione dei casi concreti, il che concorre a mettere in luce come anch'essa partecipi al c.d. *dialogo tra le Corti* (in tema di dialogo orizzontale tra Corti sopranazionali in materia di diritti umani si rinvia, fra gli altri, a R. Canosa, P.A. Fernández Sánchez, J. García Roca, P. Santolaya Machetti (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Civitas, 2012).

2. – In particolare, il decreto legislativo n. 24029-S del 3 marzo 1995, emanato dal Ministero della Sanità del Costa Rica, consentiva l'impiego della tecnica della fecondazione *in vitro*. Contro questa normativa era stato proposto ricorso dinanzi alla Sala costituzionale della Corte Suprema di giustizia; questo ricorso fu deciso con la sentenza n. 2306 del 15 marzo 2000 (il testo integrale della pronuncia è reperibile al sito www.pgr.go.cr), che dichiarò l'illegittimità costituzionale del decreto legislativo del 1995 per i seguenti motivi: in primo luogo perché veniva a ledersi il principio della riserva di legge, in quanto «solo con una legge formale promulgata dal legislatore in rispetto della procedura stabilita nella Costituzione per la emissione delle leggi, è possibile regolare e, se necessario, limitare i diritti e le libertà fondamentali», cosa che non era stata rispettata nel caso in questione con riguardo al diritto alla vita e alla dignità umana; in secondo luogo la sentenza costituzionale ha ritenuto che la tecnica in questione creasse delle perdite di embrioni, contrastando in questo con il diritto alla vita, in quanto l'embrione doveva essere considerato persona ai sensi dell'art. 4 della Convenzione americana. A conferma di quanto esposto si evidenzia come nella motivazione della sentenza i giudici hanno infatti stabilito che «El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte». Tuttavia «si los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegarse a mejorar de manera tal que los reparos desaparecieran esta se podría autorizar». Invece, nelle opinioni dissenzienti due giudici, rimasti in minoranza, hanno stabilito che la tecnica della fecondazione *in vitro* «no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad

humana, sino por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concedido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad ... debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad». Nello stesso senso hanno sostenuto che «técnicas de reproducción asistida ... se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en (la) Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia».

Una volta esauriti i ricorsi interni e accertata l'esistenza degli altri requisiti di ammissibilità, è stata sottoposta ai giudici della Corte interamericana la questione relativa al divieto dell'utilizzo della tecnica di fecondazione *in vitro* vigente in Costa Rica. A ricorrere dinanzi gli organi del Sistema interamericano dei diritti umani, cioè prima davanti alla Commissione interamericana e, una volta dichiarata l'ammissibilità del ricorso, davanti alla Corte di San José, erano state alcune coppie che, per ragioni diverse, non erano in grado di procreare naturalmente, motivo per il quale avevano intrapreso la via della fecondazione assistita, che però avevano dovuto interrompere a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della normativa del '95.

3. – Nei suoi passaggi argomentativi la Corte interamericana realizza un'interpretazione estensiva del diritto alla vita privata così come regolato nell'art. 11, comma 2, della Convenzione americana, secondo il quale «Nessuno può essere oggetto di interferenze arbitrarie o abusive nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel domicilio, o nella sua corrispondenza, o di attacchi al suo onore o alla sua reputazione». Richiamando la propria costante giurisprudenza, la Corte ritiene che il diritto alla vita privata non debba essere inteso come ancorato al solo rispetto della riservatezza, ma debba essere ricollegato anche agli aspetti relativi alla tutela dell'identità fisica e sociale della persona, intesa come diritto all'autonomia e al libero sviluppo della personalità, come possibilità di stabilire e sviluppare rapporti con altri esseri umani. Nella decisione in commento, i giudici hanno inoltre ritenuto che la maternità sia una componente del libero sviluppo della personalità delle donne e per questo motivo la scelta di diventare (padre o) madre genetica o biologica forma

parte del diritto alla vita privata (par. 143). Inoltre, la consolidata giurisprudenza della Corte di San José è giunta progressivamente a ritenere che il diritto alla vita privata abbia uno stretto legame con il diritto a costituire una famiglia, diritto riconosciuto dall'art. 17 Conv. interamericana, il cui primo comma stabilisce che «La famiglia è l'unità collettiva naturale e fondamentale della società; essa ha diritto alla protezione da parte della società e dello Stato». Ciò comporta, fra le altre obbligazioni, quella di favorire nel modo più ampio lo sviluppo del nucleo familiare, fondato non solo sul matrimonio; questo orientamento è emerso recentemente dalla sentenza *Atala c. Chile* (2011), in cui la Corte interamericana ha stabilito che la Convenzione non fa riferimento a un concetto chiuso di famiglia, né ne protegge solo il modello “tradizionale”. Il concetto di famiglia, infatti, non si limita alle unioni fondate sul matrimonio, ma dovrebbe comprendere anche altri legami familiari di fatto. Nel menzionato caso del 2011, all'esito del giudizio che ha portato la sig.ra Atala Ruffo alla perdita della custodia delle sue figlie, si è stabilita la responsabilità internazionale dello Stato per i danni subiti dalla ricorrente a causa del trattamento discriminatorio e delle interferenze arbitrarie nella vita privata e familiare subite in ragione del suo orientamento sessuale.

Si è trattato di un'evoluzione giurisprudenziale che “risponde” alla dottrina che vede la Convenzione come uno “strumento vivo”, che deve perciò tener conto dei mutamenti sociali, in particolare del concetto di “famiglia” (in merito alla Convenzione americana come strumento vivo e all'obbligo del controllo di convenzionalità, si rinvia a S. García Ramírez, *El control interno judicial de convencionalidad*, in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, julio-diciembre 2011, 123-159).

Tornando all'analisi della sentenza del novembre 2012, i giudici precisano che il diritto di cui all'art. 17 è un diritto «tanto importante» che non può essere derogato neppure in circostanze estreme (par. 146). Il diritto alla vita privata e familiare ha uno stretto legame anche con “l'autonomia riproduttiva”, ai sensi di quanto previsto dall'art. 16 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (del 1979), secondo la quale «le donne hanno il diritto di decidere liberamente e responsabilmente il numero dei figli e l'intervallo tra le

nascite, e l'accesso all'informazione, all'educazione ed ai mezzi necessari per esercitare tali diritti».

La Corte ha poi reso chiaro il suo pensiero sulla stretta relazione esistente fra il diritto alla vita privata e familiare e la libertà riproduttiva e il diritto di accedere alla tecnologia medica. Quest'ultimo diritto ha ottenuto il riconoscimento in diversi atti delle Nazioni Unite e da parte dello stesso sistema interamericano nell'art. XIII della Dichiarazione americana dei diritti umani e nell'art. 14 del Protocollo di San Salvador; esso comporta l'accesso al più alto ed effettivo progresso scientifico per l'esercizio dell'autonomia riproduttiva e la possibilità di formare una famiglia attraverso l'utilizzo dei migliori servizi sanitari e delle tecniche di riproduzione assistita, implicando, quindi, il divieto di restrizioni sproporzionate e non necessarie per poter esercitare le decisioni connesse alla sfera riproduttiva che corrispondono alla scelta di ciascuna persona (par. 149). Nel presente caso la Corte ha ritenuto che «la sentencia de la Sala Constitucional generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. La Corte precisa que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos» (par. 161). Per queste ragioni il Costa Rica è riconosciuto responsabile delle violazioni dei diritti tutelati negli artt. 5, comma 1, 7, 11, comma 2 e 17, comma 2, Conv. interamericana.

4. – L'interesse suscitato dalla sentenza dipende anche dalla circostanza che per la prima volta la Corte interamericana, per poter decidere il caso concreto, ha dovuto realizzare un'interpretazione autentica del disposto dell'art. 4 della

Convenzione, la quale tutela il diritto alla vita. Nel recente caso *Almanacid Orellano c. Chile* del 26 settembre 2006, la Corte di San José ha introdotto l'obbligo del controllo di convenzionalità, consistente in una tecnica di collaborazione tra i due livelli ordinamentali (nazionale e sovranazionale), secondo la quale i giudici nazionali non solo devono esercitare un controllo di costituzionalità sulle norme sottoposte al loro scrutinio, ma anche di convenzionalità *ex officio* delle norme nazionali. Nello svolgimento di questa attività interpretativa il giudice nazionale – incluse le Corti costituzionali e supreme – dovranno tener conto non solo del diritto convenzionale ma anche della giurisprudenza della Corte stessa. Il riferimento interpretativo della disposizione resta sempre quello fornito dalla Corte interamericana, com'è stato stabilito nel caso in questione, riguardo all'interpretazione dell'art. 4 fatta dai giudici costituzionali del Costa Rica, al fine di stabilire se l'embrione debba essere considerato un soggetto vero e proprio, ossia persona, oppure no. La Corte interamericana ha proceduto in tal senso dal momento che uno degli argomenti presenti nella motivazione della decisione della Sala costituzionale del Costa Rica – come ricordato in precedenza – consisteva proprio nel riconoscere l'embrione come persona, e pertanto, la perdita di embrioni nel processo di fecondazione *in vitro* avrebbe comportato una violazione del diritto alla vita. La Corte interamericana argomenta la propria decisione, in contrasto con l'interpretazione data dal giudice nazionale, nel seguente modo: «Sin entrar a catalogarla como prohibición “absoluta” o “relativa”, es posible concluir que la decisión de la Sala Constitucional ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en el territorio costarricense y que, por tanto, las parejas que deseen acudir a dicha técnica no pueden llevarla a cabo en dicho país. Además, debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, esto implica, en la práctica, una prohibición de la misma, toda vez que la prueba en el expediente indica que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria» (par. 159). Il percorso argomentativo della Corte, si fonda sul disposto dell'art. 4 della Convenzione americana, il cui primo paragrafo stabilisce: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita. Tale diritto è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento. Nessuno sarà arbitrariamente privato della vita». La Corte riprende la sua costante giurisprudenza nel senso che la

Convenzione americana deve essere interpretata in buona fede e tenendo conto del suo oggetto e scopo, che coincidono con la tutela effettiva della persona umana, attraverso una interpretazione evolutiva della normativa internazionale sui diritti umani. Alla risoluzione del caso in esame ha contribuito notevolmente la definizione che la Corte dà per la prima volta del termine “concepimento”, una definizione che evidenzia la stretta connessione tra il diritto e la scienza: «Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana» (parr. 180, 186, 189).

Nel caso in esame – così come in altre occasioni in cui si è trovata a decidere su questioni assai delicate – la Corte, specie negli ultimi anni, ha riconosciuto particolare importanza al diritto comparato, avvalendosi della giurisprudenza non soltanto della sua “omologa” Corte di Strasburgo, ma anche di alcune decisioni delle Corti costituzionali nazionali dell’area latinoamericana, effettuando così una ricognizione delle tradizioni costituzionali comuni ai diversi Stati membri. A conferma di questa tendenza, si evidenzia come anche nella risoluzione del caso relativo alla fecondazione assistita la Corte abbia fatto riferimento alla Convenzione di Oviedo per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina (1997), nonché alle motivazioni del caso *Oliver Brüstle c. Greenpeace* della Corte di giustizia dell’Unione Europea e alle sentenze *Costa e Pavan c. Italia e S.H. e altri c. Austria* della Corte Europea dei Diritti dell’uomo, rilevando come le tendenze normative e

giurisprudenziali nel diritto internazionale non portino a ritenere che l'embrione sia equivalente a una persona o sia titolare di un diritto alla vita (par. 253).

La Corte fa poi riferimento alla giurisprudenza dei Tribunali costituzionali tedesco e spagnolo, della Corte Suprema degli Stati Uniti, della Corte Suprema dell'Argentina ed della Corte Suprema del Messico «en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre» (par. 263).

In merito alla perdita di embrioni i giudici di San José stabiliscono che «no le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son ajenos a la experticia de la Corte. Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones» (par. 309).

Contribuisce a rafforzare la decisione della Corte interamericana anche l'argomento per il quale il Costa Rica era l'unico Paese dell'America Latina a vietare la Fiv, che, invece, negli altri ordinamenti della "regione", pur non trovando una precisa regolamentazione giuridica, è consentita.

Per tutto questo complesso di ragioni la Corte interamericana ha dichiarato la "inconvenzionalità" della interpretazione fornita dalla Sala costituzionale del Costa Rica in merito all'art. 4 Conv. e al relativo diritto alla vita, ritenendo irragionevole concedere una tutela assoluta al diritto alla vita dell'embrione a discapito di altri diritti della Convenzione meritevoli anch'essi di tutela, come la vita privata, l'integrità ed autodeterminazione personale e il diritto a formare una famiglia.

5. – Tornando in conclusione al richiamo alle giurisprudenze delle Corti nazionali da parte della Corte interamericana, questo può senz'altro dirsi un fenomeno del tutto nuovo; ciò però non vale al contrario, dal momento che è già da alcuni anni che diverse Corti costituzionali o Corti Supreme nazionali, in particolare quella argentina, colombiana e del Costa Rica, fanno riferimento nelle loro sentenze

con crescente frequenza alla giurisprudenza della Corte di San José, che assume perciò un carattere orientativo nei confronti dei giudici argentini e colombiani, mentre assume un carattere obbligatorio e vincolante nei confronti dei giudici del Costa Rica (cfr. R. Hernandez, *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo da parte dei Tribunali Supremi e dei Tribunali Costituzionali dell'america latina*, in G. Rolla (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, Giuffrè, 2010, 76 ss.). L'interazione tra le diverse giurisdizioni rappresenta una ulteriore manifestazione di quel c.d. *dialogo tra le Corti*, già noto alla esperienza europea, che inizia a muovere così i primi passi significativi anche nella esperienza dell'America Latina e che ha come finalità il rispetto degli standard di protezione sviluppati dalla Corte interamericana, giungendo così ad un sensibile miglioramento del livello di tutela dei diritti fondamentali in tutta l'area.



ISSN 2037-6677

2013/2

**Portuguese Constitutional Tribunal. A short commentary
on the 5th April 2013 judgement n. 187, which stated the
unconstitutionality of several provisions of the 2012
budget bill**

**Tribunale costituzionale portoghese. Breve commento alla
sentenza 5 aprile 2013 n. 187, che ha dichiarato
l'incostituzionalità di varie disposizioni della legge di
bilancio 2012**

Giovanni Vagli

Equality and proportionality - budget law - Portuguese Constitution (Artt. 105-107)



Tribunale costituzionale portoghese. Breve commento alla sentenza 5 aprile 2013 n. 187, che ha dichiarato l'incostituzionalità di varie disposizioni della legge di bilancio 2012

di Giovanni Vagli

1. La disciplina costituzionale del bilancio dello Stato portoghese si trova all'interno degli art. 105-107 della Legge Fondamentale.

Essa prevede che detto atto debba contenere la discriminazione delle entrate e delle spese dello Stato, comprese quelle dei fondi e dei servizi autonomi, nonché il bilancio della Previdenza Sociale; la legge viene elaborata, organizzata, votata ed eseguita annualmente, in accordo con la rispettiva legge di inquadramento; la proposta deve essere accompagnata da una serie di relazioni economico-contabili, ai sensi dell'art. 106, c. 6, Cost.; l'esecuzione viene controllata dalla Corte dei Conti e dal Parlamento, il quale, in base al parere espresso dalla Corte, approva i Conti Generali dello Stato.

Il progetto di legge di bilancio, datato 10 ottobre 2012, è stato presentato dal Governo al Parlamento, ai sensi dell'art. 197, c. 1, lett. d), della Costituzione (il relativo testo è disponibile in www.portugal.gov.pt). Il bilancio 2012, inerente alla gestione per l'anno 2013, è stato definitivamente approvato nella legge 31 dicembre 2012, n. 66-B.

2. Per il secondo anno consecutivo, nel 2013 la legge di bilancio portoghese è stata oggetto di controllo da parte del Tribunale costituzionale.

In effetti, sin da prima della sua approvazione, allorché erano state annunciate alcune misure di massima che sarebbero state inserite al suo interno, sono stati ventilati forti dubbi in merito alla conformità della legge di bilancio 2012 con la Costituzione portoghese.

In particolare, sussistevano riferimenti al ripristino di una sola delle mensilità decurtate ai lavoratori, contravvenendo in tal modo a quanto era stato asserito dal Tribunale costituzionale nella sentenza 5 luglio 2012, n. 353 (consultabile, come tutte le decisioni di tale organo, al sito www.tribunalconstitucional.pt), la quale aveva dichiarato incostituzionale la legge di bilancio 2011, il che poneva oltretutto seri problemi di inadempimento giurisprudenziale, con possibili conseguenze di responsabilità civile e, al limite, anche penale (in questo senso J. Bacelar Gouveia, *As duas razões da inconstitucionalidade*, in *Diário de Notícias*, 16-10-12, www.dn.pt); inoltre, la riduzione degli scaglioni dell'IRPEF (in portoghese: IRS – *Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*) collocava delle perplessità in riferimento alla sua conformità con l'art. 104 della Costituzione, il quale dispone che «l'imposta sul reddito personale ha la funzione di ridurre le disuguaglianze e sarà unica e progressiva, tenendo conto delle necessità e dei redditi dell'aggregato familiare». Di fatto, la norma inserita nella legge di bilancio 2012, oltre a non considerare le spese sanitarie delle famiglie, riduceva a 5 gli scaglioni d'imposta, il che faceva sorgere dubbi in merito alla sua effettiva progressività.

Pertanto, in vari modi è stato “suggerito” al Presidente della Repubblica di richiedere il controllo preventivo della legge in esame (ai sensi dell'art. 178, c. 1, Cost.), al fine di evitare quei problemi temporali che si erano verificati l'anno precedente sempre in tema di bilancio.

3. Tale organo ha fatto invece uso di un altro strumento previsto dalla Costituzione, ovvero il controllo successivo, ai sensi dell'art. 281, c. 2, Cost.; oltre al Presidente della Repubblica, negli stessi termini processuali, hanno presentato istanza al Tribunale Costituzionale: il Difensore civico (*Provedor de Justiça*), un gruppo di Deputati appartenenti al Partito Socialista, un gruppo costituito da Deputati del Partito Comunista, del Blocco di Sinistra e dei Verdi.

Le quattro richieste sono state formulate con argomenti non sempre convergenti e neppure relativi alle stesse norme.

Complessivamente, le disposizioni della legge di bilancio 2012 di cui è stata sollevata la questione di incostituzionalità sono le seguenti: articoli 27, 29, 31, 45, 77, 78, 117, 186 e 187; la richiesta più sintetica è stata quella del Difensore civico, limitata agli art. 77 e 78 della legge di bilancio, la più ampia quella del gruppo parlamentare costituito da Deputati della frangia più a sinistra (relativa a tutte le norme dianzi citate); nel mezzo si collocano la richiesta del Presidente della Repubblica e quella del Partito socialista, entrambi inerenti agli art. 29, 77 e 78 della legge in causa.

Tali disposizioni si riferivano alla riduzione degli stipendi lordi superiori a 1500 euro (art. 27), alla sospensione o alla riduzione del sussidio di ferie (art. 29), alla riduzione degli stipendi inerenti a contratti di docenza e di ricerca (art. 31, in coerenza con quanto disposto dagli art. 27 e 29), alla riduzione dell'importo da retribuire per le ore di lavoro straordinario svolto da parte dei lavoratori di cui agli art. 27 e 29 (art. 45), alla sospensione della 14.^a mensilità per i pensionati (art. 77), alla creazione di un contributo speciale da applicare sulle pensioni superiori a 1350 euro (art. 78), alla creazione di un contributo da applicare ai sussidi di malattia e di disoccupazione (art. 117), alla modifica del Codice IRPEF, nei termini cui si è fatto cenno all'inizio (art. 186 e 187; invero, quest'ultima disposizione inseriva una sovrattassa in materia di IRS).

Secondo gli argomenti utilizzati dai ricorrenti, le norme ed i principi costituzionali suppostamente violati erano i seguenti: principio di uguaglianza nella ripartizione degli oneri pubblici (art. 13 Cost.), principio di fiducia nello Stato di diritto (art. 2 Cost.), diritto alla contrattazione collettiva (art. 56 Cost.), diritto al salario (art. 59, c. 1, lett. a), Cost.), principio di proporzionalità inerentemente ai segmenti di adeguamento e necessità (art. 59 e 106 Cost.), principio di unità e proporzionalità dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (art. 104, c. 1, Cost.), diritto ad una sopravvivenza con un minimo di dignità (art. 1 e 63 Cost.), diritti patrimoniali di proprietà (art. 62 Cost.), diritto alle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro nell'elaborazione della legge di bilancio (art. 105, c. 2, Cost.); a tutto ciò, i Deputati della frangia più a sinistra aggiungevano la violazione del

giudicato costituzionale, per inadempimento del contenuto sancito nella sentenza n. 353/2012 (cfr. www.pcp.pt).

Ovviamente, questa costituisce una mera sintesi degli argomenti invocati, che i ricorrenti hanno usato in modi diversi ed in riferimento non alle stesse disposizioni.

4. Il Tribunale costituzionale, nella sentenza n. 187/2013, ha parzialmente accolto le richieste, dichiarando l'incostituzionalità con forza obbligatoria generale degli art. 29, 31 e 77 della legge di bilancio 2012, utilizzando quale parametro costituzionale soltanto l'art. 13 della Costituzione (principio di uguaglianza); inoltre, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 117, c. 1, della stessa legge, ritenendolo in contrasto con l'art. 2 Cost. (violazione del principio di proporzionalità).

Non ha inteso che le altre disposizioni di cui era stata sollevata la questione di incostituzionalità fossero in contrasto con la Legge Fondamentale.

Da segnalare che tale decisione non è stata presa all'unanimità, essendo state presentate varie opinioni concorrenti e dissenzienti.

A differenza di quanto era stato stabilito nella sentenza n. 353/2012, relativamente alla legge di bilancio approvata nel 2011, la recente decisione ha prodotto effetti immediati, ovvero a decorrere dall'inizio di vigenza della legge in esame (1° gennaio 2013), il che implica l'obbligo di pagamento degli importi decurtati in virtù di essa, non avendo il Tribunale costituzionale adottato alcuna misura di restrizione temporale (sul tema della restrizione degli effetti di incostituzionalità cfr. J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2005, 285-292).



Ungheria. Flusso di modifiche alla Legge fondamentale

di Valerio Lubello

E' noto che la larga maggioranza presente nel Parlamento magiaro – rappresentata dalla coalizione FIDESZ/KDNP – è tale da superare il quorum dei due terzi previsto per la modifica della Legge fondamentale. Questa circostanza ha condotto all'approvazione di una nuova Legge fondamentale entrata in vigore il primo gennaio 2012 nonché all'approvazione di numerosi successivi emendamenti e leggi cardinali. Stanti queste continue modifiche, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di rilevare come sia addirittura difficile individuare il testo costituzionale effettivamente in vigore: «In a short period of time, numerous provisions that fell outside the regulatory scope of the Constitution have been incorporated into the Constitution, and the frequent amendments have made it difficult to follow and identify the Constitution's normative text in force». In tale contesto si cala la proposta del IV emendamento alla Legge fondamentale ungherese. Presentata l'8-2-2013, è stata approvata l'11-3-2013 con 265 voti favorevoli, 11 contrari e 33 astenuti. Il 18-3-2013 la modifica è stata sottoscritta dal Presidente della Camera mentre la firma del Presidente della Repubblica e la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale risalgono al 25-3-2013.

Il IV emendamento si compone di ben ventidue articoli e apporta novità in tutte le parti di cui si compone la nuova Legge fondamentale. Sono, infatti,

modificati: i principi fondamentali; il catalogo dei diritti; la magistratura, il funzionamento della Corte costituzionale; il novero degli atti da questa sindacabili; l'*iter* di revisione della Legge fondamentale; nonché vengono aggiunte alcune importanti disposizioni conclusive. Da registrare è poi l'introduzione di ulteriori leggi cardinali, vale a dire «atti del Parlamento la cui adozione e modifica richiede il voto favorevole dei due terzi dei membri del Parlamento presenti» (Art. T, c. 4). Si tratta di una misura già abbondantemente utilizzata dalla Legge fondamentale del 2011, avente l'intrinseca caratteristica di vincolare le legislature future ai voleri dell'attuale eccezionale maggioranza (cd. "*over-cardinalisation*", v. par. 24, [Opinion 16/2011](#) della Commissione di Venezia).

L'emendamento si presta a essere letto come una sintesi dello scontro istituzionale che negli ultimi anni ha coinvolto la Corte costituzionale e l'attuale maggioranza. Numerose sono state, infatti, le sentenze della Corte che hanno dichiarato illegittime alcune norme di rango primario poi trasposte dal Parlamento, proprio con la revisione in esame, nel testo della Legge fondamentale. Questa massiccia "costituzionalizzazione" ha dunque l'obiettivo di ridurre il campo d'azione della Corte costituzionale, incapace – per sua stessa ammissione – di poter esprimersi sulle revisioni della Legge fondamentale, se non per quanto concerne aspetti strettamente procedurali (*amplius infra*). Emblema di queste tensioni è la disposizione conclusiva introdotta dall'Articolo 19 secondo comma del IV emendamento in base al quale «Decisions of the Constitutional Court delivered prior to the entering into force of the Fundamental Law become void. This prevision does not concern the legal effects achieved by the preceding decisions». Il legislatore costituente riduce così al minimo il rischio di un ripristino della "Costituzione invisibile" che la Corte aveva contribuito negli anni della transizione ad edificare e consolidare. Vengono spazzati via circa venti anni di giurisprudenza costituzionale (non comportando però una riviviscenza delle disposizioni dichiarate illegittime), in netta antitesi rispetto a quanto sostenuto dalla Corte stessa nella sentenza n. 22/2012, dove si affermava che nella giurisprudenza costituzionale ben potevano trovare spazio le argomentazioni utilizzate sotto la vigenza della precedente Costituzione (v. sul punto I a [sent. n. 45/2012](#)). Nella recente [Opinion della Commissione di Venezia n. 720 del 2013](#) si ritiene che la disposizione in

commento sia in contrasto con alcuni principi fondamentali del Consiglio d'Europa: la democrazia, la protezione dei diritti umani e il principio della *rule of law* (p.to 96).

Le modifiche introdotte non sono state esenti da critiche provenienti sia dall'Unione europea che dal Consiglio d'Europa. Il giorno stesso dell'adozione del IV emendamento, il Presidente della Commissione europea José Manuel Durão Barroso e il Segretario generale del Consiglio d'Europa Thorbjørn Jagland hanno, infatti, adottato un provvedimento congiunto esprimendo alcune criticità: «the Hungarian government is reintroducing the Transitional Provisions which were annulled by the Constitutional Court. This gives the impression that the government is willing to use the two-thirds parliamentary majority to overrule the Constitutional Court, which might endanger the fundamental principle of checks and balances in a democracy». Il 14 aprile, lo stesso Barroso – in una lettera indirizzata all'esecutivo ungherese – ha esposto ulteriori perplessità circa alcuni aspetti peculiari delle modifiche apportate, in particolare: la possibilità di introdurre delle apposite tasse per far fronte ad eventuali sanzioni irrogate dalla Corte di giustizia (Art. 17 del IV emendamento), i numerosi ed eccessivi poteri riconosciuti al Presidente del National Judicial Office (*Országos Bírósági Hivatal*, v. art. 14 del IV emendamento) e le novità in materia di propaganda elettorale (articolo 5, 1 del IV emendamento). Anche Viviane Reding, vice presidente della Commissione europea nonché Commissario della giustizia dell'Unione europea, ha avuto occasione di confermare preoccupazioni analoghe in occasione del [suo intervento](#) al Parlamento europeo del 17 aprile. Di tenore simile le obiezioni mosse dal Parlamento europeo. Il 6-6-2013 Il Comitato LIBE (Civil Liberties, Justice and Home Affairs) ha adottato un *report* piuttosto critico nei confronti del IV emendamento i cui contenuti sono stati poi ripresi dalla risoluzione parlamentare [The situation of Fundamental Rights in Hungary: standards and practices](#), firmata da Rui Tavares ed approvata il 25 giugno. A siffatte esternazioni si aggiunge poi l'attento lavoro della Commissione di Venezia, caratterizzato da numerose Opinioni su [ciascuno](#) degli aspetti nodali del nuovo sistema costituzionale ungherese.

Vediamo ora le singole modifiche. Nell'ambito dei principi fondamentali, di indubbio rilievo è la modifica al procedimento di revisione costituzionale. Ai sensi del nuovo comma 3 dell'Articolo S (modificato dall'Articolo 2 del IV

emendamento), in sede di promulgazione delle leggi costituzionali o di revisione costituzionale, il Presidente della Repubblica può ora chiedere che la Corte si pronunci sulla sussistenza o meno di eventuali difformità formali nell'*iter* di approvazione delle modifiche. Siffatta disposizione va letta in combinato disposto con le modifiche che hanno interessato la Corte costituzionale e il Presidente della Repubblica di cui ci occuperemo a breve.

Significative le disposizioni che compongono il nuovo Articolo U (Art. 3 del IV emendamento). Si specifica, anzitutto, che la forma di governo basata sulla *rule of law* stabilitasi dopo il 1990 e la precedente dittatura comunista sono tra loro incompatibili. Pertanto, il partito socialista ungherese, i suoi predecessori nonché tutti gli organi politici creati in virtù dell'ideologia comunista sono illegali e i loro *leader* considerati responsabili di una serie di attività puntualmente elencate dall'articolo in esame, ad esempio: aver mantenuto il regime oppressivo tradendo la nazione; aver stabilito un ordinamento basato sul solo esclusivo uso illegittimo della forza; aver eliminato un'economia basata sulla proprietà privata indebitando lo Stato; aver sistematicamente distrutto i valori europei; aver soppresso con il sangue la Rivoluzione e la guerra di indipendenza e aver costretto alla fuga duecentomila ungheresi. Siffatte responsabilità – specifica ancora il nuovo Articolo U – sono condivise con i successori del partito socialista, con coloro cioè che ne hanno preso il posto durante e successivamente la transizione democratica degli anni novanta. Sono altresì previste delle sanzioni esemplari come la riduzione della diaria eventualmente riconosciuta e l'utilizzo della stessa per compensare i torti arrecati alla popolazione.

Ancora nell'ambito dei principi fondamentali, viene marcatamente e ulteriormente circoscritta la definizione di famiglia (Articolo 1, del IV emendamento). Alla base della quale non v'è più il solo matrimonio inteso come l'unione tra un uomo e una donna (ai sensi del primo periodo del primo comma dell'articolo L, non modificato dal IV emendamento), ma anche il rapporto tra genitori e figli. Tale modifica è stata introdotta in risposta alla sentenza della Corte costituzionale n. 43/2012 nella quale la Corte ha avuto modo di sottolineare come alcune norme – di tenore analogo a quelle poi trasposte nel testo della Legge fondamentale – davano luogo ad una nozione troppo ristretta di famiglia non

comprendente alcune frequenti fattispecie come, ad esempio, l'assenza di prole nel nucleo familiare.

Quanto invece alla parte dedicata alle libertà e ai doveri, numerose sono le disposizioni che riguardano il riconoscimento delle chiese nell'ordinamento magiaro. Così, il nuovo Articolo VII della Legge fondamentale (modificato dall'art. 4 del IV emendamento) ne impone il riconoscimento con legge cardinale, specificando altresì che con la stessa debbano essere individuate le regole di dettaglio da applicarsi alla singola chiesa e che il riconoscimento possa essere subordinato all'erogazione di determinate prestazioni di supporto sociale a favore delle comunità. Anche in questo caso la modifica sembra essere una risposta alla Corte costituzionale (sent. n. 6/2013) che recentemente ha considerato illegittime norme primarie di tenore analogo a quelle in commento (Act CCVI del 2011). Vale altresì ricordare che sull'opportunità (*rectius* sull'inopportunità) di subordinare il riconoscimento di una religione ad un'approvazione parlamentare si è già espressa la Commissione di Venezia ([Opinion 664/2012](#), ripresa nella più recente Opinion 720/2013).

Coinvolta dalla revisione anche la delicata questione della tutela delle minoranze di cui all'articolo XXIX (Articolo 9, IV emendamento). Secondo le modifiche apportate, con legge cardinale devono essere individuate le caratteristiche necessarie affinché un determinato gruppo di individui possa essere definito come minoranza nazionale nonché le regole di dettaglio relative ai diritti ad essa garantiti. Specifica ancora il nuovo terzo comma dell'Articolo XXIX, che la legge cardinale può subordinare il riconoscimento di una minoranza ad un determinato periodo di residenza e alla presenza di un numero minimo di richiedenti.

Sensibili le modifiche in materia di libertà di espressione. Il nuovo terzo comma dell'Articolo IX afferma ora che la pubblicità di tipo politico deve essere veicolata dai mezzi di informazione esclusivamente a titolo gratuito. Inoltre, durante la campagna elettorale per le elezioni del Parlamento e del Parlamento europeo, i messaggi pubblicitari possono essere mandati in onda soltanto attraverso i servizi pubblici di comunicazione, secondo condizioni definite da una legge cardinale. Inoltre, la libertà di espressione va altresì bilanciata con l'ulteriore limite espresso della dignità dell'uomo ai sensi nuovo comma quarto dell'Articolo IX. Invero, siffatta impostazione era già acquisita dall'ordinamento magiaro sin dalla sentenza n.

36 del 1994 della Corte costituzionale nella quale la Corte aveva specificato che «human dignity, which is under constitutional protection, may put a limit on the freedom of expression» (v. il documento di [technical note](#) di supporto all'Opinion 270/2013, pag. 20). La novità sta invece nell'estensione del concetto di dignità con il più vago concetto di dignità nazionale (in tal senso anche l'Opinion 270/2013, p.to 53). Ai sensi del nuovo comma 5 dell'articolo IX, infatti, l'esercizio della libertà di espressione deve rispettare la dignità della Nazione ungherese e di qualsiasi gruppo nazionale, etnico o religioso i cui componenti sono altresì legittimati a ricorrere di fronte ad un giudice qualora non venga riconosciuta la loro dignità.

Con riferimento all'arte e alla scienza, lievi ma determinanti sono le modifiche apportate all'articolo X. In particolar modo, il comma 3 introduce la possibilità per gli istituti di alta educazione di dotarsi di un loro statuto che ne possa regolare il funzionamento. Fermo restando però che il Governo può intervenire, entro i limiti determinati dal Parlamento, per determinarne e supervisionarne la gestione finanziaria (Articolo 6, IV Emendamento). Un forte eco mediatico hanno avuto le previsioni concernenti le borse di studio per l'alta formazione. Ai sensi del nuovo comma 3 dell'Articolo XI, infatti, il Parlamento può introdurre – come condizione per il finanziamento ad un corso di alta formazione – un obbligo di prestare servizio per un determinato periodo di tempo presso una struttura regolata dalla legge ungherese (Articolo 8, IV emendamento). Anche in questo caso la revisione ha introdotto nella Legge fondamentale una disposizione normativa precedentemente dichiarata incostituzionale dalla Corte con la sentenza n. 32/2012.

Declinato in termini più dettagliati il diritto all'abitazione, la nuova formulazione dell'Articolo XXII prevede, infatti, l'impegno dell'Ungheria a garantire un'abitazione che sia rispettosa della dignità dell'uomo e che a questa si affianchi l'accesso ai pubblici servizi (Articolo 8, IV Emendamento). Specifica poi il nuovo secondo comma dell'Articolo XXII, che lo Stato e gli Enti locali si impegnano a creare le condizioni affinché venga a tutti garantita un'abitazione. Per risolvere il diffuso fenomeno degli *homeless*, il nuovo terzo comma dell'articolo richiamato, dispone che un atto del Parlamento o un provvedimento di un ente locale possano limitare l'utilizzo di alcuni spazi pubblici al fine di garantire l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la salute pubblica e la tutela dei valori culturali.

Per quanto afferisce alla parte della Legge fondamentale dedicata allo Stato, gli organi di stampa internazionali non hanno mancato di sottolineare come tra le modifiche più critiche ci siano quelle riguardanti la Corte costituzionale, incidenti peraltro sulla stessa procedura di revisione della Legge fondamentale. In tale contesto, è stata altresì rivista la figura del Presidente della Repubblica, il quale, come anticipato, può in sede di promulgazione inoltrare la nuova Legge fondamentale o un emendamento alla Legge fondamentale alla Corte costituzionale, ma soltanto per la verifica di vizi legati alla procedura di adozione e non alle altre disposizioni costituzionali. Il controllo presidenziale ha dunque come parametro il solo Articolo U e le altre disposizioni che, più o meno direttamente, riguardano il procedimento di revisione costituzionale. Fermo, invece, il controllo del Presidente sulle leggi ordinarie e la possibilità di un rinvio o al Parlamento o alla Corte costituzionale ai sensi di quanto previsto dall'articolo 6, comma 4 della Legge fondamentale. Nel caso da ultimo richiamato il controllo avrà però come parametro l'intera Legge fondamentale e non soltanto le disposizioni sulla formazione delle leggi (V. Art. 9, comma 3 così come modificato dall'Art. 11 del IV emendamento).

Il nuovo comma 5 dell'Articolo 25 prevede poi che in sede di adozione di una nuova Legge fondamentale, o di revisione della Legge fondamentale, la Corte costituzionale possa valutare il solo rispetto delle procedure previste per le modifiche costituzionali nonché aspetti strettamente correlati ad esse. Questo peculiare controllo, secondo la nuova versione dell'Articolo 24, può attivarsi con due distinte procedure: a) attraverso il richiamato rinvio presidenziale alla Corte costituzionale ovvero b) entro trenta giorni dalla promulgazione, su iniziativa del Governo ovvero di un quarto dei membri del Parlamento, del Presidente della Curia, del Procuratore Generale o del Commissario per la tutela dei diritti fondamentali. La Corte – ai sensi del nuovo comma 6 dell'Articolo 24 – è chiamata a pronunciarsi nel termine di 30 giorni e quando ritenga che la revisione o la nuova Legge fondamentale non siano state adottate nel rispetto delle procedure previste può richiedere, nel caso in cui il giudizio sia stato iniziato per l'impulso del Presidente della Repubblica, una nuova lettura al Parlamento, oppure, nella circostanza in cui la modifica o la nuova Legge fondamentale siano state già promulgate, dichiararne l'annullabilità. Nel giudizio, specifica il nuovo comma 7 dell'Articolo 24, possono essere ascoltati dalla Corte – secondo i criteri fissati ancora

da una legge cardinale – l'estensore della modifica e chi vi ha dato impulso (Art. 12 del IV emendamento).

Per comprendere la *ratio* di queste modifiche vale brevemente ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale circa la possibilità di decidere sulla legittimità delle singole disposizioni costituzionali. Invero, sin dalla sue prime pronunce la Corte ha avuto modo di affermare che «The Constitutional Court can't annul ... any provision of the Constitution. If a provision had been adopted by the two-thirds majority vote of the members of Parliament as the regulation of the Constitution, the nit has become part of the Constitution and it is therefore theoretically impossible to establish its unconstitutionality» (Corte cost. 293/B/1994. AB, ABH 1994, 862, richiamata dalla sentenza n. 45 del 2012). Tuttavia, con l'entrata in vigore della nuova Legge fondamentale, con il costante susseguirsi di nuove modifiche e, soprattutto, in virtù della "Small Fundamental Law" introdotta dal legislatore costituente – vale a dire una serie di atti aventi una posizione nella gerarchia delle fonti pari ordinata a quella della Legge fondamentale ma non incorporati nel testo della Legge fondamentale stessa –, la Corte costituzionale si è recentemente ritenuta competente a valutare, quantomeno da un punto di vista formale, la legittimità di questi "Distracting Acts" (così chiamati perché capaci di eludere la competenza della Corte per via dell'auto qualifica costituzionale in essi contenuta e, al contempo, di lasciare inalterato il testo della Legge fondamentale). Queste le parole della Corte nella sentenza 45/2012 «The Constitutioal Court is competent to perform a formal review of such "Distracting Act" tacking away the Constitutional Court's competence, "substituting the Fundamental Law", breaking up the unity and the structure of the Fundamental Law, and opening up its regulatory field and substance». Pertanto, con la modifica in esame, il legislatore costituente ha voluto rimarcare il ruolo della Corte costituzionale nel condurre dei controlli soltanto con riferimento ad aspetti procedurali evitando qualsiasi ulteriore interferenza da parte del giudice delle leggi.

Parimenti afferenti al novero degli atti sottoponibili al controllo della Corte costituzionale sono le modifiche apportate alla parte relativa alle finanze pubbliche. Anzitutto, si prevede che il particolare controllo della Corte sulle leggi che permettono il superamento del debito pubblico della metà del prodotto interno

lordo di cui all'Articolo 37, comma 4, deve trovare applicazione per tutte le leggi che entrano in vigore nel periodo in cui il debito eccede la metà del prodotto interno lordo, indipendentemente da qualsiasi evoluzione del rapporto debito-PIL successiva all'entrata in vigore delle leggi (Art. 17, IV emendamento).

Altre modifiche – riconducibili ancora alla Corte costituzionale – riguardano il ricorso “incidentale” di cui all'Articolo 24, comma 2, lett. b) per il quale è stato introdotto un termine di 30 giorni entro il quale la Corte è chiamata a giudicare. Inoltre, la modifica della lettera e) del medesimo secondo comma dell'Articolo 24 ha esteso il novero dei soggetti legittimati ad accedere in via “principale”, aggiungendo il Presidente della Curia e il Procuratore generale agli altri soggetti precedentemente previsti: il Governo, ad un quarto dei parlamentari e il Commissario parlamentare dei diritti fondamentali (Art. 12, IV emendamento). Ai sensi del comma 9 del nuovo Articolo 24, una legge cardinale dovrà inoltre disciplinare le competenze e l'organizzazione della Corte.

Aspetti non trascurabili – e fortemente criticati dalle istituzioni europee e del Consiglio d'Europa – presentano anche i nuovi commi 6 e 7 dell'Articolo 37 della Legge fondamentale. Infatti, nel caso di sanzioni allo Stato da parte della Corte costituzionale o della Corte di giustizia dell'Unione europea o altri organi giudicanti, se queste sono da erogare in un periodo in cui il debito pubblico supera della metà il prodotto interno lordo e se i fondi stanziati per questo tipo di sanzioni da parte della Ragioneria centrale dello Stato non risultano essere sufficienti, le risorse per farvi fronte possono essere recuperate con nuovi e specifici tributi (critica sul punto la Commissione di Venezia nell'Opinion 270/2013). Degna di nota è altresì la previsione del nuovo comma 7 del medesimo Articolo 37, in base alla quale la definizione di Prodotto interno lordo andrà individuata attraverso la legge.

Interessato dalle modifiche (e dalle critiche provenienti dall'Unione e dal Consiglio d'Europa) anche l'assetto della magistratura. Al comma 5 dell'Articolo 25 si specifica che spetta al Presidente della Curia dirigere l'organizzazione amministrativa dei tribunali. Specificazione quest'ultima che sembra rafforzarne il ruolo di “*factotum*” del Presidente del National Judicial Office (*Országos Bírósági Hivatal*), stante le numerose attribuzioni riconosciutegli dalle leggi cardinali Act CLXII (cd. AOAC) e Act CLXI (cd. ALSRJ) del 2011 concernenti rispettivamente

lo *status* dei giudici e l'amministrazione e l'organizzazione della giustizia. Questi atti sono stati, peraltro, già oggetto di una critica mossa dalla Commissione di Venezia ([Opinion 663/2012](#)) secondo la quale «non of the member state of the Council of Europe have such extensive power been vested in a single person, lacking sufficient democratic accountability», perplessità peraltro ribadite nella più recente Opinion 270/2013.

Molte, infine, le disposizioni conclusive aggiunte alla Legge fondamentale, in gran parte coincidenti con le disposizioni transitorie dichiarate illegittime dalla già richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 45/2012. Vale sottolineare che in tale circostanza la Corte non è entrata nel merito delle singole disposizioni, soffermandosi piuttosto su soli aspetti procedurali e suggerendo al legislatore possibili alternative per poter reintrodurre le norme dichiarate illegittime: o ricondurle al rango di legge ordinaria accettando la sindacabilità da parte della stessa Corte oppure portare avanti la cd. *incorporation* delle norme nel testo della Legge fondamentale, strada evidentemente seguita dal legislatore proprio con l'emendamento in esame. Sono così incorporate nelle previsioni conclusive della Legge fondamentale alcune importanti disposizioni riguardanti, tra l'altro: la ricordata *tabula rasa* della giurisprudenza costituzionale antecedente alla entrata in vigore della nuova Legge fondamentale; il termine dei mandati del Presidente della Corte costituzionale, della Curia e dell'Autorità garante dei dati personali dal momento dell'entrata in vigore della nuova Legge fondamentale; nonché la specificazione che gli stati di emergenza devono comunque essere soggetti alla Legge fondamentale.



Canada. La *Supreme Court* conferma la legittimità costituzionale di alcune disposizioni dell'*Anti-Terrorism Act* del 2001

di Gabriele Marino

Lo scorso 14 dicembre la *Supreme Court* canadese ha avuto modo, per la prima volta, di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni dell'*Anti-Terrorism Act* (Bill C-36, del 18 dicembre 2001), tra cui anche l'assai discussa "*motive clause*". La normativa in parola, in vigore da oltre dieci anni, ha emendato la sezione 83.18 del *Criminal Code* (R.S.C., 1985, c. C-46), prevedendo che «chiunque consapevolmente partecipi o contribuisca, direttamente od indirettamente, a qualunque attività di un gruppo terroristico, allo scopo di incrementarne la capacità di facilitare o compiere attività terroristiche è punibile con la detenzione sino a dieci anni». La sezione 83.01 del medesimo Codice, nell'odierna formulazione, chiarisce la portata della disposizione definendo come "terroristica" quell'attività criminale posta in essere «... in tutto o in parte, per una ragione politica, religiosa od ideologica ...».

I ricorrenti hanno fondato le proprie censure su tre successive sezioni della *Charter of Rights and Freedoms* (parte del *Constitution Act*, 1982), in particolare le sezioni 2, 6 e 7. La prima tutela alcuni dei diritti fondamentali della persona tra cui la libertà di coscienza e religione, la libertà di pensiero, credo, opinione ed espressione, ivi compresa la libertà della stampa e degli altri mezzi di

comunicazione, la libertà di riunirsi pacificamente e la libertà di associazione; la seconda, al paragrafo 1, tutela il diritto di ogni cittadino canadese ad entrare in Canada, rimanervi od uscirne liberamente; la terza garantisce il diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza personali ed a non essere privato di queste se non in conformità ai principi fondamentali della giustizia.

La prima decisione della Corte, resa all'unanimità nel caso *R. v. Khawaja* (2012, SCC 69), ha confermato la legittimità costituzionale della disposizione controversa alla luce delle sezioni 2 e 7 della *Charter of Rights and Freedoms*. In particolare i supremi giudici hanno ritenuto che la formulazione della norma non abbia l'effetto, denunciato dal ricorrente, di "congelare" la libertà di esprimere il proprio credo e le proprie opinioni personali (*chilling effect*) e non colpisca, in maniera indiscriminata, qualsiasi manifestazione del pensiero.

A fondamento della propria posizione la Corte ha posto la distinzione fondamentale tra manifestazione violenta e manifestazione non violenta del proprio pensiero, riservando solo a quest'ultima le garanzie e le tutele previste dalla sezione 2 della *Charter of Rights and Freedoms* ed escludendole, per contro, in ordine alla prima.

L'attuale disposto della sezione 83.18 del *Criminal Code*, ad opinione della Corte, è stato formulato dal legislatore con l'intento di colpire e sanzionare solamente quelle manifestazioni del pensiero che possano definirsi violente, ma non anche le manifestazioni non violente, opportunamente protette – queste ultime – dalla disposizione costituzionale richiamata poco sopra.

Le manifestazioni del pensiero che le disposizioni antiterrorismo intendono colpire, ad avviso della Corte, devono concretarsi in azioni violente o nella minaccia concreta di simili azioni. Non ricadono nel predetto ambito quelle manifestazioni che, nelle parole dei giudici «una persona ragionevole non riterrebbe capaci di incrementare materialmente la capacità di un gruppo terroristico di facilitare o portare a compimento attività terroristiche».

La Corte, quindi, ha ritenuto priva di fondamento la censura espressa dal ricorrente non avendo prodotto, la disposizione controversa, alcun *chilling effect* con riguardo alle libertà protette dalla sezione 2 della *Charter of Rights and Freedoms*. Quelle manifestazioni del pensiero, anche religioso, che si concretino

nel compiere o minacciare atti di violenza non possono godere della protezione offerta dalla predetta sezione ed in questo, secondo la Corte, il legislatore ha operato una scelta rispettosa delle diversità, consentendo l'espressione non violenta di qualsivoglia posizione politica, religiosa od ideologica.

Ad avviso dei giudici, il disposto della sezione 83.18 del *Criminal Code* non si porrebbe in conflitto nemmeno con la sezione 7 della *Charter of Rights and Freedoms*. Un'interpretazione coerente dei requisiti di *actus reus* e *mens rea* ivi previsti porta ad escludere, senza dubbi di sorta, qualsiasi condanna nei confronti di soggetti che abbiano posto in essere «condotte innocenti o socialmente utili, sceve dall'intenzione di accrescere le capacità di un gruppo terroristico di facilitare o portare a compimento azioni terroristiche», ovvero condotte che una persona ragionevole riterrebbe materialmente incapaci di accrescere simili capacità.

La portata della disposizione controversa non è quindi, a parere della Corte, tale da contrastare con il diritto alla libertà personale tutelato dalla *Charter of Rights and Freedoms* poiché gli stringenti requisiti soggettivi del reato valgono a circoscrivere, con precisione sufficiente, la fattispecie incriminata. Onde pervenire a una condanna la condotta posta in essere deve risultare espressamente finalizzata ad accrescere le capacità di un gruppo terroristico e, nello stesso tempo, concretamente in grado di accrescere dette capacità. Quanto sin qui vale, nelle parole della Corte, a considerare la compressione della libertà personale, prevista dalla norma censurata dal ricorrente, conforme ai principi fondamentali della giustizia.

La seconda decisione della Corte, resa (anch'essa all'unanimità) nel caso *Sriskandarajah v. United States of America* (2012 SCC 70), ha preso in esame l'opposizione presentata dai ricorrenti (Suresh Sriskandarajah e Piratheepan Nadarajah) contro un provvedimento di estradizione verso gli Stati Uniti d'America, emesso dal Ministro della Giustizia canadese, per essere processati in ordine a reati di terrorismo.

I ricorrenti (accusati, a vario titolo, di aver fornito supporto materiale al gruppo terroristico Tigri Tamil) avevano contestato la legittimità del provvedimento di estradizione sulla base del loro diritto – in quanto cittadini

canadesi – a non lasciare il Paese contro la propria volontà. Il diritto in parola, previsto dalla sezione 6 della *Charter of Rights and Freedoms*, è stato oggetto di analisi da parte della *Supreme Court* che ne ha, infine, escluso l'applicabilità ai provvedimenti di estradizione.

La Corte ha fondato il proprio *reasoning* sulla distinzione tra esilio ed estradizione: il primo si concreterebbe in un'esclusione potenzialmente perpetua del cittadino dalla comunità nazionale di cui esso è parte e risulterebbe incompatibile – quindi – con il diritto invocato dai ricorrenti. Per contro, la seconda non impedirebbe al cittadino di far ritorno sul suolo canadese una volta prosciolto dalle accuse nel paese estero o al termine della pena cui, eventualmente, fosse stato condannato.

Il provvedimento con il quale si autorizza l'extradizione risponde, ad avviso della Corte, all'interesse superiore della giustizia e non può considerarsi illegittimo nemmeno quando gli elementi a sostegno dell'accusa appaiano deboli o il cittadino sia perseguibile per il medesimo reato in una corte canadese. La decisione, a questo proposito, non può che essere rimessa al Ministro della Giustizia, il quale, nel caso in questione, ha correttamente ponderato gli elementi rilevanti per la situazione personale dei ricorrenti, concludendo in favore dell'extradizione.

La *Supreme Court* ha così fugato ogni dubbio in ordine alla legittimità costituzionale di alcune controverse disposizioni dell'*Anti-Terrorism Act* scrivendo, anche grazie ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, la parola fine su di un acceso dibattito dottrinale, sorto all'indomani dell'entrata in vigore della legge, pochi mesi dopo l'11 settembre.



Ruanda. Giunge a conclusione l'ultimo processo in primo grado di fronte al Tribunale ONU

di Alice Riccardi

Il 20 dicembre del 2012 si è concluso il primo grado di giudizio nel processo a carico di Augustin Ndirakobuca dinnanzi al Tribunale penale internazionale per i crimini commessi in Ruanda (TPIR). Ndirakobuca, Professore di economia presso l'Università nazionale del Ruanda, aveva ricoperto la carica di Ministro della pianificazione all'interno del Governo *ad interim* che guidò il paese fino al 1994, anno in cui il genocidio si è consumato. La Camera di prima istanza del TPIR lo ha condannato alla pena di 35 anni di reclusione, riconoscendolo colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio dei crimini di genocidio e istigazione diretta e pubblica a commettere genocidio in forza dell'art. 2, c. 3, lett. a) e c) dello Statuto del Tribunale, e di stupro come crimine contro l'umanità ai sensi dell'art. 3, lett. g) dello stesso (TPIR, caso ICTR-99-54-T, *Procuratore c. Ndirakobuca*, 20-12-2012, 321).

La pronuncia di tale sentenza marca un avvenimento storico per il TPIR, ovvero l'esaurimento di tutti i processi in primo grado dinnanzi ad esso, e la conseguente chiusura della Camera di prima istanza.

Creato *ad hoc* dal Consiglio di sicurezza dell'ONU con la risoluzione 955 del 1994, il TPIR – come il suo gemello Tribunale penale internazionale per i crimini commessi in *ex* Jugoslavia (TPIJ) – non conosceva, al momento della sua istituzione,

il termine ultimo entro il quale il mandato ad esso affidato dal Consiglio si sarebbe esaurito. Eppure, fu chiaro fin da subito che il Tribunale avesse natura temporanea, e fosse stato creato per sopperire provvisoriamente all'incapacità ovvero alla mancanza di volontà da parte della giurisdizione ruandese di procedere nei confronti dei presunti colpevoli (si veda Consiglio di sicurezza, S/RES/955, 1994, 8-11-1994, 2, dove il Consiglio sottolinea «the need for International cooperation to strengthen the courts and judicial system of Rwanda, having regard in particular to the necessity for those courts to deal with large number of suspects»). Si veda inoltre F. Pocar, *The ICTY's Completion Strategy: continuing justice in the region*, in *American Society of International Law Proceedings*, 2009, 223). Inoltre, in forza della sua competenza *ratione temporis* limitata all'arco di tempo compreso fra il 1 gennaio e il 31 dicembre del 1994, il Tribunale avrebbe dovuto non troppo tardi concludere i procedimenti di fronte ad esso instauratisi e di conseguenza chiudere – con delle modalità che però, al momento della sua istituzione, non furono precisate.

Nel 2000 perciò, il Presidente del TPIJ Claude Jorda presentò al Consiglio di sicurezza un originale progetto di completamento dei lavori del Tribunale per la *ex* Jugoslavia, denominato di lì in avanti *completion strategy* (si veda *Seventh Annual Report of the International Tribunal for the Prosecutions of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, delivered to the Security Council, UN Doc. A/55/273-S/2000/777, 26-07-2000*), allo scopo di rispondere da una parte alle pressioni del Consiglio stesso tese ad accelerare la conclusione dei procedimenti e, dall'altra, alle istanze delle giurisdizioni interne ormai intenzionate a procedere esse stesse nei confronti degli indagati.

L'aderenza a tali richieste richiedeva necessariamente, secondo il Presidente Jorda e il suo progetto, che il TPIJ concentrasse le proprie energie solo sui procedimenti a carico di quegli individui che detenessero le maggiori responsabilità, mentre tutti i rimanenti, “minori” casi dovevano essere devoluti alle giurisdizioni interne, così da alleggerire il carico di lavoro del Tribunale internazionale.

Successivamente, su invito del Consiglio di sicurezza (Consiglio di sicurezza, S/RES/1503, 2003, 23-8-2003), e sulla falsa riga del progetto presentato dal Presidente Jorda, il 29 settembre del 2003 anche il Presidente del TPIR, il giudice

Erik Møse, presentò al Consiglio una *completion strategy* per il TPIR (Consiglio di sicurezza, Letter dated 3 October 2003 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, S/2003/946, 6-10-2003). Al paragrafo sesto della strategia, il Presidente sottolineava come «the Prosecutor’s strategy is to prosecute before the ICTR, those persons bearing the highest responsibility for the crimes committed in Rwanda in 1994», mentre al settimo aggiungeva che «the Prosecutor has identified about 40 other suspects that could be tried by National jurisdictions and is currently engaged in discussions with some States for this purpose», con ciò confermando la volontà già espressa dal TPIJ di limitare l’esercizio della giurisdizione *ratione personae* dei Tribunali per portare a termine nel più breve tempo possibile il proprio mandato.

Fra i diversi ostacoli che il TPIR incontrò nell’ottemperare alle *completion strategy* in tal modo delineata (per una panoramica di tali difficoltà, si veda D.A. Mundis, *The Judicial Effects of the “Completion Strategies” on the ad hoc International Criminal Tribunals*, in Am. J. Int’l L. 2005, 146 ss.), il più grande riguardava certamente il secondo profilo di intervento, ovvero il trasferimento di quei procedimenti intesi come “minori” alle giurisdizioni interne, con particolare riferimento a quella ruandese. Invero, ciò risultava allora impossibile poiché la legge penale di tale Stato prevedeva per le condotte di competenza *ratione materiae* del Tribunale la pena di morte. Di converso, l’art. 23 dello Statuto del TPIR in tema di sanzioni esclude il ricorso alla pena di morte, laddove «la Camera di Primo Grado applica solo pene detentive». Inoltre, in forza della Regola 11 *bis* delle Regole di Procedura e Prova annesse allo Statuto, e rubricata “referral of the indictment to another Court”, un caso può essere trasferito ad una diversa giurisdizione solo se il TPIR accerti che in tale foro l’imputato riceva un processo equo e che nei confronti di questi non possa essere applicata la pena capitale. Alla luce di ciò, nel 2006 il Procuratore del TPIR affermò che il sistema giurisdizionale ruandese non rispondeva ai requisiti *ex* Regola 11 *bis* e che pertanto alcun procedimento poteva esservi trasferito. Ciò comportò un iniziale stallone del processo di completamento dei lavori del Tribunale, posto che la maggior parte dei casi individuati come astrattamente trasferibili alle giurisdizioni interne alla stregua della loro minore gravità non potevano che essere devoluti ai tribunali ruandesi in forza dei criteri di collegamento stabiliti nella stessa Regola 11 *bis*. Eppure, proprio in riferimento al tema della pena di morte, deve identificarsi uno

dei maggiori risultati ottenuti dal TPIR in termini di sua *legacy*, posto che dinnanzi alla legittima volontà del Ruanda di processare esso stesso tali individui identificati dal Tribunale, e al perdurante rifiuto di procedere ai trasferimenti da parte del TPIR, il Parlamento ruandese abolì nel 2007 la pena di morte, aprendo così definitivamente la strada al trasferimento dei casi “minori” presso i propri tribunali. Come efficacemente notato, «it may appear paradoxical that the ICTR, which was established notably because of the incapacity of the Rwandese domestic judiciary to deal with the case-load created by the genocide, now, to close down, relies on these very courts ... their completion strategies have articulated a model where the international community steps in temporarily, giving time to States to rebuild their capacity to render justice» (C. Aptel, *Closing the UN International Criminal Tribunal for Rwanda: completion strategy and residual issues*, in *New England Journal of International and Comparative Law* [proposta di citazione *New Eng. J. Int'l & Comp. L.*], 14, 2008, 182-183).

Rimosso così l'ostacolo della pena di morte, la *completion strategy* per il TPIR poté pienamente attuarsi. Il Procuratore restrinse la lista degli individui nei cui confronti voleva esso stesso procedere, mentre sei casi vennero devoluti agli organi di giustizia di quegli Stati capaci di esercitare la propria giurisdizione *ex Regola 11 bis*. Il 2012 in particolare ha rappresentato all'interno di tale processo di avanzamento della strategia un anno fondamentale. Invero, si è registrato il primo trasferimento verso il Ruanda, oltre che la conclusione degli ultimi processi in primo grado, fino a quello nei confronti di Ngirabatware che, a seguito dell'arresto in Germania e trasferimento presso il Tribunale nell'ottobre del 2008, era cominciato alla fine di settembre del 2009.

Ad oggi dunque, restano pendenti di fronte alla Camera d'appello del TPIR undici casi (si veda Consiglio di sicurezza, Letter dated 14 November 2012 from the President of the International Criminal Tribunal for Rwanda addressed to the President of the Security Council, S/2012/863, 14-11-2012, 7) che, una volta conclusi – le fonti del Tribunale segnalano che ciò dovrebbe accadere nel 2014 – segneranno la definitiva chiusura del Tribunale. Invero, la competenza in materia di esecuzione delle pene, quella relativa ai processi in primo grado che dovessero instaurarsi a carico dei restanti latitanti laddove arrestati (la contumacia è difatti

esclusa dai Regolamenti di procedura e prova dei Tribunali penali internazionali), e quella in materia di appello – già proposto – avverso la sentenza di condanna nei confronti di Ngirabatware, competeranno al *Mechanism for International Criminal Tribunals*, un organo snello e temporaneo creato dal Consiglio di sicurezza il 22 dicembre del 2010 a compimento della *completion strategy*. Pertanto tale organo, che ha dunque il compito di portare a termine le residue competenze in materia di «jurisdiction, rights and obligations and essential functions» di entrambi il TPIJ e TPIR (secondo il dettato della risoluzione del Consiglio di sicurezza 1966 del 2010 istituyente il Meccanismo) una volta che questi saranno definitivamente chiusi, sarà immediatamente competente a conoscere dell'appello nei confronti dell'ex Ministro della pianificazione ruandese.



IRLANDA – Approvato con referendum il trentunesimo emendamento alla Costituzione sui diritti dei bambini

di Marta Cerroni

Il 10 novembre 2012, in Irlanda si è svolto il referendum per l'approvazione del trentunesimo emendamento alla Costituzione. Gli irlandesi, infatti, sono stati chiamati a esprimersi sul contenuto del [disegno di legge](#) “*Thirty-First Amendment of the Constitution (Children) Bill 2012*” che, approvato da entrambe le camere del Parlamento il 3 ottobre 2012, va ad abrogare il c. 5, dell'art. 42 della [Costituzione](#), e introdurre il nuovo articolo 42A.

Il referendum costituzionale ha visto la partecipazione del 33,5% degli aventi diritto al voto (1,066,239 votanti su 3,183,606 degli aventi diritto), di cui il 58% si è espresso a favore della riforma.

Lo svolgimento della consultazione elettorale non è stato esente da critiche. Il Governo, infatti, è stato accusato di aver favorito l'approvazione dell'emendamento e di non aver mantenuto una posizione di neutralità rispetto alla campagna elettorale, in particolare, l'accusa è di aver finanziato la produzione di opuscoli informativi e la cura di siti web, a contenuto sbilanciato in merito agli effetti della riforma costituzionale.

La questione è stata portata all'attenzione sia della *High Court* che della *Supreme Court*; quest'ultima, con [decisione](#) datata 8 novembre (Mark McCrystal c. Minister

for Children and Youth Affairs), ha ritenuto lesivo della Costituzione il comportamento posto in essere dal Governo. La Corte suprema, come precisato in sede di pubblicazione della [sentenza](#) avvenuta l'11 dicembre 2012, ha affermato che l'uso di fondi pubblici per il finanziamento di campagne elettorali si pone in contrasto con la Costituzione e con i principi già enunciati dalla sua pregressa giurisprudenza (in particolare è richiamato il caso [Mckenna c. An Taoiseach](#), vero *leading case* in materia). Il Governo, infatti, non avrebbe tenuto un comportamento giusto, equo e imparziale, rispetto alla campagna referendaria, come impone la Costituzione.

La decisione della Corte suprema, resa due giorni prima del referendum, non ha alterato lo svolgimento delle procedure elettorali che, infatti, si sono tenute regolarmente nella data prevista. Tuttavia, a fronte del risultato elettorale, sono state presentati due ricorsi dinanzi agli organi giurisdizionali, volte ad annullare l'esito della consultazione, in considerazione delle violazioni commesse dal Governo durante la campagna elettorale. Tant'è che l'iter di approvazione della legge di revisione ha subito un rallentamento poiché, in pendenza dei ricorsi, è stato rinviato il momento della promulgazione della legge da parte del Presidente, previsto dall'art. 46, c. 5, della Costituzione.

Per quanto riguarda il contenuto della riforma, come si può leggere dal [report](#) prodotto dal Parlamento irlandese (*Oireachtas*), l'obiettivo principale dell'emendamento è di formalizzare in Costituzione una serie di principi già enucleati in giurisprudenza, nonché contenuti nella [Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo](#).

La riforma va innanzitutto ad abrogare l'art. 42, c. 5, della Costituzione il quale, stabilendo che «In exceptional cases, where the parents for physical or moral reasons fail in their duty towards their children, the State as guardian of the common good, by appropriate means shall endeavour to supply the place of the parents, but always with due regard for the natural and imprescriptible rights of the child», prevede un intervento obbligatorio dello Stato quando i genitori non riescono a svolgere i doveri rientranti nella potestà genitoriale.

A fronte di quest'abrogazione, è ridefinito un nuovo potere in capo allo Stato che, in base all'art. 42A, c. 2, potrà intervenire anche sostituendosi ai genitori, ogni

qualvolta il mancato adempimento dei doveri genitoriali può pregiudicare la sicurezza e il benessere del bambino. Il potere di intervento definito dal nuovo art. 42A, si differenzia rispetto alla precedente impostazione perché, oltre al mancato esercizio dei doveri genitoriali di protezione e cura del minore, è necessario che il comportamento dei genitori rappresenti un pregiudizio per la sicurezza e il benessere dei bambini. Infatti, solamente la sussistenza di una lesione alla vita del bambino può giustificare l'intervento dello Stato, che ha un ruolo di protezione di ultima istanza degli interessi del minore.

Tra le altre novità della riforma troviamo la regolazione di alcuni aspetti concernenti le procedure di adozione e, in particolare, accanto all'ipotesi di adozione volontaria (art. 42A, c. 3), è prevista l'adozione obbligatoria (art. 42A, c. 2) quando i genitori vengono meno ai loro doveri e essa risulta necessario per la salvaguardia degli interessi dei minori. L'emendamento, inoltre, formalizza il principio per cui la tutela del minore deve essere garantita con gli stessi *standards* a prescindere dallo stato civile del genitore; viene inoltre costituzionalizzato il diritto del minore a essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano, avendo riguardo all'età e al suo grado di maturità.

La riforma costituzionale è di notevole impatto in considerazione del fatto che incide sulla concezione del bambino nell'ordinamento irlandese, nonché sul ruolo della famiglia e dello Stato nella protezione del minore. Per tali ragioni essa ha provocato un acceso dibattito.

Sono infatti forti i timori che la riforma possa ampliare notevolmente i poteri di intervento dello Stato nella vita familiare, al punto da giustificare il trasferimento della patria potestà non solo dinanzi a reali motivi di abuso o negligenza da parte del genitore, bensì anche per evitare una educazione contrastante rispetto ai principi fondanti l'ordinamento irlandese oppure quando i genitori, per motivi economici, non sono in grado di adempiere a pieno alla cura del bambino.

Dall'altro lato, si sostiene la piena omogeneità della riforma rispetto all'idea di famiglia già presente in Costituzione (art. 41), intesa come fondamento della società, di fronte alla quale lo Stato ha un mero ruolo di protezione. Secondo tale visione, infatti, l'intervento dello Stato ha carattere sussidiario ed è inteso come estremo

rimedio per sopperire a mancanze da parte delle famiglie o per affiancarle nel loro ruolo di protezione, sostentamento ed educazione dei figli.



Regno Unito – Firmato l'accordo sul *referendum* per l'indipendenza della Scozia

di Giammaria Milani

Il primo ministro britannico David Cameron e quello scozzese Alex Salmond hanno sottoscritto un accordo affinché si tenga entro il 2014 un *referendum* sull'indipendenza della Scozia. Firmata il 15 ottobre 2012, l'intesa prevede la possibilità per il Parlamento scozzese di approvare una legge, su iniziativa governativa, che indica il *referendum* e ne regoli gli elementi fondamentali: la data, l'elettorato, i termini della questione e le regole della campagna referendaria.

Per permettere al Parlamento scozzese di legiferare in materia è stata necessaria una modifica allo *Scotland Act* del 1998: la *Section 30* prevede in tal senso la possibilità, con un *Order in Council*, di modificare l'elenco delle materie riservate al Parlamento britannico che è contenuto nella *Schedule 5*. Con l'emendamento, previsto dall'accordo di ottobre e votato dalla *House of Commons* e dalla *House of Lords* a gennaio 2013, si riconosce in effetti la competenza del Parlamento scozzese ad approvare una legge in materia di *referendum* sull'indipendenza della Scozia.

A fissare i principi che dovranno essere seguiti dal legislatore scozzese è proprio l'accordo firmato da Cameron e Salmond: così, si è stabilito che la legge dovrà rispettare quanto concordato a ottobre in particolare per ciò che concerne la data in cui si dovrà tenere il *referendum*, la formulazione del quesito su cui gli elettori dovranno

esprimersi, le regole relative alle campagne referendarie e segnatamente al loro finanziamento, la composizione e la definizione dell'elettorato.

Si stabilisce che la consultazione debba avere luogo entro la fine del 2014 e che non possa essere indetta per lo stesso giorno in cui è previsto un altro *referendum*; recentemente il Governo scozzese ha presentato al Parlamento di Edimburgo un disegno di legge, lo *Scottish Independence Referendum Bill*, nel quale viene proposta la data del 21 ottobre 2014; il progetto è ancora all'esame della commissione parlamentare appositamente istituita, la *Referendum (Scotland) Bill Committee*.

Per quanto riguarda la formulazione del quesito, l'accordo prevede che esso debba essere unico, chiaro e semplice da comprendere in modo da produrre un risultato incontestabile; su questi aspetti dovrà esprimersi la *Electoral Commission*. Il quesito proposto dal governo nel disegno di legge è «Should Scotland be an independent Country?».

Come si è detto l'intesa tra Cameron e Salmond stabilisce anche alcuni principi e regole delle campagne referendarie e del loro finanziamento. In particolare si afferma che le disposizioni che regoleranno questi aspetti dovranno seguire quanto già previsto dalla *Part 7 del Political Parties, Elections and Referendums Act* del 2000, valida per i *referendum* indetti mediante legge del Parlamento britannico. Ai sensi dell'accordo, le campagne televisive potranno essere trasmesse solo a cura o con il permesso degli organizzatori registrati (della registrazione delle organizzazioni delle campagne si occuperà la *Electoral Commission*, che tra le sue funzioni avrà anche quella di garantire, assieme alle emittenti televisive e alla *Independent regulator and competition authority for the UK communications industries*, l'imparzialità delle trasmissioni televisive nel periodo di campagna referendaria); la legge dovrà inoltre contenere limiti al finanziamento delle campagne nelle sedici settimane che precederanno la data della consultazione e regolare la pubblicazione di materiale che possa influire sul risultato del *referendum* negli ultimi 28 giorni. Anche in questo caso lo *Scottish Independence Referendum Bill* ha recepito tutte le condizioni dell'accordo.

Ultimo, importante, punto dell'intesa è l'individuazione del corpo elettorale; a ottobre i Governi non solo hanno concordato sul fatto che avrebbero potuto partecipare alla consultazione tutti gli aventi diritto alle elezioni per il Parlamento scozzese e quelle locali (ovvero britannici, irlandesi, cittadini del Commonwealth e cittadini dell'Unione

europea che siano residenti in Scozia), ma hanno anche previsto la possibilità di estendere l'elettorato a sedicenni e diciassetenni. Il Governo di Edimburgo ha proposto per questi aspetti un disegno di legge separato, lo *Scottish Independence Referendum (Franchise) Bill*, anch'esso all'esame della *Referendum (Scotland) Bill Committee*, che ha accolto la possibilità di ampliamento del corpo elettorale prevista dall'accordo.

La Scozia fa parte del Regno Unito dal 1707, a seguito dell'*Union with England Act*; se l'indipendenza fosse raggiunta si produrrebbero importanti conseguenze sia sul piano interno, britannico e scozzese, che su quello internazionale e sovranazionale. Il primo ministro scozzese Salmond ha dichiarato che, raggiunta l'eventuale indipendenza, la Scozia continuerà a rimanere all'interno del *Commonwealth* e a riconoscere la sovranità della Corona; per quanto riguarda invece la presenza della Scozia all'interno dell'Unione europea, è probabile che lo Stato dovrà avviare una nuova procedura di ingresso. Sempre Salmond ha affermato di voler procedere, raggiunta l'eventuale indipendenza della Scozia, alla stesura di una Costituzione scritta.



SRI LANKA – Messo in stato di accusa e sollevato dall’incarico il Presidente della Corte suprema

di Luca Marfoli

Il quarantatreesimo Presidente della Corte suprema dello Sri Lanka, Shirani Bandaranayake, tra la fine del 2012 e l’inizio del 2013 è stato dapprima messo in stato di accusa e poi destituito.

La procedura relativa alla nomina e alla destituzione dei giudici della Corte suprema e della Corte di appello, nonché dei relativi presidenti è disciplinata in parte nella Costituzione e in parte nel Regolamento parlamentare. L’art. 107 della Costituzione prevede che la destituzione possa avvenire solo in seguito alla presentazione al Presidente del Parlamento unicamerale di una richiesta sottoscritta da almeno un terzo dei parlamentari, recante l’indicazione puntuale delle accuse di comportamento scorretto o incapacità mosse al magistrato.

La disciplina riguardante la presentazione della richiesta e, più in generale, lo svolgimento della fase parlamentare di indagine sono lasciate dalla Costituzione alla legge o al regolamento parlamentare. Quest’ultimo, in particolare, disciplina la questione all’art. 78/A.

In base a tale disposizione del regolamento parlamentare, in seguito alla richiesta per la rimozione dei giudici viene creata una Commissione parlamentare d’inchiesta composta da almeno sette membri, incaricata di svolgere le indagini e

raccogliere le prove necessarie a verificare la validità delle accuse mosse. La Commissione all'inizio dei lavori deve portare a conoscenza del giudice "indagato" i capi di accusa mossi nei suoi confronti, in modo tale che questi possa presentare entro un determinato termine – indicato dalla Commissione – una memoria scritta di difesa. Il giudice ha inoltre il diritto di essere ascoltato dalla Commissione e presentare prove in proprio favore.

La durata dei lavori della Commissione è predeterminata in un mese a partire dalla prima seduta e al termine deve essere presentata una relazione in cui devono essere indicati i risultati delle indagini ed ogni altra informazione o elemento di prova raccolto. Qualora il tempo a disposizione della Commissione non fosse sufficiente per lo svolgimento dei lavori, questa potrebbe chiedere al Parlamento, motivandola, una proroga. La sua concessione e la misura della stessa rientrano nella discrezionalità del Parlamento.

La relazione redatta dalla Commissione d'inchiesta è inviata al Presidente del Parlamento e può essere messa all'ordine del giorno e votata non prima della scadenza del periodo di un mese dalla data in cui la Commissione abbia riportato i propri risultati al Parlamento. La votazione del Parlamento avrà a questo punto ad oggetto una mozione che, nel caso in cui ottenga la maggioranza assoluta, sarà presentata al Presidente della Repubblica, tenuto a sollevare dall'incarico il giudice ritenuto colpevole.

La procedura di *impeachment* nei confronti del Presidente Bandaranayake, unica donna del supremo organo giudiziario, è stata avviata il 1° novembre 2012 con una richiesta sottoscritta dal 117 membri (su 225) del Parlamento unicamerale dello Sri Lanka. La risoluzione individuava quattordici capi di accusa relativi a cattiva condotta e alla mancata comunicazione di attività finanziarie.

Il 14 novembre 2012 è stata nominata la Commissione d'inchiesta incaricata di verificare la fondatezza delle accuse composta di undici membri: sette appartenenti alla maggioranza e quattro all'opposizione,

Il 22 novembre 2012 la Corte suprema ha invitato il Parlamento a sospendere il procedimento di *impeachment* nei confronti del Presidente Bandaranayake, paventando una presunta incostituzionalità dell'art. 78/A del regolamento

parlamentare. L'istanza è stata tuttavia respinta e il Presidente Bandaranayake fu ascoltata dalla Commissione per la prima volta il 23 novembre 2012.

Il 6 dicembre 2012 i quattro membri dell'opposizione si sono ritirati dalla Commissione e il giorno successivo i sette membri rimanenti hanno concluso le proprie indagini sui primi cinque capi di accusa, ritenendo il Presidente Bandaranayake colpevole per tre di questi. Il rapporto della Commissione è stato quindi trasmesso al Presidente del Parlamento.

Il Presidente Bandaranayake, avverso la decisione della Commissione parlamentare, ha presentato un ricorso alla Corte suprema la quale il 1° gennaio 2013 ha sostanzialmente ritenuto che la Commissione d'inchiesta non sia competente ad accertare la colpevolezza o comunque incidere sui diritti di un giudice. Questo potere, secondo l'interpretazione della Costituzione offerta dalla Corte, da un lato, dovrebbe essere conferito solo dalla legge e non anche dai regolamenti parlamentari, dall'altro lato, dovrebbe essere riconosciuto solo ad un organismo imparziale di natura giudiziaria.

Il 7 gennaio 2013 la Corte di appello sulla base del giudizio della Corte suprema ha presentato un *writ of Certiorari* in cui ha ritenuto i risultati della Commissione d'inchiesta costituzionalmente illegittimi e pertanto nulli.

Ciò nonostante il Parlamento l'11 gennaio 2013 con 155 voti (su 225) ha approvato la mozione per l'*impeachment* del Presidente della Corte suprema, rimossa dall'incarico due giorni dopo dal Presidente della Repubblica Mahinda Rajapakse. Alla Presidenza della Corte suprema nei giorni successivi è stato nominato l'ex Procuratore generale Mohan Peiris, che è stato consigliere legale del Presidente Rajapakse.

La vicenda secondo parte dell'opinione pubblica e politica del Paese sembra essere una ritorsione politica dovuta ad una serie di decisioni della Corte suprema contrarie all'indirizzo politico del Presidente Rajapakse.



Tanzania – Terminata la prima fase dei lavori della Commissione di revisione costituzionale

di Tania Abbiate

In Tanzania è in atto un processo di revisione costituzionale che si propone di includere per la prima volta i cittadini nell'elaborazione della Costituzione nazionale: né la Costituzione del Tanganyika del 1962, né la Costituzione *ad interim* adottata nel 1965 in seguito all'unione della Tanganyika con Zanzibar, né la Costituzione permanente del 1977, avevano cercato infatti il coinvolgimento della popolazione nella fase di stesura.

Il processo di elaborazione del nuovo testo costituzionale ha preso avvio con la promulgazione – sotto forma di legge ordinaria, dal momento che la Costituzione del 1977 non disciplina la procedura per l'elaborazione di un nuovo testo costituzionale, ma solo il processo di revisione costituzionale – del *Constitutional Review Act (Act No. 8 of 2011, d'ora in avanti CRA)* nel 2011, successivamente emendato nel 2012 (*Act No. 2 of 2012*).

Il documento prevede l'istituzione di una Commissione incaricata di condurre una consultazione popolare e di redigere il nuovo testo costituzionale, che sarà poi sottoposto all'esame di una Assemblea costituente appositamente creata.

La Commissione di revisione costituzionale è stata nominata, *ex art.* 5 e 6 del CRA, il 6 aprile 2012 dal Presidente Jakaiata Kikwete ed è guidata dal Procuratore

generale ed ex Primo ministro (1985-1990) Joseph Warioda in qualità di Presidente e dal ex *Chief Justice* Augustino Ramadhani nel ruolo di Vice-presidente. Essa è costituita da 32 membri e il suo compito principale è quello di coordinare e raccogliere le opinioni della popolazione riguardo alla nuova Costituzione.

Il processo di revisione costituzionale mira infatti ad essere particolarmente partecipativo e tale attenzione è evidente nell'art. 17, c. 5, lett. a) e b) del CRA che prevede che la Commissione possa richiedere ai rappresentanti delle autorità locali e tradizionali di organizzare degli incontri pubblici allo scopo di raccogliere il punto di vista della popolazione. Sul sito della Commissione è inoltre possibile commentare le proposte e i punti discussi dalla Commissione e ciò consente di far rientrare questo processo costituente nel solco delle esperienze di *crowdsourcing*, con cui si intende lo sviluppo di un progetto a partire dalle proposte provenienti dagli utenti della rete. A riprova del carattere partecipativo del processo costituzionale tanzaniano, si registra anche la presenza di un forum della società civile, il *Jukwaa la Katiba Tanzania*, che mira a promuovere la partecipazione pubblica nell'elaborazione della nuova costituzione.

A dicembre 2012, la commissione ha concluso una prima fase di consultazione popolare ed è ora impegnata nell'operazione di raccolta delle opinioni dei rappresentanti delle istituzioni.

Una prima bozza del testo costituzionale dovrebbe essere elaborata entro giugno e sarà discussa in una serie di *Constitutional Fora* composti da cinque rappresentanti eletti per ogni circoscrizione elettorale, ad eccezione della circoscrizione di Dar es Salaam, che sarà composta da otto persone.

Dopo questa fase di confronto, intorno al mese di novembre, la Commissione dovrà elaborare una versione che tenga conto delle osservazioni raccolte e presentarla all'Assemblea costituente, il cui compito è quello di «adottare le disposizioni per la nuova Costituzione della Repubblica unita di Tanzania e di approvare le disposizioni conseguenti e transitorie per l'emanazione di tale Costituzione e di emanare altre disposizioni che l'Assemblea riterrà necessarie» (art. 25 c. 1 del CRA).

Secondo quanto stabilito dall' art. 22 del *Constitutional Review Act*, l'Assemblea costituente dovrà essere formata da tutti i membri del Parlamento della Tanzania e

di Zanzibar e da centosessanta membri non istituzionali – di cui almeno un terzo deve provenire da Zanzibar – scelti tra i rappresentanti delle Ong, delle associazioni religiose, dei partiti politici, dei sindacati e di ogni altro gruppo di persone riunito nel nome di un interesse comune. La Costituzione dovrà essere approvata dai due terzi dei membri provenienti dalla Tanzania e dai due terzi dei membri provenienti da Zanzibar. Successivamente sarà indetto un referendum popolare che si svolgerà sotto la supervisione della *National Electoral Commission* in collaborazione con la *Zanzibar Electoral Commission*.

La Costituzione verrà considerata approvata con il 50% dei voti favorevoli. Qualora tale risultato non venga raggiunto o nel territorio della Tanzania o in quello di Zanzibar, l'art. 36, c. 3 prevede che sia convocato un nuovo referendum, entro 30 giorni dalla pubblicazione del risultato della prima tornata elettorale. Qualora anche nella seconda votazione, il nuovo testo costituzionale non ottenga il 50% dei voti, resterà in vigore la Costituzione del 1977 (art.36, c. 5).

La Tanzania intende concludere il processo costituente ad aprile 2014, in occasione del cinquantesimo anniversario dell'unione con Zanzibar, avvenuta nel 1964, ed in vista delle elezioni che si terranno in 2015.

Per rispettare questo termine di fine dei lavori, sarà necessario però trovare un accordo riguardo ai punti più critici del nuovo testo costituzionale: l'assetto istituzionale dell'Unione (per quanto riguarda la ripartizione territoriale del potere tra la Tanzania e l'isola di Zanzibar), la forma di governo, i poteri del Presidente della Repubblica, il ruolo del Presidente di Zanzibar (differente da quello della Tanzania), la struttura e la composizione del Parlamento, la riforma del sistema elettorale, i diritti dei soggetti deboli.

I punti da chiarire sono quindi ancora numerosi, ed è impossibile prevedere l'esito del processo costituente.



GABRIELE PEPE, Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa, Eurilink, Roma, 2012

di Ivan De Musso

Il Volume "Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa" di Gabriele Pepe ha il merito di evidenziare, con metodo rigoroso ed approccio interdisciplinare, la capillare influenza esercitata dai principi dell'ordinamento europeo sul sistema giuridico italiano ed in particolare sui rapporti tra il pubblico potere ed i soggetti amministrati.

Il filo conduttore della ricerca muove dalla tesi secondo cui i principi dell'ordinamento sovranazionale avrebbero avuto un ruolo decisivo nella traslazione dell'asse dei rapporti amministrativi dal polo dell'autorità verso il polo delle libertà, da un lato, arginando privilegi e abusi delle autorità pubbliche, dall'altro, valorizzando le situazioni giuridiche soggettive dei destinatari dell'azione amministrativa.

Il Primo Capitolo descrive con efficacia le origini dell'ordinamento comunitario attraverso l'enunciazione delle cause che ne hanno determinato nascita ed evoluzione. Illustrato il quadro di riferimento l'Autore si concentra dapprima sulle relazioni tra ordinamenti e sulle diverse teorie che ne contraddistinguono gli sviluppi per poi occuparsi approfonditamente sia dei rapporti tra fonti comunitarie ed atti nazionali sia degli strumenti deputati a risolverne eventuali conflitti.

Il Secondo Capitolo del Volume si apre, invece, con l'approfondimento di talune questioni di teoria generale (interpretazione del diritto, ruolo del giudice, funzione dei principi, distinzione tra principi e regole); analisi che appare particolarmente utile per una comprensione ontologica dei principi europei, i quali, come è noto, derivano gran parte dei propri elementi dalle tradizioni giuridiche dei Paesi membri. Tali principi si ispirano, quindi, alle culture giuridiche nazionali anche se la sapiente attività della Corte di giustizia mira a plasmarli in vista del soddisfacimento delle finalità dell'Unione. La circolarità dei principi è confermata dalla ridiscesa dei medesimi negli ordinamenti nazionali con caratteristiche eterogenee e multiformi. La loro forza è, inoltre, potenziata dalla centralità assunta dal diritto giurisprudenziale ed in special modo dalle sentenze della Corte di giustizia le quali, a differenza delle comuni statuizioni giurisdizionali, esplicano una efficacia non già *inter partes* ma *erga omnes*. Dopo aver illustrato tipologie e caratteri dei principi dell'ordinamento comunitario, l'analisi prosegue con l'approfondito esame dei conflittuali rapporti tra atti nazionali (normativi e amministrativi) e fonti comunitarie, evidenziando in particolare rimedi e soluzioni esperibili in casi di attrito o contrasto. Come osservato da Pepe, in virtù della primazia delle fonti comunitarie, i principi sovranazionali "assurgono a veri e propri canoni distintivi dell'azione normativa e amministrativa dei pubblici poteri statali", conformando, in via diretta o riflessa, istituti e regole dell'ordinamento giuridico italiano.

Nel Terzo Capitolo l'Autore offre una brillante trattazione, nella duplice prospettiva europea e nazionale, di alcuni dei principi generali dal maggior impatto amministrativo: certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento, proporzionalità, giusto procedimento, pienezza ed effettività della tutela. Questi principi, pur non sconosciuti all'ordinamento italiano, sono stati elaborati a livello europeo e ricalibrati sull'obiettivo della protezione dei diritti e delle libertà individuali. L'analisi procede, poi, con una documentata rassegna dei caratteri e delle modalità applicative di siffatti principi in ambito sovranazionale con continui rimandi all'esperienza italiana. Le argomentazioni prospettate si snodano in aderenza all'assunto secondo il quale i principi dell'ordinamento comunitario avrebbero inciso sulle regole dell'attività amministrativa italiana, tanto in via diretta quanto in modo riflesso, dilatando gli spazi di tutela del cittadino e ridimensionando parallelamente gli aspetti più autoritari dell'azione pubblica. Di attuale interesse nell'ultimo paragrafo del Capitolo

risulta essere il focus sulla progressiva erosione dell'autonomia processuale degli Stati membri compiuta dalla Corte di giustizia attraverso il principio di pienezza ed effettività della tutela.

Nella Seconda Parte (Capitoli dal Quarto al Settimo) l'Autore si concentra sulle ricadute dei principi del diritto europeo su alcune regole ed istituti dell'ordinamento italiano. L'esame, che si focalizza su alcune questioni paradigmatiche scelte a titolo esemplificativo dall'Autore, spazia da tematiche sostanziali a questioni processuali, tutte affrontate nell'ottica di dimostrare l'assunto della valorizzazione della figura dell'amministrato dinanzi ai pubblici poteri.

Nel Quarto Capitolo Pepe approfondisce, segnatamente, la nozione di situazioni giuridiche soggettive comunitarie, miste e nazionali, la diversa incidenza del diritto europeo e l'osmosi con discipline nazionali in un percorso di integrazione sempre più accentuata tra ordinamenti. Nella prospettiva seguita dalla ricerca il potenziamento delle libertà personali, secondo l'Autore, costituirebbe "il fulcro del sistema comunitario il quale, rispetto agli ordinamenti nazionali, ha una diversa concezione dell'interesse pubblico e dei rapporti tra autorità e libertà, ispirandosi, di regola, ad un principio di tendenziale paritarietà che, lungi dal conculcare le situazioni soggettive individuali, viepiù le esalti mirando al loro soddisfacimento". Tra le situazioni giuridiche soggettive viene, poi, analizzata la figura, tutta italiana, dell'interesse legittimo, oggi pacificamente riconosciuta come situazione giuridica di natura sostanziale, equiparabile al diritto soggettivo quanto ad effettività della tutela. La nuova concezione dell'interesse legittimo costituisce prova della centralità del cittadino nella rinnovata prospettiva "democratica" e "partecipativa" dell'esercizio del potere, nell'ambito della quale "il privato, da suddito e mero destinatario dell'esercizio della funzione, diviene compartecipe e coautore, insieme all'amministrazione, delle decisioni pubbliche".

Nel Quinto Capitolo viene scandagliata in modo puntuale l'evoluzione delle dinamiche autorità-libertà in una rigenerata visione antropocentrica dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, orientata al soddisfacimento delle pretese dei destinatari dell'azione pubblica. Grazie all'influenza dei principi comunitari il procedimento amministrativo diviene, invero, luogo di consacrazione delle situazioni soggettive degli amministrati. L'emersione degli interessi privati si realizza

attraverso una serie di istituti partecipativi, che, stemperando il tradizionale *modus agendi* unilaterale e imperativo dell'autorità, rendono l'amministrato protagonista delle scelte pubbliche.

Nel Sesto Capitolo l'indagine si concentra su alcune delle plurime applicazioni del principio di tutela del legittimo affidamento, considerato il principio comunitario dal maggior impatto sull'ordinamento amministrativo italiano. Di esso si ha riscontro, ad esempio, nell'istituto degli accordi ex art. 11 della legge n. 241 del 1990, nel regime dell'autotutela, nella risarcibilità del danno cd. "da ritardo puro".

Nel Settimo Capitolo sono, infine, esaminate le ricadute del principio di pienezza ed effettività della tutela sul processo amministrativo (atipicità della tutela; ampliamento delle azioni esperibili, transizione del giudizio dall'atto al rapporto intersoggettivo controverso). Come evidenziato dall'Autore "l'ordinamento italiano registra l'evoluzione del processo amministrativo da giudizio di natura obiettiva a giudizio di tipo soggettivo" abbandonando "la tradizionale prospettiva fondata sul potere e sull'interesse pubblico per una rinnovata idea della funzione giurisdizionale calibrata sulle pretese del ricorrente"

In definitiva il Libro di Gabriele Pepe merita un plauso sia per il pregevole approccio interdisciplinare adottato che per l'originalità del filo conduttore e il rigoroso metodo di ricerca seguito.



Dörr, Oliver; Schmalenbach, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, LIV + 1423p, ISBN 978-3-642-19291-3

di Riccardo Sciaudone

E' un dato acquisito, ormai quasi scontato, che i trattati ricoprono un ruolo centrale nel diritto internazionale. Poche sono, invero, le aree del diritto internazionale che non sono interessate, direttamente o indirettamente, da trattati; che si tratti della protezione dei diritti umani, del diritto penale sulla corruzione, del diritto di famiglia o della tutela dei minori, i trattati rimangono una fonte imprescindibile di regolamentazione dei rapporti interstatali e, a seguire, della stessa disciplina nazionale. Non è, del resto, un caso che i trattati “*rappresentano lo strumento principale a disposizione della Comunità internazionale per regolamentare le relazioni tra i suoi membri e per sviluppare quella cooperazione internazionale che rappresenta una delle caratteristiche salienti del diritto internazionale contemporaneo*” (G. Strozzi, *Il diritto dei trattati*, Torino, 1999, pag. 3). A ciò si aggiunga il ruolo che i trattati hanno avuto (e continuano ad avere) nello sviluppo e mantenimento di relazioni pacifiche tra gli Stati.

Anche i trattati sono, peraltro, sottoposti a norme internazionali che ne disciplinano, tra i vari aspetti, le condizioni di validità ed efficacia, il procedimento di formazione e l'interpretazione. La Convenzione di Vienna, adottata il 22 giugno del 1969 dalla speciale Conferenza delle nazioni Unite tenutasi a Vienna in due sessioni

nel 1968 e nel 1969 ed entrata in vigore il 27 gennaio 1980, rappresenta la prima estesa codificazione del diritto internazionale dei trattati. Essa è il punto di arrivo di un lungo e faticoso processo cominciato e portato avanti dalla Commissione per il diritto internazionale delle Nazioni Unite che aveva, sin dal 1949, enfatizzato la necessità di codificare il diritto internazionale dei trattati. Ben 18 anni, dal 1949 al 1966, furono necessari alla Commissione per portare a termine i propri lavori e predisporre una bozza di trattato che sarebbe poi stato adottato tre anni più tardi. Va peraltro ricordato che se è vero che la Convenzione è in larga parte una codificazione delle norme consuetudinarie, essa contiene anche norme c.d. di sviluppo progressivo (si tratta, in prevalenza, di norme che disciplinano aspetti procedurali); a conferma di tale duplice natura (codificativa ed innovativa), la Convenzione di Vienna si applica solo ai trattati stipulati dopo la sua entrata in vigore.

Curato da Oliver Dörr, professore all'Università di Osnabrück, e da Kirsten Schmalenbach, professore all'Università di Salisburgo, il volume in recensione, pubblicato dalla casa editrice tedesca Springer, è un puntuale e voluminoso commentario alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. Il commentario si aggiunge a una crescente, soprattutto negli ultimi anni, e sempre più elaborata letteratura scientifica sul tema.

Il volume offre un commento analitico degli 85 articoli che compongono la Convenzione di Vienna del 1969, ma al tempo stesso sistematico, in ciò favorito dal numero di autori (12 inclusi i due curatori) relativamente contenuto rispetto ad un'opera di tale dimensione (più di 1300 pagine di testo), che ha consentito di mantenere una certa omogeneità e continuità anche argomentativa tra i commenti. Il volume è completato da quattro allegati: l'atto finale della Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto dei trattati; un documento che riepiloga lo stato, in termini di adesioni, della Convenzione; la Convenzione di Vienna del 21 marzo 1986 sul diritto dei trattati tra Stati ed Organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali; un documento che riepiloga lo stato, in termini di adesioni, di tale ultima Convenzione

Il volume si apre con un saggio introduttivo di Dörr il quale, dopo aver evocato il ruolo che i trattati hanno avuto nello sviluppo del diritto internazionale,

specialmente moderno, offre un breve ma informativo *excursus* della storia dei trattati internazionali, da quelli risalenti all'epoca dell'antico Egitto (1280-1270 a.c.) a quelli dell'epoca moderna, passando, ad esempio, per i trattati stipulati nel Medioevo. Dörr opportunamente ricorda anche il ruolo che i trattati hanno avuto nello sviluppo delle organizzazioni internazionali, e, in tal senso, menziona l'azione svolta dalla Lega delle Nazioni nei primi decenni del secolo scorso per l'affermazione di un diritto dei trattati forte.

Il volume prosegue con l'analisi dei singoli articoli della Convenzione. Circa la struttura dei singoli commenti, essi seguono uno schema comune. Ciascun commento contiene una prima sezione dedicata all'indicazione dell'obiettivo e della funzione della singola norma; segue una ricostruzione della prassi anteriore e delle vicende legate alla negoziazione della singola disposizione, per poi giungere al cuore del commento e cioè un'analisi dettagliata della previsione normativa che, nella maggior parte di casi, individua dapprima gli elementi costitutivi dell'articolo e poi ne analizza il contenuto giuridico e gli effetti. Particolare attenzione è prestata all'analisi, anche di tipo comparativo, del linguaggio utilizzato dalla Convenzione di Vienna. I commenti sono approfonditi e contengono analisi critiche, soffermandosi, quando opportuno, sui dibattiti e sulle opposte interpretazioni emerse tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza. Questo è il caso, tanto per fare un esempio, del commento, curato proprio da Dörr, agli articoli della Convenzione che si riferiscono all'interpretazione dei trattati.

Va notato che, ad eccezione di un diplomatico austriaco, tutti gli autori provengono dal mondo accademico tedesco. Se tale comune provenienza influisce sulla prospettiva e sull'impostazione dell'analisi della Convenzione, al tempo stesso consente, però, di aver una più omogenea ed equilibrata trattazione della materia. In generale, ampio spazio è dato ai lavori preparatori e l'utile e dettagliato elenco della giurisprudenza considerata evidenza che gli autori hanno voluto bilanciare una forte componente teorica con una giusta considerazione della prassi giudiziale in materia. A tal riguardo, va osservato che la giurisprudenza delle corti internazionali è ampiamente utilizzata. Numerose, ad esempio, sono le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea che hanno fatto riferimento alla Convenzione di Vienna ed al diritto dei trattati, a conferma della rilevanza della materia anche

all'interno del diritto dell'Unione. In ragione poi del ruolo sempre più centrale che i giudici nazionali rivestono nell'applicazione ed interpretazione dei trattati, molto apprezzabile è, a nostro avviso, anche lo sforzo di considerare in misura rilevante la giurisprudenza nazionale (sebbene qualche volta datata, come nel caso dell'Italia): a tal fine sono state prese in considerazione numerose pronunce di giudici nazionali di ben 23 Stati firmatari della Convenzione, dei quali ben 11 extra europei.

In conclusione, il volume in recensione è sicuramente un testo ben curato, ricco di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali e di analisi meditate e mai superficiali. Esso sarà di sicuro interesse per avvocati, studiosi e diplomatici chiamati a confrontarsi con il diritto dei trattati.