

NOTE E COMMENTI

Caterina Drigo – La riforma sanitaria Obama al vaglio della Corte Suprema: fra esigenze di tutela del diritto alla salute e assetto dell'architettura costituzionale federale. Un commento

CRONACHE DAL MONDO

ITALIA – Il caso Torreggiani e la procedura pilota nei confronti dell'Italia. La corte di Strasburgo torna sulla piaga del sovraffollamento carcerari

PORTOGALLO – Il problematico backstage del processo di elezione dei giudici del Tribunal Constitucional

SERBIA – La Corte costituzionale stabilisce i limiti dell'autonomia della Voivodina

SPAGNA – Il Tribunal Constitucional spagnolo riconosce la legittimità costituzionale della legge sul matrimonio omosessuale

CANADA – 1982-2012. A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana

AFRICA – Per la Corte di giustizia e dei diritti dell'uomo e dei popoli *work in progress* ancora a lungo?

STATI UNITI – Una nuova legge sulla libertà di espressione e la dignità dei militari



Italia. Il caso Torreggiani e la procedura pilota nei confronti dell'Italia. La corte di Strasburgo torna sulla piaga del sovraffollamento carcerario

di **Marco Bassini**

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, ha restituito drammatica attualità al problema del sovraffollamento carcerario in Italia. La decisione si segnala, in particolare, per la peculiare tecnica decisoria adottata dalla Corte di Strasburgo che, anziché far luogo a una declaratoria di condanna nei confronti dell'Italia, ha emesso una sentenza "pilota", con la quale è stato assegnato al nostro stato un termine pari a un anno entro cui occorrerà procedere all'adozione delle misure necessarie a porre rimedio alla constatata violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sancisce il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti. Elemento, quest'ultimo, che acuisce la percezione della gravità del fenomeno, tale da indurre la Corte europea a preferire la strada dell'assegnazione di un termine (con contestuale differimento dell'analisi dei ricorsi analoghi promossi contro l'Italia) in luogo di quella, verosimilmente inutile agli effetti pratici, di una statuizione di condanna a carico dell'Italia. Lo strumento della procedura pilota, attivato per la prima volta dalla Corte di Strasburgo nel 2004, si presta come rimedio rispetto a casi di reiterate violazioni di diritti fondamentali che derivino da problemi di natura strutturale, per così dire "sistemica", e non già da motivi contingenti eliminabili all'esito di una semplice condanna. Il "congelamento" dell'analisi dei ricorsi contro lo stato per violazioni della stessa natura conferma che trattasi di meccanismo volto a stimolare un processo conformativo interno che passi attraverso l'eliminazione delle cause all'origine delle violazioni di volta in volta contestate, come effetto dell'obbligo imposto allo stato di attuare i necessari interventi rimediali.

Fondamento di questo particolare *modus operandi* della Corte europea è l'art. 46 della Cedu, a norma del quale le parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie delle quali sono parti. Sentenze pilota sono state adottate dalla Corte di Strasburgo, in passato, in materia di diritto di proprietà, di eccessiva durata dei processi, di attuazione dei provvedimenti giurisdizionali, di diritto a libere elezioni, di diritto alla vita privata e anche di trattamenti inumani o degradanti. Sul punto, infatti, già la sentenza *Ananyev e altri c. Russia* (CO.D.U., 10 gennaio 2012, prima sezione, ricorsi nn. 42525/07 e 60800/08) aveva accertato una violazione del divieto stabilito all'art. 3 della Cedu da parte della Russia, a causa delle pessime condizioni detentive lamentate dai ricorrenti, assegnando un termine di sei mesi per porre rimedio alle gravi carenze riscontrate.

La causa *Torreggiani e altri c. Italia* ha tratto origine da sette ricorsi presentati separatamente da parte di altrettanti detenuti, ospitati dalle strutture penitenziarie di Busto Arsizio e Piacenza, che lamentavano condizioni di precarietà determinanti, a loro avviso, una violazione del divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti.

A distanza di tre anni dalla sentenza *Sulejmanovic* (CO.D.U., seconda sezione, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03), dunque, l'Italia torna al centro delle attenzioni della Corte di Strasburgo per l'avvilente questione del sovraffollamento carcerario. I dati che emergono dalla pronuncia, peraltro, testimoniano il fallimento delle politiche di contenimento attivate frattanto dallo stato italiano, sollecitate da spinte emergenziali ma rivelatesi sostanzialmente inefficaci.

Nel 2010 la popolazione carceraria ammontava a 67.961 detenuti, suddivisi in 206 istituti di pena, contro i 45.000 posti di capienza massima, così da determinare un tasso di sovraffollamento pari al 151%. Numeri impressionanti, che indussero il governo di allora a dichiarare lo stato di emergenza e a elaborare, tramite un apposito "Piano Carceri", le misure necessarie al contenimento del fenomeno.

Misure che si sono concretizzate, come riporta la stessa sentenza, sia nella costruzione di nuove strutture penitenziarie e nell'ampliamento di quelle già esistenti, opere la cui conclusione, auspicata (invano) per la fine del 2012, avrebbe permesso la creazione di 9.150 posti in più, sia nell'adozione di disposizioni straordinarie finalizzate alla conversione in forma diversa dalla carcerazione delle pene detentive di durata non superiore ai dodici mesi, anche quando costituenti parte residuale di una pena di maggiore entità (in tal senso, dispone la legge n. 199 del 26 novembre 2010).

A distanza di tre anni, appare evidente come tali interventi si siano rivelati finora privi di qualsiasi efficacia nel contrastare il problema del sovraffollamento. Lo affermano, impietosamente e senza possibilità di confutazione alcuna, le cifre: alla data del 13 aprile 2012, le carceri italiane ospitavano 66.585 detenuti, un migliaio e mezzo in meno rispetto alla precedente rilevazione del 2010, a determinare una percentuale di affollamento del 148%.

Il dato che desta maggiore allarme, tuttavia, è un altro, ed è forse su questo che occorrerà concentrarsi, senza prestare il fianco ad alcuna speculazione politica, gli sforzi legislativi che il prossimo consesso parlamentare, pur nella sua ancora incerta morfologia, dovrà approfondire sul tema. Si tratta del dato relativo alla percentuale di

detenuti sottoposti a carcerazione preventiva e, dunque, in attesa di giudizio, pari al 42%.

Questo spaccato sulla situazione italiana dovrebbe forse indurre a una riflessione che unisca il piano di analisi prettamente legato all'ordinamento penitenziario a quello processual-penalistico. L'esistenza di un nesso inscindibile, di stretta pregiudizialità, tra la disciplina processuale e le distorsioni che caratterizzano il sistema carcerario si offre infatti con immediata evidenza. Rimane fermo che il fenomeno del sovrappollamento non può essere eziologicamente ridotto all'abuso della custodia cautelare, pur dipendendo -in misura affatto irrilevante- anche da questo fattore. La considerazione di questa variabile getta peraltro luce sull'esistenza di implicazioni che in termini costituzionali attingono valori ulteriori, diversi dalla dignità umana, quali le garanzie in termini di privazione della libertà personale, di giusto processo e, volendo, della stessa finalità rieducativa che l'art. 27, c. 3, Cost. affida alla pena.

Non può essere taciuto che l'ordinamento penitenziario stabilisce delle garanzie, pur minimali, rispetto al trattamento del detenuto all'interno delle strutture carcerarie. Dispone, infatti, l'art. 6 della legge n. 354 del 26 luglio 1975 che «I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale. I detti locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia. I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti.

Particolare cura è impiegata nella scelta di quei soggetti che sono collocati in camere a più posti.

Agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta».

La sentenza Torreggiani ha portato tuttavia alla luce come fosse stata perpetrata una sistematica violazione di queste garanzie, accertata dalla Corte di Strasburgo con riferimento ai livelli di trattamento in concreto auspicati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti ("CPT") nei suoi vari rapporti generali e, in particolare, nella Raccomandazione Rec(99)22 sul sovrappollamento delle carceri e l'inflazione carceraria.

Alcuni dei ricorsi erano fondati sulla mancanza di spazio vitale, causata dall'occupazione da parte di più detenuti della medesima cella, che comportava la disponibilità, per ciascun individuo, di non più di 3 m².

Facendo tesoro della propria elaborazione giurisprudenziale sul tema, la Corte di Strasburgo ha ricordato come la mancanza di spazio possa di per sé costituire un motivo sufficiente a determinare da solo, seppur in casi particolarmente gravi, una violazione del divieto stabilito dall'art. 3 della Cedu. E ciò, segnatamente, era stato affermato dalla Corte europea nell'ambito di alcuni ricorsi in cui si lamentava la disponibilità di uno spazio individuale inferiore ai 4 m², raccomandata dal CPT (pur in modo non vincolante) come auspicabile per quanto concerne le celle collettive.

A questo elemento, di per sé integrante un trattamento contrario alla Cedu, se ne aggiungevano altri, come la perdurante assenza di acqua calda riscontrata in modo non

occasionale in entrambe le strutture ove erano ospitati i ricorrenti e l'insufficiente illuminazione e ventilazione dei locali.

Queste carenze, caratterizzate da una gravità intrinseca, e cumulate tra loro nel contesto di una permanenza per un periodo apprezzabile all'interno delle rispettive strutture penitenziarie, hanno permesso al giudice di Strasburgo di accertare una violazione del divieto di pene inumane o degradanti.

Data la natura strutturale delle cause alla radice del sovraffollamento carcerario, e stante la pendenza di ricorsi analoghi a quelli proposti nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ha preferito seguire la strada della cosiddetta "procedura pilota", facendo obbligo allo stato italiano di individuare una soluzione ai diversi fattori che hanno determinato il fenomeno della sovrappopolazione in una manifestazione così grave e differendo l'esame dei ricorsi individuali vertenti sulla medesima problematica alla scadenza del termine fissato in un anno.

In questo preciso deliberato si coglie l'esortazione rivolta dalla Corte europea all'Italia per diminuire il numero di persone soggette a detenzione, sia attraverso l'applicazione di misure punitive non privative della libertà personale sia minimizzando l'impiego della custodia carceraria. Proprio quest'ultimo fattore, sul quale già si è richiamata l'attenzione, ha registrato una certa riprovazione da parte della Corte, che non ha nascosto il proprio stupore rispetto a una percentuale di detenuti in attesa di giudizio che testimonia un ricorso anomalo all'istituto della carcerazione preventiva.

La Corte europea nemmeno ha trascurato il problema della giustiziabilità delle possibili violazioni perpetrate in danno dei detenuti nel corso dell'espiazione della pena. In Italia, infatti, come ha rilevato lo stesso giudice di Strasburgo, è rimasto del tutto minoritario e isolato un indirizzo giurisprudenziale incline a riconoscere a beneficio del condannato una tutela risarcitoria del danno esistenziale derivante dalle precarie condizioni detentive. La norma affidata all'art. 35 della legge sull'ordinamento penitenziario, che ammette i detenuti a rivolgere istanze o reclami, in forma orale o scritta, fra gli altri (sebbene financo al Capo dello Stato), al magistrato di sorveglianza, si è rivelata nei fatti insufficiente a fornire di adeguati strumenti rimediali i detenuti: si tratta, ad avviso della Corte, di un ricorso accessibile, ma non effettivo nella pratica, perché inidoneo ad assicurare una pronta cessazione delle violazioni della dignità umana e una riparazione delle conseguenze dannose patite.

Da qui, la richiesta della Corte, una volta scelta la strada della procedura "pilota", di introdurre, oltre alle misure finalizzate a contrastare la piaga del sovraffollamento, anche le necessarie vie di ricorso per giustiziare le possibili violazioni.

La sentenza Torreggiani documenta così un quadro allarmante, la cui drammaticità si aggrava se si considera che soltanto nel 2009 l'Italia aveva riportato una precedente condanna, dove peraltro la Corte europea aveva accertato una violazione dell'art. 3 ben più contenuta, se così è ammesso dire, rispetto a quella in questione nella causa Torreggiani, al punto da suscitare l'opinione dissenziente dell'allora giudice Vladimir Zagrebelsky. La sentenza Torreggiani, invece, è stata adottata all'unanimità dalla Corte di Strasburgo, posta di fronte all'evidenza dell'infruttuosità dei rimedi intrapresi dallo stato italiano per ovviare all'emergenza carceraria e all'assenza di effettive vie di ricorso.

Sarebbe improprio inferire, da questo spaccato, pur di estrema serietà, che l'Italia abbia maturato una sorta di assuefazione alla violazione della dignità dei detenuti. Una siffatta affermazione riuscirebbe ingenerosa, trascurando gli sforzi profusi dall'esecutivo e dal legislatore nel senso di ovviare all'emergenza delle carceri italiane. Tuttavia, ha piena legittimità una critica al merito di queste scelte che, come già illustrato, si sono rivelate -in conformità alla loro natura emergenziale- troppo poco sensibili alle cause effettive del fenomeno del sovraffollamento e foriere di rimedi perlopiù contingenti (come la costruzione di nuove strutture). Ha quindi ragione di porsi, per esempio, una riflessione sull'impiego della custodia cautelare, specialmente nell'ambito di procedimenti penali spesso destinati a protrarsi per lungo tempo. Ovviamente, purché tale riflessione non prescindia dal considerare la *ratio*, anche costituzionale, delle esigenze cautelari e non sia contaminata dal periglioso sentiero della speculazione politica, ove troppo di sovente in passato si è addentrata, pagandone dazio con il suo puntuale affossamento.

Se questi appaiono, anche alla luce dell'analisi condotta dalla Corte di Strasburgo, alcuni dei motivi che dovranno animare gli interventi concreti da porre in essere da parte dello stato italiano, possono forse rischiarare questo sentiero tutt'altro che agevole le parole che hanno tradotto il pensiero illuminato di Cesare Beccaria nel lontano '700.

Nel diciannovesimo capitolo de «Dei delitti e delle pene», dissertando sulla prontezza della pena, Beccaria propone alcuni spunti di riflessione che conservano straordinaria attualità. Ricordando, anzitutto, come «Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile. Dico più giusta, perché risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza, che crescono col vigore dell'immaginazione e col sentimento della propria debolezza; più giusta, perché la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede».

Questo passaggio dimostra come, nel pensiero di Beccaria, la privazione della libertà personale, sostanziandosi essa stessa in una pena, dovrebbe normalmente far seguito alla pronuncia di una condanna e applicarsi in via preventiva, per finalità cautelari, soltanto quando ne ricorra la necessità. Un principio troppo spesso trascurato nella sua portata pratica, la cui tendenziale inosservanza non è estranea al novero di cause del sovraffollamento.

Aggiunge Beccaria: «La carcere è dunque la semplice custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa».

Ancora, l'Autore si sofferma sul senso della pena detentiva e sul primato che la dignità umana deve comunque conservare: «La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti. Il processo medesimo dev'essere finito nel più breve tempo possibile. Qual più crudele contrasto che l'indolenza di un giudice e le angosce d'un reo? I comodi e i piaceri di un insensibile magistrato da una parte e dall'altra le lagrime, lo squallore d'un prigioniero? ».

Queste sono, nella visione illuminata di Cesare Beccaria, le precondizioni che garantiscono, in una società civile, un equilibrato bilanciamento tra le esigenze sottese alla

privazione della libertà personale in funzione repressiva e la tutela di quel valore super-costituzionale che informa l'intera costruzione statale, che è la dignità umana. A queste parole, ad avviso di chi scrive, non può che prestare ascolto il legislatore che dovrà rispondere al *dictum* della Corte europea, che attende di assistere a interventi che consentano, finalmente, di relegare al passato la vergogna del sovraffollamento, indegna -nel terzo millennio- di un paese culla di pensatori illuminati come il Beccaria e così fortemente intriso, anche nella sua cultura giuridica, dei valori di riferimento della religione cristiana.



Portogallo. Il problematico backstage del processo di elezione dei giudici del Tribunal Constitucional

di **Anna Ciammariconi**

Che fosse concretamente elevato il rischio per cui il processo di designazione delle candidature alla carica di giudice del *Tribunal Constitucional* (TC) portoghese potesse muovere verso derive connotate da eccessiva “politicizzazione” è circostanza più che probabile se solo si tengono a mente le modalità di elezione dei componenti dell’organo in questione: ai sensi dell’art. 222.1 *Constituição da República Portuguesa* (CRP), dei tredici giudici di cui il TC è composto dieci sono eletti dall’*Assembleia da República* (AR) e i restanti tre vengono cooptati dai primi. Quanto però accaduto nel corso del 2012 a proposito della copertura dei seggi vacanti in seno al TC non è soltanto sintomatico del peculiare momento di crisi che sta attraversando il Paese (e che inevitabilmente si riflette sullo scenario politico, connotato da profonde fratture), ma rivela al tempo stesso la necessità di ridiscutere le regole poste alla base del processo di selezione dei giudici costituzionali.

In proposito, è opportuno ripercorrere sinteticamente le tappe principali che hanno caratterizzato il recente processo di preposizione alla carica dei membri del TC per la copertura dei quattro seggi vacanti (tre dei quali elettivi). Più in dettaglio, nel corso della primavera 2012 – anche a seguito di reiterate sollecitazioni da parte della Presidente dell’AR, Maria Assunção Esteves –, si è attivato l’*iter* di designazione dei nuovi giudici costituzionali con la preliminare presentazione della lista di candidati sottoscritta dai deputati dell’AR in virtù di un accordo tra gli esponenti delle principali forze politiche presenti nel Parlamento monocamerale lusitano: il *Partido Social Democrata* (PSD), il *Partido Socialista* e il *CDS-Partido Popular* (CDS-PP). La proposta orientata su determinati candidati – o almeno su alcuni di essi – ha sin da subito generato strascichi polemici e suscitato non poche perplessità a causa dei loro percorsi professionali non sempre adeguati ovvero della carenza dei

titoli necessari per poter assumere l'incarico di giudice (i “*Requisitos de elegibilidade*” sono disciplinati dall'art. 13 della *Lei* n. 28 del 1982, su *Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*, in breve LOFPTC). Ad eccezione della sola candidata sostenuta dal centro cristiano-democratico e dal partito popolare (Fátima Mata Mouros), più di qualche imbarazzo hanno generato i nomi proposti dal PSD (Paulo Saragoça da Matta) e dal PS (José Conde Rodrigues): quanto al primo, oltre ad essere da più parti messa in discussione la solidità scientifica del *curriculum* dell'interessato, sono circolate voci circa l'affiliazione dello stesso al *Grande Oriente Lusitano*, nota corrente massonica del Portogallo; relativamente al secondo, si è sparsa la notizia per cui il candidato non possedesse titolo idoneo all'eventuale assunzione dell'incarico, atteso che non fosse inquadrato nei ranghi della magistratura (giova ricordare che secondo quanto sancito negli art. 222.2 CRP e 12.2 LOFPTC, sei tra i giudici designati dall'AR o tra i giudici cooptati devono «obrigatoriamente» essere scelti tra i giudici di altri tribunali mentre i restanti tra giuristi; nel caso in esame, almeno due dei giudici da eleggere dovevano necessariamente appartenere alla prima categoria indicata dalle disposizioni menzionate). A rendere ancor più problematica la candidatura di Conde Rodrigues, figurava poi la circostanza per cui fino a qualche mese prima egli avesse ricoperto incarichi di governo; condizione, quest'ultima, che contribuiva ad indebolirne ulteriormente il profilo rendendo vacillante quella garanzia di terzietà che deve necessariamente essere predicata per chi è chiamato a svolgere il ruolo di membro del TC (non a caso, in maniera diretta ed esplicita il costituzionalista Jorge Miranda, sollecitato a pronunciarsi sulla vicenda, ha sostenuto che la candidatura in questione, oltre ad aver contribuito a determinare «a partidarização mais completa do TC», si fosse rivelata all'origine di «um sistema horroroso» e di «um precedente gravíssimo»: cfr. l'articolo di M.A. Magalhães, su *Sol* del 20-4-2012, all'indirizzo Internet <http://sol.sapo.pt/>).

Il diffuso (e comprensibile) malcontento provocato dalle scelte effettuate dai partiti ha indotto la Presidente dell'AR a prendere in mano la situazione, consapevole della fondamentale funzione affidata all'organo in questione nell'architettura istituzionale del Paese (per inciso, non sembra superfluo rammentare che tra il 1989 e il 1998 la Presidente Esteves avesse ricoperto la carica di giudice del TC). Tale preoccupazione appare particolarmente apprezzabile specie in una contingenza storica nella quale il TC è chiamato a decidere sulla legittimità delle misure di austerità adottate dal Parlamento nel rispetto delle indicazioni fornite da Commissione europea-BCE-FMI (la c.d. *Troika*).

Al fine di superare l'impasse, la Presidente dell'AR ha così deciso di rinviare l'elezione dei giudici (inizialmente fissata in data 20-4-2012) e riaprire i termini per la presentazione delle candidature, giustificando tale scelta con l'opportunità di «salvaguardar o tempo e a serenidade necessários».

A tale decisione ha fatto seguito il ritiro delle candidature sia di Saragoça da Matta che di Conde Rodrigues e la presentazione di nuovi nomi, ritenuti più autorevoli e idonei allo svolgimento del futuro incarico: “in quota” PSD si è ventilata l'ipotesi a favore della giurista e docente universitaria Maria José Rangel Mesquita, mentre sul versante del PS è stato proposto il giudice Fernando Vaz Ventura. Prima ancora che

la rinnovata rosa di nomi giungesse al voto dinanzi all'AR – chiamata, ai sensi dell'art. 16 della già citata LOFPTC, ad approvare le proposte a maggioranza dei due terzi dei deputati presenti (sempre che questi ultimi superino la maggioranza assoluta dei componenti dell'organo) –, il Capo dello Stato, Aníbal Cavaco Silva, ha voluto esprimere il proprio parere sulla vicenda, manifestando pubblicamente piena fiducia nei confronti dei membri del Parlamento, capaci di saper riconoscere «o alto prestígio que é importante preservar para o Tribunal Constitucional» (v. *Expresso* del 22-6-2012, all'indirizzo Internet <http://expresso.sapo.pt>). Le operazioni di voto, celebratesi il 29 giugno 2012, si sono concluse con esito favorevole al varo della lista di candidati presentata: su un totale di 230 membri, sono risultati presenti 207 deputati dell'AR, 156 si sono espressi in favore, 39 hanno votato scheda bianca e 12 scheda nulla.

È il caso di ricordare che a pochi mesi di distanza dall'elezione dei giudici costituzionali, il TC ha provveduto all'individuazione del membro cooptato nella persona del giudice Pedro Manuel Pena de Machete, e successivamente al rinnovo dei vertici dell'organo: il 2 ottobre 2012, sono stati eletti alla carica di Presidente e Vice-Presidente del TC i giudici Joaquim de Sousa Ribeiro e Maria Lúcia Amaral, in luogo degli uscenti Rui Moura Ramos e Gil Galvão. È altresì interessante notare come a proposito di quest'ultima elezione si sia venuta a determinare una “rottura” rispetto alla prassi precedente: in passato, infatti, eletto alla carica di Vice-Presidente era un giudice nel corso della prima parte del suo mandato, al fine di permettergli di subentrare al Presidente al momento della sua cessazione dalla carica; nella circostanza in esame, l'anzianità del Presidente Sousa Ribeiro coincide con quella della Vice-Presidente Amaral, cosa che determinerà pertanto la loro scadenza contemporanea.

Con quest'ultimo passaggio elettorale si è dunque completato il (faticoso) processo di rinnovo dei membri del TC e, nel contempo, si è potuta ricomporre la struttura integrale dell'organo: dei tredici giudici attualmente in carica – la cui età media risulta piuttosto bassa (si tratta probabilmente del più giovane TC dal 1983 ad oggi) – si contano ben sei donne.

Sebbene anche in questo caso possa essere utilizzata la nota formula di shakespeariana memoria, secondo cui “*All's well that ends well*”, certamente quanto accaduto nel corso del 2012 non può non far riflettere sull'opportunità di una riforma del processo di selezione dei giudici che risulti meno vincolato alle logiche partitiche. Del resto, una tale preoccupazione non è nuova: nota è, tra le altre, la posizione del già menzionato Miranda, uno dei padri della Costituzione portoghese, il quale, fin dall'epoca dell'introduzione del TC, ha manifestato il proprio disappunto sulle regole adottate per la scelta dei giudici, tanto da reputarle alla stregua di un'autentica “*bomba de relógio para o Estado de direito democrático*”: cfr. l'intervento di J. Miranda nell'AR, citato in M.M. Morais Cunha, V. do Rosário Rego (orgs.), *Constituição da República Portuguesa. A Letra e o Espírito de Uma Lei Fundamental*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1983, 364; sul punto v. anche A. de Araújo, P. Coutinho Magalhães, *A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?*, in *Análise Social*, 2000, 215, e, in lingua italiana, R. Orrù, A. Ciammariconi, *Composizione, indipendenza, legittimazione del Tribunal Constitucional portoghese: «mudam-se os tempos, mudam-se*

as vontades», in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. 250 ss.

Certo è che soprattutto in un momento di crisi economica quale quello attuale, in cui il TC – come ricordato – è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di atti di estrema importanza (tra cui la legge di bilancio per il 2013), un eccessivo prolungamento del tempo in cui alcuni seggi restano vacanti a causa del mancato accordo tra partiti potrebbe contribuire a pregiudicare il corretto funzionamento dell'organo; contestualmente, la necessità di decidere su misure estremamente impopolari non può che trovare un imprescindibile bilanciamento soltanto nell'autorevolezza professionale e nell'autonomia dalla politica dei suoi componenti.



Serbia. La Corte costituzionale stabilisce i limiti dell'autonomia della Voivodina

di Maria Dicosola

Con la sentenza n. 353/2009 del 10 luglio 2012, la Corte costituzionale della Repubblica Serba ha dichiarato l'incostituzionalità di varie disposizioni della legge sulle competenze della Provincia autonoma di Voivodina del 2009.

La Voivodina e il Kosovo-Methoja sono, come stabilisce la Costituzione del 2006, due province autonome nell'ambito dei confini della Serbia, che, pur essendo uno Stato unitario, attua il principio del decentramento locale e provinciale. Come stabilisce, infatti, l'art. 12 c. 1 della Costituzione, il potere dello Stato è limitato dal diritto dei cittadini all'autonomia provinciale e locale.

Le complesse vicende dell'autonomia delle due province nel corso della storia costituzionale della ex Jugoslavia, e in particolare della Serbia, sono strettamente connesse alle problematiche relative alla convivenza, all'interno dei confini dello stesso territorio statale, di comunità differenziate, alcune delle quali portatrici di forti rivendicazioni autonomistiche. Infatti, la Costituzione della Repubblica Federale di Jugoslavia del 1971, prevedeva, nell'ambito della peculiare forma di stato fondata sui principi del federalismo etnico, sei repubbliche – la Slovenia, la Bosnia ed Erzegovina, la Croazia, la Serbia, il Montenegro e la Macedonia, ciascuna corrispondente ad una nazione – e due province autonome, la Voivodnia e il Kosovo-Methoja. Queste ultime si vedevano riconoscere, nell'ambito della repubblica serba, condizioni speciali di autonomia per ragioni di carattere prevalentemente storico, culturale e linguistico. L'autonomia delle due province, mai formalmente soppressa, è stata tuttavia di fatto negata durante il regime di Milošević, ispirato ad un rigido centralismo, e infine restaurata grazie alla previsione di nuove garanzie nella Costituzione del 2006. Il riconoscimento di tali misure, tuttavia, non ha ridotto le rivendicazioni nazionalistiche del Kosovo-Methoja, che, il 17 febbraio 2008, ha unilateralmente dichiarato la pro-

pria indipendenza, mai riconosciuta dalla Serbia. Al contrario, la Vojvodina non ha mai manifestato la volontà di secessione e si è mostrata rispettosa dei principi stabiliti dalla Costituzione serba in tema di autonomia provinciale, pur rivendicando significative forme di autonomia, come dimostra la vicenda della legge sulle competenze della provincia, dichiarata incostituzionale dalla pronuncia della Corte costituzionale in commento.

Per comprendere la portata della sentenza citata, si rende necessaria una breve premessa sui principi stabiliti dalla Costituzione in tema di decentramento territoriale e in particolare di autonomia provinciale. Sulla base del principio dell'autonomia provinciale, la Costituzione serba stabilisce che le province autonome sono comunità territoriali, stabilite dalla Costituzione, nelle quali i cittadini esercitano il diritto all'autonomia provinciale. Su tale principio si fonda l'"autonomia sostanziale" delle province, che deve essere regolata sulla base di una legge speciale, da adottarsi con lo stesso procedimento previsto per le leggi di revisione costituzionale. L'istituzione di nuove province autonome, ovvero la soppressione o la fusione di quelle già esistenti richiede un procedimento di revisione costituzionale, la cui iniziativa spetta ai cittadini, che possono esprimere la loro volontà attraverso un referendum. Il territorio delle province autonome e le modalità per la sua modifica sono stabiliti dalla legge. In ogni caso, il territorio provinciale non può essere modificato se non previo consenso dei cittadini, espresso attraverso un referendum, sulla base della legge (art. 182 Cost.).

L'organo di rappresentanza delle province autonome, così come delle unità di autogoverno, è l'Assemblea, composta dai deputati, nelle province autonome, e da consiglieri, nell'unità di autogoverno, eletti per un periodo di quattro anni. La Costituzione prevede garanzie di rappresentanza per i gruppi minoritari nelle province e nelle unità di autogoverno con popolazione di nazionalità mista (art. 180 Cost.).

Quanto alle competenze delle province autonome, l'art. 183 Cost. stabilisce che le province possono regolare, nel rispetto della legge, "materie" di interesse provinciale, entro alcuni "ambiti": pianificazione e sviluppo urbano; agricoltura, gestione delle acque, delle foreste, caccia, pesca, turismo, ristorazione, regolamentazione delle località termali e sanitarie, protezione dell'ambiente, industria e artigianato, gestione delle strade, dei fiumi e dei trasporti terrestri, riparazione della rete viaria stradale, organizzazione di fiere e altri eventi economici; educazione, sport, cultura, tutela della salute e informazione pubblica a livello provinciale. la Costituzione, dunque, non stabilisce le competenze specifiche delle province in tali ambiti, demandandone invece la determinazione al legislatore nazionale con legge. Le uniche competenze specifiche che la Costituzione attribuisce in via diretta alle province sono la tutela dei diritti umani e delle minoranze, che deve essere regolata in conformità alla legge, e l'introduzione e l'uso di simboli. Inoltre, la Repubblica Serba può, nel rispetto della legge, delegare particolari materie alle province autonome, così come alle unità di autogoverno locale (art. 178).

Le competenze specifiche delle province autonome, dunque, sono quelle stabilite entro le materie stabilite dalla Costituzione, ovvero delegate sulla base di una legge statale. Risponde a entrambe le finalità la legge sulle competenze della provincia autonoma di Vojvodina, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Serba n.

99/2009. In particolare, la legge stabilisce competenze specifiche negli ambiti della pianificazione spaziale, dello sviluppo regionale, della pianificazione urbana e della costruzione di immobili (art. 10-12), dell'agricoltura (art. 13), dell'allevamento e della medicina veterinaria (art. 15), della gestione delle acque (art. 16-17), delle forestazione (art. 18), della caccia e della pesca (art. 19-22), del turismo (art. 23), della protezione dell'ambiente (art. 25-28), dell'industria e dell'artigianato (art. 29), della rete viaria e fluviale (art. 30-31), dell'organizzazione di fiere e altri eventi economici (art. 32), dell'educazione (art. 33-41), della cultura (art. 42-46), dei diritti sociali (art. 47-61), dell'informazione pubblica (art. 62-63), della scienza e dello sviluppo tecnologico (art. 64), del lavoro (art. 65-66), dell'energia e dell'estrazione di minerali (art. 68-72), dell'autogoverno (art. 73) e in altri settori residuali. Infine, tra le competenze delegate, la legge prevede che la provincia autonoma della Vojvodina, attraverso i suoi organi e nel rispetto della legge, regoli più specificamente l'uso della lingua e dell'alfabeto delle minoranze nazionali (art. 76). Merita sottolineare, infine, due disposizioni dal forte impatto simbolico all'interno della legge: l'art. 4 c. 4, che definisce il capoluogo Novi Sad, capitale (ГЛАВНИ) della provincia, e l'art. 3 c. 3, che riconosce il diritto della provincia ad aprire un ufficio di rappresentanza presso il Consiglio Europeo, al pari delle regioni.

Come anticipato, molte delle competenze appena menzionate sono state dichiarate incostituzionali con la decisione in commento, che trae origine da un ricorso presentato da trenta deputati del Parlamento serbo, relativo ad alcune disposizioni, oltre che di quest'ultima legge, anche dello statuto provinciale. La Corte costituzionale, tuttavia, si è pronunciata solo in merito alla legge.

La limitazione delle competenze provinciali che ne deriva si fonda sulla tesi secondo la quale, a giudizio della Corte, il riconoscimento di autonomia alla provincia di Vojvodina si giustifica in base al principio del decentramento territoriale: di conseguenza, l'autonomia deve essere intesa come espressione della sovranità dei cittadini serbi, che resta sempre il valore fondante dell'intero ordinamento, e non come garanzia di speciali diritti dell'uomo e delle minoranze.

Sulla base di tale premessa teorica, la decisione si segnala per la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 3, c. 3 della legge – che autorizzava la Provincia ad istituire un ufficio di rappresentanza a Bruxelles –, dell'art. 4, c. 5 – che definiva il capoluogo Novi Sad come la capitale della Provincia – e di numerose altre disposizioni che prevedevano varie competenze provinciali. Quanto a quest'ultimo profilo, infatti, a giudizio della Corte, spettano alle Province autonome solo le competenze enumerate dalla Costituzione, mentre non possono essere stabilite per legge competenze ulteriori. Pertanto, ha ritenuto non conformi alla Costituzione le seguenti competenze: l'adozione di piani amministrativi provinciali e locali per l'uso efficiente dei fondi strutturali e di coesione dell'Unione europea nell'ambito della pianificazione spaziale e dello sviluppo regionale (art. 10, n. 15); l'adozione, l'attuazione e la supervisione di misure di politica agraria e di sviluppo rurale (art. 13, n. 1); la regolamentazione di tutta la gestione delle acque nel territorio provinciale, ad eccezione dell'adozione di misure per la protezione contro l'inquinamento, per assicurare la protezione della salute umana, della flora, della fauna e dell'ambiente (art. 16, n. 1); la regolamentazione della silvicoltura (art. 18, n. 1), della caccia (art. 19) e della pesca (art. 21); la regola-

mentazione, il rafforzamento e la tutela della protezione dell'ambiente nel territorio provinciale (art. 25, n. 1) e, in tale contesto, l'istituzione di un ente pubblico per la gestione del parco nazionale del Monte Fruška (art. 27); nell'ambito dello stato sociale, la regolamentazione di altri diritti sociali o l'ampliamento dello scopo dei diritti esistenti (art. 53, n. 1), il riconoscimento di diritti della madre e del bambino ulteriori rispetto a quelli esistenti (art. 58); tutte le competenze previste dalla legge in materia di scienza e sviluppo tecnologico (art. 64) e numerose competenze nell'ambito del settore delle risorse energetiche (art. 68, nn. 1-4); le competenze in materia di istituzione e supervisione delle attività delle unità di autogoverno provinciale (art. 73); l'introduzione di norme più specifiche relative all'uso ufficiale delle lingue minoritarie (art. 76); e, infine, varie competenze residuali (art. 74, nn. 3-7).

La sentenza della Corte costituzionale in commento, oggetto di ampie critiche da parte dell'opinione pubblica serba, che ne ha ravvisato l'intento politico piuttosto che giuridico, pare tuttavia avere effetti importanti non solo sul piano simbolico, ma anche su quello delle regole dell'organizzazione territoriale dello Stato. La sentenza, infatti, dichiarando l'incostituzionalità di una disposizione dal forte impatto simbolico – la denominazione di Novi Sad come “capitale” della Provincia – e limitando notevolmente l'autonomia che per legge era stata riconosciuta alla Vojvodina, pare ribadire che lo Stato serbo, pur accogliendo i principi del decentramento territoriale, resta ad ogni modo unitario, nel timore, forse, di ulteriori rivendicazioni autonomistiche sul modello del Kosovo.



ISSN 2037-6677

2012/4

Obamacare and the US Supreme Court: finding a balance between the protection of the right to health and the federal Constitutional architecture. Some comments

La riforma sanitaria Obama al vaglio della Corte Suprema: fra esigenze di tutela del diritto alla salute e assetto dell'architettura costituzionale federale. Un commento.

Caterina Drigo

Right to health - balance of powers - medical insurance

www.dpce.it



Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 28 giugno 2012,
*National Federation Of Independent Business, et al. v. Sebelius;
Secretary of Health and Human Services, et al.* [567 U. S. (2012)].

Slip opinion reperibile all'indirizzo
www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf

di **Caterina Drigo**

Giudizio sul *Patient Protection and Affordable Care Act*. Incostituzionalità parziale. – L'*individual mandate*, sebbene dichiarato non riconducibile al valido esercizio dei poteri riconosciuti al Congresso ai sensi della *Commerce Clause* e della *Necessary and Proper Clause*, è ritenuto essere “ragionevolmente” riconducibile al *taxing power*, e, pertanto, non può essere considerato espressione di un esercizio abnorme di competenze. – Incostituzionalità della c.d. *Medicaid expansion* nella parte in cui si subordina l'erogazione di tutti i finanziamenti statali ricollegati al programma *Medicaid* all'integrale accettazione della riforma.

La riforma sanitaria Obama al vaglio della Corte Suprema: fra esigenze di tutela del diritto alla salute e assetto dell'architettura costituzionale federale. Un commento.

1. Con una decisione destinata a segnare la storia del sistema di *welfare* statunitense, il 28 giugno 2012, la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della riforma del sistema di assistenza sanitaria approvata dal Congresso nel 2010 e cavallo di battaglia della presidenza Obama e approvata dal Congresso nel 2010.

Il *Patient Protection and Affordable Care Act* (– PPACA, *Public Law* 111–148 – il cui testo ufficiale, come emendato dall'*Health Care and Education Reconciliation Act* del

2010 – HCERA, *Public Law* 111–152 – è reperibile in housedocs.house.gov/energycommerce/ppacacon.pdf) estende la copertura sanitaria a milioni di americani sinora sprovvisti, espande i programmi di assistenza pubblica per categorie deboli, aumenta il carico fiscale per i soggetti più ricchi e vieta alle compagnie assicurative il ricorso ad alcune pratiche discriminatorie odiose, come la possibilità di rifiutare una polizza a persone che abbiano problemi di salute pregressi (per un commento alla riforma, in dottrina nazionale, *ex multis*: A. Pin, *La riforma sanitaria USA e il suo destino. Perché Obama è riuscito dove altri hanno fallito (e potrebbe perdere dove altri hanno vinto)?*, in G.G. Carboni (cur.) *La salute negli Stati Composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Torino, Giappichelli, 2012, 127 ss; E. Mostacci, *La quadratura del cerchio: il sistema sanitario statunitense alla ricerca di inclusione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 1542 ss.; Casella R., *La riforma sanitaria di Barack Obama*, in *Studi parl.*, nn. 165-166, 2009, 32 ss).

La riforma, come noto, ha originato un acceso dibattito negli Stati Uniti, coinvolgendo ampie fasce della popolazione e interessando lo scontro fra le forze politiche, anche in considerazione dello svolgersi delle elezioni presidenziali nello scorso autunno. Inoltre si è aperto un nuovo scenario problematico in relazione all'applicabilità (sostanziale, se non formale) della *political question doctrine* in un settore in cui le scelte politiche federali determinano non solo una compressione delle prerogative statali, ma incidono anche sulle garanzie costituzionali e sui diritti fondamentali.

Il giorno stesso della firma del PPACA da parte del Presidente Obama, molti Stati hanno annunciato battaglia sostenendo che il Congresso federale avrebbe esorbitato dai propri poteri imponendo a tutti gli americani di avere (*rectius*, acquistare) entro il 2014 una assicurazione medica (il c.d. *individual mandate*), pena il pagamento di una sanzione.

Investite di una pioggia di ricorsi, alcune Corti d'appello federali hanno sancito l'incostituzionalità delle sole disposizioni che obbligano a stipulare un'assicurazione (*Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Florida v. United States Dep't of Health & Human Servs.*, 648 F. 3d 1235, 2011), in altri casi si è ritenuto che l'*Anti injunction Act* impedisse un esame nel merito della questione (*Court of Appeals for the Fourth Circuit, Liberty Univ., Inc. v. Geithner*, 671 F. 3d 391, 2011) o che vi fosse una formale mancanza di *standing* (con argomentazioni che paiono, però, evocare una sostanziale applicazione della *political question doctrine* – cfr. *Court of Appeals for the Fourth Circuit, Commonwealth of Virginia v. Sebelius*, 11-1057, 2011) e pure la giurisprudenza dei tribunali federali inferiori si è distinta per le forti oscillazioni.

Il caso è arrivato alla Corte suprema, la quale, riunendo più ricorsi, ha accettato di conoscere nel merito una controversia che ha avuto origine in Florida e che ha visto fra i promotori i rappresentanti di 26 Stati e della *National Federation of Independent Business*. I giudici di Washington hanno ascoltato le parti a partire dal 26 marzo 2012 e la decisione è stata resa pubblica il 28 giugno successivo, a pochi mesi di distanza dalle elezioni presidenziali, probabilmente, contribuendo a condizionarne l'esito.

In particolare, in udienza si sono dibattute le diverse posizioni al fine di stabilire:

a) se il ricorso per valutare la costituzionalità della legge fosse o meno ammissibile in base all'*Anti-Injunction Act*, legge del 1793 che vieta i ricorsi alla Corte Suprema fino a

quando Washington non esiga la riscossione delle tasse o imponga il pagamento di multe (nessun soggetto – né Stati, né individui – aveva, al momento del ricorso, effettuato esborsi in ragione della mancata accettazione della riforma);

b) se il Congresso, imponendo l'*individual mandate*, avesse minato la libertà dei cittadini di non partecipare al “mercato sanitario” e, conseguentemente, incidendo sulla mera scelta di non assicurarsi, (intesa come *economic inactivity*) e non su un'attività esistente, avesse esorbitato le proprie competenze, così come previste ai sensi della *Commerce Clause* (art. 1, sez. VIII, cl. 3) e della *Necessary and Proper Clause* (art. 1, sez. VIII, cl. 18);

c) se, nel caso in cui l'*individual mandate* fosse stato dichiarato illegittima espressione dei poteri federali, le restanti previsioni della riforma potessero comunque rimanere in vigore (gli oppositori patrocinavano la conclusione contraria);

d) se la minaccia della Casa Bianca di negare agli Stati i finanziamenti federali, in caso di opposizione alla riforma, fosse ammissibile e se, quindi, le previsioni relative all'espansione del Medicaid – il programma federale di assistenza sanitaria a individui e famiglie a basso reddito – fossero costituzionalmente legittime.

Prima ancora dell'esito del giudizio, già la scelta della Corte Suprema di definire nel merito la questione ha rappresentato una presa di posizione assai significativa per le potenziali implicazioni politiche, ma anche giuridiche, ad essa conseguenti. Tale scelta è stata considerata una delle decisioni più “politicamente” rilevanti dalla definizione del caso *Bush v. Gore* (531 U.S. 98, 2000) e i limiti con cui i giudici si trovano a doversi confrontare sono di natura eminentemente politica e potenzialmente possono incidere sul prestigio e sulla legittimazione dell'istituzione (cfr. A. Koppelman, *Bad News for Mail Robbers: The Obvious Constitutionality of Health Care Reform*, in 121 *Yale L. J. Online* 1, 2011; yalelawjournal.org).

Concependo la *political question doctrine* come strumento utile ad impedire al potere giudiziario di «*precipitating impossible situations that might tear the social fabric*» (P. Strum, *Political question doctrine*, in *Encyclopedia of The American Constitution*, 4, 2000, 1951), negli Stati Uniti la storia della riforma sanitaria si presta a rappresentare una di quelle “situazioni impossibili” in cui la Corte si troverebbe fra una Scilla e Cariddi dei nostri tempi. Accogliendo integralmente le censure statali, gli effetti della decisione non si sarebbero limitati alla strutturazione del sistema sanitario, ma avrebbero inciso profondamente sulla configurazione degli assetti del sistema federale e sul livello di tutela dei diritti sociali. Per converso, anche il completo accoglimento delle difese dell'Amministrazione federale, avrebbe avuto un impatto di non poco conto sull'architettura costituzionale federale e sulla tenuta dei bilanci di moltissimi Stati. Pertanto, già prima della pubblicazione della decisione, alcuni commentatori, in ragione della politicità intrinseca della questione, avevano invocato l'opportunità di un atteggiamento di *self restraint* dei giudici di Washington o comunque una particolare cautela nel difficile bilanciamento fra diritti fondamentali (la tutela della salute) e articolazione costituzionale delle competenze. (cfr. L. Tribe, *Health Care, Justice Will Prevail*, 7 febbraio 2011, *The New York Times*, in www.nytimes.com/2011/02/08/opinion/08tribe.html?scp=2&sq=laurence%20tribe&st=cse).

2. Uno degli aspetti peculiari della decisione attiene al particolarissimo “gioco di forze” che ha consentito di raggiungere la maggioranza necessaria per la definizione delle diverse questioni.

Decisiva è stata la scelta del *Chief Justice* Roberts. Egli, non dichiarando l'incostituzionalità dell'*individual mandate*, è riuscito ad ottenere il voto favorevole di quattro giudici di orientamento liberale, mentre ha mantenuto l'appoggio dei giudici conservatori ritenendo non conforme a Costituzione l'imposizione agli Stati degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla mancata accettazione della *Medicaid expansion*. Il risultato è una decisione che lascia trasparire una grande tensione sostanziale. Molti commentatori hanno osservato che, in sostanza, Roberts avrebbe deciso il caso da solo, ottenendo la propria personale vittoria riuscendo a sintetizzare le diverse anime interne alla Corte (cfr. B. Ackermann, *Roberts Raises the Election Year Stakes*, in *Huffington post*, 29 giugno 2012, www.huffingtonpost.com/bruce-ackerman/roberts-raises-the-electi_b_1637073.html; R. Dworkin, *A bigger Victory Than We Knew*, in *The New York Review of Books*, 16 agosto 2012, [www.nybooks.com/articles/archives/2012/aug/16/bigger-victory-we-knew/?](http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/aug/16/bigger-victory-we-knew/?pagination=false)

pagination=false).
Va rilevato, inoltre, che Roberts usualmente non esprime il voto determinante nelle decisioni 5 a 4, e nella sua *opinion* si rinviene l'intento di mostrare un approccio deferente nei confronti delle scelte del Legislatore e la sua concezione del ruolo della Corte suprema nell'ordinamento (cfr. *infra* § 5). Alcuni commentatori tuttavia hanno evidenziato come spesso Roberts non si sia dimostrato così cauto di fronte alla possibilità di colpire con la censura di incostituzionalità le decisioni del Congresso e offrono una spiegazione parzialmente differente, individuando una diversa *ratio* della sentenza. Il *Chief Justice*, conservatore convinto, consapevole del fatto che una parte rilevante dell'opinione pubblica statunitense ritiene che le decisioni 5 a 4 siano il frutto di una frattura ideologica forte all'interno della Corte ed espressione di una politicità intrinseca dell'organo suscettibile di minare la legittimazione e l'autorevolezza dello stesso, avrebbe colto l'occasione di definire questo caso cercando di operare a garanzia della estraneità della Corte rispetto all'agone politico, con l'intento di salvaguardarne il prestigio (sul punto: R. Dworkin, *cit.*; J. Dean, *Why Chief Justice Roberts Dared Not Overturn President Obama's Healthcare Plan*, in *Verdict*, 29 giugno 2012, verdict.justia.com/2012/06/29/why-chief-justice-roberts-dared-not-overturn-president-obamas-healthcare-plan).

3. Passando all'esame dei passaggi più significativi della decisione, si osserva che il *Chief Justice* Roberts, dopo aver stabilito in via preliminare che l'*Anti Injunction Act* non è applicabile al caso di specie e, quindi, non impedisce alla Corte di conoscere la questione nel merito (*opinion of the Court*, 11 ss.), si è concentrato sull'analisi di quello che è uno dei profili centrali della riforma, oltre che uno degli aspetti oggetto di maggior attacco politico.

La previsione dell'obbligo individuale di dotarsi di una assicurazione medica era stata considerata, specialmente dalla destra conservatrice, come una indebita intromissione nella sfera di autodeterminazione dei singoli, minandone la libertà di scelta. Con l'*individual mandate*, infatti, si richiede a tutti coloro che non godono già di

una copertura assicurativa (come nel caso di assicurazioni garantite dai datori di lavoro o in virtù dell'applicazione dei programmi assistenziali Medicaid o Medicare) di dotarsene (26 U.S.C. §5000A). A partire dal 2014, chi avrà scelto di non ottemperare a tale previsione sarà tenuto a corrispondere all'Amministrazione federale un «*shared responsibility payment*» (26 U.S.C. §5000A(b)): pagamento descritto come una «*penalty*» il cui ammontare è parametrato al reddito del soggetto (26 U.S.C. §5000A(c)).

In sede di giudizio, i difensori della riforma hanno giustificato la previsione dell'*individual mandate* sulla base del potere del Congresso di intervenire, *in primis*, ai sensi della *Commerce Clause*, e comunque ai sensi della *Necessary and Proper Clause*, poiché il mercato dell'*health care* sarebbe caratterizzato da un «*significant cost-shifting problem*» (*opinion of Roberts C.J.*, 16). Tale interpretazione è stata fortemente contestata, soprattutto in relazione al fatto che ad un Congresso a poteri enumerati, sulla base del suo generale potere di disciplinare il commercio, possa esser consentito di imporre ai cittadini l'acquisto di un bene economico, prevedendo per gli inadempienti l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Tuttavia il proposito dell'amministrazione Obama di riorganizzare il sistema di *welfare*, implementando le forme e modalità di accesso alle cure, consentendo ad ampie fasce di popolazione di non essere escluse dal godimento di uno dei diritti fondamentali, quale la salute, è possibile unicamente condizionando (e limitando) i margini di discrezionalità delle compagnie assicuratrici, (che, come noto, tendono a impostare la loro azione secondo ferree logiche di mercato) e rendendo le forme di assistenza sanitaria pubblica esistenti maggiormente efficienti ed economicamente sostenibili, anche attraverso l'imposizione a larghe fasce della popolazione dell'obbligo di dotarsi di una copertura assicurativa di base.

Il *Chief Justice Roberts* è riuscito ad individuare un sorprendente punto di compromesso pur rigettando le argomentazioni dell'amministrazione e fornendo un'interpretazione alquanto restrittiva della *Commerce Clause* al fine di salvaguardare il più possibile i margini di sovranità statale (sul punto, si veda R. Dworkin, *cit.*). Egli ritiene che le potenzialità applicative della clausola *de qua* si debbano arrestare di fronte al fatto che il potere di disciplinare il commercio presuppone l'esistenza effettiva di un'attività commerciale da rendere oggetto di regolamentazione. E l'*individual mandate* non regolerebbe alcuna attività esistente, limitandosi ad imporre («*compels*») agli individui di diventare "attivi" nel commercio acquistando un prodotto: cosicché sarebbe la loro mera inerzia ad essere considerata suscettibile di incidere negativamente sul commercio interstatale. Tuttavia, Roberts sostiene che interpretare la *Commerce Clause* nel senso di ritenervi incluso il potere del Congresso di «*regulate individuals precisely because they are doing nothing would open a new and potentially vast domain to congressional authority*» (*opinion of Roberts C.J.*, 20), poiché se il potere di disciplinare qualcosa è ritenuto comprensivo del potere di "creare" qualcosa, allora «*many of the provisions in the Constitution would be superfluous*» (*opinion of Roberts C.J.*, 18). Roberts, quindi, da sempre portavoce delle istanze conservatrici, coglie l'occasione per proporre una lettura rigorosa della *Commerce Clause* che sembra rinnegare anni di giurisprudenza formatasi a partire dal *new deal* e ritiene eccessivamente estensiva l'interpretazione fornitane dall'Amministrazione. Così, citando J. Madison, egli

ribadisce i limiti che il Congresso è tenuto a rispettare al fine di evitare che esso esorbiti i confini tracciati dalla lettera della Costituzione «*everywhere extending the sphere of its activity and drawing all power into its impetuous vortex*» (*The Federalist*, n. 48, at. 309, in *opinion of Roberts C.J.*, 25).

Per Roberts aderire alla posizione del Congresso significherebbe alterare, fino a snaturarla, la relazione fra i cittadini e la Federazione, che si vedrebbe riconosciuta la possibilità di minare la sfera della libertà individuale e dell'autodeterminazione dei singoli.

Il *Chief Justice*, inoltre, a sostegno delle proprie argomentazioni adduce l'applicazione di un criterio ermeneutico di tipo letterale: i Costituenti avrebbero conferito al Congresso il potere unicamente di disciplinare (*to regulate*) il commercio e non di forzarlo (*to compel*) e, quindi, non vi sarebbe alcuna giustificata ragione per rinvenire nel testo costituzionale significati ultronei rispetto a quelli desumibili dal dato letterale. Sul punto, è contraria la giudice Ginsburg, la quale, nel tentativo di giustificare l'*individual mandate* riconducendolo ad un legittimo esercizio di poteri ai sensi della *Commerce Clause*, nella sua in parte *concurring* in parte *dissenting opinion* rileva come la decisione di non acquistare una assicurazione privata possa esser comunque letta come una scelta (attiva) di optare per una particolare forma di "auto-assicurazione", vale a dire il ricorso alle proprie finanze personali (*Opinion of Ginsburg J.*, 26).

Secondo le argomentazioni rinvenibili nell'*Opinion* del giudice Roberts, l'*individual mandate* non può nemmeno esser ricondotto all'applicazione della *Necessary and Proper Clause*, perché non può essere interpretato come una componente essenziale delle *insurance reforms*. Il *Chief Justice* osserva come la giurisprudenza rinvii all'applicazione della clausola in parola solo ove venga in rilievo l'esercizio di un potere derivativo di uno dei poteri espressamente ascrivibili alla competenza del Congresso, mentre l'*individual mandate* sarebbe espressione di un potere esorbitante quelli enumerati dalla Costituzione. Conseguentemente, invocare l'applicazione della *Necessary and Proper Clause* integrerebbe una indebita espansione sostanziale dei poteri federali ed uno scardinamento dell'assetto competenziale costituzionalmente delineato (*opinion of Roberts C.J.*, 29).

Se, quindi, Roberts, ha concluso che né il *commerce power* né la *Necessary and Proper Clause* possono essere invocati al fine di giustificare l'intervento del Congresso federale, tuttavia, ha evitato di sancire l'espressa incostituzionalità dell'*individual mandate*. Egli, invocando la giurisprudenza secondo cui dovere dei giudici è quello di ricercare sempre un'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni sottoposte al loro esame (cfr. *Hooper v. California*, 155 U.S. 648, 657, (1895), riconduce l'*individual mandate* al potere del Congresso di «*lay and collect taxes*» (art. 1, sez. VIII, cl. 1), giacché la sanzione pecuniaria cui sono soggetti coloro che non sottoscrivano una polizza assicurativa sanitaria, dal punto di vista sostanziale, è considerata come una tassa, sebbene la lettera della normativa impugnata utilizzi il diverso termine «*penalty*» per definirla. Roberts sostiene, così, che «*[t]he Affordable Care Act's requirement that certain individuals pay a financial penalty for not obtaining health insurance may reasonably be characterized as a tax. Because the Constitution permits such a tax,*

it is not our role to forbid it, or to pass upon its wisdom or fairness» (opinion of Roberts C.J., 44).

Siffatta statuizione, non è, però, ritenuta sufficientemente persuasiva (cfr. E. Longo, *U.S.A.: Lord Beveridge goes to Washington. L'opinione del Presidente della Corte suprema americana decisiva nella causa sulla riforma delle assicurazioni sanitarie voluta dal Presidente Obama nel 2010*, in www.forumcostituzionale.it). Infatti, se è vero che il riferimento al *taxing power* in materie escluse dal catalogo degli *enumerated powers* non è un fenomeno del tutto estraneo alla giurisprudenza della Corte suprema, costituendo un potere autonomo rispetto a quello legislativo (sul punto anche C. Bologna, *Sovranità degli stati federati e costituzionalità della riforma sanitaria: gli equilibri del Chief Justice Roberts*, 8 agosto 2012, in www.federalismi.it), è altrettanto vero che il *commerce power* ed il *taxing power* mal si prestano ad essere separati, poiché ogni limitazione del primo si traduce in una limitazione, o quantomeno influenza, l'altro. Sul punto, i giudici dissenzienti hanno rilevato, da un lato, che la Corte dovrebbe arrestarsi di fronte al dato letterale della legge, non potendosi pertanto interpretare il riferimento alla «*penalty*» connessa al mancato acquisto di un'assicurazione sanitaria come se si trattasse di una «*tax*»; dall'altro, che una siffatta interpretazione troverebbe riscontro in molti precedenti in cui si distinguerebbe una linea di demarcazione sostanziale fra tasse e «*penalties*» (Scalia, Kennedy, Thomas, and Alito, JJ., *dissenting*, 18 -20). Secondo tale lettura, l'interpretazione proposta dal *Chief Justice*, e fatta propria dai giudici di orientamento liberale, non sarebbe espressione di un corretto esercizio dell'attività ermeneutica cui il giudice costituzionale è preposto, ma integrerebbe una indebita riscrittura del testo costituzionale.

4. L'ulteriore profilo esaminato dalla Corte suprema attiene alla c.d. *Medicaid expansion*. Come noto, il programma federale *Medicaid* garantisce, tramite una sinergia di finanziamenti federali e statali, l'assistenza sanitaria a soggetti che presentano un reddito inferiore alla soglia di povertà. Con la riforma dell'*Health Care Legislation* si è stabilito che, a partire dal 2014, gli Stati garantiscano l'estensione del programma *Medicaid* anche a tutti gli adulti non ultrasessantacinquenni che abbiano un reddito non superiore al 133 per cento della soglia di povertà federale. Per gli Stati che non intendessero uniformarsi a tali previsioni, sarebbe intervenuta una forte sanzione, consistente nella mancata corresponsione di tutti i finanziamenti federali connessi al programma *Medicaid*.

A differenza della questione inerente all'*individual mandate*, le previsioni relative alla *Medicaid expansion* coinvolgono direttamente gli Stati nell'azione di garanzia dell'assistenza sanitaria ad ampie fasce della popolazione. La misura, incidendo su materie che esulano dalla competenza federale, voleva essere strutturata quale forma di finanziamento condizionato all'accettazione delle modifiche apportate al programma *Medicaid*. Tuttavia, in concreto, la sanzione prevista per l'ipotesi di mancata accettazione avrebbe avuto effetti che si sarebbero riverberati su tutta la struttura del *Medicaid*, e non solo quella oggetto di estensione.

Una maggioranza straordinariamente ampia (ben sette giudici, con il solo dissenso di Ginsburg e Sotomayor) ha appoggiato la lettura del *Chief Justice*, secondo cui le

previsioni inerenti la *Medicaid expansion* esorbitano i poteri riconosciuti al Congresso dalla *Spending Clause* (art. 8, sez. VIII, cl. 1, Cost.).

Nella propria *opinion* Roberts ripercorre sia l'origine e la struttura del programma *Medicaid*, sia i caratteri dello *spending power*, e giunge alla conclusione che le previsioni impugnate siano tese ad alterare lo schema costituzionale inerente al riparto di competenze.

Da un lato, Roberts ricorda che la *Spending Clause* assegna al Congresso il potere di «*pay the debts and provide for the ... general Welfare of the United States*» (art. 1, sez. VIII, cl. 1, Cost.), riconoscendo che a ciò è implicito il potere di erogare finanziamenti federali agli Stati, eventualmente anche subordinandoli all'accettazione di specifiche misure incidenti in ambiti formalmente di competenza statale; dall'altro, egli rileva come il caso sottoposto all'esame della Corte non integri un corretto esercizio dello *spending power* (*Opinion of Roberts C.J.*, 45 ss.).

Le condizioni poste dalla Federazione dovrebbero avere unicamente lo scopo di assicurare che i finanziamenti federali siano utilizzati dagli Stati per provvedere al *general Welfare* secondo le modalità ed i criteri stabiliti dal Congresso e non di minare l'assetto competenziale costituzionalmente delineato. A partire dal caso *Pennhurst State School and Hospital et al. v. Halderman et al.*, (451 U.S. 1, 1981), la normativa emanata sulla base della *Spending Clause* si viene a configurare come un vero e proprio contratto che segue la dinamica sopra descritta. Così, l'azione del Congresso federale può considerarsi legittima, e non minante lo *status* di entità sovrane degli Stati, unicamente in virtù dell'accettazione volontaria delle misure previste da parte di questi. In considerazione di ciò il *Chief Justice* ha rilevato che, se è pacifico che a livello federale si possa ricorrere alla *Spending Clause* per “incentivare” gli Stati ad adeguarsi a determinate politiche, quando viene meno una consapevole e libera potestà di scelta in capo ad essi, quando la pressione «*turns into compulsion*», allora la normativa federale non può essere ritenuta conforme all'assetto costituzionale, poiché «*[t]he Constitution simply does not give Congress the authority to require the States to regulate*» (*Opinion of Roberts, C.J.*, 47, citando *New York*, 505 U.S., at. 178). La Corte ha quindi accolto la censura dei ricorrenti secondo cui la decisione del Congresso di subordinare l'erogazione dei finanziamenti federali inerenti a tutto il programma *Medicaid* all'accettazione, senza riserve, della *Medicaid expansion* avrebbe «*crossed the line distinguishing encouragement from coercion*» (*Opinion of Roberts, C.J.*, 48, citando *New York*, 505 U.S., at. 175). Si è così dichiarata non conforme a Costituzione (unicamente) tale condizione coercitiva, con il risultato che gli Stati che non intenderanno aderire all'estensione del *Medicaid* non si vedranno corrispondere la sola quota di finanziamenti federali inerenti a tale misura e non tutti i finanziamenti destinati a finanziare la parte di programma *Medicaid* che è rimasta invariata.

5. La decisione in commento offre numerosi spunti di riflessione e lascia aperte alcune importanti questioni.

Secondo molti commentatori, il *Chief Justice*, avrebbe assunto la propria decisione animato dal desiderio di contrastare le accuse di eccessiva politicizzazione mosse alla Corte Suprema e di evitare il rischio concreto di una delegittimazione dell'organo (in tal senso R. Dworkin, *cit.*; J. Dean, *cit.*; B. Ackermann, *cit.*). Nell'*opinion* di Roberts si

legge, così, una interessante ricostruzione della posizione della Corte suprema nell'architettura costituzionale statunitense. Si cerca di distinguere in modo netto il momento della scelta politica, riservata alla discrezionalità delle istituzioni politiche, e il diverso, ma non meno importante, momento del controllo sulle modalità di ripartizione e di esercizio concreto dei poteri costituzionalmente definiti (*Opinion of Roberts C. J.*, 6). La Corte non si spinge a valutare il merito e la qualità di tali scelte, «does not express any opinion on the wisdom of the Affordable Care Act», poiché «[u]nder the Constitution, that judgement is reserved to people.» (*Opinion of Roberts C. J.*, 59), di conseguenza i giudici, in quanto soggetti non eletti, dovrebbero assumere, di preferenza, un atteggiamento di *self-restraint* ed essere molto cauti prima di censurare una decisione del potere legislativo.

Il *Chief Justice*, quindi, pare voler proporre una linea di demarcazione netta tra valutazioni di ordine politico e (legittimo) esercizio del potere di controllo giuridico sulle competenze del Congresso, combinando «una rappresentazione della Corte come soggetto chiamato ad un esercizio di razionalità eminentemente pratica, nel contesto di una interpretazione delle normative orientata, nei limiti del possibile, a giustificare la costituzionalità» (E. Chiti, *La decisione della Corte suprema degli Stati Uniti sulla riforma sanitaria di Obama*, in *Giorn. dir. Amm.* 2012, 905). Tuttavia, la decisione in commento, pur ponendosi apparentemente come espressione di un *deferent approach*, presenta una trama non scevra da risvolti problematici e pone il Paese ad una svolta (in tal senso B. Ackermann, *cit.*). Da un lato, come si è detto, si fa salva una riforma che rappresenta la principale estensione del *welfare state* dagli anni sessanta e che, sulla base di una interpretazione estensiva del potere di tassazione del Congresso, riflette una concezione forte del governo federale. Dall'altro, invece, si fornisce una interpretazione restrittiva della *Commerce Clause*, secondo uno schema interpretativo proprio dell'epoca *pre-new deal* e si censurano le disposizioni relative alla *Medicaid expansion* incidendo sui margini di intervento del potere federale, riflettendo, quindi, una concezione “debole” dello stesso. Il *Justice Roberts*, cioè, sarebbe riuscito, allo stesso momento, a minare i sostegni della giurisprudenza consolidata a partire dal *new deal* pur salvando formalmente l'*Affordable care Act* e sostenendo la costituzionalità dell'*individual mandate* ascrivendolo al *taxing power* federale (cfr B. Ackermann, *cit.*, nonché C. C. Copeland, *FDR and Obama: are There Constitutional Law Lessons from the New Deal for the Obama Administration? Beyond Separation in Federalism Enforcement: Medicaid Expansion, Coercion, and the Norm of Engagement*, in 15 *U. Pa. J. Const. L.* 91, 2012).

Vi sono, inoltre, profili di incertezza quanto alla prefigurazione degli scenari futuri: la decisione ha aperto una nuova fase di trattative fra gli Stati e la federazione (cfr. N.C. Aizenman, S. Somashekhar, *More state leaders considering opting out of Medicaid expansion*, 4 luglio 2012, *The Washington Post*, in articles.washingtonpost.com/2012-07-03/national/35487277_1_medicaid-expansion-matt-salo-medicaid-programs) e fino al 2014 non si conoscerà con esattezza quali e quanti stati accetteranno la riforma nella sua interezza, cosicché si è rilevato che probabilmente si realizzerà, quantomeno in via transitoria, un modello di *welfare* «a geometria variabile» (in tal senso C. Bologna, *U.S.A.: La Corte suprema sulla riforma sanitaria: una vittoria per Obama e una sconfitta per il governo federale?*, in www.forumcostituzionale.it, 4) in cui i livelli di

tutela garantiti dall'assistenza pubblica varieranno a seconda della posizione concretamente assunta dagli Stati.

La combinazione interpretativa offertaci da Roberts nella sua *opinion*, capace di una sintesi in grado di “salvare” una delle previsioni cardine della riforma sanitaria pur offrendo una lettura estremamente restrittiva dei margini del potere federale in tema di *Commerce Clause*, appare sorprendente anche per un profilo di ordine “metodologico”. Come rilevato dal Justice Ginsburg nella sua *separate opinion*, per consolidata tradizione un giudice della Corte suprema non dovrebbe proporre soluzioni ultronee rispetto a quelle strettamente necessarie al fine di definire il caso sottoposto al suo esame. Così, sarebbe stato auspicabile che Roberts, avendo ricondotto l'*individual mandate* al legittimo esercizio del *taxing power*, non si fosse spinto a fornire un'interpretazione restrittiva della *Commerce Clause*, così da escludervi la riconducibilità del *mandate* (*Opinion of Ginsburg J.*, 37). La giustificazione adottata dal Chief Justice sul punto non è ritenuta soddisfacente. Egli, in prima battuta sostiene che «[t]he question is not whether that is the most natural interpretation of the mandate, but only whether it is a “fairly possible” one» (*Opinion of Roberts J.C.*, 32). Successivamente, Roberts giustifica la propria analisi della *Commerce Clause* ritenendo l'*individual mandate* una previsione che «reads more naturally as a command to buy insurance than as a tax», salvo poi precisare che «[i]t is only because the Commerce Clause does not authorize such a command that it is necessary to reach the taxing power question» (*Opinion of Roberts J.C.*, 44).

In sostanza Roberts sostiene che se le previsioni sottoposte al suo esame avessero potuto essere considerate espressione di un valido esercizio del *commercial power*, non sarebbero certo state interpretate come declinazione del *taxing power*. Una siffatta impostazione, pur consentendo di non dichiarare l'incostituzionalità dell'*individual mandate*, pare esser ancorata al desiderio di far emergere una “ideologia” latente. Il risultato è che le argomentazioni utilizzate paiono essere il risultato di un artificio alchemico (in questi termini, R. Dworkin, *cit.*) più che l'esito di un'attività ermeneutica coerente. La non linearità del percorso interpretativo, il “nascondersi” dietro il paravento di tecnicismi argomentativi che a tratti paiono finanche esasperati, sembra riconducibile anche ad una logica che risponde a valutazioni di ordine pragmatico e di opportunità politica. Valutazioni dipendenti (forse) anche dall'esito incerto della campagna elettorale per le consultazioni presidenziali in corso al momento della decisione, e dalle future nomine di giudici della Corte suprema che il Presidente si troverà a dover fare: nomine in grado di incidere sugli equilibri esistenti all'interno della Corte e di condizionarne la giurisprudenza futura.



Spagna. Il Tribunal Constitucional spagnolo riconosce la legittimità costituzionale della legge sul matrimonio omosessuale

di **Renato Ibrido**

Con la sentenza n. 198 del 2012, dello scorso 6 novembre, il *Tribunal Constitucional* spagnolo ha respinto il ricorso d'incostituzionalità promosso dai deputati del Partito Popolare contro la *Ley* n. 13 del 2005, la quale aveva esteso alle coppie dello stesso sesso la possibilità di accedere all'istituto del matrimonio e dell'adozione congiunta.

La decisione è stata adottata dopo sette anni dalla presentazione del ricorso, periodo nel quale più di ventimila coppie omosessuali si sono unite in matrimonio. In questo senso, il recente rinnovo della composizione del collegio ha dato un impulso decisivo al superamento della fase di stallo che aveva impedito al Tribunale costituzionale di pronunciarsi sul ricorso promosso contro la *Ley* 13/2005. Il testo della sentenza è stato così approvato con sette voti favorevoli ed un voto particolare concorrente. Tre giudici hanno invece formulato opinioni particolari dissenzienti.

La struttura della decisione si snoda in quattro passaggi fondamentali: la corretta delimitazione dell'oggetto della causa, con un primo filtro rispetto a motivi del ricorso già preliminarmente considerati inidonei a comportare l'incostituzionalità della legge (FJ 1-6); la definizione del matrimonio nella sua veste di garanzia d'istituto, *rectius*, di *garantía institucional* (FJ 7-9); l'individuazione del contenuto del matrimonio nella diversa dimensione di diritto costituzionale (FJ 10-11); infine, il tema delle adozioni da parte delle coppie omosessuali (FJ 12).

In particolare, secondo il Tribunale costituzionale, il vero e in sostanza unico punto nodale relativo al problema della costituzionalità del matrimonio omosessuale deve essere ricollegato all'interpretazione dell'art. 32 della Costituzione spagnola (da ora, CE), disposizione ai sensi della quale «L'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio in piena eguaglianza giuridica». Il successivo secondo comma

rinvia poi alla legge il compito di disciplinare le modalità di funzionamento dell'istituto.

I “motivi di incostituzionalità” relativi alla violazione degli art. 9, c. 3 (principio di gerarchia normativa), 10, c. 2 (obbligo di interpretazione delle norme sui diritti fondamentali conforme ai trattati internazionali), 53, c. 1 (intangibilità, da parte del legislatore, del contenuto essenziale dei diritti) e 167 CE (procedimenti di riforma costituzionale) non sono stati invece considerati autonomi rispetto al motivo concernente l'art. 32 CE. Quanto alla possibile violazione degli art. 14 (principio di eguaglianza) e 39 CE (protezione della famiglia), tali questioni sono state risolte molto rapidamente dal Tribunale costituzionale sulla base della precedente giurisprudenza.

Ricostruito in questi termini il punto nodale della questione, il *Tribunal Constitucional*, facendo propria la proposta classificatoria formulata dall'Avvocatura dello Stato, si è soffermata sulle due opposte soluzioni emerse nell'esperienza comparata. Da un lato il modello del matrimonio omosessuale costituzionalmente necessario, secondo l'interpretazione della Costituzione del Massachusetts proposta dalla Corte suprema statale nella decisione *Hillary Goodridge* del 2003; sul versante opposto, le esperienze che hanno costituzionalizzato il paradigma eterosessuale del matrimonio, istituto che rimarrebbe così riservato alle sole coppie formate da un uomo e da una donna. Infine, in un terzo modello, definito “facoltativo” o “intermedio”, la possibilità di introdurre il matrimonio omosessuale sarebbe rimessa al margine di discrezionalità del legislatore, mentre il matrimonio eterosessuale, almeno in linea di massima, troverebbe un esplicito ancoraggio nella Costituzione.

Sebbene attraverso una linea di ragionamento in parte differente da quella suggerita dall'Avvocatura dello Stato, l'interpretazione dell'art. 32 CE accolta dal Tribunale costituzionale si è attestata, appunto, su questo terzo modello intermedio. Da un lato, infatti, l'esame dei lavori preparatori ha portato la corte ad escludere l'opzione per il modello del matrimonio omosessuale costituzionalmente necessario. Nel 1978 – si legge nella sentenza – il matrimonio era d'altronde concepito come l'unione di un uomo e una donna.

Per altro verso, una valorizzazione del dato testuale ha condotto a scartare l'opposta soluzione rappresentata dal riconoscimento della costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale del matrimonio. L'art. 32, infatti, si limita ad identificare i titolari del diritto al matrimonio, ponendo l'accento sull'affermazione dell'eguaglianza della donna, e non anche i soggetti con i quali questi ultimi possono esercitare lo *ius connubii*. Vero è che l'art. 32 individua l'unica disposizione costituzionale in materia di diritti fondamentali nei quali il titolare del diritto viene identificato con la formula “l'uomo e la donna” anziché attraverso formule più aperte quali “gli spagnoli”, “ogni persona”, “i cittadini”, etc. Tuttavia, la scelta lessicale si spiegherebbe in ragione del fatto che l'enunciato si chiude con una sottolineatura della “piena eguaglianza giuridica” dei coniugi, e dunque nell'ambito di una funzione essenzialmente anti-discriminatoria.

Sulla soluzione mediana accolta dal *Tribunal Constitucional* sembra aver inciso altresì la c.d. impostazione “neutra” accolta a livello sovranazionale. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, l'art. 12 CEDU tutela il diritto delle

coppie eterosessuali di sposarsi, mentre la possibilità di estendere il medesimo diritto alle coppie omosessuali rimarrebbe ancorata al margine di apprezzamento degli Stati membri. In base invece all'interpretazione autentica" dell'art. 9 della Carta di Nizza elaborata sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione, la suddetta disposizione «non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso».

Quanto al problema dell'adozione congiunta dei minori da parte di coppie omosessuali, il Tribunale costituzionale non ha negato che l'interesse del minore si configuri come prevalente rispetto a quello delle coppie che desiderino accedere all'istituto dell'adozione. Tuttavia, secondo il collegio, la legge già prevede adeguate procedure che consentono al giudice di negare l'adozione allorché essa risulti in contrasto con l'interesse del minore. Ne discende, quindi, la mancata violazione dell'art. 39, c. 2 CE nonché l'impossibilità di identificare nell'orientamento sessuale della coppia una ragione idonea a negare, di per sé, l'adozione del minore.

Sul piano degli stilemi argomentativi, la sentenza sul matrimonio omosessuale segnala altresì una (inaspettata) riscoperta da parte del Tribunale costituzionale spagnolo di quella originaria vocazione per la comparazione che aveva caratterizzato la propria giurisprudenza negli anni Ottanta.

Emblematico, sotto questo profilo, è il riferimento adesivo esplicito alla decisione *Edwards* con la quale la Corte suprema canadese inaugurò nel 1930 la *living tree doctrine*. Con particolare riferimento al matrimonio omosessuale, questa dottrina è stata ribadita dalla Corte suprema canadese nel *reference Re Same-Sex Marriage* del 2004, decisione anch'essa citata dal Tribunale costituzionale spagnolo quale argomento a sostegno di una interpretazione evolutiva dell'art. 32 CE

Prendendo le mosse dalla teoria dell'"*árbol vivo*", la sentenza del 6 novembre 2012 ha evidenziato che l'interpretazione evolutiva del testo costituzionale trova il proprio fondamento nel concetto di "cultura giuridica", vale a dire in un'immagine del diritto inteso come «fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla». Ebbene, per il Tribunale costituzionale la cultura giuridica «no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos» ma anche attraverso l'osservazione della realtà sociale giuridicamente rilevante, le opinioni della dottrina, i trattati internazionali e – ed è questo uno dei passaggi fondamentali della sentenza – il «Derecho comparado».

Tracciate queste premesse, l'alto tribunale ha evidenziato come l'istituto del matrimonio sia stato oggetto di una profonda trasformazione nell'esperienza comparata. Mentre negli anni Ottanta, «ningún país del mundo otorgaba derechos a las uniones entre personas del mismo sexo» oggi l'equiparazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso al matrimonio eterosessuale si è consolidato «en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental». Da questo cambiamento non potrebbe rimanere immune la stessa interpretazione dell'art. 32 CE, la quale dovrebbe essere invece sottoposta ad una interpretazione evolutiva idonea ad attualizzarne i significati alla luce delle trasformazioni della cultura giuridica.

Sempre sul piano delle tecniche argomentative, la sentenza dello scorso 6 novembre segnala altresì un'inedita apertura del Tribunale costituzionale spagnolo

verso il pluralismo disciplinare. Fino alla sentenza sul matrimonio omosessuale, infatti, il *Tribunal Constitucional* ha rappresentato nel panorama comparato una delle corti maggiormente ostili rispetto ad una prospettiva metodologica di tipo interdisciplinare, preferendo utilizzare un registro rigorosamente giuridico nell'argomentazione delle proprie soluzioni interpretative. Nella sentenza del 6 novembre 2012, invece, il pluralismo disciplinare ha assunto un peso significativo se non determinante. Non solo, infatti, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto alla "realtà sociale", su un piano generale, l'idoneità ad incidere sui percorsi di attualizzazione della cultura giuridica (e per il tramite di questa dell'interpretazione costituzionale), ma ha altresì richiamato in forma esplicita alcuni dati di carattere statistico e demoscopico dai quali emergerebbe l'ampia accettazione da parte della società spagnola del matrimonio omosessuale. Proprio questi dati confermerebbero, ad avviso della corte, l'avvenuta evoluzione dell'immagine tradizionale di matrimonio.



Canada. 1982-2012. A trent'anni dalla *Patriation* canadese. Riflessioni della dottrina italiana

di *Andrea Perelli*

Si è svolto presso l'Università degli Studi di Genova, nei giorni 6 e 7 Dicembre 2012, il Convegno dal titolo: “1982-2012 *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*” organizzato dal Centro di ricerca sui sistemi costituzionali comparati dell'Università degli studi di Genova con il coordinamento scientifico della Professoressa Eleonora Ceccherini dell'Università degli Studi di Genova, con il patrocinio dell'Associazione italiana di studi canadesi, dell'*Association Henri Capitant*, del Centro di ricerca sul Nord America (Canada, Stati Uniti) – Università degli Studi di Genova e grazie al supporto del *Canada Europe Award* del Governo canadese.

I lavori sono stati suddivisi in sei sessioni tematiche: federalismo nazionale vs federalismo provinciale, il ruolo delle Province in Canada, il ruolo della Corte suprema dopo la *Patriation*, il ruolo del Parlamento nel Canada moderno, il dialogo fra Corti e legislatore, la tutela dei diritti in una società libera e democratica.

La prima sessione ha trattato un tema classico e largamente studiato dalla dottrina, ossia quello del rapporto intercorrente tra federalismo nazionale ed federalismo provinciale, soprattutto nell'ottica di analizzare le forti spinte –

manifestatesi in Québec – verso l’indipendenza, contrapposte alla volontà di mantenere unito l’ordinamento canadese.

La sessione è stata inaugurata dall’intervento di Marco Olivetti, dell’Università di Foggia, dal titolo “Una Costituzione per il Québec?”, che ha toccato il delicato problema della configurabilità di una Costituzione per le singole Province, ed in particolare per il Québec, chiedendosi quale natura abbiano queste Carte e giungendo alla conclusione che siano da qualificare come Carte identitarie più che come veri e propri *instruments of government*, cioè come documenti tesi a riconoscere le volontà differenziatrici presenti in talune Province, impedendo al contempo che tale riconoscimento conduca all’estrema conseguenza della dissoluzione dell’ordinamento stesso mediante fenomeni secessionisti.

Strettamente legato a questa prima relazione è stata quella di Anna Mastromartino, dell’Università di Torino, dal titolo “Società distinta e Senato” che ha trattato della peculiare composizione della seconda camera canadese per poi interrogarsi circa la correttezza dell’affermazione – spesso sostenuta dalla dottrina – del superamento del ruolo del senato come camera territoriale. Da un lato infatti è stato messo in evidenza come questa assemblea sia composta in maniera peculiare: dal momento che non è elettiva, né è espressione delle Province ma è composta da membri nominati dal Governatore Generale secondo una logica di rappresentanza delle molteplici istanze che connotano la società canadese. Tutto ciò rende tale Camera uno strumento di compensazione e composizione pregiuridica dei conflitti che possono – dunque – andare incontro a soluzioni compromissorie, evitando di giungere alla disgregazione dell’ordinamento. Pertanto, svolgendo un ruolo di mediazione, oltre che di legislazione, il Senato può costituire un’istituzione centrale soprattutto nelle società multiculturali e pluraliste, come è quella canadese.

Il terzo contributo della prima sessione costituisce un momento di sintesi fra l’anima pubblicista e quella privatistica che ha accompagnato il convegno. Michele Graziadei dell’Università di Torino, con il suo contributo: “Il bigiuralismo in Québec: i problemi della traduzione nel diritto, e l’insegnamento transistemico del diritto”, ha affrontato gli interessanti fenomeni – tipici del Québec – del bilinguismo e del bigiuralismo nella formazione del giurista. In tale Provincia, infatti, da un lato convivono due lingue ufficiali (l’inglese e il francese); dall’altro

coesistono due differenti culture giuridiche: quella di *civil law* (francofona), sulla quale si innesta un ordinamento di *common law* (anglofono). Ricostruita la peculiarità del Québec, il relatore ha quindi ricordato l'esperienza della *McGill University* di Montréal, in cui i giuristi si formano su un piano di studi che presenta particolare attenzione al bigiuralismo ed al bilinguismo.

La seconda sessione intitolata “Il ruolo delle Province in Canada” ha analizzato un altro tema classico degli studi canadesi ossia quello del ruolo centrale assunto dalle Province nell'assetto dell'ordinamento canadese, ed ha avuto come filo rosso – che oseremmo definire necessitato – la constatazione di una profonda divisione tra Costituzione formale e consuetudini costituzionali.

La prima relazione di Arianna Pitino dell'Università di Genova dal titolo “Il riparto di competenze legislative tra Federazione e Province in Canada” ha illustrato come il *British North America Act* del 1867 accoglie il sistema della doppia lista (la prima contempla le competenze esclusive della Federazione, la seconda quelle delle Province). In realtà una lettura coordinata delle due liste ed uno studio della concreta realizzazione dei rapporti interistituzionali portano a constatare come si sia sviluppato un federalismo di tipo competitivo basato su una sostanziale e generalizzata competenza concorrente. Tale affermazione è suffragata anche dal ruolo assunto dal Senato nello sviluppo di un federalismo competitivo, secondo quanto già analizzato dal precedente contributo di Anna Mastromartino.

Il contributo di Guerino D'Ignazio dell'Università della Calabria intitolato “Le Province canadesi nella *cross border cooperation*: un federalismo “senza confini”?” ha indagato un filone piuttosto nuovo per gli studi federalisti ossia quello della cooperazione transfontaliera in cui sono coinvolte in via diretta le stesse Province con entità lomologhe di altri Stati – in particolare con i singoli Stati degli Stati Uniti d'America – nell'ottica di perseguimento dei propri specifici interessi provinciali. Tale studio ha messo chiaramente in evidenza come questo fenomeno cooperativo sia in costante rafforzamento e rappresenti un possibile filone di futura evoluzione per le Province, soprattutto nella protezione e nell'affermazione dei propri interessi.

La seconda sessione è stata chiusa dall'intervento di Dario Tosi dell'Università della Valle d'Aosta: “Federalismo fiscale in Canada tra autonomia e principio unitario”. Questo lavoro ha permesso di tornare sulla scissione tra Costituzione

formale e prassi costituzionali – già analizzata, sotto un’ottica differente da Arianna Pitino. Infatti se da un lato siffatta competenza viene riservata alle Province, dall’altro esse incontrano il limite del perseguimento degli interessi e delle finalità provinciali. È dunque chiaro come anche qui si manifesti una cooperazione competitiva tra Federazione e Province.

La terza sessione di lavori è stata intitolata “*Il ruolo della Corte suprema dopo la Patriation*” ed ha voluto analizzare lo sviluppo del ruolo della Corte suprema successivamente alla c.d. *Patriation* della Costituzione, avvenuta nel 1982.

Il primo contributo, portato da Paolo Passaglia dell’Università di Pisa ed intitolato “Modello inglese vs. modello statunitense nell’edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale”, ha analizzato i due archetipi che sono stati tenuti presenti dal legislatore costituzionale canadese nella configurazione degli strumenti di giustizia costituzionale. Si registra una sovrapposizione ed uno scontro – già anteriori al 1982 – tra il diritto anglosassone – elaborato nel Regno Unito per la colonia canadese – ed il diritto c.d. coloniale – elaborato direttamente in Canada. Da un lato infatti si sente fortemente l’influsso del principio della *sovereignty of Parliament* – tipico del costituzionalismo anglosassone –, dall’altro però dopo la *Patriation* del 1982 si afferma un sistema di giustizia costituzionale che contrasta con il principio testé enunciato. Dalla contrapposizione di questi due modelli nasce un modello particolare di giustizia costituzionale radicato nella *Section 33* della *Canadian Charter of Rights and Freedom* (1982) che introduce la c.d. *notwithstanding clause* che prevede che i Parlamenti (federali e provinciali) possano – motivando la propria decisione – legiferare comprimendo – per un tempo definito e limitato – taluni diritti tutelati dalla stessa Carta dei diritti e delle libertà ed espressamente individuati da questa. È interessante notare come in realtà tale facoltà sia stata utilizzata pochissimo e sempre nell’ottica di tutelare talune specificità provinciali. Se la Corte suprema ha quindi una supremazia temperata sul legislatore, essa può, però, essere attivata preventivamente dallo stesso in sede di *reference*, chiedendo cioè alla Corte un parere circa la legittimità costituzionale di un disegno di legge.

La seconda relazione, dal titolo “La nomina dei giudici della Corte suprema: novità e prospettive” è stata tenuta da Nicola Vizioli dell’Università di Siena che ha analizzato i meccanismi che portano alla selezione dei membri della Corte suprema.

Punto di partenza dell'esposizione è stata la constatazione del mutato ruolo della Corte suprema a seguito della *Patriation* del 1982, che ha emendato la Costituzione del Canada rendendola una Costituzione rigida ed ha introdotto il giudizio di legittimità costituzionale. Il relatore ha quindi illustrato la complessa procedura che porta alla nomina dei giudici della Corte sottolineando, da un lato come essa sia largamente dominata da prassi consolidate, dall'altro come, benché sia riservata una quota a giudici quebecchesi, le Province non siano coinvolte in tale procedura. Siffatta scelta affonda le proprie radici nella storia del Canada e sembra fare il paio con l'altra "esclusione eccellente" che tocca le Province: quella dalla composizione del Senato, già richiamata dal contributo di Anna Mastromarino.

L'ultimo intervento di questa sessione è stato affidato a Giorgio Resta dell'Università di Bari che ha presentato un contributo dal titolo "La storia "giuridificata": l'esperienza canadese e le prospettive del diritto comparato". Tale contributo ha toccato un tema di assoluto interesse per chi si accinga a studiare l'ordinamento d'oltreatlantico, ossia quello dell'atteggiamento del giudice nei confronti della storia e della ricerca storiografica. La *Section 35* del *Patriation Act* riconosce e tutela i diritti delle popolazioni aborigene: si tratta dei cc.dd. diritti ancestrali, quei diritti che si rifanno ad usi e costumi antecedenti al contatto delle popolazioni aborigene con i colonizzatori europei. Il riconoscimento e la tutela di tali diritti in sede giurisdizionale pone delicati problemi: in primo luogo se sia opportuno "giuridificare" la storia, cioè riconoscere un qualche valore giuridico alle ricerche degli storici sugli usi e costumi antecedenti il momento del contatto con gli europei; in secondo luogo – posto che le culture aborigene sono tipicamente culture orali – quali prove accettare nel corso del giudizio. È stato messo in luce che la Corte, risolvendo tali problematiche, svolge un fondamentale ruolo nella regolazione di conflitti tipici di una società multiculturale.

La quarta sessione intitolata "Il ruolo del Parlamento nel Canada moderno" ha completato l'analisi su tre attori istituzionali: Province, Corte suprema - e appunto - il Parlamento. Tale sessione è costituita dal contributo intitolato "Etica pubblica, partiti politici e gruppi di pressione in Canada" di Pier Luigi Petrillo dell'Unitelma Sapienza Università di Roma. Il relatore ha illustrato come i gruppi di pressione nell'ordinamento canadese siano percepiti come attori fisiologici del procedimento

decisionale pertanto sono ammessi a partecipare a tale processo e sono – al contempo – rigidamente regolati, mercé l'accoglimento da parte dell'ordinamento dei principi del costituzionalismo inglese ed il rifiuto dei modelli cc.dd. giacobini che videro la loro massima espressione nella legge *Le Chapelier* del 1791, che abolì tutti i corpi intermedi. È stato quindi sottolineato come la scelta del Canada sia stata quella di una rigida disciplina delle condotte per coloro che ricoprono cariche pubbliche. Infatti, debbono rendere noti tutti gli interessi di cui sono portatori e devono tenere condotte congrue al ruolo che ricoprono.

La quinta sessione della prima giornata lavori ha chiuso idealmente i lavori riguardanti gli attori istituzionali del Canada ed ha riguardato un fenomeno peculiare del Canada: “Il dialogo fra Corti e legislatore”.

Il primo intervento, di Sergio Gerotto dell'Università di Padova ed intitolato “Il dialogo tra Corte e legislatore a 15 anni da “*Hogg and Bushell*””, getta una luce chiarificatoria sul titolo scelto per questa quinta sessione. È noto infatti che il c.d. dialogo tra Corti e legislatore è una tesi sui rapporti tra potere legislativo e potere elaborata nel 1997 dalla stessa dottrina canadese (P. W. HOGG, A. A. BUSHELL, *The Charter dialogue between Courts and Legislature (or perhaps the Charter of rights isn't such a bad thing after all)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n. 1, 1997, 75 – 124). Tale orientamento precisò che l'ipotetico scontro incipiente fra la Corte come giudice delle leggi e legislatore – già anticipato da Paolo Passaglia nel suo intervento – si potesse leggere come dialogo e non come conflitto, facendo leva in particolare sul potere della Corte di modulare gli effetti delle proprie decisioni. Il relatore ha, quindi, illustrato lo sviluppo di questo dialogo che nel corso del tempo si è rivelato non sempre privo di asprezze.

Il contributo seguente, di Giampaolo Gerbasi dell'Università della Calabria intitolato “La clausola *nonobstant* della Carta canadese dei diritti e libertà ovvero del peculiare assetto dei rapporti tra corte e legislatore. Suggestioni comparatistiche con la tutela sovrana dei diritti fondamentali”, rappresenta un approfondimento sull'utilizzo della clausola derogatoria, che rappresenta uno dei due poli attorno a cui si sviluppa il dialogo tra corte e legislatori. Gerbasi ha messo in luce, attraverso un'attenta analisi delle ipotesi in cui tale clausola è stata attivata, come la *sec. 33* della Carta dei diritti e delle libertà in realtà abbia assunto nella prassi il ruolo di

strumento preventivo di conflitti e, quindi, si sarebbe rivelato uno strumento per impedire il dialogo, piuttosto che per favorirlo.

L'ultimo intervento della quinta sessione è stato di Francesca Rosa dell'Università di Foggia intitolato: "Il diritto di voto nel dialogo tra Corte suprema e legislatore" che ha portato un esempio paradigmatico di dialogo tra Corte suprema e legislatore. È stato evocato, infatti, il lungo dibattito che ha contrapposto i due poteri dello Stato circa la legittimità della privazione del diritto di voto per i detenuti. Un tema che è stato oggetto di giudizio anche da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha avuto modo di citare la giurisprudenza canadese, testimoniando la circolazione dei precedenti stranieri nelle *rationes decidendi* dei giudici.

La sesta sessione che si è avvalsa della fatica di undici relatori è stata intitolata "La tutela dei diritti in una società libera e democratica".

La prima relazione, di Ilenia Ruggiu dell'Università di Cagliari intitolata "il test culturale e il test religioso della Corte suprema", si è occupata della tutela offerta dalla Carta alla libertà religiosa ed ai cc.dd. diritti ancestrali, soprattutto quando essi vadano a comprimere altri diritti. La relazione ha in particolare esposto i due test elaborati dalla Corte per verificare se il diritto religioso o culturale – la cui garanzia poggia sulla richiesta di trattamento derogatorio per un soggetto o un gruppo di soggetti - sia effettivamente meritevole di tutela: si tratta dei noti test *Van der Peet* e *Amselem* attraverso i quali la Corte, con l'approccio sostanziale che la contraddistingue, verifica l'assoluta necessità della deroga per tutelare entrambi i diritti citati.

Il secondo contributo, di Valeria Piergigli dell'Università di Siena intitolato "Politiche per l'immigrazione e integrazione degli stranieri", ha analizzato l'atteggiamento del Canada nei confronti del fenomeno migratorio. Si è constatato come tale Paese sia tradizionalmente meta di immigrazione e non si ponga con atteggiamento negativo rispetto al fenomeno. È stato evidenziato che la disciplina della materia sia di competenza sostanzialmente concorrente e che l'unica Provincia che ha mostrato un certo attivismo è stata il Québec nell'ottica di tutelare le proprie specificità culturali.

Il terzo intervento è stato effettuato da Marco Gaggero dell'Università di Torino e s'intitola "Tra assimilazione e riconciliazione: il caso dell'*Indian Residential*

School Settlement Agreement". Oggetto del contributo è stata una pagina particolarmente triste della storia canadese ossia quella delle cc.dd. *Indian Residential Schools*, istituti scolastici statali, spesso gestiti da religiosi, in cui venivano educati i figli delle popolazioni aborigene con un preciso obiettivo assimilazionista rispetto alla cultura delle popolazioni di origine europea dominanti; al fine, già di per sé non commendevole, perseguito da queste istituzioni si aggiunse un ambiente spesso profondamente degradato, sia dal punto di vista materiale che morale. In un'ottica risarcitoria, l'ordinamento canadese ha inteso superare il proprio passato dando luogo ad una Commissione di verità e riconciliazione, che permettesse la conoscenza di questa tremenda esperienza tramite la sua puntuale ricostruzione.

La quarta relazione, di Riccardo de Caria dell'Università di Torino intitolato "The case-law of the Supreme Court of Canada on minority linguistic rights: an attempt to disseminate Charter patriotism, and its inconveniences", è tornata ad analizzare il fenomeno del dialogo tra Corti e legislatore prendendo spunto dalla tutela dei diritti linguistici ed è giunto alla conclusione che il dialogo in questo campo, ancorché caratterizzato da una certa conflittualità, sembra aver funzionato.

Il tema della tutela dei diritti linguistici è alla base anche dell'intervento di Maria Rosaria Radiciotti dell'Università La Sapienza intitolato "Protezione delle lingue autoctone e diritti di autogoverno". L'argomento, molto arato dalla dottrina canadese in passato, oggi sembra essere stato messo leggermente in disparte, sebbene presenti profili di sicuro interesse, soprattutto nell'ottica della tutela dei diritti ancestrali riconosciuti alle popolazioni aborigene. E' stato precisato come si stia manifestando un rapidissimo depauperamento del patrimonio linguistico degli aborigeni e come essi abbiano chiesto - ed in parte ottenuto -, attraverso la stipula di accordi intergovernativi tra i rappresentanti delle *First Nations* e la Federazione, l'attribuzione di specifiche competenze in materia di tutela delle lingue ancestrali che all'interno del percorso scolastico sono state rese lingue veicolari e non mere lingue curriculari.

Il sesto contributo, intitolato "Libertà di manifestazione del pensiero nella giurisprudenza canadese nella lotta contro l'*hate propaganda* e la sua manifestazione" di Irene Spigno dell'Università di Siena, ha ripreso il delicato tema del rapporto con la storia. La relatrice ha sottolineato come la limitazione dei cosiddetti discorsi

d'odio si sia risolta in una compressione della libertà d'espressione ed ha quindi richiamato i due modelli di approccio alla problematica: quello statunitense improntato alla tutela assoluta della libertà suddetta e quello europeo che, invece, combatte il fenomeno qualificando i discorsi d'odio come reato. Si è quindi notato come il Canada adotti una terza soluzione: da un lato condivide con l'impostazione europea la qualificazione penale dell'*hate propaganda*, dall'altro il *Constitution Act* del 1982 ha introdotto la *Section 2* che tutela la libertà d'espressione, avvicinando parzialmente il sistema canadese a quello statunitense. È stato infine messo in evidenza che le Corti canadesi citano sempre *a contrario* la giurisprudenza delle Corti statunitensi.

La relazione, di Elisabetta Palici di Suni dal titolo "Multiculturalismo e parità tra uomo e donna in Canada", ha preso spunto dal saggio di Susan Moller Okin dal titolo "Is multiculturalism bad for women?" e si è occupata della tutela della parità tra uomo e donna in una società multiculturale come quella canadese. In questo ambito, la tutela dell'eguaglianza fra i sessi e il rispetto dei diritti ancestrali possono entrare in conflitto. A questo proposito, si è prestata particolare attenzione alla giurisprudenza della Corte suprema che talora è sembrata orientata più alla tutela del multiculturalismo che non dell'uguaglianza stessa.

Il contributo di Valentina Scotti dell'Università Luiss Guido Carli, intitolato "Il multiculturalismo canadese e le comunità islamiche: questioni controverse all'analisi della Corte suprema", ha toccato il tema delicatissimo del rapporto tra libertà religiosa e giusto processo, visto alla luce del diritto di una presunta vittima di un abuso sessuale di poter indossare il velo in tribunale durante la propria deposizione.

La relazione, di Pamela Martino dell'Università di Bari intitolata "Il *National security privilege* e garanzia del giusto processo: la giurisprudenza della Corte suprema canadese dopo l'11 settembre 2001", ha indagato il delicatissimo filone del rapporto tra stato d'emergenza determinato dagli attacchi terroristici e compressione dei diritti fondamentali – in particolare quello al giusto processo. In particolare, si è analizzato l'utilizzo della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali effettuata dalla Corte suprema con l'obiettivo d'attenuare l'assolutezza del segreto di Stato.

Il decimo intervento di Giuliana Giuseppina Carboni dell'Università di Sassari, intitolato "Il diritto alla salute in Canada e i problemi di sostenibilità dell'assistenza",

ha richiamato problema del riparto di competenze: ancorché la Costituzione non si occupi espressamente della tematica sanitaria, il *Constitution Act* del 1982 contiene la *Section 36* che ha introdotto la perequazione tra Province e Canada che si applica anche alla materia sanitaria.

Infine l'ultima relazione di Paolo Molinari dell'Università cattolica di Milano, dal titolo: "Le politiche di contrasto alla povertà in Canada: il ruolo degli enti locali" ha analizzato come gli enti locali intervengano nelle azioni di contrasto alla povertà ed al degrado urbano, evitando la formazione di sobborghi fortemente degradati, come invece avviene negli Stati Uniti d'America.



Africa. Per la Corte di giustizia e dei diritti dell'uomo e dei popoli *work in progress* ancora a lungo?

di **Carmen Ranalli**

Il problema del pluralismo delle Corti non rappresenta più una prerogativa esclusivamente europea ma ha avuto modo di emergere anche nel contesto africano. Il ventesimo *Summit* degli organi politici dell'UA, tenutosi nel gennaio 2013, ha nuovamente rinviato l'approvazione del *Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* (consultabile al sito Internet www.africlaw.com), contenente disposizioni atte a novellare (prima ancora della sua entrata in vigore) il *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, varato nel 2008.

Il Protocollo del 2008 nasce, com'è noto, con l'intento precipuo (una volta entrato in vigore) di sostituire i Protocolli del 1998 e 2003 relativi all'istituzione delle due Corti originariamente previste nell'architettura continentale al fine di giungere all'istituzione di un'unica Corte unificata: l'*African Court of Justice and Human Rights* (per riferimenti sul Protocollo del 1998 e sulle vicende legate all'*African Court on Human and Peoples' Rights* si v., D. Tega, *Africa: La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, in www.forumcostituzionale.it).

Finalità essenziale del *Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* è quella di estendere le competenze della Corte alla giurisdizione penale internazionale in potenziale concorrenza con la Corte Penale Internazionale.

Un rinvio critico che continua ad ostacolare il processo di rinnovo organizzativo (in senso monista) del quadro giurisdizionale del continente avviato, è bene ricordarlo, già dal luglio 2004.

Giova richiamare, seppur sinteticamente, le novelle introdotte dal Protocollo del 2008: nel Preambolo si ribadisce il fermo convincimento circa la necessità di una

Corte permanente che possa garantire il perseguimento degli obiettivi dell'UA e della Carta di Banjul. La lettera dell'art. 2 rimarca che l'*African Court on Human and Peoples' Rights* e la *Court of the African Union* sono unificate nell'*African Court of Justice and Human Rights*, che a sua volta risulta articolata in due Sezioni: una – la *General affairs Section* – destinata a conoscere degli affari generali, e l'altra – la *Human Rights Section* – ai diritti fondamentali. Inoltre, nel nuovo Protocollo del 2008 risulta ampliato (rispetto all'ipotesi del Protocollo del 1998) il novero dei soggetti legittimati a proporre ricorso alla Corte: tale allargamento fa sì che l'area della legittimazione attiva ora comprenda gli Stati parti, la Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli, la Commissione africana di esperti per i diritti e il benessere del fanciullo, le Organizzazioni intergovernative africane accreditate presso l'Unione, le Istituzioni nazionali africane per i diritti umani. Resta tuttavia una nota dolente. In riferimento agli individui e alle ONG accreditate presso l'UA permane il sistema opzionale già predisposto in passato: per questi soggetti la legittimazione attiva è subordinata a esplicita dichiarazione statale di accettazione della giurisdizione della Corte (art. 30.f *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*).

Va segnalato, altresì, che riguardo al diritto applicabile il Protocollo del 2008 prevede la possibilità per la nuova Corte unificata di aver riguardo alle consuetudini internazionali, ai principi generali del diritto universalmente riconosciuti dagli Stati africani, alle decisioni giudiziarie e agli scritti dei più qualificati pubblicisti di varie nazioni. L'art. 28.h del *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* riconosce, inoltre, ampia discrezionalità alla Corte unificata sul piano rimediale, la quale dinanzi alla violazione di un obbligo internazionale può determinare la natura e la portata della riparazione.

Discorso a parte va riservato alla prassi che lascia emergere le numerose criticità concernenti l'effettiva applicazione degli intenti poc'anzi ricordati (per ulteriori riflessioni si v., R. Orrù, *Il sistema regionale africano dei diritti: prolegomeni a una vicenda evolutiva nel segno della complessità multilivello*, in L. Mezzetti, C. Pizzolo, (cur.), *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2013). A tutt'oggi, il processo di adozione delle dichiarazioni di accettazione della giurisdizione su istanza di individui e ONG avanza in maniera piuttosto "faticosa": come eloquentemente testimoniato dal fatto che vi abbiano già provveduto solo Benin, Burkina Faso, Congo, Libia e Mali (fonte: www.au.int).

Come anticipato in apertura, la Corte Africana di giustizia e dei diritti umani è attualmente oggetto di ulteriore ripensamento. In particolare, nel maggio 2012, ad Addis Abeba, il *Meeting of Governement Experts and Ministers of Justice/ Attorneys General on Legal Matters* ha varato il ricordato *Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, da sottoporre all'approvazione del diciannovesimo *Summit* dell'UA in programma per il successivo mese di luglio.

L'Assemblea dell'UA, riunitasi ad Addis Abeba (15-16 luglio 2012), ha poi richiesto un supplemento di attività istruttoria alla Commissione dell'UA, deliberando che ulteriori acquisizioni istruttorie e il *Draft Protocol* fossero sottoposti alla considerazione del successivo *Summit* degli organi politici dell'UA previsto per il

gennaio 2013 (p.ti 1 e 2 del *Doc.Assembly/AU/13(XIX)a*, reperibile sul sito Internet www.au.int).

In quella sede, come anticipato, non si è però giunti a una deliberazione nel merito preferendosi la soluzione di un nuovo rinvio della questione.

Vale la pena sottolineare che, dal punto di vista sostanziale, il *Draft* dell'*Amending Merged Court Protocol* introduce nell'organo giurisdizionale continentale una terza Sezione denominata *International Criminal Law Section* (art. 6). Coerentemente con la finalità di consentire alla nuova Corte unificata un intervento riguardo la giustizia penale internazionale, ai soggetti legittimati ad adire la Corte – secondo la lettera dell'art. 15 del *Draft* – si aggiunge il *Peace and Security Council Office of the Prosecutor*.

Qualora l'evoluzione dell'istituenda Corte unificata ad assolvere anche a funzioni di giurisdizione penale internazionale fosse effettivamente formalizzata tramite l'approvazione dell'apposito *Amending Merged Court Protocol* ci si troverebbe di fronte ad un organo giurisdizionale tale da rappresentare un *unicum* nel panorama del diritto comparato e internazionale, combinando insieme giurisdizione su *inter-State affairs*, su *human rights violations* e su *individual responsibility* per crimini internazionali (così R. Orrù, *op. cit.*).

Di certo, tra le molte criticità caratterizzanti il sistema di tutela regionale dei diritti in Africa continua a spiccare una vera e propria “barriera”, vale a dire la subordinazione dell'ammissibilità del diritto al ricorso per individui e ONG all'accettazione dello Stato convenuto, che tramite apposita dichiarazione si sottopone alla giurisdizione obbligatoria della Corte africana (così anche art. 16 *Draft*).



Stati Uniti. Una nuova legge sulla libertà di espressione e la dignità dei militari

di **Luigi Testa**

Non ha certo bisogno di illustrazioni il grande onore che, negli Stati Uniti d'America, circonda i suoi militari. Si tratta, di un atteggiamento bipartisan, scevro da coloriture politiche, e che, pur scontando il nostro discorso le eccezioni di ogni generalizzazione, è ben radicato nella coscienza di ogni livello dell'opinione pubblica. E viene allora come precipitato naturale l'estremo senso collettivo di deferenza verso chi, da militare, perde la vita.

In questo contesto, non stupisce l'approvazione di una legge che, tra le altre cose, prevede misure tese ad impedire che i funerali dei militari morti in servizio siano disturbati da manifestazioni di dissenso. È l'*Honoring America's Veterans and Caring for Camp Lejeune Families Act of 2012* (H.R. 1627), firmato dal Presidente degli Stati Uniti il 6 agosto scorso. «Riteniamo che quando uomini e donne muoiono in servizio per il loro Paese e vengono inumati, ciò dovrebbe avvenire nel pieno rispetto ed onore delle loro salme», ha commentato il Presidente Obama, ad ulteriore conferma – se ce ne fosse stato bisogno – dei sentimenti di cui si dava ragione in apertura.

La legge, in realtà, ha un contenuto più ampio. Si tratta di sette titoli che prevedono principalmente benefici in materia e.g. di *health care* o di *education matters* a favore dei veterani «who served on active duty in the Armed Forces at Camp Lejeune, North Carolina».

Una sorta di legge provvedimento, dunque, con un contenuto ed un destinatario concreto, specifico. Soltanto al titolo settimo si trovano, però, delle disposizioni generali ed astratte titolate «Prohibition on disruptions of funerals of members or former members of the Armed Forces» (Sec. 601 – 604). Si tratta di una previsione che aveva già formato oggetto specifico di una proposta di legge *ad hoc*, «Sanctity of Eternal Rest of Veterans Act», presentata formalmente dalla senatrice repubblicana Olympia Snowe, ma di fatto su iniziativa *bipartisan*, che ora confluisce nella nuova legge sui veterani del Nord Carolina.

La misura è l'ultimo atto (anche se probabilmente non definitivo, come *magis ultra*) di una vicenda che ben potrebbe definirsi sofferta e che ha conosciuto il capitolo più recente – e

forse più controverso – appena il 2 marzo 2011, con la decisione *Snyder c. Phelps* della Corte Suprema (No. 09-751, 562 U.S. __ [2011]). Il caso che era arrivato dinanzi alla *Supreme Court* era soltanto uno dei più di seicento episodi di picchettaggio a funerali militari delle ultime due decadi riferibili alla *Westboro Baptist Church*.

La confessione religiosa di derivazione battista, che in realtà conta pochi adepti non direttamente riferibili alla famiglia “allargata” del suo fondatore Fred Phelps, ha da anni iniziato, negli Stati Uniti, una prassi di sistematico picchettaggio dei funerali dei militari (ma non solo: *inter alia*, nel 2011, manifestano al funerale delle vittime del tornado del Missouri; e nello stesso anno, picchettano il funerale di due bambini uccisi dalla madre, moglie di un militare americano). Sullo spazio web della *Westboro Baptist Church*, consultabile al sito internet www.godhatesfags.com, oltre ad una rete incrociata di informazioni su esequie di militari sul territorio degli Stati Uniti e ad una serie di indicazioni di tipo organizzativo-operativo per chi fosse interessato, è possibile consultare un aggiornato *report* sulle celebrazioni picchettate, divise per ciascun stato americano. Gli slogan utilizzati in questi episodi di picchettaggio non vanno certo sul leggero; nelle sentenza citata se ne riportano alcuni: «God hates you», «Thank God for Dead Soldiers», «You’re Going to Hell», etc.

Secondo il pastore Phelps e i suoi seguaci, l’America, «as well as the rest of the world», verserebbe in uno stato di peccato mortale per la sua tolleranza dell’omosessualità. Sul sito web della confessione si spiega: «Our national support of perversity is briking God’s wrath upon us. September 11 was only the beginning». Non solo l’attacco al WTC del 2001, ma anche stragi, calamità naturali, etc. rientrerebbero in questa punizione di Dio, «who Himself is fighting against that country». E a questa «generazione perversa» apparterrebbero a pieno titolo i militari, «tacchini» piuttosto che eroi, «incompetent idiots looking for jobs because they’re not qualified for honest work». Essi, infatti, si *prostituiscono* al servizio di un Paese *perverso* – in alcuni comunicati: «United States of Sodom» –, contribuendo alla propaganda della *menzogna* per cui «it’s OK to be gay».

Il percorso logico così costruito dalla *Westboro Baptist Church* giustificherebbe, dunque, gli episodi di picchettaggio che da venti anni si organizzano ai funerali dei militari, con gli slogan di cui si è dato un campione. Nel caso di cui in *Snyder c. Phelps* – ove al picchettaggio parteciparono sei adepti della confessione: nella specie, due figlie e quattro nipoti del fondatore – a seguito della dimostrazione era stato reso noto un comunicato in forma di lettera alla famiglia del militare di cui si celebravano le esequie (il testo è riportato, tra l’altro, nella *dissenting opinion* del giudice Alito). Vale la pena, forse, citarne un significativo passaggio, tale da rendere forse definitivamente l’idea del fenomeno *de quo*: «Albert and Julie (i genitori del militare ucciso in Iraq, N.d.A.) ripped that body apart and taught Matthew to defy his Creator, to divorce, and to commit adultery. They taught him how to support the largest pedophile machine in the history of the entire world, the Roman Catholic monstrosity. Every dime they gave the Roman Catholic monster they condemned their own souls. They also, in supporting satanic Catholicism, taught Matthew to be an idolater. Then after all that they sent him to fight for the United States of Sodom, a filthy country that is in lock step with his evil, wicked, and sinful manner of life, putting him in the cross hairs of a God that is so mad He has smoke coming from his nostrils and fire from his mouth!».

La Corte Suprema – lungi dal voler in questa sede ripercorrere la decisione, che pure ha notevoli profili di interesse – riteneva, nella decisione del 2011, di “salvare” la *Westboro Baptist Church* e la sua sistematica opera di picchettaggio, in ragione della libertà di espressione tutelata dal primo emendamento. Nonostante, si noti, il generale dissenso dell’opinione pubblica, che ben emerge dalla condanna pressoché unanime della giuria popolare della vicenda processuale all’esame. «As a Nation we have chosen a different

course – to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate»: è il cuore dell’opinione della Corte, redatta dal *Chief Justice* Robert, con una maggioranza di sette giudici, da cui dissente – come si è visto – il giudice Alito.

La *Supreme Court* fa propria dunque la lettura più liberista del *freedom of speech*, per cui la libera espressione del pensiero non può essere impedita sulla base di una valutazione del contenuto dell’opinione manifestata qualora essa afferisca a *materie di interesse pubblico* («public concern»). Ed è questa la circostanza contestata dal giudice Alito, per il quale i messaggi del gruppo di picchettatori sarebbero scevri da qualsiasi carattere pubblico, essendo quasi già nella forma diretti ad uno specifico soggetto privato. Carattere privato, del resto, segnalato pure dal comunicato *ex post* in forma di lettera di cui si è dato conto sopra.

La maggioranza della Corte ritiene, tuttavia, che l’operazione di picchettaggio della confessione battista abbia certamente un carattere pubblico, posta anche – viene da pensare – la reiterazione della prassi, non “costruita” su un singolo, specifico episodio, che finisce quindi per conferirle carattere di generalità.

Posto il discorso in questi termini, i giudici negano il risarcimento richiesto dalla famiglia dei militari, ritenendo senz’altro che manifestazioni di pensiero come quella *de qua* occupino «highest rung of the hierarchy of First Amendment values and is entitled to special protection». Ma non manca un *obiter dictum* rilevante ai nostri fini. La Corte, infatti, è consapevole che, nel momento in cui decide, già in quarantatré dei cinquanta Stati americani è in vigore una legge che vieta, o regolamentata in senso restrittivo, il picchettaggio durante i riti esequiali dei militari. Perché tali leggi – e leggi simili in futuro – superino il vaglio di costituzionalità imposto dal primo emendamento, è necessario, secondo i giudici, che esse siano «content neutral». Ed è questo il riferimento che è colto dall’*Honoring America’s Veterans and Caring for Camp Lejeune Families Act of 2012*, che interviene a vietare, a certe condizioni, qualsiasi tipo di manifestazione, prescindendo dalla valutazione del promotore, dei fini, e del merito del contenuto, che finiscano per disturbare il tranquillo svolgimento delle esequie militari. Per sfuggire alla censura della Corte, si tenta, in sostanza, di spostare il *focus* dalla libertà di espressione alla tutela di una sorta di ordine pubblico.

In concreto, la legge – nella parte che qui interessa, *Title VI, Sec. 601* – interviene a vietare, sotto pena di una multa o addirittura della reclusione della durata massima di un anno (o delle due pene cumulate), tre fattispecie, qualora esse intercorrano in un intervallo temporale che va dalle due ore precedenti alle due ore successive al funerale di un membro o ex membro delle Forze Armate.

La prima ipotesi è quella di una manifestazione (la legge parla più generalmente di «activity», per vero) che abbia luogo all’interno del luogo in cui si celebra il funerale o entro 300 piedi dal punto di incrocio tra questo luogo e una sua strada di accesso o di uscita (testualmente si parla di «boundaries of the location of such funeral», perché il legislatore ha evidentemente in mente non soltanto l’ipotesi di un luogo di culto chiuso come può essere una chiesa, ma anche di un luogo più ampio come un cimitero). Viola la prescrizione chiunque, nel contesto di una così localizzata attività, ostinatamente («willfully») sia responsabile, o contribuisca, alla produzione di rumori o altre forme di distrazione («noise or diversion») che non siano parte del rito esequiale e che disturbino la tranquillità o l’ordine del funerale («the peace or good order of such funeral»), purché questa operazione di disturbo sia oggetto di un preciso dolo intenzionale («with the intent of disturbing»).

La seconda fattispecie è, invece, quella dell’attività volta – anche qui con un preciso dolo intenzionale – ad impedire l’accesso o l’uscita dal luogo del funerale ostinatamente e senza

autorizzazione («willfully and without proper authorization») entro 500 piedi dal sito ove il funerale è celebrato.

In ultimo, la disposizione incriminatrice colpisce chiunque, nelle prossimità della residenza o del domicilio di uno dei parenti più stretti del militare defunto («any surviving member of the deceased person's immediate family»), si renda ostinatamente responsabile o corresponsabile di attività di disturbo della tranquillità delle persone ivi residenti con tale dolo intenzionale.

Due ulteriori note risultano rilevanti. La prima: la legge prevede che i procedimenti a carico di soggetti che abbiano integrato una delle tre fattispecie viste possano iniziare su iniziativa *ex officio* dell'*Attorney General*, e che, oltre alle sanzioni della multa e della reclusione, qualunque persona (non, quindi, necessariamente un congiunto del militare defunto) ingiustamente offesa da una delle condotte incriminate potrà chiedere ed ottenere la liquidazione dei danni – di quei *damages* negati, insomma, dalla Corte suprema in *Snyder c. Phelps*. Non meno rilevante, infine, è la previsione di una presunzione relativa («rebuttable presumption») quanto al dolo intenzionale. Infatti, *donec probetur contrarium*, l'intenzione di arrecare disturbo alla celebrazione esequiale si riterrà sussistente se l'autore della condotta non aveva ragionevoli elementi («reasonable grounds») per ritenere che la sua attività non avrebbe disturbato l'ordinato svolgersi del funerale.

Resta da vedere se la legge firmata da Obama soddisfi o meno le condizioni poste dalla Suprema Corte. Certo, ci sono dei precedenti, in materie pure così sensibili, che sembrano confortare le criticità e i dubbi che emergono immediatamente dalla misura legislativa in esame – soprattutto se posta in immediato confronto con la decisione sul caso *Snyder*. Nel 1989, ad esempio, la Corte Suprema degli Stati Uniti censurava una legge del Texas che qualificava l'attività di chi desse fuoco alla bandiera nazionale come *state crime* – e dopo, in seconda battuta, come *federal crime*, ma senza così evitare la censura della Corte (491 U.S. 397 __ [1989]). E sostanzialmente con le stesse motivazioni – *freedom of speech*, primo emendamento – si interveniva nel 1994 su una legge della Florida che preveda una serie di misure restrittive per le proteste contro l'aborto, tra cui il divieto di avvicinare i pazienti entro i 300 piedi dalla clinica in cui si operava l'interruzione della gravidanza, o il divieto di picchettaggio entro i 300 metri dalle abitazioni degli impiegati della clinica (512 U.S. 793 __ [1994]).

Certo, in questi casi la legge andava a colpire specifiche condotte, con dichiarata considerazione del merito delle manifestazioni, mentre la nuova legge sui funerali militari sembrerebbe essere a maggior titolo «content neutral», come richiesto dalla Corte. Qui, ad essere sanzionata, è qualsiasi forma di manifestazione, o comunque di attività di disturbo, senza specifica considerazione di merito. E, d'altra parte, c'è da credere che la Corte, eventualmente chiamata a valutarne la legittimità, non potrà non essere sensibile al sentimento dell'opinione pubblica, che – come si accennava sopra – è abbastanza compatto. Del resto, forse anche i nove giudici del Campidoglio, come tutti gli americani, da piccoli sognano di fare i *marines*.