

DPCE Online 3/2013

## **INTERVISTE**

Erhard Denninger, Giuseppe Franco Ferrari – Dialogo in tema di diritti fondamentali

## **CONVEGNI**

Flavio Menghini - Convegno: International Legal Pluralism Course 2013

## **NOTE E COMMENTI**

Stefano Rossi - Cannabis ad uso terapeutico e libertà costituzionali in Canada

Stefano Rossi - La guerra del foie gras: tra due process e commerce clause

Andrea Perelli - Il matrimonio omosessuale dinanzi alla Corte suprema degli U.S.A.: brevi considerazioni in ottica comparata

## **RECENSIONI**

Luisa Azzena - Gabriele Pepe, Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa, Eurilink, Roma, 2012, pp.1-412.

Roberto Cisotta - Silvana Sciarra- L'Europa e il lavoro – Solidarietà e conflitto in tempo di crisi, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. XIII-116.

## **CRONACHE DAL MONDO**

Canada. La propriété foncière dei Métis manitobani davanti alla Corte suprema

Lettonia. Prime note sulle novità legislative in tema di Cittadinanza

Svizzera. Il popolo rifiuta l'elezione popolare del Consiglio federale.



## Dialogo in tema di diritti fondamentali

di *Erhard Denninger, Giuseppe Franco Ferrari*

[Intervista]

### **Domanda 1:**

Professor Denninger, si può tracciare un bilancio della “fondamentalità” nell’esperienza del Grundgesetz ovvero è possibile, da un lato, ricavare il criterio generale sulla base del quale un diritto è considerato fondamentale e, dall’ altro, descrivere le conseguenze essenziali dell’ attribuzione del carattere della ”fondamentalità” ?

### **Risposta:**

Die Frage der ‚fondamentalità‘ kann ich nur als Jurist, nicht als Soziologe oder Politikwissenschaftler beantworten. Das Grundgesetz, die Verfassung Deutschlands, ist insgesamt für die deutsche Rechtsordnung insofern “fundamental“, “grundlegend“, als seine Normen als höherrangiges Recht angesehen werden, an welchem sich alles sogenannte ‚einfache‘ Recht, also Gesetze, Verordnungen, Satzungen etc., messen lassen muss. Fundamental in diesem Sinne sind *alle* Verfassungsnormen, also Grundrechte ebenso wie organisatorische Bestimmungen, z.B. Kompetenzvorschriften und Verfahrensregeln.

Besonders ausgeprägt ist der “fundamentale“ Charakter der Grundrechte – eine Antwort des Grundgesetzgebers von 1949 auf die normative Schwäche der Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung von 1919. Die Grundrechte des Grundgesetzes sind unmittelbar geltendes, für alle Staatsgewalten bindendes Recht, also auch für den Gesetzgeber. Sie dürfen in ihrem Wesensgehalt – was immer das sein mag! – nicht “angetastet werden“; sie sind nicht nur unbestimmte, der normativen “Ausfüllung“ bedürftige Programmsätze, sondern „unmittelbar“ anwendbares, das heißt: zu vollziehendes Recht. Außerdem kann ihre Verletzung nicht nur vor den Verwaltungsgerichten, sondern auch, mit der Verfassungsbeschwerde, vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden.

Die Sache ist noch ein bisschen komplizierter: Die deutsche Rechtsordnung ist nicht nur, in dem beschriebenen Sinne, zweistufig (Verfassungsrecht, “einfaches Recht“), sondern, genau besehen, *dreistufig*: Noch fundamentaler, und das heißt: noch ranghöher als “gewöhnliches“ Verfassungsrecht sind diejenigen Grundsätze, welche kraft ausdrücklichen Verfassungsrechts (Art. 79 Absatz 3 GG) sogar jeglicher Verfassungsänderung entzogen sind. Dieser “Ewigkeitsklausel“ unterfallen die bundesstaatliche Gliederung, die Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung (des Bundes) und die wichtigsten (in den Art. 1 und 20 genannten) staatsfundamentalen Verfassungsgrundsätze wie das Menschenwürdeprinzip, das Demokratie, das Rechtsstaats- und das Sozialstaatsprinzip. Das Bundesverfassungsgericht nennt dies den “unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes“ (so im „Lissabon-Urteil vom 30. Juni 2009), der also auch eine diese Begrenzung überschreitende Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union (die nach Art. 23 GG möglich ist) verbietet.

### **Domanda 2:**

L’attribuzione formale della fundamentalità in Costituzione ha avuto vantaggi rispetto ad esperienze come quella americana (in cui la fundamentalità è attribuita discrezionalmente dalla Corte Suprema), o a quella inglese (con lo *Human Rights Act* del 1998) o a quella francese (resurrezione della Dichiarazione del 1789 attraverso il *Bloc de constitutionnalité*)?

**Risposta:**

Ihre Frage könnte das Thema einer oder gar mehrerer rechtsvergleichender Dr.-Dissertationen abgeben. Vor allem wäre zuerst zu klären, wessen "Vorteile" man aufsuchen will. Für den legislatorisch aktiven Parlamentarier stellt sich das Problem anders dar als für den selbst- und verfassungsbewussten, auf Unabhängigkeit bedachten Richter (aber auch etwa für das Mitglied des Conseil Constitutionnel) oder aber für den sein Recht suchenden ‚einfachen‘ Bürger. Aus der Sicht dieses Bürgers erscheint das deutsche System mit der formellen Höherrangigkeit der Grundrechte vorteilhaft: Er, beziehungsweise sein Rechtsanwalt, kann sich leichter Rechtsklarheit und damit Rechtssicherheit verschaffen, als wenn er sich jeweils erst durch einen Wald von ‚Präjudizien‘ hindurcharbeiten müsste. Der "Bloc de constitutionnalité" des französischen Rechts ist ein durch die Macht des Conseil Constitutionnel ständig veränderbares und verändertes Gebilde; erst durch Gesetz vom Juli 2008 wurde das bürgerfreundliche Instrument der "QPC", der "question prioritaire de constitutionnalité" geschaffen, das entfernte Ähnlichkeit mit der deutschen Verfassungsbeschwerde aufweist. Die Erfolgsgeschichte dieses seit 1951 praktizierten außerordentlichen Rechtsbehelfs, der auch der "Individualbeschwerde" vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als Vorbild diente, war nur auf dem Hintergrund der formalisierten (auch katalogisierten) "Fundamentalität" der Grundrechte möglich.

**Domanda 3:**

L'influenza della giurisprudenza costituzionale tedesca su quella di Strasburgo e Lussemburgo è tracciabile in qualità e quantità?

**Domanda 4:**

E, viceversa, vi è stata influenza dei citati criteri interpretativi di Strasburgo e Lussemburgo sulla giurisprudenza di Karlsruhe?

**Risposta:**

Erlauben Sie bitte, dass ich wegen des engen sachlichen Zusammenhangs beider Fragen versuche, sie gemeinsam zu beantworten.

Eine *quantitative* Messung des wechselseitigen Einflusses der Rechtsprechung der drei höchsten – und in diesem Sinne “souveränen“ – Gerichte in Luxemburg, Straßburg und Karlsruhe aufeinander gibt es meines Wissens nicht. Ich kann mir auch schwer vorstellen, was dabei sinnvoller Weise gemessen oder gezählt werden könnte. Allerdings gibt es eine Statistik über die im Laufe der Jahre durchgeführten “Vorabentscheidungsverfahren“ gemäß Art. 267 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Mit Abstand die meisten Vorlageverfahren an den EuGH (bis 2008 1672 Vorlagen) kamen von deutschen Gerichten (aller Instanzen), an zweiter Stelle rangieren die italienischen Gerichte mit 978 Vorlagen. Durch diese Verfahren “lernen“ nicht nur die nationalen Gerichte die Rechtsansichten des Gerichts der EU kennen, sondern dieses kann umgekehrt auch viel über die nationalen Rechtsordnungen erfahren.

Dies bringt mich zu Ihrer Frage nach den *qualitativen* Aspekten der wechselseitigen Beeinflussung. Sie ist viel zu schwierig, als dass sie in einem Interview zufriedenstellend beantwortet werden könnte. Das mögen Sie auch daraus erkennen, dass die Deutsche Forschungsgemeinschaft jahrelang eine achtköpfige Forschergruppe als “wissenschaftliches Netzwerk“ gefördert hat, die sich diesem Thema unter dem Titel “Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem“ gewidmet hat. Im vorigen Jahr hat diese Gruppe einen Band mit Ergebnissen vorgelegt. Jede generalisierende Aussage wäre hier vorschnell und unzulässig – vielleicht mit Ausnahme der Feststellung, dass das juristische Klima im Dreieck Straßburg – Karlsruhe – Luxemburg in den letzten Jahren ‘kooperationsfreundlicher’ geworden ist. So hat der EuGH 2004 das (deutsche) Verbot von Laserspiel-,Tötungshandlungen’ gebilligt, indem er den nationalen Behörden und Gerichten einen Beurteilungsspielraum bei der Anwendung des (gemeinschaftsrechtlichen) Begriffs der “öffentlichen Ordnung“ eingeräumt hat. (U.v. 14. 10. 2004, EuGRZ 2004, 639 ff.) Auf der anderen Seite hält das Bundesverfassungsgericht zwar an seinem Recht und seiner (verfassungsgemäßen) Pflicht zur so genannten *Ultra-vires-Kontrolle* bei Kompetenzüberschreitungen europäischer Organe fest, doch moderiert es die ‘Drohung’ mit dieser Waffe nationalstaatlicher Rest-Souveränität ganz wesentlich, indem sie nur zum Zuge kommen soll, wenn das Fehlverhalten der Gemeinschaftsorgane offensichtlich ist und der Akt zu ‘einer strukturell

bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt.“ (BVerfGE 126, 286, B.v. 6.7.2010). Kurz: die *Ultra-vires-Kontrolle* muss europarechtsfreundlich ausgeübt werden. Entsprechendes gilt für das Verhältnis des deutschen Gerichts zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Die verfassungsrechtliche Prüfung der deutschen Vorschriften zur so genannten „Sicherungsverwahrung“ hochgefährlicher Straftäter (auch nach Verbüßung der eigentlichen Strafe) boten dem deutschen Gericht 2011 Anlass, seine Stellung zu den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und damit zum Straßburger Gericht grundsätzlich zu überdenken. Die Konvention steht zwar im Rang unter dem Grundgesetz. Aber dieses ist „völkerrechtsfreundlich“ und das heißt: „konventionsfreundlich“ auszulegen. Die Normen der Konvention und die Rechtsprechung des EGMR dazu gewinnen innerstaatlich Gewicht und Bedeutung als „Auslegungshilfen“ für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und Grundsätzen des Grundgesetzes. Der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kommt eine „jedenfalls faktische Orientierungs- und Leitfunktion“ zu, die den erhofften „internationalen und europäischen Dialog der Gerichte“ bereichern kann (BVerfGE 128, 326, 368 f.).

#### **Domanda 5:**

Qual è la sua posizione personale sulla convivenza di diritti umani e diritti del cittadino nell'età attuale?

#### **Risposta:**

Die Zweispurigkeit von ‘Menschenrechten’ und ‘Bürgerrechten’ ist uralte; sie prägt schon das ehrwürdige Ur-Dokument aller modernen europäischen Verfassungen, die Französische Erklärung von 1789. Sie spiegelt sich wider in den beiden als innerstaatliches Recht positivierten Internationalen Pakten der Vereinten Nationen von 1966. Der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte erkennt das „grundlegende Recht eines jeden“, also jedes Menschen, an, vor Hunger geschützt zu sein, und, mehr noch, das Recht eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie (Art. 11). Im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte wird aber das Recht zur Teilnahme an der Gestaltung der „öffentlichen Angelegenheiten“ (also vor allem auch der Gesetze)

nur "jedem Staatsbürger" zuerkannt. (Art. 25). Eine entscheidende Klammer zwischen Menschenrechten und Bürgerrechten ist der unscheinbare Satz des Art. 24 Abs. 3 IPbürgR: "Jedes Kind hat das Recht, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben." Solange es noch Staaten als umfassende soziale Ordnungseinheiten gibt, und zur Zeit spricht noch vieles für ihre Nützlichkeit, wohl gar Unverzichtbarkeit, solange ist die Kategorie der "Staatsangehörigkeit" die verbindende Brücke zur Ergänzung des Menschenrechts-Status durch den Bürgerrechts-Status. Und es erscheint mir vernünftig und sachgerecht, dass die Menschenrechtsdiskussion mit einem Überschuss an utopischer Idealität geführt wird, während die Bürgerrechtsdiskussion dann die Auseinandersetzung mit der harten und begrenzten Realität zu leisten hat. Kants Schrift „Zum ewigen Frieden“ von 1795 ist hier das leuchtende Vorbild. Das nationale Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsrecht ist also ein ganz wichtiger Hebel, um die Gesellschaft der „Freien und Gleichen“ zu verwirklichen.

#### **Domanda 6:**

La globalizzazione e i fenomeni connessi hanno influito sulla sua posizione? Che cosa pensa e come si colloca tra i critici della globalizzazione fondata sul mercato (come Latouche e Žižek) e i fautori della globalizzazione totale attraverso i diritti umani?

#### **Risposta:**

Vor etwa zwanzig Jahren wurde ich mit meinen verfassungsrechtlichen Argumenten zum ersten Mal von der Wucht eines Phänomens der Globalisierung voll getroffen, als sich das Bundesverfassungsgericht außer Stande sah, der überhand nehmenden Ausbreitung ausländischer Billigheuer-Tarifverträge für ausländische Seeleute auf unter deutscher Flagge fahrenden Seehandelsschiffen mit Hilfe der grundgesetzlichen Koalitionsfreiheit Einhalt zu gebieten (vgl. BVerfGE 92, 26 ff.). Seitdem ist mir die Bedeutung einer gemeinschaftsrechtlichen und internationalen Verankerung und Weiterentwicklung grundrechtlicher Garantien immer stärker bewusst geworden. Die 'Globalisierung' – ein recht vager Sammelbegriff! – bezieht sich auf eine Fülle von Tatsachen und Interaktionen, deren Zusammenhänge uns vielfach noch unklar sind. Das geht von der

Informationstechnologie über den Waren-, Dienstleistungs- und Finanzverkehr bis zu Problemen der kulturellen, religiösen und ideologischen Koexistenz und Konfrontation. Aber immer geht es hier primär um Fakten, nicht um Ideologien. So halte ich wenig von umfassenden Theorien zur Globalisierung, ebenso wenig von neoliberalen Theorien des Wachstums wie auch andererseits von Theorien des “degrowth“ (decrescita?), von denen ich als Jurist so gut wie nichts verstehe. Aufgabe des Juristen ist es heute vielmehr, die Bedingungen und Institutionen *friedlicher Koexistenz* auf allen Ebenen zu ermitteln und zu realisieren.

### **Domanda 7:**

La crisi economica pone in discussione la struttura e forse anche l'esistenza del *welfare state*: la differenza tra norme programmatiche e norme precettive è destinata a perpetuare la condizione di 'minorità' dei diritti sociali?

### **Risposta:**

Es trifft zu, dass die ‘sozialen’ Grund- oder Menschenrechte häufiger die Gestalt bloßer „Programmsätze“ annehmen, während die ‚klassischen‘ Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe die Struktur von Normen „zwingenden Rechts“ aufweisen. Dies gilt zunächst ganz unabhängig von einer kritischen oder weniger kritischen Situation der Wirtschaft. Es hat seinen Grund vielmehr darin, dass die sozialen Rechte – man denke hier an die Bereiche Bildung, Arbeit, Gesundheit, soziale Sicherheit, Umweltschutz und viele andere, – *Ziele normieren*, welche gegenüber den bestehenden Verhältnissen Verbesserungen bewirken sollen. Hierzu sind aber staatliche *Leistungen* erforderlich, welche allesamt unter dem ‚Vorbehalt des Möglichen‘ stehen, wie das Bundesverfassungsgericht schon 1972 zur Frage der Schaffung neuer Studienplätze erkannt hat (BVerfGE 33, 303). Wenn der Gesetzgeber keine „leeren Versprechungen“ machen will, kann er solche Zielnormen nicht als “zwingendes Recht“ formulieren, sondern eben nur als mehr oder minder verbindlich gefasste Ziele. In Zeiten wirtschaftlicher Krise ist dann die Einlösung normierter Versprechen in geringerem Maße auch ohne Rechtsverstoß möglich. Eine solche Flexibilität kann sich der Gesetzgeber auch sichern, wenn er soziale Rechte nicht als subjektive öffentliche Rechte ausgestaltet, sondern sie als nur “objektives Recht“ setzt.





## Convegno: *International Legal Pluralism Course 2013*

di *Flavio Menghini*

1. - Dall'1 al 4 agosto 2013, presso l'Università di Manchester, si è svolto l'*International Course on Legal Pluralism*. Il corso è stato organizzato dalla *Commission on Legal Pluralism*, un'associazione volta a riunire quanti siano accomunati dall'interesse per gli ordinamenti giuridici cosiddetti 'non ufficiali', ossia non statali. Al fine di affrontare tali temi e per istruire i giovani ricercatori, con cadenza quasi annuale viene organizzato un corso intensivo che si svolge di volta in volta in una diversa regione del mondo (le ultime edizioni si sono svolte in Tailandia, Canada, Indonesia, Svizzera e Sud Africa). Alla presente edizione – dedicata alla memoria di Franz von Benda Beckmann, a lungo membro della Commissione e di recente scomparso – hanno preso parte non solo studenti e ricercatori bensì anche membri di organizzazioni che si confrontano abitualmente con i problemi sollevati dal pluralismo. Ciò ha permesso di accostare, in un proficuo dialogo, le opinioni di quanti operano con intenti accademici e quelle di chi, lontano da interessi esclusivamente teorici, si impegna nella ricerca di soluzioni concrete per i problemi quotidiani.

Il corso è stato aperto dalle brevi introduzioni dell'organizzatore Yüksel Sezgin e dell'attuale Presidente della Commissione Maarten Bavinck. Quest'ultimo ha voluto ricordare in particolare che non esistono né una Scuola né una Teoria del pluralismo giuridico. Si tratta piuttosto di un campo di ricerca volto a esaminare i rapporti, a volte

conflittuali, che sorgono quando una molteplicità di ordinamenti giuridici e giurisdizioni coinvolgono le medesime persone e/o i medesimi luoghi. Oramai pecca di ingenuità la pretesa di risolvere ogni contrasto con la prevalenza della legge statale; non si può sostenere – se non a costo di apparire nostalgici positivisti – che la legge si riduca al prodotto delle assemblee legislative, baricentro indiscusso dello Stato occidentale. Un modello di Stato che – lontano dall’essere universale come credono taluni – nel continente africano e in altre aree del mondo non presenta le peculiarità che conosciamo e spesso non è presente nella maniera penetrante cui siamo avvezzi, lasciando piuttosto un’ampia autonomia alle comunità locali e ai loro sistemi giuridici.

2. - Le sessioni che si sono susseguite nei primi tre giorni hanno offerto ai partecipanti una rassegna di alcuni dei maggiori problemi che sorgono in relazione ai temi in parola, con particolare attenzione alle molteplici soluzioni ravvisabili e alle conseguenze che queste produrrebbero. Al termine di ciascun intervento i relatori hanno coinvolto i partecipanti invitandoli a risolvere dei casi concreti. Il quarto giorno è stato invece destinato a una visita al *Muslim Arbitration Tribunal* di Nuneaton, Warwickshire, durante la quale il responsabile, Shaykh Faiz-ul-Aqtab Siddiqi, ha cortesemente risposto alle domande sul funzionamento della struttura, profondamente invisa a molta parte dell’opinione pubblica.

Già da parecchio tempo in Inghilterra e nel Galles hanno infatti luogo molteplici manifestazioni a favore del monopolio statale sull’applicazione della legge. ‘*One Law for All*’ non è solo uno slogan ma anche il nome della più celebre tra le associazioni che, senza lesinare energie, sollecitano il governo affinché prepari disegni di legge volti a impedire sia l’operatività che la stessa esistenza di qualsiasi corte o tribunale che non sia inserito nel sistema giuridico (ufficiale) inglese. Il dibattito è stato di recente esacerbato da un servizio della BBC andato più volte in onda nel mese di aprile dell’anno corrente.

Il servizio<sup>1</sup> ha rapidamente suscitato un indignato scalpore sia nell’opinione pubblica, per i suoi contenuti, sia nel mondo accademico, per la sua capziosa faziosità. Risultano difatti severe le riserve che si possono muovere relativamente al campione di ricerca: ci si è infatti limitati a indagare uno solo degli 85 *Shari‘a councils* che si ritengono presenti in Inghilterra e in Galles. Ma gravi sono pure le mancanze che affliggono il servizio in termini di obiettività: è evidente, persino a un’analisi nemmeno

<sup>1</sup> <<http://www.youtube.com/watch?v=HILRCvEud6Q>>.

troppo accurata, che le affermazioni dell'imam che hanno provocato tanto scalpore sono state carpite mentre gli si sottoponeva un caso – visibilmente sospetto – nel quale un'assistente della *troupe* televisiva si fingeva una moglie bistrattata alla ricerca di un divorzio religioso. In seguito alla messa in onda del documentario, l'*Islamic Shari'a Council* di Leyton ha pubblicato sul proprio sito web<sup>2</sup> una dichiarazione esplicativa in cui si sottolinea il deplorabile comportamento delle persone coinvolte. Si afferma, tra le altre cose, che:

Il modo disonesto con cui la BBC ha recentemente prodotto l'ultima puntata del programma 'Panorama' ('I segreti dei tribunali sharaitici inglesi'), con registrazioni proditoriamente carpite e conversazioni montate artificialmente, rappresenta la prova del declino dell'etica professionale di molti giornalisti. [...] Sembra palese che 'Panorama' avesse un obiettivo da raggiungere e dei forti pregiudizi sul funzionamento degli *Shari'a councils*, e abbia fatto tutto il necessario per rappresentare tali 'tribunali' nel modo più conveniente ai suoi intenti<sup>3</sup>.

Oltre alle osservazioni sulle tecniche seguite per la sua realizzazione, appare evidente che questo servizio fosse diretto a sostenere il progetto di legge della baronessa Caroline Cox, l'*Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill*. Quest'ultimo, presentato alla *House of Lords* il 7 giugno 2011 e ora al vaglio della Camera Alta, mira a ridurre lo spazio di operatività dei tribunali sharaitici che operano nel Regno Unito. Tuttavia, benché alcune innovazioni presenti nel disegno di legge risultino pregevoli, ha suscitato vivaci critiche l'obiettivo che si cela dietro a tale proposta: eliminare ovvero privare di ogni rilevanza qualsiasi legge che non sia statale. Ciò nondimeno tale obiettivo, tanto caro a chi sostiene la campagna '*One Law for All*', risulta assai difficile da raggiungere. Non può sfuggire infatti che liberarsi dei tribunali religiosi *in toto* – poiché sarebbe inimmaginabile un accanimento nei confronti dei tribunali di alcune solamente tra le religioni praticate in Inghilterra – provocherebbe esiti paradossali, in quanto i matrimoni religiosi si troverebbero ad essere privi di organi regolatori. Il parlamento inglese, ben consapevole di quanto potrebbe accadere, ha di recente agito in senso opposto alla suddetta proposta, offrendo parziale rilevanza ai divorzi concessi dai

<sup>2</sup> <<http://www.islamic-sharia.org/panorama.html>>.

<sup>3</sup> La presente e le successive traduzioni dall'inglese sono di chi scrive, l'originale del testo qui tradotto si può trovare all'indirizzo indicato nella nota precedente.

tribunali ebraici con il ‘*Divorce (Religious Marriages) Act*’ del 2002, in virtù del quale alle corti inglesi è concessa la facoltà di sospendere il procedimento di divorzio qualora sia in atto un analogo procedimento religioso, e fino a che questo sia terminato. La ragione di ciò sta in questo: di sovente in seguito al divorzio civile gli uomini sono restii a concedere il divorzio religioso, così impedendo alle donne la possibilità di contrarre un nuovo matrimonio nel segno della fede. Ma a questo punto è bene notare che, mentre i tribunali della comunità ebraica non possono accordare un divorzio in mancanza dell’assenso del marito, i tanto deplorati *Sharī’a councils* ne hanno il potere, e se ne servono regolarmente. Per di più, benché non vi siano previsioni legali in materia, i tribunali sharaitici pretendono dai coniugi interessati al divorzio religioso l’esperienza delle procedure atte ad ottenere un divorzio civile, e così, operando responsabilmente, riducono i casi di ‘*limping marriages*’, ossia situazioni nelle quali due persone si trovano a essere considerate come marito e moglie in uno o più ordinamenti e non in altri.

Non si dubita che gli *Sharī’a councils* necessitino di alcuni aggiustamenti, ciò nondimeno il ritratto che ne ha dato la BBC pare volto a provocare dure reazioni islamofobiche. John Bowen – professore di Antropologia all’Università St. Louis di Washington – in risposta a tale documentario ha affermato, in un articolo apparso su *The Guardian*<sup>4</sup>:

La recente inchiesta del programma “Panorama” della BBC sugli *Sharī’a councils* [...] è stata pensata più con intenti scandalistici che come una bilanciata analisi [...] un’immagine assai differente emerge infatti dai parecchi studi accademici sugli *Sharī’a councils* e sui i loro clienti.

Benché molti credano che questa e altre simili strutture operino senza una legittimazione statale, tutto si svolge regolarmente secondo quanto previsto dal diritto inglese – il quale infatti ammette che in taluni casi vengano applicate leggi diverse da quelle statali. Grazie all’‘*Arbitration Act*’<sup>5</sup> del 1996, sezione 46(I) (b), è permesso istituire organi che, applicando la legge prescelta e segnatamente quella religiosa, offrano servizi di *alternative dispute resolution* in ordine ad alcune ben definite questioni di diritto civile. Quanto deciso da tali arbitrati potrà poi essere reso effettivo

<sup>4</sup> <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/belief/2013/apr/26/panorama-expose-sharia-councils-balance>>.

<sup>5</sup> <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23>>.

anche dalle corti inglesi, a meno che non si ritengano violati i limiti imposti dalla norma di cui si è detto. L'equivoco in cui molti sono caduti è stato di credere che la legge sugli arbitrati permettesse a tali organi di risolvere anche questioni familiari, quali l'affidamento della prole. Queste tuttavia non sono affatto suscettibili di essere definite da tali procedure e non possono quindi essere regolate da leggi diverse da quella inglese.

Il pluralismo giuridico rappresenta la via verso un'indispensabile integrazione. È qui in gioco la lealtà di una porzione considerevole di *cittadini* i quali non dovrebbero essere destinatari tanto di reprimende contro le proprie tradizioni religiose quanto di proposte di convivenza nella direzione del rispetto dei diritti fondamentali.

3. - In questo clima di tensione sociale – di cui si è trattato in occasione della visita all'Hijaz College, ove ha sede il Tribunale Arbitrale di Nuneaton – si è svolto l'*International Legal Pluralism Course*, la cui prima sessione è stata aperta da una relazione di Gerhard Anders, docente presso la *School of Social and Political Science* dell'Università di Edimburgo. Il suo intervento ha avuto ad oggetto lo studio della *law in action* e la sua qualificazione alla luce dell'interazione tra legge e antropologia, tenendo in particolare conto le questioni sollevate dalla coesistenza di più ordinamenti giuridici.

La nozione di pluralismo giuridico e lo stesso concetto di legge sono tra i più ardui da definire ed esistono molteplici interpretazioni di tali fenomeni. Il relatore ha dato perciò conto delle principali prospettive adottate nei tempi moderni, quali il positivismo e il realismo giuridico, aggiungendovi poi alcune classificazioni personali. Egli ha infatti segnalato che vi è anche chi, senza alcuna pretesa speculativa di carattere teoretico, adotta un criterio meramente casistico affermando di riconoscere il pluralismo giuridico quando si trovi ad averne a che fare. Non dissimile è poi il criterio che, patentemente noncurante dei gravi problemi sottesi, si potrebbe riassumere nel '*I just work here approach*'. Entrambi presentano i problemi propri di un metodo di tipo descrittivo: si potrebbe infatti ritenere legge ciò che è così definito dalle gente di un determinato luogo, tuttavia ci si deve chiedere cosa avvenga quando lo stesso termine 'legge' abbia diverse accezioni nelle diverse lingue, come ci si debba comportare quando non vi sia uniformità di vedute all'interno di uno stesso popolo e ancora, quale sia la definizione di popolo da adottare.

Consapevoli della situazione profondamente disomogenea per quanto attiene a ciò che sia il diritto, Anders volge lo sguardo al passato. Viene così ricordato Bronisław Malinowski, antropologo inglese che svolge i suoi studi durante il periodo coloniale e afferma, nell'Introduzione a *'Law and Order in Polynesia'* di Herbert Hogbin, che:

In tali comunità primitive io personalmente ritengo che la legge dovrebbe essere definita secondo la sua funzione e non per la sua forma, cioè noi dovremmo vedere quali siano gli accordi, le realtà sociali, i meccanismi culturali che agiscono per l'applicazione della legge.

Nella sua ricostruzione, a tratti inaccettabile nel mondo contemporaneo, Malinowski non prevede autorità centrali, ufficiali di forza pubblica, codici o corti. Egli ritiene tuttavia che ogni comunità, per quanto primitiva possa essere, si doti di regole a prescindere dalla presenza di uno Stato.

La prima definizione di pluralismo giuridico viene invece ricondotta a John Gilissen, il quale non solo racchiude nel termine 'legge' anche quella 'non ufficiale' ma riconosce persino una forma di pluralità all'interno della stessa legge statale. Infine, nel 1986, inizia con John Griffiths l'offensiva contro il centralismo giuridico a favore di una versione forte del pluralismo giuridico.

In conclusione del suo intervento Anders si sofferma sul problema del metodo; il pluralismo giuridico non consiste infatti in una teoria bensì in un esteso campo di ricerca. L'interazione tra i ricercatori delle diverse discipline coinvolte sembra essere la chiave di volta affinché la ricerca possa avanzare con profitto. Ciononostante ancora oggi legge e antropologia sembrano troppo distanti e i ricercatori di queste due aree così contigue del sapere tendono a ignorarsi reciprocamente.

Il secondo intervento della prima giornata è stato tenuto da Werner Menski, professore di diritto del sud-est asiatico alla *School of Oriental and African Studies* presso l'Università di Londra. Il relatore, partendo dalla premessa secondo cui non è possibile districare le fitte relazioni che intercorrono tra religione e legge nell'esperienza quotidiana e nel più ampio contesto del pluralismo giuridico, mette in luce le connessioni e i conflitti che sorgono nel momento in cui la rivendicazione di diritti che trovano il loro fondamento in precetti religiosi si scontrano con le strutture giuridiche statali e viceversa.

A parere di Menski, la legge – variando al mutare della situazione culturale, religiosa, geografica etc. – è un fenomeno a tal punto evanescente che non ne esistono definizioni universali. Da ciò si conclude che ogni velleità definitoria va inesorabilmente scemando, risultando quindi più opportuno trovare una soluzione che possa offrire una visione d’insieme del fenomeno in parola. Sostenitore di una versione forte del pluralismo giuridico, egli propone quindi un modello in grado ad un tempo di cogliere il fenomeno legale nelle sue molteplici sfumature e di plasmare la realtà per mezzo di decisioni più giuste emesse alla luce della acquisita consapevolezza della complessità del fenomeno legale. Non essendovi ormai alcuna pretesa di individuare la legge ‘corretta’, il modello proposto è teleologicamente diretto alla comprensione di ogni determinata manifestazione giuridica e alla sua composizione con le altre che contemporaneamente interessano una medesima regione. In particolare ci si vuole liberare del giuspositivismo, dando rilievo ai molteplici ordinamenti para-legali che oggi interessano anche l’Europa, dove un numero sempre maggiore di dispute viene risolto da organi ‘non ufficiali’.

Per risolvere i conflitti che sorgono e soddisfare le legittime richieste di chi vuole vivere secondo regole che non siano solo quelle dettate dallo Stato in cui vive, la parola chiave è ‘bilanciare’. Si deve cioè mettere in equilibrio il sistema così come si fa con un aquilone esposto alle mutevoli correnti d’aria. Ed è proprio questa la metafora impiegata da Menski per rendere più comprensibile questa operazione di bilanciamento. Ognuno dei quattro angoli dell’aquilone rappresenta un elemento non affatto trascurabile, la cui inosservanza porterebbe al collasso del sistema, nello stesso modo in cui l’aquilone precipiterebbe se privo di uno dei suoi vertici.

L’aquilone di Menski – sviluppato a partire dal modello di Masaji Chiba, giurista giapponese attivo nel XX secolo – prevede che si tenga conto dei seguenti elementi: 1. la natura (comprensiva di religione, etica e morale); 2. la società; 3. la legge statale; 4. il diritto internazionale e i diritti umani. Ognuno di questi vertici è a sua volta intrinsecamente plurale (POP, *Plurality Of Pluralities*) e cioè è il prodotto dell’equilibrio tra quegli stessi quattro elementi che messi assieme formano un ulteriore aquilone in ogni vertice di quello di partenza. Per ogni decisione, ogni legge, ogni fenomeno legale si può, grazie a tale modello, individuare il punto d’equilibrio e quindi le opzioni che si trovano a suo fondamento. Alla luce della consapevolezza fornita da

tale modello sarà quindi più agevole – a meno di una sciente cecità – rendere decisioni più giuste, senza il pericolo di trascurare inconsapevolmente alcuno degli elementi ora esplicitati. Il pluralismo non è di certo un fenomeno nuovo e senz'altro non è irrilevante; non parlarne come se il problema non esistesse non farà cessare le richieste sempre più incalzanti delle molteplici comunità che, abitando oggi in Europa, vogliono ottenere il riconoscimento della loro diversità.

4. - Il secondo giorno si è aperto coll'intervento di Janine Ubink, docente dell'Istituto Van Vollenhoven presso l'Università di Leida ed esperta di Diritto africano. La sua lezione è stata incentrata sui problemi legati al regime della proprietà terriera in Africa, e segnatamente in Ghana, Paese nel quale ha svolto ricerca per la tesi di dottorato. Posto che in numerosi Stati africani una porzione ragguardevole delle terre è posseduta secondo regole di diritto consuetudinario, sorgono parecchi problemi in ordine alla sua gestione e ci si interroga sull'opportunità di un adeguamento a metodi più rigorosi quali i regimi di trascrizione. Secondo quanto previsto dalla Costituzione ghanese, art. 267 c. 1, le terre affidate alle comunità devono essere gestite secondo le disposizioni consuetudinarie. Queste ultime però – per la loro intrinseca natura – non sono sempre rigorose e vengono spesso piegate alla convenienza di quanti ne riescono a trarre profitto.

Si prevede non solo che i membri della comunità abbiano diritto a impossessarsi di una porzione delle terre collettive ma anche che gli stranieri, col beneplacito del capo della comunità, ne possano ottenerne una parte. Questa pratica è sempre stata giustificata dalla constatazione che risulta insensato possedere terre sconfinite ed essere costretti a vederle incolte per carenza di manodopera. Col tempo però le cose sono andate evolvendosi: le terre hanno acquisito valore e quelle libere si sono rapidamente esaurite. I capi allora, presa coscienza della possibilità di potere ottenere un notevole guadagno, hanno distorto le norme consuetudinarie pensate per ottenere una redistribuzione delle assegnazioni terriere nel caso in cui non vi fosse una fruttuosa utilizzazione da parte degli affidatari. Le regole in parola infatti, pensate a beneficio della collettività, sono state impiegate per perseguire i loro interessi pecuniari, giungendo, in alcuni casi, a concedere agli stranieri fino all'80% delle terre della comunità.

Per quanto concerne le manovre difensive cui possono ricorrere i membri della comunità, si può sottolineare che la strada che più di frequente i singoli hanno cercato di percorrere è stata quella di cedere personalmente le proprie terre. Tuttavia per procedere a tale operazione è necessario il consenso dei capi di tali comunità, i quali acconsentono solamente quando riescono a ottenere un profitto personale ragguardevole. Si noti inoltre che una lamentela ufficiale contro il capo della propria comunità non sortirebbe alcun effetto, se non in senso pregiudizievole per chi l'abbia mossa. Per quanto riguarda invece le limitazioni al potere dei capi – il cui ruolo è stato corroborato dalle potenze europee durante il periodo coloniale – si deve tenere conto della funzione di vigilanza del Consiglio, il cui benessere è necessario per procedere alle concessioni. Nondimeno, tale organo non ha mai frapposto alcun ostacolo alla pratica in parola per la stessa ragione per cui è solamente fittizia la possibilità di ottenere un'azione 'disciplinare' da parte dei capi delle comunità adiacenti o del capo 'supremo': tutti quanti sono infatti coinvolti allo stesso modo e a tutti spetta la propria parte.

Relativamente al ruolo dello Stato, esiste un'apposita Commissione che dovrebbe occuparsi di tali terre, ma poiché lo Stato stesso ha diritto a una parte degli introiti provenienti dai corrispettivi delle concessioni, viene di fatto adottata una politica di non-intervento. E infatti, a dispetto della presenza di questa Commissione, che in concreto non opera, nei confronti di nessun capo delle comunità del Ghana è mai stata proposta un'azione legale per avere depauperato le risorse della propria comunità. È interessante notare che tutto ciò avviene nonostante in alcune pronunce delle corti statali sia stato determinato il contenuto di certe consuetudini, rilevandosi tra le altre cose che queste impongono ai capi di gestire le terre collettive nel migliore interesse della comunità.

In conclusione la relatrice si è soffermata sul metodo gnoseologico più idoneo a individuare la norma consuetudinaria, invitando tutti i partecipanti a fornire le proprie considerazioni alla luce delle conoscenze pregresse e degli elementi forniti nella prima parte della relazione.

Nel pomeriggio della seconda giornata Maarten Bavinck – direttore del *Centre for Maritime Research* con sede all'Università di Amsterdam – ha dedicato il proprio intervento ai conflitti che interessano i pescatori del sud-est asiatico. In questo contesto il pluralismo trova una delle sue manifestazioni più complesse in quanto si ha a che fare

ad un tempo con le norme di diritto internazionale, col diritto interno degli Stati coinvolti e con il proteiforme diritto consuetudinario dei tanti pescatori che operano nell'area.

Più in concreto, la regione di cui ci si è occupati è quella dalla Palk Bay, su cui si affacciano India e Sri Lanka. Quest'area, nella quale si trova un'isola di appartenenza contestata, benché i dissidi siano stati ufficialmente risolti con un accordo del 1974, è ancora teatro di continui scontri a causa della ricca fauna ittica. Gli avvenimenti più frequenti consistono in sequestri di navi ed equipaggi, ma non sono mancate occasioni nelle quali diversi pescatori hanno perso la vita.

Dopo avere rappresentato la contrapposizione tra le norme indiane, irrispettose dell'ecosistema, e quelle consuetudinarie dei pescatori dello Sri Lanka, attente all'ecosostenibilità e all'impatto sociale, nonché dopo avere rilevato la natura degli interessi delle parti, un affare economico per l'India ma un mezzo di sostentamento per i pescatori dello Sri Lanka, i partecipanti sono stati suddivisi in gruppi per difendere le posizioni delle parti in conflitto. Nel domandarsi con quali criteri sia possibile attribuire tali risorse, reclamate sulla scorta di strumenti normativi tanto diversi, si è data rappresentanza anche alle organizzazioni per i diritti umani e alle comunità locali. E poiché ogni gruppo si è ben immedesimato nella propria parte, non si è giunti ad alcuna soluzione di compromesso, nonostante il relatore abbia ricordato più volte che il pluralismo riguarda la mediazione e la gestione delle diversità fino al raggiungimento di un equilibrio.

5. - Il terzo giorno è stato caratterizzato da un numero maggiore di interventi più brevi, il primo dei quali tenuto da Fergus Kerrigan, membro dell'Istituto Danese per i Diritti Umani. A partire da alcuni esempi tratti dall'esperienza di Paesi delle aree africana e asiatica, il relatore si è occupato dei programmi di sviluppo dei sistemi di giustizia a livello nazionale e dei loro limiti, tenendo conto delle raccomandazioni delle organizzazioni per la protezione dei diritti umani e dell'attività del Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo (UNDP).

In particolare, la relazione si è incentrata sui sistemi informali di giustizia consuetudinaria e tradizionale, tenendo conto sia dei problemi che riguardano la loro interazione con i sistemi di giustizia nazionale sia il problema dell'individuazione delle norme che tali sistemi di giustizia applicano. Kerrigan ha portato all'attenzione

dell'uditorio la questione dello Stato bicefalo, retaggio coloniale, che da un lato controlla parte del territorio con le proprie leggi e i propri organi giudiziari e dall'altro accorda la più vasta autonomia alle comunità locali. Il tema che più preoccupa al giorno d'oggi è dato dall'indebolimento delle strutture consuetudinarie e dall'incapacità dei moderni sistemi di rimpiazzarle adeguatamente. In tale situazione gli individui si trovano intrappolati tra i due sistemi e gli abusi dei capi delle comunità rimangono impuniti poiché le strutture giudiziarie consuetudinarie sono nelle loro mani e lo Stato è incapace di rendere giustizia.

Il relatore ha messo in luce la possibilità di far valere le norme internazionali sui diritti umani persino negli scontri tra cittadini in quanto i capi delle comunità sono anche degli ufficiali di Stato che con le loro azioni impegnano quest'ultimo rendendolo responsabile delle loro nefandezze. Infine, ci si è soffermati sul problema dell'accessibilità alla giustizia, spesso trascurato dalle organizzazioni per i diritti umani. Esistono infatti numerosi casi nei quali le vittime di abusi di varia natura, che pur potrebbero ottenere delle pronunce favorevoli in tribunale, non sono in alcun modo consapevoli della possibilità di agire – restando sempre inedite le sentenze che di tali abusi trattano – ovvero non sono in grado di raggiungere i luoghi dove operano gli organi giurisdizionali.

Il secondo intervento della mattina è stato tenuto da Bruce Baker – professore di *African Security* presso l'Università di Coventry, Regno Unito – il quale si è occupato del tema della polizia e della sicurezza in Africa, ove in molti Paesi il settore privato deve sopperire alla mancanza di adeguate strutture statali. A partire dall'esempio di una cittadina in cui ogni servizio volto a garantire l'ordine pubblico è offerto dalla gente del luogo, il relatore ha spiegato come siano solitamente organizzate le agenzie private di sicurezza e come in tutte le recenti riforme delle forze pubbliche statali si sia tenuto conto di tale presenza. A livello nazionale sono emerse due principali opinioni: vi è chi ritiene necessario disfarsi dei privati e chi invece esorta a servirsi di queste forze integrandole o perlomeno affiancandole a quelle statali, così che le une siano tenute sotto controllo e le altre beneficino, agli occhi della collettività, della fiducia di cui godono le prime. Tra le ragioni di tale fiducia possono annoverarsi la rapidità e l'efficacia, il raggiungimento di risultati concreti, l'accessibilità, la legittimazione locale nonché la relativa economicità.

Ciò nonostante non mancano casi nei quali tali organizzazioni agiscono in modo violento e vessatorio, senza rispettare alcuna legge e finanziandosi con attività illegali, rendendo quindi l'intervento regolatore dello Stato ancor più urgente. La situazione risulta poi ancora più complessa in quanto la separazione tra forze statali e non-statali va scemando in parecchi casi nei quali si realizzano le più fantasiose commistioni: capita che la polizia conduca gli arrestati presso corti non-statali o esegua le sentenze di tali corti o chieda l'aiuto delle forze non-statali, vi sono poi casi nei quali le sedi delle forze statali si trovano all'interno di quelle non-statali etc.

Gli interventi del pomeriggio sono stati tenuti da Fauzia Shariff – docente di Diritto e Antropologia alla *London School of Economics* – e da Waheeda Amien – docente di legge all'Università di Cape Town. Il primo intervento si è occupato di analizzare il grado d'influenza che l'ambiente culturale esercita su di ogni persona e gli effetti dell'esposizione a diversi ordini di norme, regole e condizionamenti sociali. Ci si è chiesti se una pluralità di ordinamenti rappresenti un limite alla libertà di autodeterminarsi ovvero se tale complessità si traduca nell'aumento delle possibilità tra cui scegliere. Si è posto poi l'accento sul rapporto tra i suddetti condizionamenti culturali e le relazioni di potere.

La relatrice ha preso in esame un villaggio indiano della popolazione dei Santal ove tutte le dispute sono risolte da un Comitato, composto di soli uomini, che applica le norme consuetudinarie. Si è analizzato quindi il problema della capacità/possibilità delle donne di agire indipendentemente e di prendere delle libere decisioni in una società completamente dominata dagli uomini. Vi sono stati casi di donne audaci che, cercando di agire a proprio vantaggio nell'intricata serie di norme cui sono teoricamente soggette, si sono spinte fin verso le corti statali per affermare i propri diritti, così esautorando di fatto il potere del Comitato del villaggio. Purtroppo tali vicende non si sono fin'ora concluse felicemente, sia in quanto i verdetti delle corti statali, benché favorevoli, non sortiscono alcun effetto all'interno dei villaggi periferici, sia per la loro inadeguatezza a risolvere i conflitti intestini alla comunità locale. A tale proposito si consideri il caso di una donna, costretta a confessare pratiche di stregoneria, che un intero villaggio voleva sottoporre a pratiche apotropaiche umilianti e dolorose. Benché vi sia la possibilità di adire un tribunale esterno al villaggio per punire l'aggressione di quanti cerchino di farle subire tali umiliazioni, il verdetto non sortirebbe alcun effetto all'interno del

villaggio stesso e non rassicurerebbe i suoi membri quanto alla condizione della malcapitata, considerata una strega fino a che non vengano applicati i rimedi tradizionali.

La relatrice ha quindi presentato tre forme di ‘relazioni di potere’ che permettono di comprendere meglio il motivo per il quale le vittime spesso continuano a sottostare a condizioni umilianti, a volte per tutta la vita, mentre in altri casi sfidino lo *status quo*. Nella prima di queste situazioni, ‘relazione di natura’, la persona sottomessa percepisce l’ingiustizia cui è costretta ma non si ribella in quanto la ritiene inscritta nell’ordine naturale delle cose; nella seconda, ‘relazione di dipendenza’, la persona che riconosce di essere sottomessa in tanto accetta tale condizione in quanto continui a ricevere dei benefici; in ultimo luogo, ‘relazione di forza’, la persona sottomessa non ritiene di avere alcun vantaggio nel perpetuare la propria condizione e sfida dunque l’ordine cercando una nuova sistemazione. Si noti che questi potrebbero anche essere momenti della medesima relazione che evolve nel tempo.

Il secondo intervento del pomeriggio è stato diretto ad analizzare la pluralità di ordinamenti giuridici presenti in Sud Africa attraverso l’esame di casi relativi al diritto di famiglia. In particolare si è trattato del pluralismo alla luce del rapporto tra l’ordinamento giuridico ufficiale e i matrimoni religiosi e consuetudinari. Dai tempi della colonizzazione e per tutti gli anni dell’*apartheid* il matrimonio cristiano è stato considerato dal diritto statale l’unico ‘civilizzato’ e in conseguenza di ciò ai matrimoni delle altre religioni, pur massicciamente presenti, non è stato riconosciuto alcun effetto giuridico. Esisteva tuttavia la possibilità di registrare tali unioni secondo le previsioni del ‘*Marriage Act*’ del 1961 ma al costo di snaturarle, privandole degli elementi più peculiari. Il risultato di ciò è stato un numero enorme di matrimoni mai registrati. La situazione è lievemente cambiata grazie all’art. 15 della nuova Costituzione del 1996 e in particolare con il ‘*Customary Marriages Act*’ n. 120 del 1998, con cui il matrimonio tradizionale africano viene finalmente riconosciuto.

Ciò nonostante i matrimoni religiosi sono tuttora trascurati e ancora oggi non sono riconosciuti a meno che non siano registrati secondo le forme prescritte dalla legge. Si può però rilevare il tentativo delle corti statali di intervenire in maniera creativa affinché sia possibile alleviare le sofferenze della parte più debole nei matrimoni religiosi non registrati. Esistono infatti dei casi nei quali al matrimonio musulmano è stato

riconosciuto valore di contratto legalmente vincolante per regolare alcuni aspetti patrimoniali, tra cui ad esempio il mantenimento della ex-moglie fino a che non termini il periodo in cui non può risposarsi. Cionondimeno non si è ancora ottenuto ciò che gli *ulama* e le associazioni per il sostegno dei diritti delle donne chiedono, ossia il pieno riconoscimento del matrimonio religioso.

*In conclusione, la vivacità dialettica con cui sono stati trattati i problemi e la continua ricerca, attraverso le giornate di discussione, di punti di convergenza sul piano definitorio sono state una testimonianza viva di quanto le tematiche trattate siano importanti, complesse e soprattutto attuali.*



ISSN 2037-6677

2013/3

## **Medical cannabis and Constitutional freedoms in Canada**

### **Cannabis ad uso terapeutico e libertà costituzionali in Canada**

**Stefano Rossi**

**Controlled Drugs and Substances Act 1996 - sufficient evidence - Doctor as "gatekeeper".**



## Cannabis ad uso terapeutico e libertà costituzionali in Canada

di *Stefano Rossi*

Court of Appeal for Ontario. Sentenza 1 febbraio 2013, *R. v. Mernagh*, 2013 ONCA 67

Artt. 4, c. 2, 7 Controlled Drugs and Substances Act 1996 (CDSA) – Marihuana Medical Access Regulations – Art. 7 Carta dei diritti e delle libertà – Esimente penale – Effetto illusorio – Prove sufficienti – Medico come *gatekeeper*.

Sebbene le procedure amministrative create per dare attuazione alla finalità stabilita a livello legislativo possano produrre effetti incostituzionali, tali da rendere incostituzionale anche la normativa, nel caso di specie, è da escludere che il *Marihuana Medical Access Regulations* violi l'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà, non essendovi prova sufficiente che l'esimente al divieto penale in materia di stupefacenti sia illusoria o che il ruolo dei medici come *gatekeeper* contribuisca a renderla tale.

(La sentenza è reperibile in [www.canlii.ca/t/fvxst](http://www.canlii.ca/t/fvxst))

1. – Con sentenza del 1 febbraio 2013, la Corte d'Appello dell'Ontario è tornata per la terza volta a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della normativa che disciplina la produzione e l'uso della marijuana.

È bene premettere che la legislazione penale canadese (*Controlled Drugs and Substances Act* del 1996) stabilisce un generale divieto di produzione, distribuzione e consumo di marijuana, tuttavia viene sancita espressamente un'esimente a tale divieto per coloro che, in conformità alle condizioni stabilite nel [Maribnana Medical Access Regulations](#) (MMAR), assumono la sostanza stupefacente a scopi terapeutici.

Il MMAR costituisce il mezzo attraverso il quale i canadesi gravemente malati possono ottenere l'accesso alla marijuana a fini terapeutici. L'autorizzazione a detenere e/o il rilascio di una licenza per la produzione di marijuana per scopi terapeutici possono essere concesse soltanto se sono stati rispettati tutti i criteri prescritti nel MMAR, compreso il requisito della previa certificazione di un medico. Una volta ottenuta l'autorizzazione, ai sensi del MMAR, i pazienti hanno tre opzioni per ottenere una fornitura legale di marijuana essiccata: a) possono seguire la procedura prevista dal MMAR per accedere alla fornitura di marijuana essiccata attraverso *Health Canada*; b) possono richiedere una licenza di produzione della sostanza per uso personale; c) possono designare un produttore autorizzato a coltivare per loro conto la sostanza.

L'uso di marijuana per scopi medici è destinato a quei pazienti per i quali tutti gli altri trattamenti convenzionali sono risultati inefficaci oppure quando il medico ritenga appropriato l'uso della sostanza alla luce della condizione medica del paziente (P.G. Lucas, *Regulating compassion: an overview of Canada's federal medical cannabis policy and practice*, in *Harm Reduction Journal*, 2008, 5, 5 ss.).

Nel caso, oggetto della sentenza commentata, il sig. *Mernagh* era stato accusato di produrre marijuana in violazione dell'art. 7, c. 2, del CDSA e, nel corso del processo di primo grado aveva sollevato eccezione di incostituzionalità volta a far dichiarare l'illegittimità delle disposizioni penali incriminatrici e del MMAR, legge che disciplina l'accesso legale alla cannabis, in quanto contrarie ai suoi diritti ai sensi dell'art. 7 della [Carta dei Diritti e delle Libertà](#) (su cui E. Ceccherini, *Il processo di adozione della Carta dei diritti e delle libertà: un processo costituente a tappe*, in G. Rolla (cur.),

*L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè, 2008, 3 ss.)

Il sig. *Mernagh*, che soffriva di fibromialgia, scoliosi, epilessia e depressione, si era difeso sostenendo di aver prodotto ed assunto la sostanza stupefacente ad esclusivi fini terapeutici e quindi di aver diritto alla scriminante prevista ai sensi del MMAR, a cui però non era formalmente legittimato non avendo trovato alcun medico che gli firmasse la necessaria dichiarazione.

In particolare *Mernagh* sosteneva che l'incostituzionalità del MMAR non emergesse tanto dal suo dato letterale, quanto piuttosto in relazione alla prassi della sua applicazione concreta, resa 'difficile' dai meccanismi burocratici e dal 'boicottaggio di massa' della classe medica nei confronti di tale normativa.

Richiamandosi a quanto statuito dalla *Supreme Court of Canada* in *R. v. Morgentaler* (1988, CanLII 90 (SCC), [1988] 1 SCR 30), l'imputato ha sostenuto che la protezione accordata dal MMAR si è dimostrata illusoria, privando lui e altri malati nelle sue stesse condizioni, del diritto alla libertà e alla sicurezza in forme tali da risultare in contrasto con i principi di giustizia fondamentale.

Il giudice di primo grado ha accolto la tesi dell'imputato, sostenendo che l'aver subordinato l'accesso legale alla cannabis alla prescrizione medica (confermando quindi il ruolo del medico quale "gatekeeper") l'ha resa praticamente irraggiungibile per coloro che ne hanno un disperato bisogno.

Nel concludere che l'MMAR viola i diritti sanciti a norma dell'art. 7 della Carta, il giudice ha indicato quattro elementi cruciali a sostegno del suo ragionamento: a) che il sig. *Mernagh* e i pazienti, che hanno reso testimonianza nel corso del processo, avevano diritto all'esenzione prevista dal MMAR; b) che molti dei medici a cui si sono rivolti i pazienti ascoltati come testimoni hanno agito in modo arbitrario e irragionevole nel respingere le loro richieste di rilasciare i certificati volti ad ottenere l'esenzione; c) che i medici canadesi in massa hanno boicottato il programma disciplinato dal MMAR, compromettendone l'efficacia.

Il giudice ha quindi dichiarato incostituzionale il MMAR per violazione dell'art. 7 della Carta canadese e ha annullato gli artt. 4 e 7 del CDSA, concedendo al

contempo all'imputato, in via provvisoria, una esenzione personale per la produzione e il possesso di cannabis.

2. – Appare utile considerare, in primo luogo, i precedenti citati nella sentenza commentata.

Nel luglio 2000, la Corte d'appello dell'Ontario (*R. v. Parker* 2000 CanLII 5762 (ON CA), [2000], 49 o (3d) 481) ha confermato che la sussistenza di un diritto costituzionale a scegliere le cure, compresa la cannabis usata a fini terapeutici, anche se i contorni precisi di tale diritto rimangono ancor oggi oggetti acceso dibattito. La Corte ha inoltre convenuto che i diritti del paziente e del suo medico curante risultavano violati dalla determinazione, operata dal legislatore, di considerare penalmente rilevante la scelta terapeutica del paziente, non ha invece convenuto con il giudice di primo grado secondo il quale il rimedio più appropriato, in casi come questi, era la concessione di un' esimente di origine costituzionale per la persona chiamata in giudizio. Piuttosto, la Corte ha sostenuto la necessità della creazione da parte del governo di un procedimento efficace a mezzo del quale tutti i pazienti avrebbero potuto richiedere la concessione di un'esenzione al fine di essere autorizzati a utilizzare la cannabis a fini terapeutici. In particolare, la Corte ha sostenuto che, in mancanza di un procedimento efficace, il governo avrebbe perduto la potestà costituzionale di mantenere in vigore il divieto penale all'uso della cannabis. In altre parole, se gli assuntori della sostanza per scopi terapeutici non fossero stati adeguatamente tutelati dalle conseguenze penali della loro condotta, allora tale avrebbe cessato di applicarsi legittimamente a tutti gli assuntori, a scopi medici o ricreativi.

La Corte d'Appello ha anche concluso che il programma in vigore all'epoca, disciplinato dalle Linee Guida provvisorie, era incostituzionale in quanto carente sotto il profilo della specificità delle direttive e nella misura in cui concedeva troppa discrezionalità al Ministro della Salute. Il governo ha scelto di non impugnare tale decisione e il caso *Parker* è divenuto il *leading case* in relazione ai profili costituzionali del diritto all'autodeterminazione terapeutica nell'uso della cannabis come mezzo per il trattamento palliativo di gravi malattie.

Dopo l'annullamento delle Linee Guida provvisorie, il governo canadese è stato costretto a istituire un procedimento di accesso legale alla marijuana, disciplinato attraverso il Regolamento in materia di accesso alla marijuana per scopi medici (MMAR) entrato in vigore il 1° agosto 2001.

L'approvazione del MMAR ha determinato una seconda tornata di contenzioso costituzionale, fondata essenzialmente sulla base del fatto che le condizioni, per ottenere l'esenzione per l'uso della marijuana, erano troppo onerose.

Le contestazioni si concentravano su due punti di attacco, considerando che l'MMAR: a) conteneva inutili restrizioni amministrative e procedurali tali da rendere il procedimento pressochè inaccessibile per molte persone gravemente malate; b) non forniva alcun meccanismo legale di accesso ad una provvista legale di cannabis a scopi terapeutici per i canadesi gravemente malati che non potessero coltivare da sé la pianta.

L'insoddisfazione per il meccanismo predisposto dal MMAR ha portato ad un altro procedimento giudiziale, il caso *Hitzig*. Questo procedimento civile aveva ad oggetto le contestazioni proposte da alcuni pazienti ed operatori sanitari che sostenevano la necessità di annullare l'MMAR (e, di conseguenza, il divieto imposto dalla legge sugli stupefacenti di possedere cannabis), perché il regime di regolamentazione imponeva numerosi ostacoli burocratici a coloro che volevano richiedere il permesso di accedere legalmente alla cannabis. In particolare, l'obbligo di ottenere il consenso di uno o due specialisti, a fronte della dichiarata resistenza della classe medica, aveva reso quasi impossibile per molti, se non per la maggior parte, dei pazienti accedere al procedimento. Inoltre, al di là degli ostacoli imposti per l'ammissione al procedimento, coloro che erano riusciti ad ottenere un'esenzione erano comunque privi della possibilità di reperire in modo legale una provvista di cannabis, a meno che fossero in grado di coltivarla da soli o di trovare un produttore autorizzato che la coltivasse per conto loro gratuitamente. Così, nel processo di primo grado, la Corte ha affermato che le leggi e il regolamento disciplinante la materia rappresentavano un'indebita interferenza, da parte dello Stato, in decisioni di fondamentale importanza (diritto alla libertà) e per la possibilità di accedere a un trattamento medico efficace (diritto alla sicurezza della persona), venendo quindi a violare l'art. 7 della Carta.

Nel gennaio 2003, la decisione della Corte dell'Ontario, adottata in persona del giudice Lederman J., è stata cassata dalla Corte d'Appello [*Hitzig v. Canada* (2003) , 171 CCC (3d) 18], che non ha ritenuto che le restrizioni procedurali all'accesso legale alla cannabis previste dal MMAR integrassero una violazione costituzionale, sostenendo altresì che «anche se il procedimento di accesso al programma previsto dal MMAR potrebbe risultare complesso e l'esigenza della dichiarazione di uno specialista potrebbe risultare costosa per molti richiedenti gravemente malati, soprattutto alla luce della posizione assunta dalle associazioni mediche, non credo che questi aspetti del MMAR violino i principi di giustizia fondamentale».

La Corte, pur sottolineando che le restrizioni legali all'approvvigionamento della sostanza erano conformi a Costituzione, ha tuttavia concluso che non fosse coerente con i principi di giustizia fondamentale la mancata previsione di una fonte legale di approvvigionamento di marijuana a favore della persone a cui era stata accordata una autorizzazione al possesso della sostanza. In particolare in tale sentenza si è sostenuto che «...le leggi che pongono le persone gravemente malate in una condizione di vulnerabilità, costringendole ad avere rapporti con la criminalità per potersi approvvigionare di una sostanza che hanno avuto il permesso di possedere, violano il diritto costituzionale alla sicurezza della persona. Il regime del MMAR espone i malati, i quali versano in gravi condizioni di salute, ad un rischio per la loro sicurezza personale: infatti, non solo corrono i rischi connessi alla frequentazione di criminali e la possibilità di essere perseguiti penalmente..., ma affrontano anche il rischio conseguente all'assunzione di una sostanza, acquistata sulla strada e di qualità incerta».

Tale situazione, determinata dalla legislazione all'epoca vigente, risultava peraltro contraria ai principi di giustizia fondamentale che esigono il rispetto dello Stato di diritto e, pertanto, consentono di tollerare un sistema che costringa gli utilizzatori per fini terapeutici di marijuana ad ottenere la sostanza illegalmente.

Per determinare se tali restrizioni ai diritti previsti dall'art. 7 della Carta rispettassero i principi fondamentali di giustizia, la Corte ha operato un giudizio di bilanciamento tra i diritti ivi tutelati e gli interessi collettivi in gioco. La Corte ha concluso per la prevalenza dei diritti, nella misura in cui la giustizia fondamentale esige il rispetto dello Stato di diritto e, pertanto, non può tollerare un sistema che

costringe gli utilizzatori per fini terapeutici di marijuana di ottenere la sostanza illegalmente. Rinvenuta in tali circostanze una patente violazione dell'art. 7 della Carta, la Corte ha dichiarato illegittimo l'MMAR, ma ha sospeso l'efficacia della sentenza per sei mesi per dare al governo la possibilità di colmare la lacuna inerente la previsione di un sistema di approvvigionamento legale.

Altra questione risolta dalla Corte d'Appello atteneva alla legittimità della condizione richiesta ai pazienti affetti da determinate patologie (quelle di cui alla categoria 3), i quali, per ottenere l'autorizzazione all'uso terapeutico della cannabis, avrebbero avuto necessità della dichiarazione rilasciata da due medici specialisti. A detta della Corte, ciò rappresentava una violazione dell'art. 7 della Carta, in quanto non vi era alcun motivo ragionevole o interesse pubblico che giustificasse tali restrizioni, né le stesse apparivano proporzionali. Tuttavia, la Corte non ha accolto la tesi per cui il rimedio appropriato in quel caso fosse quello di dichiarare l'illegittimità del MMAR nel suo complesso, ma ha piuttosto scelto di dichiarare illegittime specifiche disposizioni, quali quelle che prevedevano l'approvazione di un secondo specialista per i pazienti inseriti nella categoria 3, nonché le disposizioni che impedivano ai produttori designati di ricevere compensi, di coltivare per più di una persona autorizzata e di coltivare in collaborazione con più di due produttori designati (principi ribaditi dalla *Federal Court in Sfetkopoulos v. Canada*, (Attorney General) (F.C.), 2008 FC 33, [2008] 3 F.C.R. 399). Nell'invalidare le disposizioni impugnate, la Corte ha concluso che le restanti disposizioni del MMAR fossero costituzionalmente legittime.

In data 8 luglio 2003, *Health Canada* ha annunciato l'adozione di un programma provvisorio in forza del quale i canadesi sono stati autorizzati ad acquistare la sostanza stupefacente da unico fornitore autorizzato, *Prairie Plant Systems* (PPS). Inoltre, la revisione della normativa ha permesso ai pazienti che desideravano produrre da sé la sostanza di comprare i semi da PPS e di affidarne la coltivazione a produttori designati.

3. – Descritto il quadro dei precedenti giurisprudenziali in materia, si può tornare a discorrere del caso in commento.

La decisione adottata dal giudice di primo grado nel caso *Mernagh* è stata impugnata avanti la Corte d'Appello dell'Ontario, la quale ha individuato essenzialmente tre vizi logici nell'argomentazione del giudice di primo grado, ossia: a) di aver erroneamente interpretato i precedenti in materia, ovvero i casi *Parker* e *Hitzig*, riconoscendo un preteso diritto costituzionale all'uso terapeutico della marijuana; b) di essersi basato su prove aneddotiche e su testimonianze prive di alcun riscontro documentale per concludere che *Mernagh* aveva diritto all'esenzione ai sensi del MMAR; c) nel sostenere che la MMAR sia nella prassi rimasta inattuata, rendendo impossibile ai malati l'accesso alla sostanza a fini terapeutici e sia illusoria la possibilità di usufruire dell'esimente dall'accusa penale connessa.

a) La Corte rileva come il giudice di primo grado abbia frainteso gli arresti precedenti, sostenendo l'esistenza di una pretesa «violazione dell'art. 7 della Carta consistente nell'aver privato una persona gravemente malata, per la quale l'assunzione di marijuana offre sollievo al dolore, del diritto di utilizzare la sostanza per fini terapeutici» (par. 60), laddove, invece, in *Parker*, era stata propugnata una prospettiva differente, ovvero «dato che la marijuana può essere utile dal punto di vista terapeutico per alcuni individui, un divieto penalmente sanzionato al suo uso sarebbe incostituzionale» (par. 61). In altre parole, secondo la Corte, non sussisteva un automatico diritto per le persone malate di utilizzare la cannabis a fini terapeutici, ma solo un diritto a non essere sanzionati penalmente.

Si deve notare criticamente come, nel caso in commento, la Corte abbia adottato un'interpretazione restrittiva di *Parker* che appare non conforme alla tradizione liberale nell'interpretazione dei principi affermati nell'art. 7 della Carta.

In questo contesto è doveroso ricordare che, nell'elaborazione canadese del principio del consenso informato e dell'autodeterminazione è stato essenziale il richiamo alla giurisprudenza americana e, in particolare, alle statuizioni, risalenti già agli inizi del secolo scorso, del Justice Cardozo: «*Every human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his own body*» (*Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 [N.Y. 1914])..

Questa concezione di autonomia è profondamente radicata nel diritto comune e si è cristallizzata nel diritto costituzionale attraverso l'art. 7 della Carta, che afferma la garanzia dei diritti alla libertà e alla sicurezza. Libertà che, nella specie, trova

sostanza nel riconoscimento dell'autonomia dell'individuo nell'assunzione delle scelte terapeutiche: così «...*l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles*» (*Godbout v. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66; *Malette v. Shulman* [1990], 67 D.L.R. (4th) 321 [Ont. C.A.]).

Autonomia nella scelta del trattamento medico che implica la considerazione anche del diritto alla sicurezza, garantita dall'art. 7 della Carta. L'inclusione del diritto alla sicurezza in tale disposizione, da intendersi come diritto di prendere decisioni autonome legate alla propria integrità fisica, è stata sostenuta dalla Corte Suprema del Canada. In particolare, in *Rodriguez* [*Rodriguez c. C.-B. (A.G.)* (1993), 85 C.C.C. (3d) 15, 63 (R.C.S)], nella quale si è discusso della costituzionalità del divieto di suicidio assistito, la Corte ha dichiarato che «la sicurezza della persona ai sensi dell'art. 7 comprende il principio di autonomia personale (almeno per quanto riguarda il diritto di fare delle scelte sulla propria persona), il controllo sulla propria integrità fisica e mentale, senza interferenze da parte dello Stato, e il fondamentale principio della dignità umana».

In *Morgentaler* [R. c. *Morgentaler* (1988), 37 C.C.C. (3d) 449, 485 (R.C.S.)], inerente la costituzionalità del divieto dell'interruzione di gravidanza, la Corte ha dichiarato che il termine «sicurezza della persona, ai sensi dell'art. 7 della Carta, include il diritto al trattamento medico in presenza di una condizione di pericolo per la vita o la salute, senza timore di sanzioni penali».

In tale quadro la Corte Suprema del Canada ha definito un ampio disegno dei profili della libertà, secondo cui «la libertà dell'individuo di fare ciò che vuole deve, in ogni società organizzata, essere soggetta a molti vincoli per l'interesse comune. Lo Stato ha certamente il diritto di imporre molti tipi di restrizioni al comportamento individuale, ma non tutte le limitazioni potranno essere legittime ai sensi della Carta. D'altra parte, libertà non significa semplice libertà da contenzione fisica. In una società libera e democratica, l'individuo deve avere sufficiente autonomia personale per vivere la propria vita e prendere decisioni che sono di fondamentale importanza per la propria persona» [*B. (R). v. Children's Aid* [1995] 1 R.C.S. 315, 340].

Avendo elevato il diritto, proprio del diritto comune, a prendere decisioni autonome inerenti l'integrità del proprio corpo ad un diritto alla libertà e/o alla sicurezza sancito dalla Costituzione, è evidente che lo Stato deve ora dimostrare l'esistenza di un motivo/interesse cogente per annullare la scelta di autonomia adottata da una persona. Per cui, se l'interpretazione espansiva del diritto alla libertà di cui all'art. 7 della Carta ha delineato una solida base per il radicamento di un diritto all'autodeterminazione in materia sanitaria, che si esprime nella facoltà di scegliere, a determinate condizioni, di curarsi mediante l'assunzione di cannabis, senza indebite interferenze da parte dello Stato, la medesima garanzia può essere dedotta dal diritto alla sicurezza, definito come il diritto di essere liberi da timore indotto dallo Stato attraverso la minaccia della sanzione penale connessa all'uso della sostanza stupefacente.

Se la cannabis fosse qualificata, senza eccezioni, come una sostanza illecita, le persone che la usano per scopi terapeutici rischierebbero, nel prendere tale decisione, di subirne le conseguenze penali, ed è chiaro che tale ingerenza dello Stato costituirebbe una violazione sia della libertà che della sicurezza.

b) Nella sentenza di primo grado, il giudice ha accolto le tesi del sig. *Mernagh* secondo cui l'incostituzionalità del MMAR non stia tanto nella sua lettera, quanto nelle concrete modalità con cui viene applicato nella prassi. Questo argomento era già stato avanzato in *Hitzig* e in *Beren* (R. v. *Beren* 2009 BCSC 429 (CanLII) 2009 BCSC 429, 192 CRR (2d) 79) e, anche in quei processi, le parti non erano riuscite a fornire una prova sufficiente che il sistema del MMAR, nella prassi, offrisse una difesa illusoria avverso le accuse penali di possesso e/o consumo di cannabis a carico di persone gravemente malate.

Un primo punto debole nella posizione di *Mernagh* stava nel fatto che lo stesso non aveva fornito alcuna prova per dimostrare di possedere tutti i requisiti necessari ad ottenere ai sensi del MMAR l'esenzione e il conseguente diritto all'uso della cannabis a fini terapeutici (R. v. *Mernagh*, *cit.*, par. 36).

Le stesse prove testimoniali di altri malati, assunte oralmente o acquisite a mezzo di dichiarazioni giurate, si caratterizzavano per il loro carattere aneddotico: alcuni testimoni avevano raccontato di aver ricevuto un rifiuto da parte dei medici alle loro richieste di rilascio della necessaria certificazione, altri avevano lamentato i

ritardi da parte di *Heath Canada* nel concedere l'esenzione, altri ancora avevano descritto i rischi in cui erano incorsi nel cercare di rifornirsi della sostanza attraverso canali illegali. Anche, in questa ipotesi, tuttavia non vi era prova che i testimoni fossero legittimati a fruire del regime speciale dettato dal MMAR. Infine generiche e un pò datate si erano dimostrate le prove fornite dagli esperti sentiti nel corso del processo di primo grado.

Il giudice aveva definito il suo *standard* di valutazione delle prove su di un passaggio della sentenza *Hitzig* in cui si sosteneva che «i tribunali, fondandosi sulle testimonianze relative alle esperienze personali dei testi e su prove aneddotiche, possono stabilire che alcune persone malate gravemente traggono beneficio sostanziale dall'uso a fini terapeutici della marijuana» (*Hitzig v. Canada, cit.*, par. 9). Tuttavia si tratta di un'interpretazione erronea, nella misura in cui le prove aneddotiche possono fornire elementi presuntivi inerenti condizioni personali, possono integrare, ma non sostituire le prove scientifiche indispensabili in questo contesto.

Così, ad esempio, in *Parker* la Corte aveva riconosciuto l'efficacia a fini terapeutici della marijuana sulla base di un rilevante compendio di prove scientifiche, relazioni di esperti, studi clinici e rapporti di ricerca. La prova fornita da *Mernagh* era certamente sufficiente a dimostrare che egli non era un assuntore di cannabis a fini ricreativi, ma, al contempo, non era idonea a comprovare che egli fosse legittimato, ai sensi del MMAR, ad ottenere una certificazione medica necessaria ai fini della domanda di esenzione (per una ricostruzione delle carenze probatorie *R. v. Mernagh, cit.*, parr. 67-77).

Infine, come rilevato in sentenza, nel procedimento di primo grado non era stato assolto l'onere della prova, per cui «ogni imputato che cerchi di esonerare se stesso da responsabilità penali, sostenendo la necessità di utilizzare a fini terapeutici la cannabis trovata in suo possesso, deve indicare e provare gli elementi su cui si basa tale necessità, caso per caso» (*R. v. Mernagh, cit.*, par. 67). Prove che, in questo caso, l'imputato non era stato in grado di fornire compiutamente.

c) Centrale, per comprendere l'ultimo elemento valutato in sentenza, è il ruolo che l'MMRA ha attribuito al medico, ovvero quello di *gatekeeper* (sentinella) rispetto alle domande avanzate dai pazienti.

Si deve rammentare che, nel corso dell'elaborazione del progetto del MMAR, era emersa la forte contrarietà dei medici alla soluzione proposta dal governo canadese. Come dimostra la comunicazione, datata 7 maggio 2001, inviata dal *Canadian Medical Association* al Ministro della Salute in cui si metteva in chiaro che i medici non volevano assumere il ruolo di sorveglianti (o meglio di custodi) del sistema, nonostante fosse proprio quello il ruolo che il governo voleva affidare loro (*Lettre datée du 7 mai 2001, du Dr P. Barrett au ministre de la Santé Alan Rock*). In generale, in una prima fase, ai medici canadesi era stato suggerito dalle loro associazioni professionali di non fornire un sostegno al procedimento di concessione dell'esenzione a causa della supposta mancanza di prove scientifiche a conferma dei benefici medici della cannabis. Così, fin dall'inizio, la resistenza della classe medica è stata un problema per l'effettiva attuazione del MMAR e per i pazienti che volevano ottenere l'accesso legale alla cannabis per scopi terapeutici.

Sia per rispondere alle resistenze della classe medica, che alle indicazioni fornite dalla Corte nel caso *Hitzig*, il governo, con regolamento del 24 dicembre 2003 e successivo del 25 giugno 2005, ha modificato il regime del MMAR semplificando il procedimento di accesso al programma e spianando la strada per la distribuzione della marijuana per scopi terapeutici nelle farmacie. In particolare, per venire incontro ai dubbi dei medici, il procedimento è stato semplificato riducendo la portata e la natura della dichiarazione che il sanitario deve rilasciare al paziente: i medici non sono più tenuti, come originariamente, a spiegare nelle loro dichiarazioni che i benefici superano i rischi o formulare raccomandazioni specifiche per quanto riguarda la posologia giornaliera in base alla quale la marijuana può essere utilizzata. Inoltre, le informazioni che il medico è tenuto a fornire nella dichiarazione sono state ridotte a quelle essenziali per confermare che il paziente è affetto da una grave malattia e che i trattamenti tradizionali sono risultati inadeguati o inefficaci.

Tornando alla sentenza, si deve rilevare come, nel procedimento di primo grado, il giudice avesse così sintetizzato il quesito costituzionalmente rilevante connesso al ruolo dei medici: si può dire che il regime dettato dal MMAR risulta inefficace e pertanto è resa pura illusione l'esenzione dalle accuse penali che tale sistema offre?

E a tale domanda la sua risposta è stata netta: «L'accesso legale tramite prescrizione medica alla marijuana è praticamente impossibile per coloro che ne hanno un bisogno disperato. L'esimente per la coltivazione e il possesso della marijuana presumibilmente offerta dal MMAR è illusoria e non è conforme ai principi di giustizia fondamentale. (...) Il motivo per cui il regime del MMAR è inefficace si rinviene nel fatto che la legge delega ciecamente il ruolo di controllore delle domande dei pazienti ai medici, che hanno scelto di non accettare questa responsabilità che il Parlamento ha affidato loro» (R. v. *Mernagh* 2011, ONSC 2121, par. 230).

Il problema che si pone il giudice è quello classico del 'gatto che si morde la coda', ovvero di un sistema che affida ad una categoria (i medici) un ruolo essenziale per il suo funzionamento efficace, senza peraltro ottenere la necessaria collaborazione di questi ultimi. In questo senso il giudice aveva notato che «il *deficit* della legislazione non si rinviene tanto nel ruolo di 'sentinelle' affidato ai medici, quanto nel fatto che non sono stati realizzati i passi necessari per ottenere il sostegno, la cooperazione e la partecipazione della classe medica prima che i suoi membri fossero formalmente chiamati a ricoprire questo ruolo» (R. v. *Mernagh* 2011, ONSC 2121, par. 259).

È bene notare che già in *Hitzig* la Corte aveva confermato la legittimità costituzionale di queste disposizioni del MMAR e del ruolo istituzionale attribuito ai medici, chiarendo che «se la marijuana allevi i sintomi di una persona affetta da una particolare patologia è essenzialmente una questione medica. Proprio come i medici sono chiamati a decidere in ordine alla prescrizione dei farmaci, è ragionevole pertanto che lo Stato richieda il parere di un medico, specie se il farmaco in questione non è testato» (*Hitzig v. Canada, cit.*, par. 139). Da ciò la Corte ne aveva desunto la legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 7 della Carta, della previsione che esigeva la sottoscrizione dei certificati da parte di uno specialista (anziché del medico di famiglia) per alcune tipologie di malattie, riservandosi di rivedere tale conclusione qualora si fosse dimostrato col tempo che tale condizione costituiva un significativo impedimento di carattere pratico (*Hitzig v. Canada, cit.*, par. 143).

Come rilevato dalla Corte d'Appello (R. v. *Mernagh, cit.*, par. 81), le conclusioni del giudice di prime cure erano del tutto sfondate di supporto probatorio.

Così, ad esempio, il giudice aveva asserito che la ‘stragrande maggioranza’ dei pazienti che avevano necessità di marijuana a fini terapeutici non erano stati in grado di ottenerla per la carenza di medici disposti a rilasciare la necessaria certificazione, ma non aveva fornito la prova di quale fosse il numero di persone che in Canada erano potenzialmente legittimate ad ottenere l’esenzione all’uso di cannabis a fini terapeutici o avessero perlomeno tentato di ottenerla. Né è stata fornita prova del presunto boicottaggio dei medici nei confronti del procedimento previsto dal MMAR.

Contrariamente, la Corona, nel corso del processo, aveva prodotto documentazione comprovante che mentre nel 2001 il numero di esenzioni emesse, a livello nazionale, ai sensi del MMAR era stato pari a 88 unità, nel 2009 il numero era cresciuto sino a 4.876 unità (*R. v. Mernagh, cit.*, parr. 43-45).

Per tali ragioni la Corte d’Appello ha giudicato il compendio probatorio del tutto insufficiente per giustificare la conclusione che il regime del MMAR fosse illusorio a causa del boicottaggio operato dalla classe medica. Tutt’al più le prove prodotte nel primo processo dimostravano che alcuni pazienti, per qualche ragione, avevano avuto difficoltà a trovare un medico disposto a rilasciargli la certificazione necessaria.

L’analisi sviluppata dalla Corte d’Appello è stata inoltre volta a dimostrare l’inapplicabilità, al caso di specie, del criterio del ‘mezzo illusorio’ che consente di dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione legislativa, ineccepibile nel suo dettato, ma resa incostituzionale in conseguenza delle prassi applicative.

Come ha spiegato il *Chief Justice Dickson* in *Morgentaler* (*R. v. Morgentaler, cit.*, 62-63) «anche se lo scopo della normativa è ineccepibile, le procedure amministrative create per dare attuazione allo scopo legislativo possono produrre effetti incostituzionali, tali da rendere incostituzionale anche la normativa...Nel caso di specie, i ricorrenti lamentavano l’illegittimità degli effetti generali degli art. 251 del codice penale. E difatti l’art. 251 del codice penale viola effettivamente l’art. 7 della Carta in virtù dei suoi effetti generali, che sono sufficienti ad invalidare la legislazione dettata dall’art. 52». Con il concetto di ‘effetti generali’ della normativa ci si riferisce alle modalità in cui la legislazione funziona sul piano effettuale, avendo quindi riguardo, al di là delle sole disposizioni legislative, alle prescrizioni

regolamentari connesse, alle prassi, alle politiche governative che, considerate nel loro insieme definiscono il percorso effettivo attraverso cui si sviluppa l'applicazione della legge.

Ora è chiaro che se la legislazione penale è autorizzata a limitare la libertà di un individuo in conformità dell'art. 7 della Carta, l'ordinamento, nel definire le condotte penalmente rilevanti, qualifica anche le esimenti ad esse applicabili, ma se queste ultime non sono concretamente applicabili a tutti per cause inerenti le prassi applicative, quella disposizione penale che interferisce con la libertà si riterrà in contrasto con i principi di giustizia fondamentale.

In tali termini, è nel *law in action* e non solo *nel law in book* che si cela il vizio di costituzionalità, specie se i diritti affermati nella Carta fondamentale vengono resi sterili da prassi applicative delle leggi che li svuotano di significato.

Peraltro, come rilevato dal *Chief Justice Dickson*, «uno dei principi fondamentali del nostro sistema di giustizia penale è che, quando il Parlamento delinea un'esimente ad un reato penale, tale dispositivo non dovrebbe essere illusorio o tanto complesso nella sua applicazione concreta da divenire praticamente illusorio. Il diritto penale è una singolare forma di normazione statale che è volta ad esprimere la disapprovazione collettiva della nostra società nei confronti di talune azioni od omissioni. Quando un'esimente, in specie un'esimente specifica, è prevista su misura per un caso particolare, ciò avviene perché il legislatore ha sancito che la disapprovazione della società non risulta giustificata, allorquando sono soddisfatte le condizioni prescritte da tale esimente» (*R. v. Morgentaler, cit.*, 70).

Facendo applicazione di tali principi, affermati in *Morgentaler*, quindi un'esimente si può definire inefficace o illusoria solo avendo riguardo agli effetti della normativa valutati nel loro aspetto sistematico piuttosto che a livello individuale. Per cui l'imputato deve dimostrare che l'esimente è illusoria nella sua applicazione a livello sistematico e, solo in questo caso, dimostrandosi una violazione dell'art. 7 della Carta, la normativa potrà essere dichiarata illegittima ai sensi dell'art. 52 della legge costituzionale del 1982 (*R. v. St-Onge Lamoureux* 2012 SCC 57 (CanLII) 351 DLR (4) 381, par. 79).

Nel caso oggetto della sentenza in commento, invece, poiché l'MMAR richiede che i medici operino come 'sentinelle' ai fini dell'applicazione dell'esenzione prevista da

quest'ultima normativa, non è sufficiente a dimostrare l'illusorietà dell'esimente la semplice constatazione che non tutti i malati gravi che vogliono utilizzare la marijuana a scopi terapeutici possono ottenere l'accesso alla procedura per la concessione della relativa esenzione. In altre parole, dato che l'accesso al procedimento previsto dal MMAR non si fonda esclusivamente sulla diagnosi di una grave malattia e sulla scelta individuale del malato di alleviare le proprie sofferenze assumendo cannabis, non si può asserire che l'omessa previsione di una tale forma di accesso al procedimento renda quella prevista dal MMAR una esimente illusoria.



ISSN 2037-6677

2013/3

**The *foie gras* war: between due process and  
commerce clause**

**La guerra del *foie gras*: tra *due processe commerce  
clause*.**

**Stefano Rossi**

**Due process clause. - Commerce clause. -California Health and Safety Code**



## **La guerra del foie gras: tra due process e commerce clause.**

di *Stefano Rossi*

United States Court of Appeals. Sentenza 30 agosto 2013, n. 1256822 (9<sup>th</sup> Cir. 2013). *Ass'n des Eleveurs de Canards et al. c. Harris*.

*Due process clause.* – *Commerce clause.* – Ingiunzione cautelare. – *California Health and Safety Code.* – Alimentazione forzata di animali.

La Corte d'appello federale ha confermato il rigetto, deciso dalla Corte distrettuale (*Nat'l Meat Ass'n c. Harris*, 132 S. Ct. 965, 969 [2012]), dell'istanza volta ad esonerare lo Stato della California dall'obbligo di far rispettare il par. 25982 del *California Health and Safety Code*, che vieta la vendita di prodotti che sono il risultato dell'alimentazione forzata di volatili (anatre e oche) al fine di allargare il loro fegato al di là delle dimensioni normali. Il collegio ha ritenuto che l'unico prodotto disciplinato dal par. 25982 del *California Health and Safety Code*, oggetto del ricorso sottoposto alla Corte, sia il *foie gras*, una prelibatezza a base di fegato d'anatra; ha stabilito inoltre che la Corte distrettuale non ha abusato del suo potere discrezionale quando ha concluso che i ricorrenti avevano fallito nel loro tentativo di sollevare eccezioni rilevanti inerenti il rispetto del principio del giusto processo, sotto il profilo della denunciata indeterminatezza del divieto e della non percepibilità dello stesso da parte di un uomo

comune. Ulteriormente il collegio ha ritenuto che il par. 25982 non costituiva una discriminazione contraria alla clausola sul commercio interstatale né che regolava direttamente il commercio interstatale.

(La sentenza è attualmente reperibile in [www.lawjustia.com](http://www.lawjustia.com))

1. – I ricorrenti *Association des Éleveurs de Canards et d'Oies du Québec* (agricoltori canadesi) e *HVFG LLC (Hudson Valley)*, aventi la loro sede fuori dello Stato della California, producono e vendono *foie gras*, un alimento a base di fegato d'anatra ingrassato. Per produrre il loro *foie gras*, essi utilizzavano il metodo più rapido e meno costoso, nutrendo le anatre attraverso un sondino inserito direttamente nell'esofago degli animali.

Come descritto nella sentenza commentata, le anatre *moultard* vengono acquistate dagli allevamenti delle aziende agricole quando hanno ancora un giorno di vita e vengono cresciute sino a quando non si sono completamente sviluppate, un processo che richiede generalmente 11-13 settimane. Per le prime quattro settimane di vita, le anatre mangiano una determinata tipologia di mangime da contenitori che sono a loro disposizione ventiquattro ore al giorno. Nella fase successiva, che dura uno o due mesi, le anatre si nutrono di diverse tipologie di mangime da contenitori che sono a loro disposizione tutto il giorno, mentre, nelle successive due settimane, l'alimentazione viene limitata solo a certi orari della giornata. Nella fase finale, che dura da dieci a tredici giorni, le anatre sono alimentate forzatamente attraverso una sonda gastrica connessa all'esofago dell'animale.

Nel settembre del 2004, l'allora governatore della California, A. Schwarzenegger, promulgava una legge (*California Senate Bill 1520*) che sanciva il divieto della vendita e produzione di *foie gras* a partire dal 2012, concedendo quindi un lungo termine per permettere agli allevamenti di migliorare e sviluppare metodi più "umani" per ingrassare le anatre.

La disposizione in oggetto, ovvero il par. 25982, è situata nell'ambito del *California Health and Safety Code*, nel Titolo *Force Fed Birds* e prescrive: «Un prodotto non può essere venduto in California se è il risultato dell'alimentazione forzata

di un volatile al fine di espandere il fegato dell'animale al di là delle sue dimensioni fisiologiche». Il par. 25981 stabilisce inoltre: «Un soggetto non può nutrire in maniera forzata un volatile al fine di espandere il fegato dell'animale al di là delle sue dimensioni fisiologiche, o assumere un'altra persona per farlo».

Nel luglio 2012, il par. 25982 del *California Health and Safety Code* è entrato in vigore ed il giorno successivo i ricorrenti hanno proposto un'azione legale avanti la Corte distrettuale per imporre al Procuratore generale, al Governatore e allo Stato della California di rispettare la Costituzione, violata dall'introduzione di tale normativa. A loro avviso, infatti, il par. 25982 risultava incostituzionale perché violava le clausole del giusto processo e del commercio interstatale previste nella Costituzione degli Stati Uniti. La Corte distrettuale ha tuttavia rigettato l'istanza.

Conseguentemente i ricorrenti hanno proposto istanza cautelare avanti la Corte d'appello federale.

2. – Una prima questione di carattere processuale che la Corte d'appello ha dovuto risolvere aveva ad oggetto l'applicabilità dell'immunità prevista dall'XI emendamento della Costituzione, secondo cui «il potere giudiziario federale degli Stati Uniti non potrà essere chiamato a decidere in qualsivoglia processo, di diritto o di equità, iniziato o proseguito contro uno degli Stati dell'Unione da cittadini di un altro Stato o da cittadini o sudditi di qualsiasi altro Stato estero». In particolare la Corte distrettuale aveva escluso che il Procuratore generale della California avesse diritto all'immunità, concessa invece allo Stato della California o al Governatore. Facendo seguito a *Coal. to Defend Affirmative Action c. Brown* (674 F.3d 1128, 1133 [9<sup>th</sup> Cir. 2012]), la Corte ha escluso che lo Stato della California potesse essere legittimato passivo nell'ambito del procedimento, nella misura in cui, per giurisprudenza consolidata, «gli Stati dell'Unione sono protetti dall'XI emendamento dal rischio di essere citati in un tribunale federale dai cittadini» (*Douglas c. Cal. Dep't of Youth Auth.*, 271 F.3d 812, 817, amended by, 271 F.3d 910 [9<sup>th</sup> Cir. 2001]).

La Corte ha rilevato come una deroga sia ammissibile in conformità a *Ex Parte Young* (209 U.S. 123 [1908]), che altresì consente ai cittadini di citare in giudizio i funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni «per far dichiarare od ottenere un'ingiunzione volta all'accertamento delle loro presunte violazioni della legge

federale» (*Coal. to Defend Affirmative Action*, 674 F.3d at 1134). In tal caso, il funzionario pubblico «deve [però] avere una qualche competenza sull'esecuzione dell'atto» (*Ex Parte Young*, US 209 at 157), ovvero vi deve essere una connessione «sufficientemente diretta; [corrispondendo ad] un dovere generalizzato di far rispettare la legge statale o ad potere generale di vigilanza sulle persone incaricate di far rispettare la disposizione contestata» (si veda *L.A. Cnty. Bar Ass'n c. Eu*, 979 F.2d 697, 704 [9<sup>th</sup> Cir. 1992]).

Questa eccezione «is premised on the fiction that such a suit is not an action against a "State" and is therefore not subject to the sovereign immunity bar. The *Young doctrine* strikes a delicate balance by ensuring on the one hand that states enjoy the sovereign immunity preserved for them by the Eleventh Amendment while, on the other hand, giving recognition to the need to prevent violations of federal law» (*Agua Caliente Band of Cahuilla Indians*, 223 F.3d at 1045).

Sulla base di tali premesse, la Corte quindi ha confermato che il governatore della California ha diritto di usufruire dell'immunità prevista dall'XI emendamento, in quanto il suo unico collegamento con l'applicazione del par. 25982 è il suo obbligo generale di far rispettare la legge della California (*Nat'l Audubon Soc'y, Inc. c. Davis*, 307 F.3d 835, 846-47).

Quanto al Procuratore generale, la Corte d'appello ha escluso che questi potesse usufruire dell'immunità (in tal senso *Papa c. United States*, 281 F.3d 1004, 1009 [9<sup>th</sup> Cir. 2002]), in quanto il

par. 25983 del *Health and Safety Code* conferisce espressamente ai Procuratori distrettuali e cittadini la funzione di far rispettare e di applicare la legge. In particolare la lett. c) stabilisce che «[una] persona o soggetto che viola questo titolo può essere perseguito dal Procuratore distrettuale della contea in cui si è verificata la violazione, o dal Procuratore della città ove si è verificata la violazione». Ai sensi dell'art. 5, par. 13, della Costituzione della California, il Procuratore generale non ha solo un «potere di controllo diretto su ogni Procuratore distrettuale», ma ha anche il dovere «di perseguire eventuali violazioni di legge...» e ha tutti i poteri che sono propri di un Procuratore distrettuale ogni volta che ritiene che la legge non sia stata adeguatamente applicata. Il combinato disposto tra il par. 25983, che conferisce ai Procuratori distrettuali l'autorità per perseguire le violazioni di cui al par. 25982 e il dovere del Procuratore generale di

perseguire tali violazioni, con gli stessi poteri di un Procuratore distrettuale, delinea quindi in capo a quest'ultimo un sufficiente potere volto a far rispettare la legge (secondo il criterio definito *Ex Parte Young*, ma si veda anche *to Defend Affirmative Action*, 674 F.3d at 1132-35 che ha negato l'immunità di cui all'XI emendamento al Presidente dell'Università della California, perché era suo "dovere" per far rispettare la legge in discussione, che esclude la facoltà di «utilizzare la razza quale criterio nelle decisioni di ammissione»; o *Nat'l Audubon Soc'y, Inc*, 307 F.3d at 842, 847, nella quale si è esclusa l'applicabilità dell'immunità ad un funzionario pubblico che aveva l'autorità e la responsabilità diretta di far rispettare la *proposition* 4, una legge volta a proteggere la fauna selvatica e gli animali domestici).

3. – Come detto, i ricorrenti avevano proposto un'ingiunzione cautelare volta ad ottenere la sospensione dell'efficacia della legge, conseguentemente la Corte d'appello ha prima delineato gli *standard* processuali di giudizio e quindi ne ha fatto applicazione considerando i motivi di ricorso sollevati nell'istanza.

L'ingiunzione cautelare è «an extraordinary and drastic remedy, one that should not be granted unless the movant, *by a clear showing*, carries the burden of persuasion» (*Lopez c. Brewer*, 680 F.3d 1068, 1072 [9<sup>th</sup> Cir. 2012]; *Mazurek c. Armstrong*, 502 U.S. 968, 972 [1997]).

Nel sistema processuale nord-americano, un attore che voglia ottenere un'ingiunzione cautelare deve dimostrare che: (a) ha probabilità di successo nel giudizio di merito (*fumus boni iuris*); (a) rischia di subire un danno irreparabile in assenza di un provvedimento cautelare (*periculum in mora*); (c) il bilanciamento delle pretese è a suo favore e (d) l'ingiunzione è nel pubblico interesse (così in *Winter c. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 20 [2008]).

Secondo il principio della "scala mobile" adottato nel procedere dalla Corte, nella valutazione dei criteri, il primo e terzo si intersecano, in quanto un'ingiunzione cautelare può essere concessa quando vi sono «gravi questioni che coinvolgono il merito e un difficile bilanciamento che tuttavia pende a favore delle ragioni dell'attore», purché «gli altri due elementi del *Winter test* sussistano anch'essi» (*Alliance for the Wild Rockies c. Cottrell*, 632 F.3d 1127, 1131-32 [9<sup>th</sup> Cir. 2011]).

È tuttavia possibile riesaminare la pronuncia con cui una corte distrettuale ha concesso o negato un'ingiunzione cautelare per abuso di discrezionalità e se vi siano alla base della decisione delle interpretazioni innovative (*DISH Network Corp. c. F.C.C.*, 653 F.3d 771, 776 [9<sup>th</sup> Cir. 2011]) o ancora solo se la Corte ha posto a base della sua decisione una premessa in diritto erronea, abusando quindi del suo potere discrezionale. Vi è da notare infine che se la Corte d'appello concorda con la valutazione della Corte distrettuale sul fatto che l'attore non è riuscito a dimostrare il criterio della probabilità di successo nel merito, essa non ha necessità di valutare la sussistenza dei tre restanti criteri (*Winter*, 776-77).

4. – Passando al merito, la Corte, in primo luogo, si pronuncia sulla portata del par. 25982, in quanto i ricorrenti avevano sostenuto che la disposizione vietasse la vendita di tutti i prodotti derivanti dall'alimentazione forzata di volatili, tra cui petti d'anatra e piume. Ed, a conferma, avevano rilevato come nella legge non venisse utilizzato il termine *foie gras*.

Decisamente diversa era l'interpretazione proposta dallo Stato che delimitava l'efficacia del divieto solo ai prodotti che fossero il risultato della alimentazione forzata di un volatile volta ad espandere il fegato dell'animale al di là delle sue dimensioni fisiologiche, vale a dire, i prodotti a base di fegato d'anatra.

La Corte federale ha convenuto con quest'ultima interpretazione, ricordando che la determinazione del campo di applicazione di una legge «è una questione di diritto», che può essere sottoposta a giudizio di appello (*In re Lieberman*, 245 F.3d 1090, 1091 [9<sup>th</sup> Cir. 2001]). Tuttavia tale valutazione deve essere operata in termini di *self restraint*, ovvero dando applicazione alle disposizioni normative che regolano l'interpretazione della legge. Secondo la legge della California, il giudice deve «guardare ... prima alla lettere della legge e darne ... un'interpretazione conforme al suo significato letterale». Se l'intenzione del legislatore non è chiara alla luce della lettera della legge, possono essere considerati i lavori preparatori della legge (*intentio legislatoris*).

Il par. 25982 prevede che determinati «prodotti non possono essere venduti in California se sono il risultato dell'alimentazione forzata di un volatile volta ad espandere il fegato dell'animale al di là delle sue dimensioni fisiologiche». La frase «essere il risultato di» nel suo significato ordinario corrisponde a «essere causato da» e

richiede la sussistenza di un nesso causale (*Kwikset Corp. c. Super. Ct.*, 51 al. 4 ° 310, 326 [2011]; *Sala c. Time Inc.*, 158 Cal. App. 4° 847, 855 [2008]; *Troyk c. Farmers Grp., Inc.*, 171 Cal. App. 4<sup>th</sup> 1305, 11 1349 [2009]). Risulta quindi chiaro che il divieto previsto dalla disposizione impugnata si applica solo per un prodotto che è il frutto dell'alimentazione forzata dell'animale.

5. – Un secondo profilo di merito attiene alla contestata violazione della *due process clause*, violata, a detta dei ricorrenti, da (a) una definizione indeterminata di alimentazione forzata e (2) una non corretta definizione della condotta vietata.

È utile rammentare che il principio del giusto processo viene sancito sia nel V e nel XIV emendamento che impongono, rispettivamente a livello federale e statale, che nessuno «potrà essere privato della vita, della libertà o della proprietà, se non a seguito di un regolare procedimento legale». Questa previsione offre una promessa, ovvero quella di garantire che tutti i livelli di governo operino nel rispetto della legge (principio di legalità) e si conformino a procedure eque. In tale contesto l'indeterminatezza della legge viola il giusto processo, in quanto «leggi indeterminate offendono diversi valori importanti. Innanzitutto, perché si suppone che l'uomo sia libero di scegliere tra comportamento lecito e illecito, e solo le leggi danno alla persona di normale intelletto una ragionevole possibilità di sapere ciò che è proibito, in modo che egli possa agire di conseguenza. Le leggi indeterminate (*vague*) infatti possono “incastrare” gli innocenti non fornendo indicazioni eque e precise. In secondo luogo, se un'esecuzione arbitraria e discriminatoria deve essere impedita, le leggi devono fornire norme esplicite per coloro che le applicano» (*Musser c. Utah*, 333 US 95, 97 [1948]; *Colten c. Kentucky*, 407 US 104, 110 [1972]).

La Corte d'appello si assume l'onere della valutazione, in quanto «che una legge o un regolamento sia incostituzionale perchè indeterminato è una questione di diritto da riesaminare *de novo*» (*United States c. Ninety-Five Firearms*, 28 F.3d 940, 941 [9<sup>th</sup> Cir. 1994]).

In questo senso «una legge o un regolamento possono essere annullati per l'indeterminatezza del loro contenuto normativo se non riescono a rendere comprensibile ad una persona di ordinaria intelligenza quali condotte in essa

contemplate siano vietate» (*Donovan c. Royal Logging Co.*, 645 F.2d 822, 831 [9<sup>th</sup> Cir. 1981]; *United States c. Dacus*, 634 F.2d 441, 444 [9<sup>th</sup> Cir. 1980]).

È ben noto peraltro che la contestazione dell'indeterminatezza della legge – che non involve i diritti sanciti dal I emendamento – deve essere esaminata alla luce dei fatti del singolo caso concreto (*United States c. Mazurie*, 419 U.S. 544, 550 [1975]) ed è proprio per questo che «la regolamentazione economica è oggetto di uno *standard* di valutazione dell'indeterminatezza delle disposizioni normative meno rigido di quello inerente le disposizioni penali» (*Great Am. Houseboat Co. c. United States*, 780 F.2d 741, 746 [9<sup>th</sup> Cir. 1986]; *Vill. of Hoffman Estates c. Flip-Side Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489, 498 [1982]).

Descritti, seppur sinteticamente, i principi generali della materia, la Corte valuta la sostenibilità dell'eccezione di indeterminatezza alla luce del par. 25980 che fornisce una definizione di «alimentazione forzata di un volatile: [come] quel procedimento con cui si costringe l'uccello a consumare più mangime di quello che volontariamente consumerebbe un comune volatile della stessa specie. I metodi di alimentazione forzata includono, ma non sono limitati, all'ingestione di mangime attraverso un sondino o altro dispositivo inserito nell'esofago dei volatili» (*Cal. Health and Safety Code*, par. 25980[b]). Tale definizione non appare indeterminata, in quanto attraverso di essa viene descritta la fase culminante del procedimento di allevamento delle anatre da ingrasso, che, appunto nella fase del *gavage*, si caratterizza per l'alimentazione tramite un sondino.

La Corte d'appello esclude quindi che la definizione di alimentazione forzata possa essere considerata indeterminata.

Il secondo profilo di attacco, attinente alla *due process clause*, è portato ad una presunta non chiarezza della legge nella definizione delle condotte vietate.

Il par. 25982 prevede che determinati «prodotti non possono essere venduti in California se sono il risultato dell'alimentazione forzata di un volatile con la finalità di espandere il fegato dell'animale al di là delle sue dimensioni fisiologiche».

In particolare, secondo i ricorrenti, il termine “finalità” si riferisce all'intenzione soggettiva del contadino nel nutrire i suoi volatili, e quindi consente solo di “indovinare” (non di accertare oggettivamente) se era intenzione dell'agricoltore violare

la legge. Tuttavia, come sottolinea la Corte, in base ad una interpretazione letterale il termine «finalità» nella legge delinea il senso della frase «alimentazione forzata di un volatile» (così *Small Bus. League c. U.S. Small Bus. Admin.*, 623 F.3d 1052, 1054 [9<sup>th</sup> Cir. 2010] per cui, in virtù della sintassi, naturalmente la frase successiva delimita il senso di quella precedente).

Per cui la naturale interpretazione di «alimentazione forzata di un volatile con la finalità di espandere il fegato dell'animale al di là delle sue dimensioni fisiologiche» definisce l'obiettivo naturale dell'alimentazione forzata, piuttosto che l'intenzione soggettiva del contadino (così *W. Watersheds Project c. Interior Bd. of Land Appeals*, 624 F.3d 983, 987 [9<sup>th</sup> Cir. 2010] considera che la proposizione contenuta nella legge «ai fini della» non fa riferimento a “motivazioni soggettive”, ma piuttosto costituisce una descrizione oggettiva della condotta prescritta dalla legge), con la conseguenza di destituire di fondamento la contestazione di violazione del giusto processo.

6. – L'ulteriore eccezione proposta dai ricorrenti attiene alla violazione della *commerce clause*, prevista dall'art. 1, sez. 8, c. 3, della Costituzione degli Stati Uniti, che conferisce al Congresso il potere «di regolare il commercio con le nazioni straniere, e fra i diversi Stati e con le tribù indiane».

La Costituzione enumera i poteri attribuiti al Governo federale e trova completamento nel X emendamento per cui i poteri che non sono enumerati nella Costituzione sono riservati agli Stati. Il Congresso ha spesso utilizzato la *commerce clause* per giustificare l'esercizio del proprio potere legislativo per regolare le attività degli Stati e dei loro cittadini, con conseguente significativa e costante polemica per quanto riguarda l'equilibrio di potere tra il Governo federale e gli Stati. L'aspetto “dormiente” della clausola si riferisce al divieto implicito rivolto nei confronti degli Stati che adottino legislazioni anticoncorrenziali o tali da gravare eccessivamente sul commercio interstatale. Nel 1995, la Corte suprema, presieduta da Rehnquist, ha limitato l'interpretazione espansiva, a favore dello Stato federale, della *commerce clause* (*Lopez c. United States*, 514 US 549 [1995]), stabilendo che il Congresso ha solo il potere di regolare i circuiti commerciali, gli strumenti e le azioni che riguardano sostanzialmente il commercio interstatale. La Corte ha invece rifiutato di espandere ulteriormente la clausola, sostenendo che «per fare ciò è necessario concludere che

l'enumerazione in Costituzione dei poteri non presuppone qualcosa di non enumerato, e che non vi sarà mai una distinzione tra ciò che è realmente nazionale e ciò che è realmente statale. Ciò non siamo disposti a farlo».

I ricorrenti hanno sostenuto che il par. 25982 viola la clausola del commercio interstatale, perché la legge (a) crea una discriminazione al commercio interstatale, e (b) regola direttamente il commercio interstatale (in dottrina S. Kalen, *Dormancy versus Innovation: Generation Dormant Commerce Clause*, in *Oklahoma Law Review*, 2013, 65, 3, 381 ss.).

La Corte d'appello ha ritenuto prive di fondamento tali eccezioni. Anche se la clausola del commercio consiste testualmente nell'attribuzione al potere del Congresso di regolamentare il commercio interstatale ed estero, tale clausola è da tempo interpretata come limitazione autoapplicativa al potere degli Stati di emanare leggi che impongono oneri sostanziali a tale commercio (*Nat'l Ass'n of Optometrists and Opticians c. Harris*, 682 F.3d 1144, 1147 [9<sup>th</sup> Cir. 2012]; *South-Central Timber Dec., Inc. c. Wunnicke*, 467 U.S. 82, 87 [1984]), favorendo gli interessi presenti in uno Stato e aggravando le condizioni dei concorrenti in quello stesso Stato (*CTS Corp. c. Dynamics Corp. of Am.*, 481 U.S. 69, 87 [1987]; *Dep't of Revenue c. Davis*, 553 U.S. 328, 337 [2008]).

La suprema Corte ha adottato un «approccio a due livelli nell'analisi della regolamentazione economica statale ai sensi della *commerce clause*» (*Brown-Forman Distillers Corp. c. NY State Liquor Auth.*, 476 US 573, 578-79 [1986]). Ad un primo livello, quando una legge statale disciplina direttamente o crea ostacoli discriminatori al commercio interstatale, o quando il suo effetto è quello di favorire gli interessi economici intra-statali su quelli inter-statali, la Corte ha generalmente dichiarato illegittima la legge senza ulteriori indagini. Ad un secondo livello, se una legge ha solo effetti indiretti sul commercio inter-statale e si caratterizza per una disciplina neutra, la Corte si è proposta di esaminare se l'interesse dello Stato è legittimo e se l'onere per il commercio inter-statale supera chiaramente il beneficio a livello locale.

Secondo la Corte d'appello, la Corte distrettuale non ha abusato del suo potere discrezionale quando ha concluso che il par. 25982 rientra nell'analisi di secondo livello, perché la legge non crea discriminazioni né regola direttamente il commercio interstatale.

La Corte suprema ha interpretato la *commerce clause* al fine di annullare quelle leggi statali che impongono barriere commerciali o creano discriminazioni tra prodotti in ragione della loro origine produttiva o dello Stato di destinazione (*C&A Carbone, Inc. c. Town of Clarkstown*, NY, 511 US 383, 390 [1994]; *Nat'l Ass'n of Optometrists*, 682 F.3d at 1148 in cui si sottolinea che le leggi discriminatorie si accompagnano al protezionismo in campo economico e sono progettate per beneficiare gli interessi economici statali riducendo la concorrenza interstatale; si veda *Dep't of Revenue*, 553 U.S. at 337. Al contrario, una legge che tratta tutte le aziende private esattamente alla stessa maniera, non crea discriminazioni al commercio inter-statale (*United Dumpers Ass'n, Inc.*, 550 US 342a); ciò chiaramente avviene, anche se le imprese, non aventi sede nello Stato risultano gravate da oneri, perché non ci sono in quel settore imprese statali comparabili (*Exxon Corp. c. Governor of Maryland*, 437 US 117, 119-20, 125 [1978]; *United Haulers Ass'n, Inc. c. Oneida-Herkimer Solid Waste Mgmt. Auth.*, 550 U.S. 330, 343 [2007]; *Conservation Force, Inc. c. Manning*, 301 F.3d 985, 995 [9<sup>th</sup> Cir. 2002]).

Facendo applicazione di tali direttive, si è escluso che il par. 25982 sia discriminatorio, in quanto «l'impatto economico del par. 25982 non dipende da dove si producono i beni, ma piuttosto dal modo in cui sono stati prodotti. Infatti il par. 25982 vieta la vendita di prodotti sia intra-statali e inter-statali derivanti dall'alimentazione forzata di un volatile» (si veda *Pav. Nw. Venison Producers c. Smitch*, 20 F.3d 1008, 1012 [9<sup>th</sup> Cir. 1994] che ha sottolineato come «un divieto di importazione che semplicemente stabilisce un divieto assoluto di commercio di alcuni articoli non è discriminatorio, a condizione che tale divieto non faccia distinzioni in base alla provenienza dei prodotti»; *Empacadora de Carnes de Fresnillo, S.A. de C.V. c. Curry*, 476 F.3d 326, 335 [5<sup>th</sup> Cir. 2007] secondo cui una legge che «disciplina sia il commercio intra-statale che interstatali di carne di cavallo in modo eguale per mezzo di un divieto generale non può essere considerato protezionismo economico»).

In via ulteriore la Corte d'appello rileva che il par. 25982 non disciplina direttamente il commercio interstatale.

Per giurisprudenza consolidata, una legge non è invalida solo perché colpisce in qualche modo il flusso del commercio tra gli Stati (*Nat'l Ass'n of Optometrists*, 682 F.3d at 1148; *Great Atl. & Pac. Tea Co. c. Cottrell*, 424 U.S. 366, 371 [1976]), ma

quando «regola direttamente il commercio interstatale» (*NCAA c. Miller*, 10 F.3d 633, 638 [9<sup>th</sup> Cir. 1993]).

I ricorrenti, in tal senso, hanno sostenuto che la Corte distrettuale avrebbe dovuto accertare che il par. 25982 regola direttamente condotte di rilievo extra-statale perché la legge: (a) ha come obiettivo entità extra-statali; (b) vieta il *foie gras* a meno che tutti gli agricoltori rispettino la legge della California; (c) controlla il commercio fuori della California e (d) si tradurrà in norme contrastanti.

a) I ricorrenti sostengono che il par. 25982 ha come obiettivo attività extra-statali perché è «finalizzato in una sola direzione, ovvero nei confronti di produttori extra-statali», nel senso che è «apparentemente diretto agli agricoltori che alimentano la loro anatre e oche fuori [della California], in quanto vieta comunque alle imprese della California di alimentare in maniera forzata i volatili».

In tal senso si è interpretato il combinato disposto tra le disposizioni legali, dando per scontato che i par. 25981 e 25982 fossero funzionalmente equivalenti: infatti, mentre il par. 25981 è indirizzato ai soggetti della California, il par. 25982 è rivolto alle entità extra-statali.

In verità, il par. 25981 ha uno scopo completamente diverso dal par. 25982. Il par. 25981 pone un divieto a quei soggetti che in California alimentano in maniera forzata i volatili. Ma per il par. 25981, un produttore della California potrebbe nutrire in maniera forzata anatre in California, e poi vendere *foie gras* fuori della California. Il par. 25981, tuttavia, non vieta la vendita di prodotti realizzati tramite l'alimentazione forzata di volatili, lì è dove entra in gioco il par. 25982.

Il par. 25982 si applica quindi sia ai soggetti con sede in California che a quelli che hanno sede fuori dello Stato e osta alla vendita all'interno della California di prodotti ottenuti tramite l'alimentazione forzata indipendentemente da dove è stato realizzato il procedimento produttivo. In caso contrario, imprese della California avrebbero potuto ottenere il *foie gras* prodotto da soggetti extra-statali e venderlo in California. Pertanto, l'affermazione dei ricorrenti che il par. 25982 è diretto esclusivamente a produttori extra-statali è errata.

b) I ricorrenti non hanno dimostrato che il par. 25982 prevede un divieto globale alla produzione di *foie gras* o richiede di definire un metodo di produzione uniforme a

livello nazione per il *foie gras*. I ricorrenti si richiamano a *Schollenberger c. Pennsylvania* (171 US 1 [1898]) per sostenere che il par. 25982 ha disciplinato direttamente il commercio interstatale, interrompendo il libero scambio del prodotto tra Stati. In *Schollenberger*, la suprema Corte ha ritenuto invalido il divieto di importazione e vendita di margarina che comportava sanzioni penali, in quanto il divieto assoluto viola la *commerce clause*. I ricorrenti hanno sostenuto, senza supporto probatorio, che il par. 25982 comporta un divieto assoluto di produzione applicato al *foie gras*. Tuttavia la Corte distrettuale ha ritenuto che «le prove dimostrano che il par. 25982 preclude solo un metodo più redditizio di produzione – tramite alimentazione forzata dei volatili – piuttosto che incidere sul flusso interstatale di merci». Può essere che i ricorrenti vedano preclusa la possibilità di utilizzare l'alimentazione forzata per la produzione di *foie gras*, ma «la *commerce clause* non è volta ... a garantire ai ricorrenti di utilizzare il loro metodo preferito di produzione» (*Nat'l Ass'n of Optometrists*, 682 F.3d at 1151).

In quella fase nel procedimento, i ricorrenti non hanno peraltro dimostrato che l'effetto del par. 25982 sia quello di porre un divieto assoluto all'importazione e vendita di *foie gras*, né il riferimento a *Schollenberger* appare calzante, dato che, in quel caso, il Congresso aveva attivamente regolamentato il settore di produzione della margarina. Il Congresso aveva infatti dato «una definizione del significato di margarina e imposto una tassa speciale per i fabbricanti, i grossisti e i rivenditori di questo prodotto» (*Cloverleaf Butter Co. c. Patterson*, 62 S. Ct. 491, 502 [1942] secondo cui «la produzione e distribuzione del ... burro è un settore importante che, a causa della sua natura di attività inter-statale, non può essere efficacemente regolato da singoli Stati tra loro in concorrenza»).

In un contesto differente, si è riconosciuto che una regolamentazione statale di un'attività uniforme a livello nazionale può avere effetti extraterritoriali. In *NCAA c. Miller*, la Corte d'appello federale ha valutato la costituzionalità di una legge del Nevada che aveva imposto *standard* tali da definire come la NCAA, un'organizzazione interstatale, poteva svolgere la sua attività (10 F.3d a 638-39), tenuto conto che, per raggiungere i suoi obiettivi, le procedure esecutive della NCAA avrebbero dovuto essere applicate in modo imparziale e in modo uniforme a livello nazionale.

L'uniformità a livello nazionale richiesta dal NCAA ha fatto sì che tale organizzazione non poteva applicare, per realizzare le sue attività, le procedure prescritte dalla legge del Nevada in tale Stato e negli altri Stati procedure alternative.

Di conseguenza, per evitare la responsabilità prevista dalla legge del Nevada, la NCAA «avrebbe dovuto applicare le procedure del Nevada al procedimento di produzione a livello nazionale», per tale motivo la Corte suprema è giunta alla conclusione che la legge del Nevada regolamentasse direttamente il commercio inter-statale.

I ricorrenti hanno sostenuto che l'esigenza di una regolamentazione uniforme a livello nazionale per il mercato del *foie gras* sarebbe dimostrata dal requisito federale del *Poultry Products Inspection Act's* (PPIA) che sottopone le anatre a diversi stadi di controllo federale. Il PPIA assicura che «il pollame distribuito al pubblico sia sano, non adulterato e adeguatamente marchiato e confezionato» (21 USC par. 451).

I ricorrenti hanno sottolineato che la PPIA fornisce un compendio completo di disposizioni dettagliate che comprendono le norme che indicano come le anatre debbano essere allevate per produrre *foie gras*. Gli *standard* a cui i ricorrenti hanno fatto riferimento, tuttavia, si limitano a prevedere come «il fegato d'oca e il *foie gras* d'anatra (fegato grasso) debbano essere ottenute esclusivamente da anatre e oche da ingrasso appositamente allevate», ma non prevede nulla circa l'alimentazione forzata di oche ed anatre.

Nel procedimento avanti alla Corte distrettuale, i ricorrenti non hanno dimostrato che un metodo uniforme di produzione a livello nazionale del *foie gras* sia necessario per la produzione di tale alimento.

Se nessuno *standard* uniforme è richiesto per la produzione, i ricorrenti avrebbero potuto nutrire in maniera forzata i volatili per produrre *foie gras* per i mercati degli altri Stati. Gli *standard* della California non sono gli unici criteri di produzione che i ricorrenti sono costretti a seguire. Si è quindi concluso che i ricorrenti non avessero sollevato questioni rilevanti in merito al par. 25982 tali da «richiedere una scelta individuale o d'impresa tra l'alimentazione forzata dei volatili e il rispetto della legge della California».

c) In *Healy (Healy c. Beer Institute, Inc., 491 US 324-326 [1989])*, la Corte suprema ha annullato la legge del Connecticut che «richiedeva agli spedizionieri di birra estranei allo Stato di applicare ai prodotti venduti ai grossisti del Connecticut un prezzo, al momento della spedizione, non superiore a quello a cui tali prodotti erano venduti negli Stati confinanti».

La Corte suprema ha concluso che la legge «operava un controllo sulle attività commerciali che si svolgevano fuori dai confini dello Stato» nella misura in cui «precludeva la variazione dei prezzi praticati fuori dai confini dello Stato dopo la loro pubblicazione». Analogamente, in *Baldwin*, la suprema Corte ha annullato una legge dello Stato di New York che vietava la vendita di latte all'interno dello Stato, se il latte era stato acquistato da agricoltori del Vermont ad un prezzo inferiore di quello praticato dagli agricoltori statali (*Baldwin c. G.A.F. Seelig, Inc., 294 US 511-521 [1935]*). Alla luce di questi precedenti la Corte ha stabilito che i principi affermati in *Healy* e *Baldwin* non sono applicabili ad una legge che non detta il prezzo di un prodotto e non impone di adeguare il prezzo praticato ai prodotti di uno Stato a quello praticato ai prodotti di altri Stati (anche *Pharm. Research & Mfrs. of Am. c. Walsh, 538 U.S. 644, 669 [2003]*).

Nel caso in commento, tuttavia il par. 25982 non impone alcun prezzo per i prodotti a base di fegato d'anatra e non vincola la definizione del prezzo praticato fuori dallo Stato a quello della California: quindi *Healy* e *Baldwin* non sono applicabili al caso di specie.

d) I ricorrenti hanno infine richiamato il rischio di una balcanizzazione nel mercato dei prodotti a base di anatra, alla luce delle disparate legislazioni emesse dai diversi Stati in materia, ma la Corte d'appello, dopo aver sottolineato che l'unico altro esempio domestico di legge analoga a quella della California si rinveniva in un'ordinanza di Chicago (poi abrogata; sul punto *Rest. Ass'n c. City of Chicago, 492 F. Supp. 2d 891 [N.D. Ill. 2007]*), ha poi rilevato che la Corte suprema non ha mai annullato una legge statale o locale ai sensi della *commerce clause* sulla base della mera ipotesi che si possano creare conflitti tra leggi o una disomogeneità di regolamentazione (*S.D. Myers, Inc. c. City & Cnty. of San Francisco, 253 F.3d 461, 470 [9<sup>th</sup> Cir. 2001]*).

Vi è una seconda ipotesi che potrebbe ingenerare una violazione della *commerce clause*, ovvero la creazione di ostacoli sostanziali al commercio interstatale.

La Corte distrettuale ha stabilito correttamente che i ricorrenti hanno mancato nel tentativo di sollevare questioni rilevanti in ordine al fatto che il par. 25982 determinasse discriminazioni o regolasse direttamente il commercio interstatale, creando quindi un ostacolo sostanziale. Si è sottolineato in questo senso che, per configurare tale violazione, l'onere imposto dalla legge al commercio interstatale deve essere chiaramente sproporzionato rispetto ai presunti benefici a livello locale (*S.D. Myers, Inc.*, 253 F.3d at 471). Per tale motivo, ai sensi dei principi affermati in *Pike*, il ricorrente deve dimostrare che, in via preliminare, la legge impone un ostacolo rilevante al commercio, prima che la Corte sia tenuta a verificare se i benefici della legge siano illusori (*Nat'l Ass'n of Optometrists*, 682 F.3d at 1155). Nel caso di specie, tale dimostrazione non è stata fornita e comunque non si profila nemmeno la possibilità di configurare un ostacolo sostanziale a carico del commercio interstatale, nella misura in cui, di solito, le leggi che lo impongono perseguono finalità discriminatorie ed inoltre, anche se meno tipicamente, tali leggi sono la conseguenza di una incoerente regolazione di attività che hanno estensione federale o richiedono un sistema di regolamentazione uniforme (*Valley Bank of Nev. c. Plus Sys., Inc.*, 914 F.2d 1186, 1192 [9<sup>th</sup> Cir. 1990]).

7. – Nel mondo anglosassone, il termine *welfarism* indica quelle teorie filosofiche che, affermando che gli animali devono essere trattati umanamente (*humanely*), sostengono che questi possono essere utilizzati solo ove tale condizione sia rispettata (T. Regan, *I diritti degli animali*, Milano, Giuffrè, 1990, 360 ss). Anche dal punto di vista legislativo, inoltre, il benessere animale è diventato nell'ultimo decennio un obiettivo centrale anche a livello mondiale (*OIE Global Conference on Animal Welfare*, 2004). Superata quindi, la necessità di dare una definizione di benessere animale, la comunità scientifica internazionale oggi è attivamente impegnata in ricerche atte a migliorare il benessere degli animali allevati nelle varie fasi di produzione, dall'allevamento al trasporto e alla macellazione, nonché a validare e standardizzare un sistema di valutazione del benessere in allevamento.

La maturazione di questa consapevolezza ha fatto sì che, nel processo in questione, i ricorrenti non abbiano posto in dubbio che lo Stato della California avesse un legittimo interesse a prevenire crudeltà sugli animali (*United States c. Stevens*, 130 S. Ct. 1577, 1585 [2010] che rammenta come il divieto di maltrattare gli animali sia radicato nella

storia del diritto americano, a partire dall'insediamento delle colonie), ma si sono limitati a sostenere che, attraverso il divieto di vendita di prodotti fabbricati attraverso alimentazione forzata, lo Stato non persegue concretamente l'obiettivo di prevenire la crudeltà sugli animali. Tuttavia, anche su questo punto, non hanno fornito alcuna prova delle loro asserzioni, per questo la Corte ha ritenuto che lo Stato potesse legittimamente ritenere che il divieto alla vendita in California avrebbe scoraggiato il consumo di prodotti derivanti da alimentazione forzata e disincentivare una pratica crudele per gli animali (*Empacadora de Carnes de Fresno, S.A. de C.V.*, 476 F.3d at 336, secondo cui un divieto statale alla macellazione e vendita di carne di cavallo per il consumo umano può preservare i cavalli e disincentivare il consumo di detto alimento, nella misura in cui elimina le consistenti sovvenzioni monetarie presenti nel mercato della carne di cavallo).

*La Corte ha quindi concluso rigettando il ricorso proposto dai ricorrenti, anche nella loro domanda subordinata volta a censurare il par. 25982 limitandone gli effetti, in quanto gli stessi non erano stati in grado di sollevare una questione che potesse avere una qualche probabilità di successo nel merito, il che ha esentato la Corte dal dover vagliare il ricorso anche alla luce degli altri due criteri dettati nella sentenza Winter.*



ISSN 2037-6677

2013/3

**Same-sex marriage before the US Supreme Court:  
concise commentary in a comparative perspective**

**Il matrimonio omosessuale dinanzi alla Corte  
suprema degli U.S.A.: brevi considerazioni in ottica  
comparata**

**Andrea Perelli**

Civil rights - equality - participatory democracy

[www.dpce.it](http://www.dpce.it)



## **Il matrimonio omosessuale dinanzi alla Corte suprema degli U.S.A.: brevi considerazioni in ottica comparata**

di *Andrea Perelli*

Corte suprema degli Stati Uniti d'America. Sentenza 26 giugno 2013, *Hollingsworth v. Perry*, 570 U. S. (2013)

Corte suprema degli Stati Uniti d'America. Sentenza 26 giugno 2013, *United States v. Windsor*, 570 U. S. (2013).

Proposition 8 – California – Defense of Marriage Act – eguaglianza – emendamenti costituzionali – iniziativa popolare.

Massime: I. Rigetto del ricorso per carenza di legittimazione attiva dei ricorrenti, che non rivestono quella posizione particolarmente qualificata che permetta loro di adire la Corte per difendere la legittimità costituzionale di un atto normativo, quando tale scelta non sia effettuata dal Governo o dal Governatore dello Stato. Si rigetta il ricorso contro la sentenza del giudice statale californiano, che ha dichiarato incostituzionale la *Proposition 8* per contrasto con le *Due Process and Equal Protection Clauses* di cui al XIV Emendamento della Costituzione federale, con l'ordine per la Corte d'Appello di dichiarare improcedibile il ricorso per carenza di legittimazione dei ricorrenti.

II. Dichiarazione di illegittimità costituzionale della *section 3* del *Defence of Marriage Act*, per contrasto con il V Emendamento della Costituzione federale.

1. – La Corte suprema degli Stati Uniti ha emesso in data 26 giugno 2013 due importanti sentenze sul matrimonio *same-sex*.

La sentenza *Hollingsworth v. Perry* ha riguardato la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla c.d. *Proposition 8*, ossia l'approvazione, mediante *referendum* celebrato nello Stato della California, di una disposizione costituzionale che ha emendato la Costituzione statale stabilendo che “matrimonio” può essere definito solamente il negozio giuridico che lega un uomo ed una donna

La sentenza *United States v. Windsor* si è occupata della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione al *Defense of Marriage Act* (DOMA), una legge federale che, nella sua *section 3*, affermava che ai fini delle competenze e dell'accesso ai benefici federali si riconosceva come “matrimonio” solamente quello eterosessuale.

Le due pronunce, benché non sembrano aver posto termine al lunghissimo dibattito circa l'ammissibilità del matrimonio omosessuale negli U.S.A., paiono aver segnato un forte passo in avanti in senso affermativo.

Gli Stati Uniti d'America sono uno Stato federale in cui la competenza in materia di diritto civile è rimessa ai singoli Stati, ciò spiega la varietà di soluzioni che ancora oggi si riscontrano in merito al riconoscimento del matrimonio omosessuale. Invero, nei cinquanta Stati che compongono la Federazione sono riscontrabili tutte le scelte possibili in argomento: taluni non riconnettono alcuna rilevanza giuridica alle unioni tra persone dello stesso sesso (molti di essi hanno anche adottato una legislazione di rango ordinario o costituzionale che sancisce espressamente il divieto di riconoscimento di tali unioni), altri hanno inserito nel proprio ordinamento le unioni civili, che riconoscono ai componenti la coppia taluni diritti – talora addirittura un *plafond* di diritti identico a quello riconosciuto ai coniugi veri e propri

– ma non il diritto di queste unioni a chiamarsi “matrimonio”, altri infine hanno inserito il diritto per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio.

Il percorso verso questo assetto è stato tutt’altro che lineare ed ha visto i legislatori statali, talora preceduti dalla magistratura, oscillare tra progressismo e chiusura. Invero molti tra i primi hanno reagito alle aperture manifestate dalla magistratura introducendo disposizioni – ordinarie o costituzionali – che stabiliscono che il matrimonio è solo quello che lega un uomo ed una donna (per un’attenta ricostruzione del complesso rapporto tra giudici e legislatori nella materia oggetto d’analisi si veda: W. N. Eskridge Jr., *Backlash Politics: How Constitutional Litigation has Advanced Marriage Equality in the United States*, in *B. U. L. Rev.*, 93(2), 2013, 275).

Appare inoltre interessante notare che fino al giugno 2003 in tredici Stati erano in vigore le cc. dd. *Sodomy Laws* che qualificavano come reato i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti. Solamente con la notissima sentenza *Lawrence v. Texas*, emanata dalla Corte suprema nel 2003 (si veda: V. Barsotti, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, Giappichelli, 2005), che ha superato il precedente rappresentato da *Bowers v. Hardwick* del 1986, siffatte leggi sono state ritenute incostituzionali poiché contrastanti con la *Due Process Clause*. La dottrina (si veda, *ex plurimis*, Man Yee Karen Lee, *Equality, dignity, and same-sex marriage*, Leiden–Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 26.) ha evidenziato che tale pronuncia, pur affermando che non avrebbe avuto come esito quello di indirizzare il Governo sulla via del riconoscimento formale delle relazioni intrattenute dalle persone omosessuali, ha certamente rappresentato un propulsore formidabile per il pieno riconoscimento giuridico delle relazioni omosessuali.

2. – La scelta del corpo elettorale della California che, il 4 novembre 2008, ha approvato un quesito referendario con cui è stata emendata la Costituzione statale, ha dato origine alla prima delle sentenze in commento (*Hollingsworth v. Perry*).

Il legislatore statale aveva introdotto una forma di unioni civili registrate, tuttavia la Corte suprema statale nel 2008 aveva dichiarato che quella scelta era incostituzionale per violazione del *Equal Protection Clause* della Costituzione californiana. In quello stesso anno il corpo elettorale ha approvato la *Proposition 8*

che ha riformato la Costituzione statale introducendo una disposizione (articolo 1 paragrafo 7.5 Costituzione della California) che riconosceva come valido solamente il matrimonio eterosessuale.

Una sentenza della Corte suprema statale del 2009 (*Strauss v. Horton*, 46 Cal. 4th 364 (2009)) ha poi riconosciuto la correttezza della procedura che ha condotto all'approvazione della riforma. Ha inoltre ritenuto che la scelta del corpo elettorale non si ponesse in contrasto con il *dictum* della citata sentenza del 2008 perché i diritti e doveri che discendono dal contrarre matrimonio, considerati nel loro insieme, non risultavano particolarmente compressi o indeboliti, posto che la riforma finiva solamente per rimuovere il *nomen iuris* di “matrimonio” per le unioni *same-sex*.

Nel 2010 alcune coppie di cittadini omosessuali hanno impugnato la legge dinanzi ad un tribunale federale, ritenendola lesiva delle *Due Process and Equal Protection Clauses* del XIV Emendamento della Costituzione federale. Il Tribunale distrettuale, in accoglimento delle posizioni dei ricorrenti, ha dichiarato tale norma incostituzionale (*Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921 (ND Cal. 2010)). Tale sentenza – a fronte del rifiuto del Governatore e del Governo dello Stato di proporre appello – è stata impugnata dai comitati promotori del *referendum*. La Corte d'Appello ha confermato la decisione adottata dal giudice di prime cure (per un commento si veda: L. Conte, *Lezioni americane: la Corte d'appello federale californiana sulla Proposition 8 in materia di matrimoni omosessuali*, in *Quad. cost.*, 2012, 420) e tale arresto è stato impugnato dai medesimi ricorrenti dinanzi alla Corte suprema.

A ben vedere, quindi, è stato sottoposto alla Corte il delicato problema della correttezza delle limitazioni dei diritti di una minoranza da parte della maggioranza, ancorché ciò avvenga nell'esercizio di una forma di sovranità riconosciuta dalla Costituzione. Invero, come notato da attenta dottrina, «ancorare la legittimità costituzionale all'opinione di maggioranza sembra attentare all'essenza stessa dei cataloghi dei diritti, i quali trovano la loro *ratio* giustificativa nella loro dimensione strumentale di tutela dei singoli e delle minoranze nei confronti della maggioranza», (così: E. Ceccherini, *Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale. Un breve sguardo sullo stato del dibattito nelle esperienze costituzionali straniere*, in questa *Rivista*, 2001, 51).

2.1. – La Corte suprema non è entrata nel merito della questione portata alla sua attenzione poiché ha ritenuto che i ricorrenti fossero carenti dell'interesse ad agire ed ha pertanto dichiarato improcedibile il ricorso (sulle tecniche decisorie della Corte suprema si veda: V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999).

Infatti – come abbiamo già avuto modo di vedere – all'esito del processo di appello, il Governatore ed il Governo della California hanno ritenuto di non impugnare la sentenza. L'impugnazione è quindi stata effettuata dal comitato promotore del *referendum*. La Corte, nella sua opinione di maggioranza (estesa dal presidente Roberts ed a cui hanno aderito i giudici Scalia, Ginsburg, Breyer e Kagan), in applicazione dell'articolo 3, sezione 2 della Costituzione federale ha ritenuto che esso limiti la competenza delle Corti federali alla decisione di questioni che godano del requisito della «attualità». Ciò comporta quindi che chiunque adisca la Corte debba provare di aver sofferto un danno concreto e particolare, suscettibile di essere rimosso dalla decisione stessa. In altri termini le parti devono chiedere alla Corte un rimedio per un danno concreto e personale.

In siffatta ottica il Supremo Consesso ha ritenuto che – a fronte del rifiuto dei rappresentanti politici di impugnare la sentenza – i componenti del comitato promotore del *referendum* non ricoprissero una posizione giuridica di particolare rilevanza, non avendo subito un danno immediato e diretto. L'argomentazione adottata ha disatteso la difesa dei ricorrenti, i quali affermavano di godere di tale posizione di preminenza sulla base del ruolo peculiare in cui li porrebbe la Costituzione della California in quanto promotori del *referendum*. La Corte ha ravvisato la sussistenza di siffatta situazione nella fase prodromica alla celebrazione della consultazione del corpo elettorale; tuttavia, una volta che questa abbia dato esito positivo, essi non hanno più alcuna posizione differenziata dagli altri cittadini nell'applicazione della disposizione inserita nel testo costituzionale mediante quel *referendum*. In definitiva essi non hanno un «interesse personale» a difendere l'applicazione della stessa che sia distinguibile da quello che vantato da ogni altro cittadino dello Stato. Viene poi rigettata anche la difesa secondo cui i ricorrenti, pur non avendo un interesse personale, sarebbero legittimati a difendere la legge nell'interesse dello Stato; la Corte ha ritenuto che tale compito spetti ad un soggetto

ben identificato: il Procuratore Generale (per un commento alla diversa decisione della Corte d'Appello della California, che ritenne che i membri del comitato promotore, godessero della legittimazione attiva poi negata dalla Corte suprema, si veda: A. Lorenzetti, *Lezioni americane: la Proposition 8 in materia di matrimoni omosessuali. Spunti sulla legittimazione processuale*, in *Quad. cost.*, 2012, 423).

Sul punto pare interessante notare come la Corte costituzionale italiana (Corte cost., sent. 23-5-1978, n. 69, in *Giur. cost.*, 1978, 588), nel decidere sulla legittimazione attiva in un giudizio di attribuzione tra poteri dello Stato dei promotori del *referendum* abrogativo – di cui all'art. 75 Costituzione – abbia ritenuto di riconoscerla, attribuendo al comitato tale qualifica. La dottrina ha quindi affermato che «la definizione di potere è assai più ampia di quella storicamente riconducibile al tradizionale principio di separazione dei poteri», potendo in essa ricadere anche soggetti estranei alla nozione di Stato–apparato che però esercitino «funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti e garantite, purché i suoi atti finali siano imputabili allo “Stato autorità”» (così: G. Rolla, *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Genova, ECIG, 2012, 109-110). Si deve quindi osservare come la Corte costituzionale italiana abbia ritenuto di qualificare il promotori del *referendum* abrogativo come «poteri dello Stato», riconoscendo loro un importante ruolo nella vita istituzionale dell'ordinamento. La Corte suprema pare invece essere di diverso avviso, ritenendo che tali soggetti rivestano una posizione peculiare solo nella fase iniziale dell'elaborazione della produzione della norma.

Avendo dichiarato improcedibile il ricorso principale, viene dichiarato improcedibile anche il controricorso presentato da alcune coppie omosessuali che volevano riconosciuto il diritto al matrimonio.

La Corte quindi ha quindi deciso di non volersi discostare dalla propria giurisprudenza consolidata, orientata a non riconoscere la legittimazione attiva ai privati intenzionati a difendere la legittimità costituzionale di una fonte primaria quando i soggetti legittimati a far ciò (potere legislativo ed esecutivo) abbiano scelto di non sostenere siffatta posizione. Pertanto ha rigettato il ricorso rimettendo la questione all'attenzione della Corte d'Appello statale con indicazione di dichiarare improcedibile l'appello per carenza di giurisdizione.

2.2. – La decisione è stata presa con il parere dissenziente (redatto dal giudice Kennedy ed a cui hanno aderito i giudici Thomas, Alito e Sotomayor) che ha ritenuto che ai ricorrenti andasse riconosciuta la legittimazione ad impugnare la sentenza di primo grado in virtù di quanto disposto dalla legislazione californiana, che riconosceva ai ricorrenti la legittimazione attiva.

3. – Il legislatore federale, seguendo l'esempio di alcuni legislatori statali (in particolare Alaska ed Hawaii) che negli anni Novanta del secolo scorso avevano reagito alle aperture delle proprie Corti supreme celebrando alcune consultazioni referendarie il cui esito era stato quello di limitare per via legislativa l'accesso al matrimonio alle sole coppie eterosessuali, ha adottato nel 1996 il *Defence of Marriage Act* (DOMA). Questa legge si compone di tre *sections*; in particolare, la *section 2* afferma che nessuno Stato può essere costretto a riconoscere gli effetti di un qualunque atto legislativo, giudiziario o amministrativo che tratti una relazione tra persone dello stesso sesso come un matrimonio, ancorché adottato da un qualunque altro Stato; mentre il DOMA alla *section 3* stabiliva che nell'interpretazione di ogni atto legislativo o amministrativo di competenza federale il termine «matrimonio» dovesse intendersi come riferibile solamente all'unione legale tra un uomo ed una donna come marito e moglie e che il termine «coniuge» dovesse intendersi riferito solamente a chi fosse «marito» o «moglie».

Si può quindi affermare che il DOMA, permettendo agli Stati ed alla Federazione di non riconoscere i matrimoni *same-sex* celebrati dai singoli Stati, introducesse una deroga alla *Full Faith and Credit Clause*.

Pertanto, la seconda sentenza (*United States v. Windsor*) in commento ha riguardato la legittimità costituzionale della sezione 3 del DOMA.

Edith Windsor e Thea Spyer si sono sposate nel 2007 in Ontario e lo Stato di New York, in cui risiedevano, ha riconosciuto il vincolo così contratto. Nel 2009 alla morte della Spyer la Windsor ne divenne erede universale; dal momento che la Federazione – in forza della citata sezione 3 del DOMA – non riconosceva il matrimonio omosessuale ai fini dell'applicazione delle leggi di propria competenza, alla signora Windsor venne chiesto di versare la tassa di successione calcolata tenendo conto dell'aliquota ordinaria. Se la Federazione avesse riconosciuto il

vincolo nunziale la contribuente si sarebbe potuta avvalere dell'aliquota agevolata in vigore per le successioni tra coniugi. Pertanto, la signora chiese il rimborso di quanto pagato ed, a fronte del diniego dell'amministrazione competente, impugnò l'atto, affermando che la sezione 3 del DOMA violasse l'*Equal Protection Clause* di cui al XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

In pendenza del giudizio di primo grado, il Procuratore Generale notificò al Presidente della Camera dei Rappresentanti che il Dipartimento della Giustizia non avrebbe più difeso in giudizio la costituzionalità della suddetta legge. In conseguenza di ciò il Bipartisan Legal Advisory Group (organo permanente della Camera dei rappresentanti; BLAG) della Camera ha votato per intervenire in difesa della legge e la Corte distrettuale ha permesso questo intervento. Nel merito la legge è stata ritenuta incostituzionale sia in prima istanza, che in secondo grado – con conseguente ordine di rimborso a favore della ricorrente – né la Federazione ha inteso impugnare detta sentenza. Il BLAG ha deciso tuttavia di impugnare la sentenza di appello dinanzi alla Corte suprema in difesa della legittimità costituzionale della legge federale.

Si sono quindi poste alla Corte due diverse questioni.

La prima, di tipo processuale, atteneva alla legittimazione attiva del BLAG; il problema assumeva rilevanza centrale poiché – a fronte della volontà del Governo federale di non impugnare la sentenza – la sussistenza della legittimazione attiva in capo a siffatto organo diveniva l'unico mezzo per consentire un pronunciamento della Corte suprema sul punto e la difesa della costituzionalità della legge ritenuta incostituzionale in primo e secondo grado.

La seconda, di tipo sostanziale, riguardava la legittimità costituzionale del DOMA; in particolare veniva chiesto alla Corte se fosse costituzionalmente legittimo improntare una discriminazione, nel riconoscimento di alcuni diritti tra coppie eterosessuali spostate e coppie omosessuali per le quali tale vincolo non era riconosciuto, sulla base del solo orientamento sessuale dei componenti la coppia.

3.1. – In ordine alla questione di rito la maggioranza dei giudici ha ritenuto che essi avessero legittimazione attiva. Invero la problematica più delicata ad essi

sottoposta è stata quella di valutare se fosse in atto un contenzioso vero e proprio (si veda: A. Schillaci, *“This case is not routine”*. *La Corte Suprema USA e il same sex marriage, tra tutela dei diritti e limiti alla giurisdizione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2013); da un lato il rappresentante del Governo aveva comunicato che lo stesso non avrebbe più difeso la legittimità costituzionale del DOMA; dall’altro la ricorrente – pur vittoriosa nei giudizi di primo e secondo grado – non otteneva il rimborso dell’imposta versata. Proprio tale persistente inadempimento – nonostante la dichiarata volontà dell’Esecutivo di non voler più sostenere la legittimità costituzionale del DOMA – ed il conseguente permanere del *vulnus* a carico della sfera giuridica della ricorrente ha permesso ai giudici di ritenere che vi fosse un contenzioso vero e proprio.

Superato il primo ostacolo, la Corte affronta la questione di legittimità costituzionale portata alla sua attenzione.

Anzitutto procede ad un’attenta ricostruzione del dibattito circa l’ammissibilità del matrimonio omosessuale negli USA e più in generale circa l’atteggiamento che la legge deve tenere nei confronti delle condotte omosessuali.

Benché non venga prestata attenzione alla giurisprudenza delle Corti supreme di altri Paesi con cultura giuridica affine a quella statunitense che si sono occupate della medesima questione, la sentenza viene posta dall’opinione di maggioranza come la logica continuazione delle proprie precedenti pronunce in materia di libertà matrimoniale (*Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967)), di divieto di discriminazione degli omosessuali (*Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996)) – ancorché attuata mediante emendamento costituzionale – e di illegittimità delle cc.dd. *sodomy laws*.

La sentenza risulta essere piuttosto articolata, tuttavia fulcro della stessa è la ritenuta violazione del V Emendamento della Costituzione federale.

La Corte in primo luogo – sulla scorta di quanto deciso in *Loving v. Virginia* – ritiene che il DOMA invada indebitamente le competenze legislative degli Stati, posto che la regolazione delle «*domestic relations*» è storicamente appartenuta alla competenza esclusiva statale, pertanto il riconoscimento del matrimonio civile è punto focale della legge statale applicabile alle relazioni familiari ai cittadini ed ai residenti nei singoli Stati. La Corte ritiene che non sia necessario addentrarsi a valutare se siffatta invasione sia costituzionalmente illegittima in quanto causa una violazione dell’equilibrio federale. Osserva infatti che la decisione di uno Stato di

conferire ad un gruppo di cittadini il diritto a contrarre matrimonio comporta un importantissimo riconoscimento della dignità e della posizione sociale degli stessi e che tale riconoscimento è stato storicamente espressione del ruolo e del potere statale di regolare lo *status* dei propri cittadini. La legge sospettata d'incostituzionalità abbandona questa tradizione introducendo una discriminazione di una particolare caratteristica delle persone che, come tale, richiede un'attenta osservazione per verificare che non contrasti con la Costituzione. Nel caso di specie, il Governo federale ha utilizzato il proprio potere di costituire classi di cittadini con il solo obiettivo di imporre una discriminazione.

Viene poi considerato che, a seguito della citata sentenza *Lawrence v Texas*, il rapporto omosessuale tra adulti consenzienti non può più essere punito dalla legge ed anzi diviene elemento costitutivo di un duraturo rapporto personale. Lo Stato di New York, conferendo lo *status* coniugale a queste coppie, non fa altro che dare ulteriore protezione e dignità a quel legame.

Infine la Corte, guardando alla storia del DOMA ed al dibattito parlamentare che ha condotto alla sua approvazione, ha ritenuto che il vero obiettivo della legge fosse quello di privare tali persone della dignità che i singoli Stati, nell'esercizio delle proprie competenze, hanno ritenuto di conferire loro.

Viene sottolineato come la legge oggetto del giudizio crei due regimi matrimoniali contraddittori in seno al medesimo Stato poiché il vincolo matrimoniale è riconosciuto in relazione alle materie di competenza statale ma non per ciò che attiene quelle federali. In tal modo viene sminuito il riconoscimento dell'importanza del legame effettuato dai singoli Stati. Infatti, rifiutando di riconnettere il dovuto valore alle suddette unioni, pone queste coppie nella svantaggiosa situazione di trovarsi legati da un matrimonio di seconda classe. In tal modo vengono sminuiti i componenti della coppia stessa solo a causa del proprio orientamento sessuale, le cui scelte morali e sessuali sono protette dalla Costituzione – come riconosciuto dalla citata sentenza *Lawrence* – e dalla volontà dei legislatori dei singoli Stati. Quanto evidenziato riflette i propri deleteri effetti anche sui figli di queste coppie che comprendono con difficoltà la discriminazione cui sono soggette le loro famiglie, soprattutto nel confronto con quelle eterosessuali.

Tale violazione della dignità delle persone omosessuali conduce la Corte a ritenere che la sezione 3 del DOMA sia incostituzionale per violazione del V Emendamento, dato che la discriminazione degli omosessuali – dettata dal mero volere della maggioranza di ledere una categoria minoritaria ad essa invisibile – non supera il test di razionalità elaborato nella citata pronuncia *Romer v. Evans*.

3.2. – La decisione della Corte è stata presa con cinque voti favorevoli e quattro voti contrari. Le opinioni dissenzienti hanno riguardato sia la questione processuale che quella sostanziale.

In merito alla prima, la posizione assunta dalla Corte è aspramente criticata dal giudice Scalia nella propria opinione dissenziente, cui si unisce anche il presidente Roberts. Egli ritiene infatti che l'argomentazione della Corte sia un *escamotage* per permettere alla stessa di prendere posizione su una questione che invece andrebbe più correttamente lasciata alla dialettica parlamentare, in virtù del principio di separazione dei poteri.

L'opinione dissenziente del giudice Alito ritiene invece che il BLAG abbia la necessaria legittimazione attiva, il suo dissenso si appunta sulla decisione della questione sostanziale.

La problematica che ha generato il più ampio ventaglio di opinioni dissenzienti è stata quella sostanziale, riguardante la legittimità costituzionale del DOMA.

L'opinione dissenziente del presidente Roberts ritiene non provato e non veritiero che il reale obiettivo della legge oggetto del giudizio fosse quello di ledere le persone omosessuali nella propria dignità e nel riconoscimento pubblico dei propri rapporti. Inoltre sostiene che il *dictum* della Corte sia destinato a non dare frutto ulteriore, poiché non risolverebbe il problema del se gli Stati – nella propria autonomia – possano o meno continuare a utilizzare la definizione tradizionale di matrimonio. Invero pare che, *rebus sic stantibus*, essi conservino siffatta facoltà. Come avremo modo di vedere pare forse più dubbia la possibilità che essi possano non riconoscere i matrimoni omosessuali celebrati in altri Stati, posta l'incerta compatibilità costituzionale della *section 2* del DOMA.

La seconda opinione dissenziente è stata redatta dal giudice Scalia: infatti, benché egli abbia espresso la propria posizione circa la mancanza di giurisdizione della Corte stessa, ritiene di esprimere il proprio parere nel merito alla luce della decisione adottata dalla maggioranza sulla questione di rito.

In primo luogo, si richiama alla propria opinione dissenziente espressa in *Lawrence*, circa il diritto del Governo di continuare a dare attuazione a norme morali e sessuali che affondano le proprie radici nella tradizione. E ritiene che «difendere il matrimonio tradizionale non equivalga a condannare, diminuire o umiliare coloro i quali preferiscono altre soluzioni».

Nota come la maggioranza sia andata contro quanto affermato nella stessa sentenza *Lawrence* in cui si era stabilito che riconoscere il diritto ai rapporti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso non avrebbe avuto nulla a che vedere con la questione del riconoscimento delle unioni omosessuali. Nella sentenza in commento invece si dice che il DOMA è incostituzionale nella misura in cui danneggia coppie le cui scelte sessuali sono protette dalla costituzione.

Infine adombra il rischio che dichiarando formalmente nemico dell'umana decenze chiunque si opponga al matrimonio omosessuale, la maggioranza possa ottenere il risultato di avvelenare il dibattito che si sta svolgendo in seno alla società in merito alla questione, dibattito che deve essere lasciato alla libera dialettica parlamentare.

È appena il caso di notare che in nessuna parte della sentenza si afferma che coloro i quali sono contrari al matrimonio omosessuale non abbiano più il diritto di esprimere la propria idea, tanto più che negli Stati Uniti il diritto alla libera manifestazione del pensiero gode di tutela amplissima (si veda: G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I e II, Torino, Giappichelli, 1998. Per una ricostruzione in ottica comparata sul c.d. *hate speech* si veda: I. Spigno, *Libertà di espressione ed hate propaganda: verso un «modello canadese»?*, in E. Ceccherini (cur.), *1982-2012 A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, in corso di pubblicazione).

La terza ed ultima opinione dissenziente è stata scritta dal giudice Alito. Avendo ritenuto che la BLAG godesse della legittimazione attiva, non ravvisa alcun problema ad entrare nel merito della questione. Egli, con approccio originalista,

ritiene che, sebbene il matrimonio omosessuale rappresenti una questione fortemente emotiva ed importante per l'opinione pubblica, non sia un difficile problema da risolvere dal punto di vista giuridico. Infatti la Costituzione, visto il silenzio sul punto, non garantisce il diritto alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio.

Inoltre, afferma che – secondo consolidata giurisprudenza della Corte stessa – la *Due Process Clause* può tutelare solamente quei diritti e quelle libertà fondamentali che sono oggettivamente ben radicati nella storia e nella tradizione della Nazione; ed è certamente fuori dubbio che il diritto oggetto della controversia non goda di siffatto radicamento. Ritiene che, in realtà, con questo arresto alla Corte suprema sia richiesta l'introduzione di un diritto del tutto nuovo, con un tentativo di aggirare la fisiologica dialettica parlamentare. Essa dovrebbe quindi essere particolarmente cauta, anche in considerazione del fatto che il dibattito in argomento non è giunto ad approdi definitivi ed i giudici non sono equipaggiati ad effettuare scelte di politica legislativa. Posto il silenzio della Costituzione circa il matrimonio omosessuale, ritiene che la Carta accolga la nozione tradizionale di matrimonio che qualifica l'eterosessualità dei nubendi come elemento essenziale di tale negozio giuridico. In siffatta ottica afferma, quindi, che la questione del matrimonio omosessuale debba essere rimessa alla scelta del Parlamento.

Da ultimo poi ritiene che la sezione 3 del DOMA non violi il V Emendamento poiché si limita ad individuare una categoria di cittadini cui la legge federale riconnette particolari benefici in ragione del proprio *status* di coniugati.

A ben vedere però siffatta argomentazione, letta *a contrario*, non fa altro che confermare che la legge dichiarata incostituzionale individua un'altra categoria di cittadini ai quali – nonostante il riconoscimento statale – la Federazione non riconosce quella medesima dignità.

4. – Le sentenze commentate non hanno posto fine al lungo dibattito circa la legittimità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma hanno rappresentato un importante passo nella direzione del riconoscimento della piena cittadinanza anche a questi soggetti. Dall'analisi dei due arresti si ricava un'immagine cangiante, caratterizzata da luci ed ombre.

In primo luogo, la sentenza *Hollingsworth v. Perry*, se non ha preso posizione circa la presenza nella Costituzione federale di una clausola che vieti ai singoli legislatori statali di inserire Emendamenti costituzionali che rendano illegittime le nozze *same-sex*, le ha tuttavia rese di fatto legittime in California. Infatti, avendo rigettato il ricorso con l'ordine di annullare il processo di secondo grado per carenza di giurisdizione, ha fatto sì che rimanesse valida la sola sentenza di primo grado che aveva dichiarato incostituzionale la *Proposition 8*. È chiaro che ad oggi rimane inevasa la domanda circa la possibilità per la maggioranza di limitare i diritti di una minoranza attraverso lo strumento del *referendum*. Sul punto, la dottrina (G. Gentili, *La tradizione costituzionale statale negli Stati Uniti d'America. Istanze di tutela dei diritti fondamentali nella dialettica tra New Judicial Federalism e Constitutional Initiative*, tesi di dottorato di ricerca, Università degli Studi di Siena, anno 2013, 161. Il testo dattiloscritto è stato consultato per gentile concessione dell'Autore) ha avuto modo di notare che nell'ordinamento statunitense la c.d. *constitutional initiative* – cioè la procedura che permette al corpo elettorale di modificare il testo costituzionale mediante consultazione referendaria – presenta alcuni problemi in tema di tutela delle minoranze. Infatti il meccanismo di funzionamento di siffatto strumento prevede che la proposta di modifica risulti approvata qualora sia approvata dalla maggioranza semplice dei votanti, non essendo previsto in alcuno Stato un *quorum* partecipativo. Alla luce di quanto detto pare corretto sostenere che un tale strumento finisce per vanificare la funzione propria dei cataloghi dei diritti che è proprio quella di strumento posto a presidio delle minoranze. Questa dottrina – correttamente – ritiene che per evitare un pericoloso scivolamento verso una «tradizione costituzionalistica puramente maggioritaria» l'unico presidio sia rappresentato dagli organi giurisdizionali statali che, nel proprio ruolo di *judicial review*, vigilano sulla legittimità costituzionale di tali modifiche (per la differenza tra «emendamento» e «revisione costituzionale» quale limite alla *constitutional initiative* previsto da alcune Costituzioni statali, si veda: G. Gentili, *Il confine tra emendamento e revisione costituzionale in una decisione della Corte suprema della California*, in *Quad. cost.*, 2010, 601).

In secondo luogo, la sentenza *United States v. Windsor* si segnala per il fatto che percorre un'ulteriore tappa di quel percorso già segnato dalle sentenze *Romer v. Evans* e *Lawrence v. Texas* affermando non solo che la condizione omosessuale non

può essere oggetto di punizione o discriminazione da parte dello Stato, bensì che essa è tutelata in Costituzione, così come le unioni che da essa si generano. Pare di fondamentale importanza il riconoscimento della dignità che lo *status* di persona coniugata porta con sé – non sostituibile con quello derivante dall’ingresso dei membri della coppia in un’unione civile – proprio per la considerazione che la società riconnette ad esso. Siffatto riconoscimento della particolare posizione sociale che si riconnette alla condizione di soggetto coniugato pare sconfessare le posizioni di quanti ritengono che le persone omosessuali non avrebbero diritto ad accedere al matrimonio vero e proprio, potendosi invece avvalere di altri tipi di riconoscimenti per le proprie unioni ed in particolare delle unioni civili. I sostenitori di tale posizione – tra i quali pare si collochi la Corte costituzionale italiana a seguito dell’emanazione della sentenza n. 138 del 2010 (Corte cost., sent. 14-4-2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 1604) – affermano che il matrimonio sarebbe necessariamente eterosessuale, talvolta rifacendosi anche alla presunta etimologia del termine stesso. La Corte offre un importantissimo argomento a quanti ritengono che siffatta tesi sia errata, poiché finisce per ammantare di legittimità quella che è una discriminazione basata sull’orientamento sessuale. Si noti che la tesi accolta dei giudici statunitensi pare aver fatto breccia dapprima presso il legislatore del Canada e recentemente anche presso i legislatori di Francia (*LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*) e del Regno Unito (*Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*) che hanno recentemente ammesso le coppie omosessuali al matrimonio, laddove prima erano solamente ammesse a forme di unioni civili.

I primi commentatori della sentenza (si veda: M. M. Winkler, *La Corte Suprema americana, il Defense of Marriage Act e le ricette dell’uguaglianza*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it). e Id., *La Corte Suprema degli Stati Uniti e la difesa del matrimonio eterosessuale: il caso U.S. v. Windsor, 2013 U.S. Lexis 4921*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).) hanno già avuto modo di notare come la Corte abbia ritenuto di applicare il V Emendamento, in luogo del XIV – altra possibile soluzione – per evitare di dover entrare nel delicato terreno delle «*suspect clas.*» e delle «*suspect classifications*», benché tale seconda soluzione avrebbe avuto il grande pregio di preconstituire un’argomentazione utilizzabile contro i mini-DOMA. Tuttavia pare si possa affermare che, proprio la natura di “convitato di pietra” del XIV Emendamento e la probabile necessità per la Corte suprema di tornare sul punto – posto che la sezione 2 del DOMA non è stata oggetto del

giudizio – potrebbero offrire lo spunto per un ulteriore passo avanti nel riconoscimento della piena eguaglianza delle coppie omosessuali. In relazione alla citata sezione 2 pare si possa affermare che la sua posizione – in punto di legittimità costituzionale – sia quanto mai precaria. Infatti, da un lato, essa difficilmente potrà passare lo scrutinio cui è stata sottoposta la sezione 3; dall'altro, essa pare essere in contrasto con la *Full Faith and Credit Clause* di cui all'articolo 4, paragrafo 1 della Costituzione federale. Essa potrebbe rappresentare il grimaldello per giungere finalmente ad una posizione uniforme nell'ambito del riconoscimento del matrimonio omosessuale. A ben vedere in siffatta ottica sembra muoversi una recente sentenza (*Finstuen v. Crutcher*, 496 F.3d 1139 (10th Cir. 2007)) che, pur non occupandosi direttamente del vincolo coniugale, ha imposto all'Oklahoma il riconoscimento dell'adozione effettuata da una coppia omosessuale in un alto Stato, nonostante nel primo tale riconoscimento fosse vietato.

Giova confrontare l'atteggiamento dell'ordinamento statunitense con quello tenuto da un lato dal Canada (si veda: D. G. Casswell, *Same-Sex Couples: Marriage vs. Civil Unions, Registered Domestic Partnerships or Common-Law Relationships*, in E. Ceccherini (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Milano, Giuffrè, 2004, 121; E Di Benedetto, *Il "Civil Marriage Act": un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa*, in G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi*, Milano, Giuffrè, 2006, 114) e dall'altro con quello tenuto dall'Unione Europea (si veda: D. Ferrari, *Lo status delle coppie same sex davanti alla discrezionalità del potere legislativo: scenari ricostruttivi, tra leggi, giudici e territorio. Lo strano caso dell'Italia*, in A. Pitino (cur.), *Profili attuali del principio di non discriminazione tra Unione Europea e Regioni italiane*, Roma, Aracne, 2012, 231).

Invero, in Canada si è registrata una rapidissima evoluzione successivamente all'approvazione della Carta dei diritti e delle libertà nel 1982 (articolo 15) che ha condotto dapprima al riconoscimento dei diritti e doveri reciproci per i componenti delle coppie di fatto omosessuali e successivamente nel 2005 – nonostante l'iniziale contrarietà del Parlamento federale – all'approvazione del *Civil Marriage Act* che definisce il matrimonio come la «lawful union of two persons to the exclusion to all others». Occorre notare che proprio la tutela approntata dal citato articolo 15, estesa dalla Corte suprema anche alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, ha

aperto la strada a quella giurisprudenza provinciale che ha indotto i legislatori provinciali e quello federale a mutare il proprio atteggiamento nei confronti del riconoscimento del diritto di contrarre matrimonio anche per gli omosessuali. L'intervento del legislatore federale è stato effettuato con il dichiarato intento di uniformare la disciplina per tutto il Canada ed è stato reso possibile dalla peculiare ripartizione delle competenze in materia. L'art. 91 del *Constitution Act*, nell'elencare le materie riservate al Parlamento federale, cita la competenza in materia di «matrimonio e divorzio», mentre l'art. 92 riserva alla competenza delle Province la «celebrazione dei matrimoni nelle Province». Ciò ha permesso alla Corte suprema federale, chiamata ad esprimersi in via consultiva sul progetto del *Civil Marriage Act*, ad affermare la competenza del Parlamento federale ad adottare siffatta legislazione. Essa inoltre non è stata ritenuta in contrasto con la Carta costituzionale poiché essa è – secondo una nota metafora più volte utilizzata dalla Corte stessa – un «albero vivo» che, se non si adattasse ai mutamenti sociali che intervengono nel corso del tempo, perderebbe la propria vitalità.

In definitiva si può affermare che l'evoluzione registrata in seno all'ordinamento canadese è dovuta alla felice combinazione di due differenti fattori: la competenza attribuita in materia al Parlamento federale e la fortissima *vis attractiva* manifestata dall'articolo 15 della Carta dei diritti come interpretato dai giudici provinciali e federali, soprattutto nell'ottica di quel «dialogo» tra Corti e legislatori, così peculiare per l'ordinamento canadese.

L'Unione Europea si colloca in una differente posizione.

In primo luogo giova sottolineare che l'Unione non ha competenza in materia matrimoniale, essendo questa interamente riservata ai singoli Stati membri.

In secondo luogo, entrambi i cataloghi euro-unitari dei diritti sono improntati ad un «doppio binario» (D. Ferrari, *op. cit.*) per ciò che riguarda il riconoscimento dei diritti fondamentali alla coppia omosessuale. Invero, viene riconosciuto il diritto a contrarre matrimonio se previsto dalle singole legislazioni nazionali, altrimenti si riconosce il diritto alla vita privata e familiare. Le differenze tra i due diritti sono tutt'altro che esigue posto che il secondo si configura sostanzialmente come un diritto giurisprudenziale. Le coppie a cui il proprio ordinamento non riconosce il diritto a contrarre matrimonio possono chiedere di volta in volta che il giudice

riconosca loro i medesimi diritti di una coppia (eterosessuale) coniugata proprio sulla base del diritto alla vita privata e familiare; ciò evidentemente comporta un forte aggravio a carico delle stesse, che devono sobbarcarsi i costi ed affrontare i tempi di un giudizio.

Si noti ancora che tale seconda opzione risulta ormai essere recessiva all'interno dell'Unione Europea, posto che la larghissima maggioranza degli Stati membri riconosce forme di unioni registrate o l'accesso all'istituto matrimoniale.

L'Italia invero si colloca ancora nel gruppo più arretrato. Posto il rifiuto ostinato del legislatore – rimasto sordo alle plurime sollecitazioni giuntegli sia dall'Unione che dalla propria Corte costituzionale – ad adottare qualunque forma di riconoscimento di siffatte unioni, la giurisprudenza, sia costituzionale che ordinaria, si è avviata sulla strada del riconoscimento di diritti parcellizzati grazie alla tutela offerta – a livello euro-unitario – al diritto alla vita privata e familiare ed – a livello interno – alle formazioni sociali di cui all'articolo 2 Costituzione, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale con la citata sentenza n. 138 del 2010. Invero, come noto, la sentenza citata ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione a diverse norme del codice civile ritenute lesive degli articoli. 2, 3, 29 e 117 comma 1 della Costituzione. La Corte, con doppio dispositivo, ha ritenuto inammissibile la questione in relazione agli articoli. 2 e 117 comma 1 Costituzione, sostenendo che spetti al legislatore – nell'esercizio della propria discrezionalità – valutare i modi ed i tempi con i quali dare tutela alle unioni di fatto omosessuali, che ricadono tra le formazioni sociali degne di tutela a mente del citato articolo 2; inoltre ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli. 3 e 29 Costituzione, sostenendo che nell'ordinamento italiano il matrimonio si caratterizza per l'indefettibile requisito dell'eterosessualità dei nubendi. Ciò non si porrebbe in contrasto con l'articolo 3 Costituzione posta la finalità procreativa del matrimonio, che sarebbe invece ontologicamente assente nelle coppie omosessuali. Con tali argomenti la Corte pare porre una grossa ipoteca sulla possibilità che il legislatore possa scegliere di estendere il matrimonio anche alle coppie omosessuali.

In conclusione si può notare come gli Stati Uniti d'America e l'Unione Europea si trovino in una situazione piuttosto simile. Da un lato infatti né la Federazione né l'Unione hanno la competenza per imporre a tutti gli Stati membri una nozione

unica di matrimonio che consenta l'accesso a tale istituto anche alle persone omosessuali; dall'altro, pur a fronte della scelta di taluni Stati di introdurre tale novella nei propri ordinamenti, si riscontra ancora difficoltà ad imporre a tutti gli Stati membri il riconoscimento di tali unioni, pur se celebrate da un altro Stato membro. Invero sul punto la situazione europea pare essere leggermente più progredita posto che, anche laddove il vincolo matrimoniale non fosse riconosciuto esso dovrebbe valere come prova di quella unione stabile che darebbe pieno titolo al riconoscimento del diritto alla vita privata e familiare, possibilità non riscontrabile nell'ordinamento statunitense.

*Non sfugge tuttavia che rebus sic stantibus il Canada pare essere in grado di dare una più compiuta attuazione al divieto di discriminazione basata sull'orientamento sessuale, benché tale divieto sia stato elaborato dalla Corte suprema in sede di esegesi dell'articolo 15 della Carta dei diritti e delle libertà. L'Unione Europea e gli Stati Uniti – benché entrambi riconoscano il divieto di discriminazione basata sull'orientamento sessuale – non sono ancora riusciti ad elidere totalmente tale discriminazione, posto che non sono in grado di garantire l'accesso al matrimonio a tutti i propri cittadini.*



**Gabriele Pepe, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Eurilink, Roma, 2012, pp.1-412.**

di *Luisa Azzena*

Con lo studio dell'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo italiano, o come preferisce egli stesso dire, con felice ed evocativa espressione, analizzando «modalità, tecniche ed effetti dell'*infiltrazione* di principi comunitari nell'ordinamento amministrativo italiano», l'A. assume un punto di osservazione privilegiato per svolgere una molteplicità di riflessioni, giungendo a dare un ulteriore, non trascurabile contributo alla conoscenza e alla sistemazione di un tema complesso, implicante una pluralità di profili.

E ciò muovendo, nel primo capitolo della prima parte del volume, a seguito di una precisa opzione metodologica, enunciata in premessa, da aspetti di teoria generale relativi ai rapporti fra ordinamenti, da un lato, e ai rapporti fra fonti del diritto dall'altro, con peculiare attenzione, quanto al primo profilo, alle opposte tesi, monista e dualista, sulla natura dei rapporti tra l'ordinamento europeo e quello nazionale, e, quanto al secondo, all'Unione europea e al suo diritto, nonché alle ricadute della normativa e dei principi europei sugli ordinamenti amministrativi statuali.

L'A. dedica quindi un attento e approfondito esame ai principi del diritto europeo che presentano particolare influenza sul diritto amministrativo italiano.

Senza tuttavia fermarsi alla ricostruzione teorica, ma sottoponendola a un riscontro analitico svolto, tenendo conto dei consistenti apporti del giudice europeo, anche nella dialettica con quello nazionale, e affrontandone le problematiche tipiche, fra cui quella dei conflitti fra principi diversi e dei relativi comparazione e bilanciamento; e soffermandosi sulla peculiare configurazione della illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo.

Il che viene a costituire una consistente, articolata e coerente premessa al successivo svolgimento del lavoro, incentrato sulle situazioni giuridiche soggettive, appunto quale portato del discorso sviluppato in diritto positivo, di cui esse costituiscono una prospettiva di analisi.

Tra i principi comunitari ritenuti di maggior rilievo per l'azione amministrativa l'A. esamina quelli di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, di proporzionalità, del giusto procedimento, di pienezza e effettività della tutela giurisdizionale, preoccupandosi altresì di esaminarne i riflessi su alcuni istituti del diritto amministrativo italiano.

Così procedendo, infatti, l'A. si pone anche dal punto di vista del cittadino e indaga sulle situazioni giuridiche soggettive e sulla loro tutela con particolare (ma non esclusiva) attenzione alla tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, proponendosi di far luce sul complesso intreccio tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale, tra diritto sostanziale e diritto procedimental-processuale.

Ma oggetto della riflessione non è solo questo. All'analisi non sfuggono infatti i principali aspetti evolutivi del diritto amministrativo italiano, dalla democratizzazione dei pubblici poteri, all'apporto del cittadino alla decisione amministrativa, dal principio di legalità alla conservazione dell'atto illegittimo; dagli accordi *ex art. 11* all'autotutela, passando per l'affidamento. E neppure manca la conclusione sul superamento della esclusività della sovranità statale a favore dell'affermazione di un sistema di diritto amministrativo “multilivello”. Per finire con, non ultima, la tutela giurisdizionale, compresi i perduranti dilemmi in tema di pregiudizialità.

L'*iter* compiuto porta l'A. a concludere, con significativa immagine, che «il diritto comunitario e i suoi principi assumono le forme di un diritto magmatico che

avvolge gli ordinamenti nazionali, insinuandosi nelle pieghe della sovranità statale e alterando i tratti sia del procedimento sia del processo amministrativo». Con la conseguenza che «il giurista del XXI secolo non può più trincerarsi nelle certezze del passato ma, liberandosi di ogni forma di provincialismo giuridico, deve acquisire consapevolezza del ruolo centrale dei principi comunitari quale nuovo parametro di legittimità dell'azione di tutti i pubblici poteri, europei e nazionali, legislativi e amministrativi».

Una conclusione senz'altro condivisibile, al termine di un ampio ed accurato studio e un corposo lavoro, testimoniato dal consistente corredo di citazioni, che valeva la pena di compiere.



**Silvana Sciarra, *L'Europa e il lavoro – Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. XIII-116.**

di *Roberto Cisotta*

L'Autrice di questo agile volume – giuslavorista ormai da anni molto attenta al processo d'integrazione europea – si propone di presentare il nuovo quadro delle relazioni sindacali così come determinato dalle trasformazioni indotte dalla crisi economica e finanziaria a livello continentale ed internazionale. La necessità di ripensare e ristrutturare i sistemi di *welfare* sotto la spinta della globalizzazione dell'economia è divenuta ormai ineludibile, tuttavia essa è sovente avvertita come una forza di portata essenzialmente *negativa* ed i cui effetti, nei Paesi industrializzati, sono riducibili alla perdita di posti di lavoro e alla compressione o cancellazione di tutele che solo alcuni anni fa si consideravano come conquiste irretrattabili. Questo testo è soprattutto utile a comprendere come forme di tutela del lavoro e di organizzazione delle relazioni tra le parti sociali non siano ormai necessariamente parte di un *mondo perduto*, sacrificate sull'altare delle politiche liberalizzatrici indotte dalla globalizzazione e promosse a livello regionale dall'Unione europea. Questione centrale è piuttosto costituita dall'esigenza di reinterpretarle e ricostruirle sulla base di una realtà economica innegabilmente mutata ed in continua evoluzione, ma anche giuridicamente complessa, quale essa risulta, in particolare, dalle dinamiche del mercato unico. Fin dalla *premessa* si annuncia che “[i]n questo scenario serve più che

mai valorizzare, in alternativa alla competizione fra regimi di solidarietà e alla corsa al ribasso degli standard normativi e salariali, uno scenario partecipativo tale da favorire intese transnazionali da un lato, e patti locali fra produttori dall'altro. Questa proposta, usata come filo conduttore dei capitoli che seguono, si spinge fino a considerare le mutate funzioni del conflitto ed in particolare del diritto di sciopero”.

L'analisi muove dalle prospettive aperte dal Rapporto presentato il 9 maggio 2010 su invito del presidente della Commissione europea da Mario Monti: *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea* (il *Rapporto Monti*). Si ricorda anzitutto come il *Rapporto Monti* rappresenti il punto di partenza di una strategia per il rilancio del mercato unico – tradizionalmente il motore dell'integrazione europea e, come fortemente si auspica, della crescita economica – successivamente adottata e portata avanti dalla Commissione, in particolare con l'adozione di un *Atto per il mercato unico*, che comprende dodici riforme-chiave, ovvero, come la stessa Commissione le qualifica, «leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia». Tuttavia, come più avanti nel corso dell'analisi si nota, nel *Rapporto Monti* «gli accenti posti sul ruolo delle parti sociali sono flebili e piuttosto sporadici». Fin dalla *premessa* e dal primo capitolo, l'Autrice fornisce una preziosa guida per orientarsi nel tumultuoso succedersi di atti di natura, portata e contenuti diversi, adottati dalle Istituzioni dell'Unione europea nei mesi successivi, aiutando a delineare il profilo della loro azione. Nella primavera del 2010 peraltro, oltre alla presentazione del *Rapporto Monti*, si è raggiunta una delle punte più drammatiche – o comunque la prima di una serie che sembra ancora non essersi interrotta – della crisi dei debiti sovrani nell'Unione europea, con l'esplosione del caso greco. Nel testo si ripercorrono le risposte principali che Stati membri e Unione europea hanno fornito e si passano in rassegna gli elementi fondamentali della nuova *governance* economica che è stata costruita e il ruolo che vi svolgono i principali attori. Tale analisi permette all'Autrice di osservare come – in un'ottica di risposta ad una situazione di emergenza, ma in realtà seguendo una tendenza emersa già prima dell'esplosione della crisi dei debiti sovrani – le Istituzioni dell'Unione abbiano privilegiato le *misure di austerità* – pur necessarie per il risanamento delle finanze pubbliche di molti Stati membri – rispetto a politiche più accorte e lungimiranti sul piano sociale e occupazionale. Già nel 2009 comunque non era mancato quello che l'Autrice valuta

come un «segnale di forte razionalizzazione nell'uso delle risorse» destinate dall'Unione alle politiche sociali e di coesione e cioè il Rapporto presentato nell'aprile da Fabrizio Barca (*An Agenda for a Reformed Cohesion Policy*, il *Rapporto Barca*), le cui proposte sono state più tardi fatte proprie dalla Commissione.

Nel secondo capitolo, si analizza più da vicino lo strumentario di cui l'Unione europea si è dotata sin dall'inizio degli anni 2000 per il coordinamento delle politiche economiche ed occupazionali: in particolare, l'Autrice si sofferma sul metodo aperto di coordinamento – formula elastica elaborata per consentire un pur blando intervento dell'Unione in materie nelle quali essa non ha competenze o la cui definizione risulta difficile –, sulle strategie elaborate dalla Commissione (da ultima, “Europa 2020”) e sul ruolo delle Istituzioni coinvolte. Ne risulta che la complessiva intelaiatura nell'ambito della quale si è tentato a livello europeo di elaborare la *flexicurity* – il *mix* ottimale di flessibilità e sicurezza – risulta ancora debole, quanto alla capacità di individuare obiettivi e strategie appropriate.

Il terzo capitolo è dedicato alla dimensione più propriamente normativa dei cambiamenti indotti dalla globalizzazione, ovvero a quello che l'autrice chiama «nuovo pluralismo delle fonti» e al ricomporsi delle relazioni tra parti sociali e delle norme che le regolano a livello europeo e, più in generale, transnazionale. Oltre che alla scoperta della *pervasiva e diffusa novità* che caratterizza quelle relazioni e quelle norme, il lettore è condotto «alla ricerca dei diritti fondamentali» e delle loro fonti in un contesto segnato da tentazioni di *dumping sociale* e dalla difficoltà di costruire reti di solidarietà.

Che poi il *dumping sociale* possa apparire qualcosa più di una tentazione anche nell'Unione europea è quanto emerge nel quarto capitolo, ove si rivisitano, tra gli altri, i celebri casi *Viking* e *Laval*, decisi nel 2007 dalla Corte di giustizia. In essi si presenta in tutta la sua stridente forza il conflitto tra libertà economiche fondamentali, pilastri del mercato unico, e diritti fondamentali di matrice sociale. L'atteggiamento assunto da giudici e legislatori successivamente a questi casi viene poi preso in esame alla fine del capitolo.

A problemi, come questi, complessi, quello che l'Autrice chiama «ordinamento globale» non può che offrire risposte complesse, articolate sulla base della dialettica tra i vari attori chiamati ad esprimersi. E' così che ai casi *Viking* e *Laval* ha risposto la

Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare con le decisioni sui casi *Demir e Baykara* e *Enerji Yapi-Yol Sen*. Né è mancata, già prima della Corte di Strasburgo, una reazione della Commissione degli esperti dell'OIL. A queste ed altre pronunce è dedicato il quinto capitolo, ove il lettore viene guidato a scoprire che tra istanze di vario tipo (anche nazionali, o non giurisdizionali, come il Comitato di esperti dell'OIL) possono determinarsi fenomeni di *cross-fertilization* nella soluzione dei problemi in particolare legati al conflitto nelle relazioni tra parti sociali.

*Il viaggio attraverso l'attenta ricostruzione delle tendenze e delle criticità emergenti nell'ambito della dimensione internazionale ed europea dei diritti legati al lavoro e alla dinamica delle relazioni tra le parti sociali offre un prezioso strumento conoscitivo per una realtà – è ormai ovvio dirlo! – nella quale l'operatore giuridico nazionale, in particolare, ma non solo, giuslavorista, deve necessariamente sapersi ben orientare. Inoltre, per quanto in particolare riguarda il contesto giuridico dell'UE, il libro di Silvana Sciarra mostra sinteticamente, ma efficacemente, come nel mondo del lavoro – ma il discorso non sarebbe diverso da altre prospettive, sulle quali non mancano riferimenti – l'«economia sociale di mercato» canonizzata all'art. 3, par. 3 del Trattato sull'Unione europea, debba essere ancora faticosamente riempita di significato e continuamente edificata. A tal proposito, nelle conclusioni si avanzano alcune proposte per meglio gestire il conflitto e sfruttare le opportunità che pure la nuova realtà economico-sociale offre. Su questo fronte si gioca la partita più importante, come notato a più riprese dall'Autrice, per la ricostruzione della fiducia dei cittadini nell'Unione europea.*



## Canada. La *propriété foncière* dei *Métis* manitobani davanti alla Corte suprema

di Mauro Mazza

1. – La protezione giuridica della speciale relazione dei popoli indigeni con i loro territori è abituale punto di partenza per coloro che si interessano delle tematiche riguardanti la tutela delle comunità aborigene nel diritto comparato. Non si tratta di riconoscere tali speciali diritti territoriali (*land rights*) come una sorta di “atto di grazia” nei confronti degli *indigenous peoples*, bensì quale base essenziale per lo sviluppo autodeterminato dei popoli aborigeni (si vedano, *ex multis*, il saggio monografico della Presidente del Forum Permanente delle Nazioni Unite per i Popoli Indigeni, V. Tauli-Corpuz, *I popoli indigeni alle soglie del terzo millennio. Quale modello di sviluppo?*, trad. it., Roma, Eurilink, 2012, nonché F. Marcelli, cur., *I diritti dei popoli indigeni*, Roma, Aracne, 2010, rist. aggiornata). A livello internazionale (cfr. J.D. Oliva Martínez, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estrado, 2012), l'ex *United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples* José Martínez Cobo ha opportunamente sottolineato che la terra, per i popoli indigeni, non è semplicemente una merce, suscettibile di essere liberamente compravenduta, poiché al contrario sussiste tra le comunità indigene e i territori di loro tradizionale insediamento uno speciale rapporto di natura spirituale, che permea tutti gli aspetti della vita sia individuale che comunitaria/sociale dei componenti dei

gruppi etnotribali, e così i loro costumi, le tradizioni, in una parola la cultura indigena (v. J.R. Martinez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations. Final Report*, agosto 1983, disponibile nel *website* dello *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues*-UNPFII, reperibile – come sotto-pagina dell'*Economic and Social Council-ECOSOC* delle Nazioni Unite – all'indirizzo <http://www.un.org>). A sua volta, l'attuale *UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous People* (o *UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous Peoples*), James Anaya, si è recentemente domandato: «Why is it that indigenous peoples' rights to lands and resources have not been recognized? Why is it that their property rights have been looked at from a particular perspective that excludes their own connection with the land and the cultures that build upon that connection? Why is the integrity of indigenous peoples' cultures not respected? Why have their languages and various methods of living simply been put to the side? Why does the indigenous life not seem to matter as much as the non-indigenous life?» (v. *Proceedings of the 106th Annual Meeting of the American Society of International Law-ASIL*, svoltosi a Washington, DC, dal 28 al 31-3-2012 sul tema generale *Confronting Complexity*), 2012, *sub Indigenous Peoples and International Law*, Introductory Remarks by B. Duthu, 525 ss., spec. 537.

Emerge, nel dibattito sui diritti dei popoli indigeni, il concetto di “Madre Terra”, nozione-chiave per la conoscenza e la comprensione della relazione delle comunità aborigene con il territorio. Importanti strumenti internazionali, sia di *hard* che di *soft law*, sia di diritto internazionale universale che regionale (cfr. N. Bankes, *The Protection of the Rights of Indigenous Peoples to Territory through the Property Rights Provisions of International Regional Human Rights Instruments*, in *Yearbook of Polar Law*, 2011, 57 ss.), hanno accolto tale concezione. Viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 13, c. 1, della Convenzione della Organizzazione internazionale del lavoro n. 169 del 1989 dedicata ai popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti (c.d. *ILO Convention 169*), che riconosce espressamente la speciale importanza del legame degli aborigeni con la terra e i territori al fine della conservazione delle culture e dei valori spirituali degli autoctoni. In secondo luogo, vi sono le previsioni dell'art. 25 della Dichiarazione ONU sui diritti dei popoli indigeni del 2007, dove si afferma che i popoli indigeni hanno il diritto di mantenere e rafforzare il loro rapporto spirituale con le terre e i territori, intesi questi ultimi come le porzioni di territorio tradizionalmente occupate dagli aborigeni e da loro utilizzate, anche se non ne sono formalmente proprietari, e lo stesso vale – ai sensi della disposizione in esame – per le acque interne (fiumi, laghi, ecc.) nonché

per la fascia del mare costiero, e inoltre per le altre risorse naturali. Sotto questi profili – prosegue la norma – vi è una responsabilità di conservazione, che grava sulle popolazioni indigene, a beneficio delle generazioni future.

Sfortunatamente per i popoli autoctoni canadesi, però, il Canada non ha ratificato la *ILO Convention 169*, mentre la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 non ha carattere vincolante, è cioè un mero strumento di *soft law*. Ciò a differenza, per esempio, dei Paesi nordici, che sono per molti versi all'avanguardia nella tutela dei diritti aborigeni, con riguardo ai Saami o Lapponi (v. T. Joonas, *ILO Convention no. 169 in a Nordic Context with Comparative Analysis: An Interdisciplinary Approach*, Rovaniemi, Lapland University Press, 2012), con importanti implicazioni dal punto di vista del riconoscimento dei diritti indigeni su terre, acque e risorse naturali (cfr. M. Mazza, *I diritti degli indigeni sulle risorse naturali ed energetiche negli Stati artici. Profili internazionali e comparati*, Napoli, Jovene, 2012). La protezione dei diritti indigeni del Canada, e innanzi tutto la questione delle rivendicazioni territoriali, deve dunque essere affrontata sul piano del diritto nazionale. Questo non significa, ovviamente, che la condizione giuridica degli aborigeni canadesi sia comparativamente deteriore rispetto a quella di altri popoli indigeni; basti pensare, al riguardo, al difficile stato delle cose che si registra in Africa, proprio in relazione ai diritti su terra e territorio (v., da ultimo, la documentata indagine di M. Zips-Mairitsch, *Lost Lands? (Land)Rights of the San in Botswana and the Legal Concept of Indigeneity in Africa*, Zürich-Münster, LIT Verlag, 2013). In Canada, i popoli indigeni sono stati riconosciuti sul piano costituzionale; in particolare, l'art. 35, c. 2, del *Constitution Act* del 1982 (con il quale è stata effettuata la c.d. *Patriation* del *British North America Act* del 1867; v., in Italia, A. Perelli, *Canada. 1982-2012. A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, in *DPCE online*, n. 4/2012, all'indirizzo <http://www.dpce.it>) include nella nozione di popolazione autoctona gli Indiani, gli Inuit e i Meticci/*Métis* (circa gli aspetti terminologici, piuttosto che di *Indian* si preferisce parlare attualmente in Canada di *First Nation(s)*, mentre le parole *Aboriginal*, *Indigenous* e *Native* sono sostanzialmente intercambiabili).

L'art. 35, c. 1, del *Constitution Act* stabilisce che sono riconosciuti e convalidati i diritti esistenti, siano essi ancestrali o derivati dai trattati, dei popoli autoctoni canadesi. Inoltre, l'art. 25 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, anch'essa adottata nel 1982, ribadisce che diritti fondamentali e libertà garantiti dalla Carta non possono essere interpretati in modo da abrogare o derogare i diritti ancestrali dei popoli autoctoni, come pure i diritti

riconosciuti nei trattati stipulati con le comunità indigene (si vedano, per tutti, M. Mazza, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, Padova, CEDAM, 2004, 63 ss.; E. Ceccherini, *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, in G. Rolla, cur., *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, Giuffrè, 2006, 58 ss.). Ovviamente, l'elaborazione giurisprudenziale canadese sulle tematiche indigene, *in primis* quelle territoriali, è cospicua, e in un caso – quello piuttosto noto (almeno tra gli “addetti ai lavori”: v., ad es., C. Pitto, *Nunavut: come cambia la carta geopolitica del Canada*, in S. Gambino, C. Amirante, cur., *Il Canada - Un laboratorio costituzionale. Federalismo, Diritti, Corti*, Padova, CEDAM, 2000, 327 ss.) del Nunavut – ha condotto addirittura alla creazione (con decorrenza dal 1° aprile 1999, dopo prolungate negoziazioni politiche e presentazione di ricorsi giudiziari: v. T. Isaac, *The Nunavut Agreement-in-Principle and Section 35 of the Constitution Act, 1982*, in *Manitoba Law Journal*, 1992, 390 ss., e A. Cambell, T. Fenge, U. Hanson, *Implementing the 1993 Nunavut Land Claims Agreement*, in *Arctic Review on Law and Politics*, 2011, n. 2, 25 ss., ma rimangono da definire importanti questioni che riguardano le risorse naturali: v. T. Penikett, *Destiny or Dream Sharing Resources, Revenues and Political Power in Nunavut Devolution*, in N. Loukacheva, cur., *Polar Law Textbook II*, Copenhagen, Norden-Nordic Council of Ministers, 2013, 199 ss.) di un nuovo Territorio, nel quale la maggioranza degli abitanti (l'84% della popolazione totale, formata da circa 33.500 persone, che occupano una superficie di oltre 2.093.190 km<sup>2</sup>: *so few people in such a large area!*) appartiene al gruppo etnico degli Inuit/Esquimesi, innescando (alquanto esotiche, e solitamente trascurate dagli studiosi) ulteriori rivendicazioni territoriali da parte di altre comunità inuit (v. M. Mazza, *Canada: L'affermazione progressiva dei diritti della popolazione inuit nordatlantica*, in questa *Rivista*, 2006, 173 ss., relativamente al *Labrador Inuit Land Claims Agreement* entrato in vigore il 1° dicembre 2005).

2. – In questo già ricco panorama normativo e giurisprudenziale canadese si inserisce ora l'interessante sentenza pronunciata in data 8 marzo 2013 dalla Corte suprema del Canada [2013 SCC 14] nella vertenza instaurata davanti ai supremi giudici (nel dicembre 2011) dalla Federazione dei *Métis* del Manitoba contro il Procuratore generale del Canada e il Procuratore generale del Manitoba. In particolare, si tratta dei Meticci di fede cattolica che risiedono abitualmente nella (ex

colonia) del fiume Rosso (*Rivière Rouge, Red River Valley*), ossia i discendenti dei *Red River Métis settlers*. A testimonianza dell'importanza della controversia legale, nonché della sua "esportabilità" (al di fuori del *droit manitobaine* e, quindi) in altri contesti provinciali (statali) del Canada, nel processo davanti alla Corte suprema del Canada sono intervenuti sia il Procuratore generale del Saskatchewan e quello dell'Alberta, sia le organizzazioni dei Meticci di Alberta e Ontario. La rilevanza immediatamente attribuita alla decisione dai giuristi appartenenti alla *common law tradition* emerge, unitamente alle osservazioni formulate nella dottrina canadese (v., tra i contributi più tempestivi, A. Gaudry, *Métis-Canadian Relations: A response to the Manitoba Métis Federation v Canada landmark court decision*, Edmonton, University of Alberta Faculty of Native Studies - Rupertsland Centre for Métis Research-RCMR, 2013; B. McIvor, *Manitoba Métis Federation v Canada and its Implications for Specific Claims*, Vancouver, Specific Claims Research Centre-SCRC, 2013, dove l'autore, avvocato presso lo studio legale *First Peoples Law Barrister & Solicitors* di Vancouver, esamina le molteplici e importanti implicazioni pratiche della sentenza per l'*aboriginal law* canadese, tra cui il fatto che «the Court's declaration has created a "new legal remedy" that can be used in situations where the Crown fails to act appropriately in order to fulfil constitutional promises, including promises tied to historical treaties»), anche dal fatto che uno tra i primi commenti alla sentenza della *Supreme Court of Canada* sia apparso sulle pagine (*online*) di una rivista dedicata prioritariamente alla riflessione sui diritti indigeni (di cui sono titolari i Māori) in Nuova Zelanda (cfr. M. Harris, *Manitoba Métis Federation (Inc) v Attorney-General (Canada): A step forward for indigenous rights jurisprudence and an opportunity for New Zealand*, in *Māori Law Review*, maggio 2013, all'indirizzo [http:// maorilawreview. co. nz.](http://maorilawreview.co.nz)). La sentenza *de qua* è stata salutata con particolare favore tanto dal presidente della *Métis Nation* del Saskatchewan, Robert Doucette (v. L. Kretzel, *Supreme Court of Canada rules in favour of Manitoba Métis. Doucette praises landmark decision*, in *News Talk 980 CJME/Saskatchewan*, 8-3-2013), quanto da Brad Maggrah, presidente della *Ontario Coalition of Aboriginal People-OCAP* (v. *Métis land claims in Manitoba upheld by the Supreme Court of Canada*, nel sito dell'OCAP all'indirizzo [http:// www. o-cap. ca](http://www.o-cap.ca)).

Qualche critica alla decisione, comunque, è già stata avanzata da frequentatori di *blog* tematici giuridico-processuali, allestiti sul Web da *law firms* e specializzati in *case law/civil litigation* (cfr. M. Yuen, *Manitoba Metis Federation v. Canada: the Eternal*

*Constitutional Oversight of the Courts*, in *Litigation Blog*, 13-3-2013, la quale afferma: «Certainly, the decision will have wide reaching consequences not only for Metis across the country, but also for constitutional law. The consequence of eternal oversight of matters of constitutional law on the part of the courts will certainly do nothing to lessen the perception of judicial intervention. On the other hand, given the primacy of the constitution the oversight by the courts could prove to be an invaluable safeguard»). Ancora, si è rilevato che i *Métis* hanno iniziato a ricorrere alle corti di giustizia per far valere i loro diritti (individuali e collettivi) quali popoli autoctoni in epoca più recente rispetto agli Indiani (*First Nations*) e agli Inuit ma, con la decisione della Corte suprema in *Manitoba Métis*, cominciano ad arrivare i primi successi (così M. Posluns, *Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (AG): The Crown's Chutzpah*, in *Slaw. Canada's online legal magazine*, all'indirizzo [http:// www. slaw. ca](http://www.slaw.ca), doc. datato 12-3-2013). Si tratta, infatti, della seconda “vittoria” giudiziaria ottenuta in poco tempo, e che fa seguito alla sentenza emanata da Justice Phelan (nella qualità di *Trial Judge*) della *Federal Court of Canada* (FCC) nella causa *Daniels et al. v. Canada* [2013 FC 6] decisa l'8 gennaio 2013. Con quest'ultima decisione, la FCC – a seguito del ricorso di cui è primo sottoscrittore Harry Daniels, presidente del *Congress of Aboriginal Peoples-CAP* (nelle more del giudizio, instaurato nel 1999 e giunto alla fase del *trial* nel maggio 2011 dopo ben dodici anni di preparazione, Harry Daniels è deceduto nel 2004, con il conseguente subentro nel processo del figlio Gabriel Daniels nel 2005) – ha statuito in ordine alla condizione giuridica (anche) dei Meticci. In particolare, la *Daniels decision* prevede che i Meticci discendenti da Indiani nonché i *non-status Indians*, ossia gli Indiani che: a) non vivono nelle riserve, i quali ultimi sono senz'altro *status Indians*; b) non sono registrati come Indiani, a differenza degli *off-reserve status Indians*, che sono *Registered Indians* individuati come tali nell'*Indian Register*, dove sono contenuti tutti i nomi degli *status Indians* come pure la tribù, o *band/First Nation community*, alla quale appartengono (l'*Indian Register* è previsto dall'*Indian Act* del 1876 più volte successivamente emendato, soprattutto nel 1951, con la creazione appunto dell'*Indian Register* la cui regolare tenuta è affidata all'*Aboriginal Affairs and Northern Development Canada-AANDC*, nel 1985, per l'adeguamento dell'*Indian Act* alla *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, nel 2011, allo scopo di affermare la *gender equality nell'Indian Registration Act*; v., sugli anacronismi legislativi ante riforme, R.H. Bartlett, *Indian Act of Canada: An Unyielding*

*Barrier*, in *American Indian Journal*, 1980, 11 ss.), sono comunque da considerare – agli effetti della protezione accordata dall’ordinamento e, in particolare, ai sensi dell’art. 91(24) del *Constitution Act, 1867* – non diversamente dagli Indiani (intesi come *status Indians*). Nell’opinione espressa dalla Corte federale, *Métis e non-status Indians* sono in tutto da equiparare agli Indiani, cosicché si avrebbe la nuova definizione legale dei *Métis or non-status Indians/MNSI* i quali ricadono – secondo la decisione emanata dal *Justice Phelan* – nella giurisdizione esclusiva delle autorità federali. La soluzione accolta dalla *Federal Court* è innovativa, e peraltro non appare bene allineata rispetto alla *Manitoba Métis Federation decision* qui commentata, poiché i Meticci non sono stati finora considerati Indiani (in dottrina, v. T. Flanagan, *The History of Métis Aboriginal Rights: Politics, Principle and Policy*, in *Canadian Journal of Law*, 1990, 71 ss., nonché prima L.C. Green, *Canada’s Indians: Federal Policy, International and Constitutional Law*, Ottawa, University of Ottawa Faculty of Law - Common Law Section, 1970, contributo quest’ultimo disponibile anche in *Ottawa Law Review*, 1970, 102 ss.), e tale qualificazione è stata appunto contrastata dai difensori del Governo federale nella causa *de qua* (che è costata ai ricorrenti oltre due milioni di dollari canadesi, ossia circa un milione e mezzo di euro, mentre non sono state rese note le spese legali del Governo federale). Tuttavia, va altresì ricordato che la sentenza della Corte suprema – esaminata nella presente cronaca – è definitiva mentre quella della Corte federale nella vertenza *Daniels et al. v. Canada* è stata appellata con ricorso presentato dal Governo federale canadese in data 6 febbraio 2013. Cfr. T. MacCharles, *Federal Court ruling: Metis and non-status Indians are Indians (The Federal Court rules Metis and non-status Indians are “Indians” under federal jurisdiction as defined by the 1867 Constitution Act)*, in *Toronto Star*, 8-1-2013; S. Axmann, T. Isaac, *Daniels v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, nella *newsletter* della *law firm* canadese *McCarthy Tétrault*, all’indirizzo [http:// www. mccarthy. ca.](http://www.mccarthy.ca); J. Magnet, A. Lokan, L. Scott, *Case Comment: Daniels v. Canada*, in *Ontario Bar Association (Aboriginal Law Section)* maggio 2013, all’indirizzo [http:// ww. oba. org](http://ww.oba.org). Tenuto conto che la decisione d’appello potrà a sua volta essere impugnata davanti alla Corte suprema, questo nuovo orientamento è suscettibile eventualmente di affermarsi soltanto fra qualche anno, e implicherebbe un *revirement* (c.d. *overruling*) della *Supreme Court* (nella decisione, che si estende per 175 pagine, *Justice Phelan* afferma, al par. 568, che «The recognition of Métis and non-status Indians as Indians under s.91(24) should accord a further level

of respect and reconciliation by removing the constitutional uncertainty surrounding these groups»).

Ciò necessariamente premesso circa la tuttora non agevole definizione – soprattutto secondo il diritto giurisprudenziale – dei Meticci nell’ordinamento canadese (lo rileva la breve ma efficace nota dal titolo *Supreme Court of Canada Recognizes Métis Rights. The Manitoba Métis Federation and Daniels Decisions*, Vancouver, Pacific Business & Law Institute-PBLI, 2013, ma v. anche W. Wicken, *The Broader Objectives of Section 91(24) of the British North America Act of 1867*, Toronto, York University, 2013, e B.A. Lavalée, *The Daniels Case: Recognition of Metis and Non-status Aboriginal Peoples*, Ottawa, Congress of Aboriginal Peoples, 2013), la questione decisa dai supremi giudici canadesi nella vertenza *Manitoba Métis Federation v. Canada* traeva origine dalle previsioni contenute negli art. 31 e 32 della Legge sul Manitoba del 1870 (v. D.N. Sprague, *Government Lawlessness in the Administration of Manitoba Land Claims, 1870-1887*, in *Manitoba Law Journal*, 1980, 415 ss.; T. Flanagan, *Metis Lands in Manitoba*, Calgary, University of Calgary Press, 1991), la quale ha il rango di documento costituzionale (*Manitoba Act, id est Manitoba’s constitution*). Queste disposizioni stabiliscono in merito al riconoscimento degli assetti fondiari (allora) esistenti dei *Métis*, nonché in favore dei loro discendenti (per l’esattezza, si tratta di 1,4 milioni di acri – ovvero 566.000 ettari – di terreno). I Meticci del Manitoba costituiscono una minoranza etnica (si ricordi che – come si è detto sopra – i *Métis* sono contemplati dall’art. 35 della Costituzione canadese nell’ambito dei popoli indigeni), nonché linguistica (sono francofoni in una Provincia prevalentemente anglofona) e religiosa (professano la religione cattolica, mentre la maggioranza della popolazione del Manitoba è di fede protestante).

Dal punto di vista storico, va ricordato che tra il 1869 e il 1870 i c.d. ribelli della colonia del fiume Rosso, ossia i Meticci e gli Amerindiani, diedero vita ad un effimero governo provvisorio, guidato da Louis David Riel (a sua volta figlio di genitori meticci). La ribellione traeva spunto dal timore dei *Métis* di perdere le terre da essi possedute; a tal fine, Riel formò nell’ottobre del 1869 un apposito *Comité National des Métis/National Committee of the Métis* per difendere i diritti terrieri dei Meticci (e dei Nativi indiani). I *Métis*, discendenti di coloni francesi e aborigeni del fiume Rosso, costituivano una comunità di fede cattolica tradizionalmente

“separata” rispetto agli abitanti anglofoni protestanti (provenienti da Inghilterra e Scozia) della *Red River Valley* (la quale si trova nell’odierno Manitoba sud-orientale). La ribellione ebbe parziale successo, nella misura in cui le richieste avanzate al Governo canadese dal *Comité National des Métis*, in tema di diritti territoriali ma anche religiosi e linguistici, furono in certi casi accolte e poste alla base dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla *Loi sur le Manitoba* del 1870 (v. P. Chartrand, *Manitoba’s Métis Settlement Scheme of 1870*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1991). Il governo provvisorio meticcio/nativo fondò anche un organo legislativo, chiamato *Legislative Assembly of Assiniboia* (nome che derivava dalla *First Nation* manitobana degli *Assiniboine*). Riel viene tuttora considerato (non soltanto “eroe folklorico”, ma) “padre fondatore” della Provincia del Manitoba; l’Assemblea legislativa del Manitoba (con sede a Winnipeg) ha deliberato in tal senso il 10 marzo 1992. Circa 143 anni dopo la ribellione guidata da Riel, la Corte suprema del Canada ha dunque ora emesso una sentenza favorevole alle rivendicazioni dei *Métis* manitobani.

Il principio dell’«onore della Corona», evocato dalla sentenza in commento (su cui v. B. Slattery, *Aboriginal Rights and the Honour of the Crown*, in *Supreme Court Law Review*, 2005, 433 ss.), è implicato dal rispetto dell’impegno assunto con la Legge sul Manitoba del 1870, anche in considerazione della «special fiduciary relationship between the Crown and the Aboriginal peoples of Canada» (a proposito della quale v.: nell’ottica della comparazione con la «special government-Indian relationship» statunitense, D.W. Elliott, *Aboriginal Peoples in Canada and the United States and the Scope of the Special Fiduciary Relationship*, in *Manitoba Law Journal*, 1996, 137 ss.; per raffronti con il diritto australiano, R.H. Bartlett, *Making Land Available for Native Land Claims in Australia: An Example for Canada*, in *Manitoba Law Journal*, 1983, 73 ss.; circa alcuni *new cases*, dopo la decisione della Corte suprema canadese nella causa *Guerin v. The Queen* del 1984, S. Luk, *Not So Many Hats: The Crown’s Fiduciary Obligations to Aboriginal Communities since Guerin*, in *Saskatchewan Law Review*, 2013, 1 ss.). A seguito dell’adozione della *Loi sur le Manitoba*, sono subentrati notevoli ritardi (unitamente a non infrequenti errori) nell’assegnazione delle terre alla popolazione autoctona; basti pensare che le operazioni di ripartizione dei suoli in favore degli autoctoni, ad oggi non ancora concluse, ebbero inizio addirittura nel 1871! Molti problemi, secondo la ricostruzione effettuata dalla Corte suprema del Canada,

deriva(ro)no dalla sottostima inizialmente effettuata dei potenziali aventi diritto all'attribuzione di terreni, come anche dalle interferenze di speculatori (*white settlers*) che cercarono – e, spesso, riuscirono – ad acquistare le terre non ancora assegnate ai *Métis* (ovvero ai loro figli), cosicché in definitiva sono rimaste tuttora insoddisfatte non poche richieste avanzate dagli appartenenti alla comunità meticcia.

L'obbligazione fiduciaria, d'altro canto, impegna la Corona rispetto ai Meticci, come pure ai loro discendenti. Sul piano del diritto processuale civile, i legali del Governo federale canadese e del Governo provinciale (*id est*, statale) del Manitoba avevano invocato l'intervenuta prescrizione della pretesa azionata *apud judicem* dai *Métis* del Manitoba. Vi erano state – è vero – promesse fatte ai popoli indigeni con la Legge sul Manitoba del 1870 (la quale definisce i Meticci con l'espressione *half-breeds*), ma – secondo i difensori dei Governi federale e provinciale – la vicenda era comunque decisamente risalente, e le richieste indigene dovevano quindi considerarsi prescritte. Di conseguenza – ad avviso dei legali della Federazione del Canada e della Provincia del Manitoba – la domanda giudiziale presentata dagli indigeni, volta ad ottenere una sentenza dichiarativa della incostituzionalità del comportamento della Corona verso i *Métis* del Manitoba, era irricevibile. Gli autoctoni chiedevano, inoltre, che alcune leggi del Manitoba (in particolare: cinque leggi approvate tra il 1880 e il 1890), attuative della Legge sul Manitoba del 1870, fossero dichiarate *ultra vires*.

I primi due gradi di giudizio non erano stati favorevoli ai ricorrenti indigeni. In prima istanza, il giudice (monocratico) MacInnes della *Court of Queen's Bench of Manitoba/Cour du Banc de la Reine du Manitoba* (sezione di Winnipeg) aveva respinto, con decisione pronunciata il 7 dicembre 2007 [2007 MBQB 293], le richieste, dichiarando costituzionali le leggi del Manitoba contestate dai *Métis* del fiume Rosso, escludendo che si fosse in presenza di una obbligazione fiduciaria della Corona e affermando, altresì, che gli autoctoni dovevano agire individualmente, poiché la Federazione dei Meticci non disponeva della legittimazione processuale. D'altro canto, anche il principio dell'«onore della Corona» era stato invocato – secondo il giudice di primo grado – senza fondamento alcuno. Nel procedimento di seconda istanza, la *Court of Appeal of Manitoba/Cour d'appel du Manitoba* con sede a Winnipeg (e formata da cinque giudici), aveva confermato con la decisione emanata il 7 luglio 2010 [2010 MBCA 71] la sentenza di primo grado, rigettando conseguentemente l'impugnazione proposta dai Meticci cattolici del fiume Rosso. Dopo la concessione

del *leave to appeal* da parte della *Supreme Court* il 10 febbraio 2011, la controversia è giunta quindi all'esame dei supremi giudici federali.

La Corte suprema del Canada, sia pure con il *dissent* (c.d. *minority decision*) di due giudici (maggioranza formata da sei componenti della Corte, inclusa la *Chief Justice of Canada* Beverly McLachlin, mentre la *Justice* Marie Deschamps – cessata dal servizio presso la *Supreme Court* nell'agosto 2012 – non ha partecipato al giudizio, cosicché si è in definitiva avuta una *6-2 majority decision*; estensori della *MMF majority decision* sono stati la *Chief Justice* McLachlin e la *Supreme Court of Canada Justice* Andromache Karakatsanis, prima giudice greco-canadese a far parte della Corte suprema), ha ribaltato le precedenti decisioni emanate nella vertenza in esame (in particolare, la decisione sopra menzionata della *Manitoba Court of Appeal*), e ha invece stabilito che le autorità federali (ossia: la Corona, indicata come *Couronne fédérale*) non ha attuato in modo onorevole le previsioni dell'art. 31 della Legge sul Manitoba del 1870 sull'assegnazione delle terre ai *Métis* manitobani. La vertenza, avviata nel 1981 attraverso negoziati con le autorità federali e poi proseguita in sede giudiziaria, è stata molto costosa in termini economici per la Federazione dei *Métis* del Manitoba (oltre cinque milioni di dollari canadesi – equivalenti a più di 3.600.000 euro! – per spese legali e compensi a svariati consulenti, fra cui antropologi, etnologi, studiosi di *folk law* ed esperti di diritti umani). Ma, probabilmente, ne valeva la pena. Commentando “a caldo” la sentenza della Corte suprema, il presidente della Federazione dei Meticci manitobani David Chartrand ha parlato di «new beginning», annunciando di essere «eager to restart negotiating a land claim that is as old as Manitoba itself». A sua volta, l'avvocato Thomas Rodney Berger (giurista molto noto discendente da genitori svedesi emigrati in Canada, ex giudice della Corte suprema della Columbia Britannica, apprezzato specialmente dagli *Aboriginal Canadians* e, conseguentemente, affermato *Aboriginal rights lawyer*; v. l'autobiografia dal titolo *One man's justice: a life in the law*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 2002), alla guida del *team* dei legali dei *Métis* in tutti i tre gradi di giudizio, ha affermato che si tratta di un «historic ruling», precisando che se non sarà possibile, all'esito di ulteriori negoziati, restituire le terre ormai diventate di proprietà di soggetti privati (cosa del resto ovvia, in quanto molti di questi suoli sono oggi compresi nella capitale del Manitoba, Winnipeg), i Meticci chiederanno altre terre (c.d. *land settlement*), oppure (e questa sembrerebbe, dalle prime reazioni alla sentenza, la via preferita dagli aborigeni) un ingente (sebbene non ancora quantificato) *cash settlement*. Dal canto suo, il ministro della Giustizia del Manitoba, Andrew Swan, ha dichiarato (con tono prudente) che «The decision provides

an opportunity for all of the involved parties to move forward with a more collaborative approach» (v. M. Rabson, *Supreme Court backs Métis. Rules Ottawa failed to fulfil land promise*, in *Winnipeg Free Press*, 9-3-2013, dove si riporta la domanda posta da un lettore: «Am I at risk of losing my property to the Métis?», seguita dalla risposta «No. While the Red River Settlement included what is now modern-day Winnipeg, Manitoba Metis Federation president David Chartrand said the Métis are not out to push people out of their homes and off land they legitimately purchased. He said the Métis know what it's like to be pushed from their homes and will not do that to anyone else. Instead, they want to negotiate cash settlements with Ottawa, or land claims from existing Crown land»; le valutazioni prospettiche dell'avv. Berger si trovano in T.R. Berger, *A primer for MPs: Supreme Court's landmark decision on Manitoba Métis Federation v. Canada*, in *The Hill Times*, 22-4-2013).

Sul piano procedurale, è interessante rilevare che i supremi giudici canadesi hanno considerato che nel caso *de quo* la *Manitoba Métis Federation* (MMF, associazione non-profit fondata nel 1967 ed affiliata al *Métis National Council-MNC*, o *Ralliement national des Métis*, a sua volta creato nel 1983 con lo scopo di proteggere diritti e interessi delle comunità meticce di Columbia Britannica, Alberta, Saskatchewan, Manitoba e Ontario, ognuna delle quali dispone di proprie organizzazioni provinciali) è legittimata a stare in giudizio (dispone, cioè, di *standing to sue*, o *qualité pour agir*), dal momento che si tratta di un'azione collettiva (*demande collective*) finalizzata alla pronuncia di una sentenza dichiarativa con la quale si vuole ottenere la riconciliazione tra i discendenti dei Meticci (*peuple métis*) del fiume Rosso e le autorità del Canada (in altri termini, la MMF è titolare della *qualité pour agir dans l'intérêt public*; non sono mancate, peraltro, in dottrina le voci critiche circa l'operato complessivo della MMF, su cui v. S.J. Morrison, *Rotten to the Core: The Politics of the Manitoba Métis Federation*, Victoria, BC, Shillingford, 1995).

Conclusivamente, il ricorso è stato dunque accolto. Bene hanno affermato – tra l'altro – i supremi giudici del Canada che: «L'objectif fondamental du principe de l'honneur de la Couronne est la réconciliation des sociétés autochtones préexistantes avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Lorsque cet objectif est en jeu, la Couronne doit agir honorablement dans ses négociations avec le peuple Autochtone en cause. La garantie des droits ancestraux prévue à l'art. 35 de la Constitution l'exige». L'obiettivo dei ricorrenti, infatti, era precisamente quello di ottenere una dichiarazione di

incostituzionalità come viatico per la riconciliazione tra autorità pubbliche e popolo autoctono, nonché per ripristinare l'armonia costituzionale; ne deriva che la prescrizione – invocata dalla difesa delle autorità federali e provinciali resistenti (mediante il richiamo della *Loi de 2002 sur la prescription des actions*) – non si applica nella fattispecie *de qua*, poiché l'istituto prescrizione vale a impedire le richieste di risarcimento danni, ovvero di assegnazione delle terre, mentre non può essere di ostacolo rispetto alla pronuncia di un *jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la conduite de la Couronne*.



## **LETTONIA. Prime note sulle novità legislative in tema di cittadinanza**

di *Lino Panzeri*

1. – Al termine di un percorso parlamentare assai tormentato, lo scorso 9 maggio il Parlamento lettone (*Saiema*) ha approvato alcune «Modifiche» alla «Legge sulla cittadinanza» del 1994 (già aggiornata nel 1995, nel 1997 e, soprattutto, nel 1998), che entreranno in vigore il prossimo 1 ottobre.

Questo intervento, al di là del tenore delle singole novità, costituisce una tappa importante nel processo di “normalizzazione” della delicata questione relativa all’accesso allo *status civitatis*. Ad oltre vent’anni dall’indipendenza, il testo approvato mira infatti a facilitare la regolarizzazione di coloro che, al momento della secessione dall’URSS, non ebbero accesso alla cittadinanza lettone né la ottennero, negli anni successivi, attraverso il processo di naturalizzazione; allo stesso tempo, le «Modifiche» tentano di “governare” la materia in termini programmatici, al fine di contenere le conseguenze del grave decremento demografico che, nei prossimi decenni, potrebbe compromettere la stessa continuità dell’identità lettone.

2. – La complessità della composizione nazionale della Lettonia affonda le radici nelle tormentate vicende storiche che, nel corso del XX secolo, hanno caratterizzato la vita del Paese, come quella delle altre Repubbliche baltiche.

In base ai dati del primo censimento tenutosi nel territorio dell'attuale Lettonia nel 1897, i Lettoni costituivano la maggioranza della popolazione (pari al 68% del totale), seguiti dagli appartenenti alle comunità tedesca ed ebraica (pari, rispettivamente, al 7,4 e 6,4% della popolazione) e ad altre minoranze slave (in prevalenza, Russi, Bielorussi, Polacchi ed Ucraini), che, nel loro complesso, costituivano poco più del 15% della popolazione. Conseguita l'indipendenza (il 18 novembre 1918), l'organo legislativo provvisorio, in data 23 agosto 1919, ancor prima dell'approvazione della Costituzione, adottò la «Legge sulla cittadinanza», la quale riconobbe la titolarità dello *status* di cittadino lettone, indipendentemente dall'appartenenza nazionale o religiosa, a chiunque vivesse nel territorio della neonata Repubblica baltica od ivi avesse vissuto, in conformità alle leggi della Russia zarista, anteriormente al 1 agosto 1914, senza avere acquisito un'altra cittadinanza. Il testo si caratterizzava per l'approccio democratico ed inclusivo, alimentato dall'esito vittorioso della lotta per l'indipendenza e, soprattutto, dalla coeva composizione etnica del Paese, a netta maggioranza lettone, che offriva adeguate garanzie di stabilità e continuità alle nuove istituzioni sovrane (sul punto, A. Endziņš, *The special case of the Baltic States: state succession, state continuity and issues of citizenship*, in AA.VV., *Citizenship and state succession, Vilnius (Lithuania) 16-17 May 1997*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1998, 162).

Nei decenni successivi, tuttavia, gli eventi che sconvolsero l'Europa incisero profondamente sulla composizione nazionale del Paese. Nel corso degli anni trenta, a fronte del consolidamento della componente lettone (che raggiunse, nel 1939, una consistenza pari a circa l'80% della popolazione complessiva), la comunità tedesca decrebbe rapidamente e, durante la seconda guerra mondiale, a seguito di continui flussi migratori verso la Germania, si estinse; altrettanto accadde alla comunità ebraica, i cui membri, in gran parte, patirono lo sterminio nazista. Cambiamenti demografici ancora più consistenti, peraltro, si ebbero, dopo il 1945, con la definitiva annessione all'URSS: le relative Autorità, infatti, al fine di contenere ogni fermento indipendentista, favorirono intensi flussi immigratori, che, nel corso dei decenni, ridussero la consistenza della componente lettone (pari, nel 1989, ad appena il 52% dell'intera popolazione) a vantaggio di gruppi nazionali provenienti da altre Repubbliche sovietiche e, soprattutto, dalla Russia.

Come accadde in altri Paesi nati dalla disgregazione dell'URSS e della Jugoslavia, a seguito della sopraggiunta indipendenza (proclamata il 4 maggio 1990 e ristabilita, *de facto*, il 21 agosto 1991), la Lettonia maturò un atteggiamento nazionalista, considerato strumentale all'affermazione della propria identità statale rispetto a qualunque possibile minaccia, individuata, all'esterno, nel "gigante" russo e, al proprio interno, nei residenti di nazionalità russa o, comunque, provenienti da Repubbliche ex sovietiche, che solo in piccola parte fecero rientro nella Patria d'origine. Questa affermazione identitaria diede avvio ad un'intensa opera di "lettonizzazione" del Paese, condotta su più fronti e, in particolare, su quello linguistico – attraverso la qualificazione del lettone come sola lingua ufficiale (sul punto, diffusamente, G. Poggeschi, *La politica linguistica a Letonia*, in *Noves SL, Revista de sociolingüística*, Autunno 2004) – e, appunto, su quello dell'accesso alla cittadinanza, subordinato a condizioni molto restrittive.

3. – Sul piano giuridico, la legislazione in tema di *status civitatis* trovò ispirazione nella scelta, compiuta al momento dell'indipendenza, in ordine al fondamento della ritrovata sovranità statale. A fronte dell'alternativa tra la qualificazione della Repubblica come Stato successore dell'URSS e l'affermazione del principio di continuità – in base al quale, posta l'illegittimità dell'occupazione sovietica, la Lettonia non avrebbe mai perso, almeno *de jure*, la propria sovranità –, nella *Dichiarazione d'indipendenza* del 4 maggio 1990 si optò per la seconda soluzione (sul tema, I. Ziemele, *State Continuity and Nationality: The Baltic States and Russia. Past, Present and Future as Defined by International Law*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2005, 130-133) ed il 6 luglio 1993 fu riconfermata la piena efficacia della Costituzione (*Satversme*) del 1922.

Questa scelta, inevitabilmente, si rifletté sull'individuazione del popolo come elemento costitutivo dello Stato: i relativi componenti, infatti, non potevano che identificarsi negli originari cittadini del Paese o nei relativi discendenti, mentre tutti gli altri residenti, giunti in Lettonia a seguito dell'occupazione sovietica, non potevano, almeno in linea di principio, considerarsi cittadini, giacché la loro presenza aveva trovato fondamento su un atto di occupazione illegittimo. Sul piano legislativo, la coerente conseguenza di questa premessa – formalizzata dalla

*Risoluzione sul ripristino dei diritti dei cittadini della Repubblica di Lettonia e sui principi fondamentali in tema di naturalizzazione* del 15 ottobre 1991 – fu l'affermazione della persistente efficacia dell'originaria «Legge sulla cittadinanza» del 1919 (come modificata nel 1927 e nel 1938), l'automatico riconoscimento dello *status civitatis* (in verità, almeno *de jure*, mai venuto meno) a chi ne fosse già stato titolare (ed ai relativi discendenti) e, al contempo, la previsione di forti restrizioni nell'accesso a questo diritto per tutti coloro che fossero giunti nella Repubblica baltica dopo l'invasione sovietica del 17 giugno 1940.

Nonostante la formale possibilità di naturalizzazione, già prevista dalla Legge del 1919, le restrizioni alle quali quest'ultima era subordinata generarono estrema incertezza (soprattutto) tra gli appartenenti alla consistente comunità russofona, costituita da individui residenti in Lettonia da decenni o, *tout court*, nati in Lettonia da cittadini sovietici che, a seguito della disgregazione dell'URSS, si trovarono nella condizione di non essere più cittadini sovietici ma, al contempo, neppure cittadini lettoni.

Lo statuto giuridico dei soggetti stabilmente residenti nel Paese ma esclusi dalla cittadinanza in base alla Legge del 1919, definiti «non-cittadini» («*nepilsoni*»), fu regolato, poco prima dell'adozione della nuova «Legge sulla cittadinanza» (sulla quale v. *infra*), da un'apposita Legge del 25 aprile 1995 («Legge sullo *status* degli ex cittadini sovietici privi della cittadinanza lettone o di quella di altro Stato»), che riconobbe agli appartenenti a questa categoria alcuni diritti, quali il rilascio di uno speciale passaporto (così formalizzando un vincolo di appartenenza allo Stato ed il diritto di rientrarvi), la protezione diplomatica e consolare, il godimento dei diritti sanciti da Accordi internazionali ratificati dalla Lettonia così come quello di alcuni diritti sociali, quali il diritto all'istruzione ed all'assistenza sanitaria e previdenziale. La Legge, tuttavia, esclude per i «non-cittadini» la titolarità dei diritti politici, l'accesso ai pubblici impieghi e, ancora, sottopose a restrizioni l'acquisto di proprietà private, delineando una figura giuridica assai controversa tanto nel dibattito gius-internazionalistico (diffusamente, I. Ziemele, *op. cit.*, spec. 160-164) quanto nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale (*Satversmes tiesa*), la quale riconobbe come l'introduzione dello *status* di «non-cittadino» costituisse un

compromesso politico foriero di generare una categoria sconosciuta al diritto internazionale (sent. 7-3-2005, caso n. 2004-15-0106).

In linea di continuità con quella del 1919, la prima «Legge sulla cittadinanza» dell'era post-sovietica, approvata il 22 luglio 1994 al termine di un lungo *iter*, sul quale influirono le crescenti pressioni internazionali, ribadì il principio dello *jus sanguinis* ed escluse dalla cittadinanza i residenti di più recente immigrazione, ad eccezione degli orfani e di coloro che, residenti permanenti nel Paese e privi di altra cittadinanza, avessero completato un percorso di studi in lingua lettone (art. 2, come modificato nel 1995), dimostrando in questo modo la piena integrazione nella nuova società post-sovietica. Rispetto alla disciplina della naturalizzazione, che avrebbe dovuto regolarizzare una quota significativa di «*nepilsoņi*», il relativo procedimento venne subordinato ad un sistema di quote annue, di fatto limitative della libertà di scelta del singolo in ordine alla propria naturalizzazione, e, soprattutto, ad una scrupolosa verifica della conoscenza, tra l'altro, della lingua e della cultura lettoni, al giuramento di fedeltà alla Repubblica ed alla disponibilità di mezzi di sostentamento (art. 12), condizioni nel loro complesso talmente restrittive da indurre alcuni ad individuare la vera finalità di questa disciplina non tanto nella naturalizzazione dei «non-cittadini» quanto nell'induzione degli stessi ad emigrare (sul punto, P. Järve, *Language Battles in the Baltic States: 1989 to 2002*, in F. Daftary, F. Grin (eds.), *Nation-Building, Ethnicity and Language Politics in Transition Countries*, Budapest, ECMI/LGI, 2003, 83). Successivi emendamenti del 1998, fortemente condizionati, ancora una volta, dalle pressioni della Comunità internazionale, stabilirono il superamento del sistema delle quote, semplificarono il processo di naturalizzazione e, soprattutto, con l'inserimento dell'art. 3.1, formalizzarono in parte il criterio dello *jus soli*, riconoscendo ai minori nati in Lettonia ed ivi residenti permanenti figli di apolidi o «non-cittadini» il diritto di accedere, a certe condizioni, alla cittadinanza del Paese natio.

Nonostante le gradualità aperture a favore di una maggiore inclusione sociale, favorite anche dal *Programma sull'integrazione della società in Lettonia* avviato nel 2001 per soddisfare quanto imposto dalla *EU conditionality* (sul cit. *Programma*, K. Krūma, *Latvian Integration Policy: Lost in Translation*, in R. Van Oers, E. Ersbøll, D. Kostakopoulou (eds.), *A Re-definition of Belonging? Language and Integration Tests in*

*Europe*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2010, 248-249), la concessione della cittadinanza per naturalizzazione, nel corso degli anni, è avvenuta in termini limitati, tanto che, a fine 2012, nonostante il relativo graduale calo numerico, i «non-cittadini» costituivano ancora il 14% della popolazione complessiva della Repubblica (sul processo di naturalizzazione nel periodo 1995-2012, K. Krūma, *Report on Latvia (Revised and updated January 2013)*, EUDO Citizenship Observatory, 2013, 22-24). Questo dato, ad oltre vent'anni dall'indipendenza, conferma i limiti sottesi al persistente atteggiamento restrittivo mantenuto sulla questione della cittadinanza – da alcuni ritenuto ancora più discriminatorio di quello che ha ispirato la legislazione sulla lingua lettone (G. Poggeschi, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, Carocci, 2010, 108) – ed evidenzia l'opportunità dell'ultimo intervento del legislatore, finalizzato, tra l'altro, proprio al definitivo superamento della categoria dei «*nepilsoņi*».

Le «Modifiche» appena approvate, infatti, hanno stabilito il diritto all'acquisto della cittadinanza lettone, indipendentemente dal luogo di nascita, per il minore di cui almeno un genitore sia cittadino lettone (nuovo art. 2, c. 1, p.to 2 della Legge) e, intervenendo sull'art. 3.1, hanno previsto il conseguimento automatico della cittadinanza a favore dei minori nati in Lettonia dopo il 21 agosto 1991 da apolidi o «non-cittadini» residenti permanenti nel Paese, ammettendo che la richiesta di registrazione come cittadino possa essere presentata anche da un solo genitore (e non più, come in passato, necessariamente da entrambi) o direttamente dall'interessato, se di età compresa tra i 15 ed i 18 anni, qualora dimostri la conoscenza della lingua ufficiale. Con l'intervento dello scorso maggio, inoltre, si è provveduto alla semplificazione del procedimento richiesto per la naturalizzazione (ad esempio, in base al novellato art. 21, esonerando dalle verifiche di conoscenza linguistica quanti abbiano conseguito determinati titoli scolastici presso istituzioni aventi il lettone quale lingua veicolare), che potrebbe favorire la concessione dello *status civitatis* non solo a coloro che in passato non sono stati in grado di superare le prove d'esame, ma anche a coloro che, per le oggettive difficoltà delle stesse, si sono finora addirittura astenuti dal parteciparvi.

4. – Se le novità legislative appena richiamate sono funzionali ad affrontare un problema che affonda le sue origini nella complessa fase di consolidamento statale apertasi con la dichiarazione di indipendenza, altre novità introdotte dalle «Modifiche» sono invece indirizzate al mantenimento, nel medio-lungo periodo, dell'identità lettone, esposta, come quella di altre Nazioni europee poco popolate, al rischio di estinzione.

Il conseguimento di questo obiettivo è stato perseguito, in particolare, disciplinando l'accesso alla doppia cittadinanza.

Questa eventualità, inizialmente, fu esclusa dalla cit. *Risoluzione* del 15 ottobre 1991 e, poi, dalla «Legge sulla cittadinanza» del 1994, che, all'art. 9, c. 1, conteneva un divieto in tal senso per gli individui che avessero ottenuto il passaporto lettone.

Questa opzione di fondo, coerente con l'obiettivo di consolidare la sopraggiunta sovranità statale, ma anche con l'affermazione di un vincolo *jure sanguinis* tra gli appartenenti alla Nazione lettone e la Repubblica di Lettonia, non precludeva, in assoluto, la titolarità della doppia cittadinanza. Non senza qualche ambiguità, infatti, benché l'art. 24, c. 1, p.to 1, affermasse la revoca della cittadinanza da parte dell'Autorità giudiziaria per coloro che avessero acquistato quella di un altro Stato senza rinunciare a quella lettone, l'art. 9, c. 2, della ult. cit. «Legge sulla cittadinanza» già disponeva che qualora altri Stati avessero considerato come propri cittadini individui di cittadinanza lettone, costoro dovessero comunque considerarsi, nei propri rapporti con le Autorità statali, come titolari della sola cittadinanza lettone, ammettendo dunque, in astratto, la titolarità di un altro *status civitatis*.

La doppia cittadinanza, poi, fu ammessa dalla I Disposizione transitoria della cit. Legge del 1994 per i cittadini lettoni (ed i loro discendenti) che nel periodo tra il 17 giugno 1940 ed il 4 maggio 1990 avessero lasciato il Paese (come rifugiati, per sottrarsi alle persecuzioni dei regimi di occupazione tedesco e sovietico, o come deportati) senza possibilità di farvi ritorno ed avessero nel frattempo ottenuto la naturalizzazione da parte di uno Stato terzo: costoro, entro il 1 luglio 1995, furono legittimati ad iscriversi nel Registro dei cittadini senza dover rinunciare al proprio *status* nei confronti del Paese d'emigrazione. Benché soltanto una piccola parte degli aventi diritto (poco più di trentamila individui) riuscì nel relativo esercizio, questa disposizione sollevò non poche riserve sul piano della legittimità, con riguardo, in

particolare, all'asserita lesione del principio di continuità accolto dalla Costituzione e dalla *Dichiarazione d'indipendenza*. Investita del dubbio di costituzionalità, la Corte costituzionale, in una recente decisione, ha peraltro escluso il fondamento di ogni censura, riconoscendo, da un lato, la possibilità di ammettere la doppia cittadinanza per gli individui che emigrarono all'estero durante l'occupazione e, dall'altro, al contempo, la legittimità dell'obbligo di registrazione e della fissazione di un termine per il mantenimento (anche) del proprio *status* d'origine (sent. 13-5-2010, caso n. 2009-94-01). Nella stessa decisione, tuttavia, la Corte ha altresì sottolineato la natura più politica che giuridica di ogni scelta sul tema, rimettendo alla *Saiema* ogni valutazione sull'ammissibilità della doppia cittadinanza e sull'eventuale introduzione di un termine entro il quale gli aventi diritto (cioè coloro che espatriarono durante il periodo di occupazione) possano chiedere la registrazione come cittadini lettoni.

È proprio alla luce di questa apertura giurisprudenziale che vanno inquadrare alcune delle soluzioni normative approvate, lo scorso 9 maggio, al termine di un intenso dibattito tecnico e politico (sui contenuti del dibattito, già K. Krūma, *Checks and balances in Latvian nationality policies: National agendas and international frameworks*, in R. Bauböck, B. Perchinig, W. Sievers (eds.), *Citizenship Policies in the New Europe*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2009, 80-82).

Il nuovo art. 2, c. 1, p.to 3, della Legge, innanzi tutto, riconosce il diritto di cittadinanza ad ogni lettone stabilmente residente all'estero il quale documenti che un proprio ascendente abbia vissuto nel territorio dell'attuale Lettonia in un periodo compreso tra 1881 e il 1940 e dimostri la conoscenza della lingua lettone; un analogo diritto è accordato agli esiliati ed ai deportati (ed ai loro discendenti) durante il periodo di occupazione tedesco e sovietico, qualora costoro non abbiano ancora fatto definitivamente ritorno in Lettonia (art. 8.1, c. 1). In entrambi questi casi, all'interessato è riconosciuto il diritto di accedere alla cittadinanza lettone senza dovere rinunciare a quella del Paese d'emigrazione nel frattempo acquisita (v., rispettivamente, art. 9, c. 3, e 8.1, c. 3), possibilità, quest'ultima, che, invece, è generalmente preclusa a chi acceda alla cittadinanza lettone per naturalizzazione (art. 9, c. 4).

Le «Modifiche» dello scorso maggio hanno inoltre ammesso la possibilità della doppia cittadinanza per gli emigrati all'estero in epoca più recente. Il nuovo art. 9, c.

1, stabilisce infatti che possano mantenere la cittadinanza d'origine i Lettoni che abbiano acquisito quella di uno Stato membro dell'UE, dell'EFTA, della NATO, o quella brasiliana, australiana o neozelandese o, ancora, quella di un Paese con il quale la Lettonia abbia concluso un accordo internazionale. In alcuni casi, l'individuazione degli Stati ai cui cittadini provenienti dalla Lettonia è riconosciuta la possibilità di mantenere l'originaria cittadinanza è stata condizionata dalle pressioni esercitate dalle influenti associazioni della "diaspora", mentre non hanno avuto seguito le proposte – avanzate dalle forze di opposizione sostenute dalla minoranza russofona e, in particolare, dalla Federazione partitica «Centro dell'Armonia» («*Saskaņas Centrs*») – volte a garantire l'accesso alla doppia cittadinanza a favore dei Lettoni cittadini degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa o al WTO, tra i quali la Russia. La soluzione definitivamente accolta è stata giustificata invocando la vicinanza politica e militare di alcuni Paesi rispetto ad altri, che avrebbe suggerito di limitare soltanto ai cittadini dei primi la titolarità anche della cittadinanza lettone; questa scelta, tuttavia, se, da un lato, sul piano politico, si rivela funzionale ad evitare il problema dell'accesso alla doppia cittadinanza dei russofoni naturalizzati e dei cittadini russi residenti nel Paese, solleva, dall'altro, alcune riserve sul piano della legittimità, le quali, già emerse nel corso del dibattito parlamentare, potrebbero in futuro costituire oggetto di un giudizio di costituzionalità.

5. – Nonostante l'eterogeneità delle singole previsioni, tra le novità legislative appena descritte è possibile individuare un comune denominatore, ovvero sia l'esigenza di conservare l'identità lettone, oggi a forte rischio. Il più basso tasso di natalità d'Europa e la costante emigrazione verso altri Paesi dell'UE di molti giovani (sul costante saldo migratorio negativo, I. Mežs, D. Akule, V. Polatside, *Migration and the Labour Markets in the European Union (2000-2009), Part. 1: Latvia*, 2010, 179) hanno infatti contribuito, negli ultimi anni, ad un notevole calo della popolazione residente (oggi di poco superiore ai due milioni di persone) che, secondo i demografi, potrebbe favorire nei prossimi decenni nuovi flussi immigratori da est, in termini addirittura maggiori di quanto avvenuto in epoca sovietica, e rendere la componente nazionale lettone, che non raggiunge il 60% del totale della popolazione, una minoranza nel Paese (i Lettoni costituiscono già una minoranza

nei più popolosi centri urbani e nella stessa capitale Riga, ove, secondo i dati del 1 gennaio 2013, rappresentano appena il 42,7% della popolazione cittadina).

Per contrastare questo processo, le «Modifiche» mirano, da un lato, al completamento del processo di naturalizzazione dei residenti non lettone (subordinato, tuttavia, alla piena integrazione nella società lettone mediante l'apprendimento della lingua, della storia e della cultura del Paese) e, dall'altro, alla promozione dei rapporti con la Nazione d'appartenenza degli emigrati. Il mantenimento di questo legame, superando le rigidità del passato, è stato perseguito, come detto, sia riconoscendo agli emigrati dell'epoca bellica e sovietica il diritto di iscriversi nei registri di cittadinanza sia legittimando i nuovi emigrati ad acquistare la cittadinanza dell'attuale Paese di residenza senza perdere quella d'origine; e se la formalizzazione del diritto allo *status civitatis* nei confronti dei primi assume un significato soprattutto emotivo, nei confronti dei secondi (che, secondo alcune stime, sarebbero compresi tra i due ed i trecentomila individui) dovrebbe invece assolvere ad una finalità strategica, ovverosia favorire un flusso migratorio “di ritorno”, utile alle future esigenze dell'economia lettone ed al contenimento, per la relativa soddisfazione, dell'arrivo di immigrati stranieri. Ma proprio rispetto a questo obiettivo, l'efficacia delle richiamate novità legislative resta condizionata da molte variabili – quali, innanzi tutto, l'improbabile rientro di chi ha trovato altrove migliori condizioni di vita –, la cui incertezza ha spinto taluno a suggerire l'opportunità di intervenire diversamente, in particolare attraverso l'adozione di misure sociali e fiscali a sostegno della natalità, finora mancate o inadeguate.

*Da una prospettiva più generale, prescindendo dalle potenzialità dei suddetti interventi sul trend demografico, le «Modifiche» confermano il permanente atteggiamento nazionalistico del legislatore lettone, che, pur intervenendo sullo jus soli (ma sempre in termini cauti), continua ad ispirare le proprie scelte alla massima valorizzazione dello jus sanguinis. Questo approccio, forse comprensibile al momento dell'indipendenza, ha nel tempo evidenziato i suoi limiti (sui contenuti di questa “strategia etnica”, diffusamente, J. Dobson, *Ethnic Discrimination in Latvia*, in C.C. O' Reilly (ed.), *Language, Ethnicity and the State*, Vol. 2, *Minority Languages in Eastern Europe post-1989*, Basingstoke-New York, Palgrave, 2001, spec. 177-181) e, ancora oggi, si frappone alla debita considerazione della variegata appartenenza*

*nazionale e linguistica della popolazione non solo come imprescindibile dato di fatto, ma anche come risorsa per la crescita culturale e civile della società nel suo complesso. Proprio l'interiorizzazione di queste dinamiche potrebbe, nel medio periodo, favorire l'avvio di politiche maggiormente inclusive (e non solo sul piano dello status civitatis), funzionali, forse più della garanzia della doppia cittadinanza, a contrastare lo spopolamento in atto e ad assicurare la continuità dell'“identità lettone”, da intendere secondo un'accezione meno nazionalistica e più democratica.*



## **SVIZZERA - Il popolo rifiuta l'elezione popolare del Consiglio federale.**

di *Vittorio Fara*

Il 9 giugno 2013 il popolo elvetico, con una maggioranza del 76,3 dei votanti riferita al 39,52 del corpo elettorale, e i Cantoni hanno respinto la proposta di modificare la Costituzione federale per introdurre l'elezione diretta dei membri del governo federale e, nel contempo, prevedere che l'annuale elezione del Presidente e del Vicepresidente della Confederazione fosse affidata al Consiglio federale sottraendola all'Assemblea federale accogliendo, in tal modo, la raccomandazione proveniente dal Consiglio e dal Parlamento federale.

Il Consiglio federale è l'organo collegiale esecutivo cui la Costituzione affida anche la funzione di Capo di Stato, inoltre i singoli componenti sono a capo dei dicasteri federali (art. 174 e 177 Cost.).

La vigente Costituzione federale svizzera del 2000 prevede, infatti, come le precedenti, che il Parlamento bicamerale, in seduta plenaria, elegga con votazioni successive i singoli membri del Direttorio federale ogni quattro anni dopo il rinnovo del Consiglio nazionale (art. 175 Cost.) e il Presidente e il Vicepresidente della Confederazione ogni anno in seno allo stesso Consiglio federale (art. 176 Cost.).

Secondo il dettato costituzionale deve essere garantita all'interno del Consiglio federale la rappresentanza delle diverse realtà etniche e linguistiche presenti nel Paese oltre che la rappresentanza di genere e delle forze politiche in proporzione alla composizione delle Camere federali (Consiglio nazionale e Consiglio degli Stati) (art. 175 Cost.).

Nell'attuale Esecutivo federale, nella quale si contano quattro uomini e tre donne, i seggi sono ripartiti in modo che al PLR (Partito Liberale Radicale) e al PSS (Partito Socialista Svizzero) sono assegnati due seggi, mentre al PPD (Partito Popolare Democratico), all'UDC (Unione Democratica di Centro) e al PBD (Partito Borghese Democratico) uno ciascuno. In precedenza, tra il 1959 e il 2003, la composizione del Consiglio federale era definita in base alla cosiddetta «formula magica» secondo la quale PLR, PPD e PS erano rappresentati ognuno da due membri, l'UDC da uno. Negli ultimi cinquanta anni, infine, almeno due consiglieri federali provengono dalle regioni francofone o italofone della Svizzera.

Lo scopo dell'iniziativa era di consentire al corpo elettorale federale di eleggere direttamente i membri del Direttorio e quindi scegliere la composizione partitica ma anche linguistica e di genere dell'organo posto al vertice dell'ordinamento federale similmente a quello che avviene a livello cantonale per la scelta dell'organo esecutivo (Consiglio di Stato) nonché di affidare ai componenti dello stesso Consiglio la scelta del proprio presidente e vicepresidente.

La proposta di riforma costituzionale prevedeva l'elezione dell'organo ogni quattro anni, contemporaneamente all'elezione del Consiglio nazionale -camera rappresentativa del corpo elettorale federale-, mediante un sistema elettorale maggioritario plurinomiale a doppio turno in un collegio elettorale unico coincidente con l'intera Confederazione. Al primo turno sarebbero stati eletti coloro che avessero ottenuto la maggioranza assoluta dei voti, stabilita con una particolare procedura, in caso contrario o qualora non si fosse raggiunta tale maggioranza per tutti i seggi si sarebbe proceduto ad una seconda votazione dove è richiesta la maggioranza semplice o relativa.

A garanzia della rappresentanza delle minoranze etnico-linguistiche, l'iniziativa disponeva l'attribuzione di almeno due seggi del Consiglio ai candidati domiciliati

nei Cantoni e regioni linguistiche francofone (Cantoni di Vaud, di Neuchâtel, di Ginevra, del Giura; regioni nei Cantoni di Berna, di Friburgo e del Vallese) e italofone (Cantone del Ticino e regione italoфона nel Cantone dei Grigioni). Non venivano contemplate, invece, le regioni c.d. retoromance cioè le zone linguistiche di lingua romancia situate nel Cantone dei Grigioni. Qualora al termine della consultazione elettorale non fossero stati eletti i due consiglieri appartenenti alle minoranze citate, si sarebbe dovuto assegnare i relativi seggi sulla base di un sistema di calcolo particolare che avrebbe utilizzato la c.d. media geometrica e attribuendo ai voti delle regioni francofone e italofone un peso maggiore. In particolare, il numero dei voti che i candidati domiciliati nelle regioni francofone o italofone avessero ottenuto in queste regioni doveva essere moltiplicato per i suffragi ottenuti in tutta la Svizzera e dal totale si doveva estrarre la radice quadrata. In questo modo, risultavano, quindi, eletti i candidati che totalizzavano la cifra (quoziente elettorale) più elevata. A questi ultimi erano devoluti i seggi attribuiti in prima battuta agli eletti, domiciliati nella Svizzera tedesca o romancia, che avessero ottenuto il minor numero di voti.

Le principali argomentazioni prospettate dai fautori della riforma, tra i quali vi era l'UDC presente nell'attuale Governo federale ma sottorappresentato nonostante detenga la maggioranza relativa della rappresentanza parlamentare, risiedono non solo nello stabilire una simmetria istituzionale con l'elezione popolare dei governi cantonali ma, principalmente, nell'ampliare gli spazi della democrazia diretta riconosciuti ai cittadini elvetici e rafforzare la separazione fra i poteri federali.

Questo per garantire una diretta legittimazione popolare della «suprema autorità direttiva ed esecutiva della Confederazione» (art. 174 Cost.) togliendola, quindi, ai partiti politici e stabilire un'ulteriore forma di controllo popolare sugli organi ma anche sulle politiche federali al fine di impedire, ad esempio, l'ingresso della Svizzera nell'UE, ritenuto da molti sostenitori dell'iniziativa referendaria contrario agli interessi nazionali.

Di segno opposto le argomentazioni formulate dall'Esecutivo federale in opposizione al progetto di modifica della Costituzione che rilevano come l'elezione

popolare di tale organo avrebbe reso difficile il particolare sistema di governo elvetico basato sulla collegialità delle decisioni e avuto conseguenze negative sul funzionamento dell'intero sistema politico federale che su tale modalità si basa.

Inoltre, veniva fatto rilevare come i membri del Consiglio federale si sarebbero trovati in una campagna elettorale permanente: oltre che dell'attività di governo vera e propria, essi avrebbero dovuto preoccuparsi costantemente anche della propria rielezione in tutto il territorio federale e pertanto avrebbero distolto energie e sarebbero stati sottratti all'azione politica concreta, all'attività di direzione politica e alla ricerca di soluzioni consensuali. La costante competizione per accrescere la propria popolarità avrebbe minato inoltre anche la collaborazione in seno al Collegio governativo. Infine, sarebbe aumentata la dipendenza, in misura maggiore rispetto all'attuale, dai partiti nazionali, da singole persone facoltose, da imprese o da gruppi d'interesse in grado di gestire e finanziare una campagna elettorale in tutto il Paese.

Infine le minoranze francofone e italofone sono state per lo più ben rappresentate in Consiglio federale. Rispetto ad altri paesi, il Governo svizzero vanta una grande stabilità, ed è questa una delle ragioni della coesistenza pacifica di culture e mentalità diverse, della coesione interna e della prosperità del nostro Paese. Sarebbe dunque sbagliato sostituire l'attuale procedura di elezione del Consiglio federale, valida e collaudata, con un nuovo metodo dalle conseguenze imprevedibili sul funzionamento del nostro sistema politico. A questo motivato parere si è associato anche il Parlamento federale, a maggioranza dei componenti di ciascuna camera, e i maggiori partiti politici federali.

L'iniziativa, nonostante contenesse disposizioni in parte anche dettagliate, lasciava in sospeso tutta una serie di aspetti, non solo procedurali, che avrebbero richiesto un successivo intervento costituzionale o legislativo. In particolare, le criticità paventate facevano riferimento all'indebolimento sostanziale dell'Assemblea federale che, privata di una delle sue principali competenze, cioè quella di eleggere i consiglieri federali, avrebbe perso una parte importante della propria influenza impedendole di esercitare un effettivo controllo politico sul Governo federale come stabilito dalla Costituzione(art. 169 Cost.).

L'equilibrio che caratterizza il consolidato rapporto fra i poteri federali si sarebbe alterato, rendendo più difficile la collaborazione fra Consiglio e Parlamento. Infatti, nonostante non vi sia rapporto fiduciario formalizzato, l'elezione del primo da parte del secondo e la medesima composizione partitica hanno da sempre consentito, da un lato, una leale e fattiva collaborazione e, dall'altro, un efficace controllo. Inoltre anche la coesione e la cooperazione all'interno del collegio governativo sarebbe stata irrimediabilmente minata rendendo la delineazione e il perseguimento dell'indirizzo politico molto difficile.

Infine l'iniziativa prevedeva una quota per le regioni francofone e italofone della Svizzera, ma non per quelle romance. La sua applicazione avrebbe richiesto di delimitare chiaramente le regioni francofone e italofone nei Cantoni plurilingui, separando sulla base dell'appartenenza linguistica gli individui che vivono in regioni e città in cui coesistono più idiomi. I candidati delle regioni linguistiche francofone e italofone sarebbero stati inseriti in un' unica lista dalla quale poi si sarebbe attinto per assegnare due dei sette seggi del Consiglio federale. Con questa procedura, i candidati della minoranza italoфона avrebbero faticato ad imporsi sui candidati della Svizzera romanda, visto che quest'ultima conta quattro volte più elettori delle regioni italofone. Mentre, d'altra parte, i Cantoni della Svizzera francofona hanno quasi sempre avuto due consiglieri federali; salvo quando era presente il consigliere italofono, ma ciò non accade più dal 1999.

È da sottolineare come l'elettorato elvetico, geloso dei propri diritti in tema di democrazia diretta, sia maturo nel respingere quelle iniziative velatamente demagogiche tese ad un eccessivo allargamento dei poteri popolari a scapito di quelli della rappresentanza politica.

*Infatti, si può qui ricordare che anche altre iniziative su questi temi negli anni passati non trovarono il favore popolare, in particolare, nel corso del 2000, la proposta di ridurre i termini di trattazione delle iniziative popolari e quella di introdurre il referendum propositivo vincolante per le leggi federali d'iniziativa popolare vennero entrambe respinte e lo stesso è avvenuto nel 2012 con l'iniziativa tesa ad estendere il referendum obbligatorio per la quasi totalità degli accordi internazionali conclusi dalla Confederazione.*