

SAGGI

Francesca Romana Dau – La democrazia partecipativa alla prova dell’ordinamento comunitario. L’iniziativa legislativa dei cittadini europei

NOTE E COMMENTI

Andrea Spagnolo - Libertà d’espressione su internet e tutela della reputazione altrui in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

Anna Ciammariconi – Il Tribunal Constitucional portoghese dichiara incostituzionale la proposta parlamentare di referendum su coadozione e adozione di figli per coppie omosessuali

Gabriele Marino – El Masri e oltre: la Polonia “colpevole per complicità” nelle extraordinary renditions

Mimma Rospi La Corte suprema degli USA riscrive le regole del finanziamento delle campagne elettorali



ISSN 2037-6677

2014/1

Participatory democracy in the European legal system. The European citizens' legislative initiative

La democrazia partecipativa alla prova dell'ordinamento comunitario. L'iniziativa legislativa dei cittadini europei

Francesca Romana Dau

Abstract

The European citizens' legislative initiative represents a key innovation introduced by the Treaty of Lisbon: Article 11(4) TEU now provides for an opportunity for EU citizens to interact directly with the Commission. The Author provides for a comprehensive analysis of both the development and the enforcement of this provision, while suggesting some criticism regarding the actual nature and relevance of this initiative. In particular, the paper suggests that the Commission seems rather reluctant to leave room for a proper intervention of citizens in the legislative process, while speculating on the necessary role of this mechanisms in the perceived democratic deficit of EU institutions.

Citizens' legislative initiative - democratic deficit - role of the Commission - legislative process - Constitutional democracy



La democrazia partecipativa alla prova dell'ordinamento comunitario. L'iniziativa legislativa dei cittadini europei

di Francesca Romana Dau

1. Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha introdotto una novità del tutto originale nel quadro istituzionale dell'Unione europea: il diritto per i cittadini europei di presentare direttamente alla Commissione una proposta per l'adozione di un atto normativo.

Tale diritto ricalca, sulla falsariga degli ordinamenti nazionali, il diritto d'iniziativa legislativa popolare introducendo, tuttavia, delle differenze rilevanti. Quello dell'iniziativa legislativa popolare non è un istituto che si può ricondurre a una tradizione costituzionale comune e, tuttavia, l'analogia con le singole esperienze nazionali è stata ripresa nella fase dell'attuazione della regolazione con particolare attenzione al funzionamento dell'iniziativa legislativa in Italia, in Ungheria e in Portogallo. Nei 28 Stati membri dell'Unione europea, il diritto di iniziativa legislativa popolare è riconosciuto solo in alcuni testi costituzionali. Tra i membri ormai storici dell'Unione, si annoverano Italia (art. 71), Portogallo (art. 167) e Spagna (art. 87). Tra i c.d. "nuovi" membri invece sembra essere anche più diffuso, rinvenendosi nei testi di Polonia (art. 118.2), Romania (art. 73), Lettonia (art. 65), Lituania (art. 68), Slovacchia, Slovenia (art. 88), Ungheria (art. 28/D della Costituzione del 1949 come sostanzialmente modificata tra il 1989 e il 1990). Riprendendo la classificazione degli

ordinamenti contemporanei, in base all'atteggiamento nei confronti degli strumenti di democrazia diretta (L. Cuocolo, *Referendum e altri strumenti di democrazia diretta*, in G.F. Ferrari, a cura di, *Atlante di diritto pubblico comparato*, Utet, Torino, 2010, pp. 1-20), tra gli ordinamenti improntati al principio rappresentativo e alla tradizione del governo parlamentare in cui la partecipazione popolare è scarsamente prevista si trovano il Regno Unito, la Francia, il Belgio, la Repubblica ceca e la stessa Ungheria dopo l'introduzione della nuova Costituzione del 2011, in cui l'iniziativa legislativa è interamente attribuita alle istituzioni statali. E' opportuno ricordare, inoltre, che già al momento delle negoziazioni per il Trattato di Amsterdam, tra il 1996 e il 1997, l'Italia e l'Austria cercarono di far introdurre tale istituto per stabilire un legame diretto tra cittadini europei e istituzioni pubbliche con un duplice obiettivo, bilanciare l'importanza e l'influenza dei corpi intermedi e integrare il circuito rappresentativo (C. Grewe, *Article I-47. Principe de la démocratie participative*, in L. Burgogue-Larsen, A. Levade, F. Picod, a cura di, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 631).

Con l'introduzione dell'iniziativa legislativa, per la prima volta nella storia dell'integrazione europea, i cittadini comunitari sono diventati titolari del diritto d'interloquire direttamente con la Commissione europea, e non più solo con il Parlamento europeo attraverso l'istituto della petizione (su cui, in particolare, M. Mezzanotte, *Il diritto di petizione nell'Unione europea: strumento davvero mineur?*, in *federalismi.it*, 7 novembre 2012), entrando nel cuore dell'elaborazione legislativa del diritto dell'Unione europea.

Il novellato articolo 11.4 del Trattato sull'Unione Europea (d'ora innanzi TUE) stabilisce che “*Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Le procedure e le condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini sono stabilite conformemente all'articolo 24, primo comma del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*”. Mentre il successivo articolo 24 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (d'ora innanzi TFUE) ha disposto che il Parlamento e il Consiglio mediante Regolamento e secondo la procedura legislativa

ordinaria devono adottare le disposizioni per l'attuazione della procedura di presentazione di un'iniziativa legislativa dei cittadini europei, *“Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le disposizioni relative alle procedure e alle condizioni necessarie per la presentazione di un'iniziativa dei cittadini ai sensi dell'articolo 11 del trattato sull'Unione europea, incluso il numero minimo di Stati membri da cui i cittadini che la presentano devono provenire”*.

2. Prima di entrare nel vivo della prassi che, proprio di recente, ha visto per la prima volta la Commissione esprimere un parere su di un'iniziativa legislativa presentata, sembra opportuno ripercorrere brevemente alcune fasi del procedimento di attuazione dell'art. 11 TUE per cogliere i tratti salienti dell'istituto, le aspettative che si sono palesate dietro questa - apparentemente innocua - trasformazione dell'ordinamento comunitario, nonché gli sforzi profusi dalle istituzioni comunitarie per rendere efficaci le misure contenute nel Trattato di Lisbona.

Prima ancora che fosse entrato in vigore il Trattato di Lisbona, il 7 maggio 2009 il Parlamento europeo aveva invitato la Commissione a presentare una proposta di regolamento per l'attuazione dell'iniziativa dei cittadini, nella Risoluzione del 7 maggio 2009 (P6_TA(2009)0389). Con l'introduzione di tale istituto, il Parlamento europeo ricordava che un milione di cittadini dell'Unione europea avrebbe ottenuto lo stesso diritto di invitare la Commissione a presentare una proposta legislativa, diritto di cui già godono il Consiglio fin dall'istituzione delle Comunità europee nel 1957, e il Parlamento europeo dall'entrata in vigore del trattato di Maastricht nel 1993. Per la prima volta nella storia dell'Unione europea, *“i cittadini svolgerebbero un ruolo diretto nell'esercizio del potere di sovranità dell'Unione europea essendo coinvolti nell'avvio delle proposte legislative comunitarie”*. Per tale ragione, s'impondeva alle istituzioni europee interessate dal procedimento di attuazione e di comunicazione, una grande chiarezza nell'evitare confusione tra il diritto d'iniziativa e il diritto di petizione, lì dove la prima è rivolta direttamente alla Commissione mentre la seconda è rivolta al Parlamento.

Il Parlamento, inoltre, si era soffermato in dettaglio su tutti gli aspetti più spinosi della regolamentazione di attuazione, come il numero minimo di Stati membri necessario per raggiungere il quorum, l'età minima degli aventi diritto, la

procedura di presentazione e di valutazione, la trasparenza e il monitoraggio politico della procedura che avrebbero influito sugli aspetti operativi e sull'effettività dell'esercizio di tale diritto.

Nell'avanzare considerazioni sul numero minimo di Stati membri da cui sarebbero dovuti provenire i cittadini proponenti, il Parlamento europeo ha inteso sottolineare la necessità di esprimere non solo il carattere transnazionale dell'iniziativa ma anche la definizione di un "interesse comune europeo" che andrebbe oltre la mera somma degli interessi particolari dei singoli Stati. Il fine è stato quello di incentivare l'utilizzo dell'iniziativa come strumento di aggregazione di interessi orizzontali trasversali della cittadinanza europea e non come portavoce delle istanze statali, tra l'altro già pienamente rappresentate nelle sedi *ad hoc*. Sul versante della procedura, inoltre, ha voluto sottolineare la necessità di ridurre al minimo la discrezionalità della Commissione – già molto ampia nella fase discendente – almeno nella fase ascendente della presentazione e registrazione delle iniziative, sottolineando che "La registrazione può essere respinta soltanto per motivi giuridici e mai per considerazioni di opportunità politica".

Facendo seguito all'invito del Parlamento, la Commissione ha pubblicato l'11 settembre 2009 un Libro verde – ossia un documento per stimolare la discussione su di un determinato argomento, diverso dal Libro bianco che invece contiene proposte specifiche – intitolato "Diritto di iniziativa dei cittadini europei" al fine di delineare una normativa quadro sugli aspetti giuridici, amministrativi e operativi dell'istituto e di lanciare contemporaneamente una consultazione pubblica per coinvolgere tutti i soggetti che sarebbero stati interessati della regolamentazione. La Commissione si era proposta di rendere maggiormente aperta e partecipata la definizione degli aspetti operativi dell'iniziativa legislativa, prima di procedere alla redazione del Regolamento [COM (2009) 622] (Per una ricostruzione dettagliata del procedimento di attuazione dell'art. 11 TUE, fino alla presentazione della bozza di Regolamento, si v. G. Allegri, *Il diritto di iniziativa dei cittadini europei (ECI) e la democrazia partecipativa nell'Unione europea: prime riflessioni*, in *federalismi.it*, 8 dicembre 2010; C. Bova, *Il diritto d'iniziativa dei cittadini europei ed i confermati limiti dell'iniziativa legislativa popolare in Italia*, in *Forum di quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionali.it, 2010). In quella stessa occasione, la Commissione aveva

manifestato l'intenzione di approvare il Regolamento di attuazione all'inizio del 2011, a un anno dall'entrata in vigore del Trattato.

Attraverso un questionario e un'audizione pubblica, la Commissione europea ha raccolto contributi e opinioni provenienti da singoli cittadini, da organizzazioni e associazioni della società civile, e da autorità pubbliche per un totale di 329 risposte. Tra i molti contributi presentati, è stata avanzata anche la necessità di inserire una "clausola di revisione" per modificare i dettagli della procedura dopo qualche anno dall'approvazione del regolamento [COM(2010) 119]. Sulla base delle considerazioni presentate dai soggetti che avevano partecipato alla consultazione, dunque, il 31 marzo 2010 veniva presentata dal Parlamento e dal Consiglio europeo una proposta di Regolamento, adottata in poco meno di un anno il 16 febbraio 2011 e destinata ad essere applicata dal 1 aprile 2012.

3. Il Regolamento di attuazione n. 11/2011 del 16 febbraio 2011 ha disciplinato in dettaglio le procedure e i meccanismi per attivare l'istituto dell'iniziativa legislativa dei cittadini europei. Sulla base della normativa citata, dunque, la procedura di attivazione e di presentazione di un progetto di legge si divide in cinque fasi: la registrazione, la raccolta delle firme per l'adesione, l'esame di ammissibilità della proposta da parte della Commissione, la certificazione della validità delle adesioni raccolte e la sottoposizione dell'iniziativa alla Commissione per la sua valutazione.

L'ambito soggettivo del diritto d'iniziativa si differenzia in due sottoinsiemi, quello dei soggetti titolari della facoltà di far parte del Comitato promotore (gli "organizzatori") e quello dei soggetti aventi diritto a firmare il progetto e a manifestare il proprio consenso (i "firmatari"). In entrambi i casi, tuttavia, il diritto è circoscritto, come richiesto dal Trattato, ai cittadini dell'Unione aventi l'età legale per esercitare il diritto di voto alle elezioni del Parlamento europeo. In tal senso, dunque, il Regolamento opera un rinvio implicito alle leggi nazionali dei singoli Stati che disciplinano l'accesso all'elettorato attivo per le elezioni del Parlamento europeo, ma l'ambito soggettivo coincide con la massima estensione della capacità elettorale attiva, fissata legalmente all'età di 18 anni per tutti i Paesi membri, tranne che per l'Austria a 16 anni.

Per quanto riguarda i requisiti soggettivi del Comitato promotore, questo deve avere carattere transnazionale ed essere composto da almeno sette individui, provenienti da sette Stati dell'Unione (art. 3.2). Lo stesso comma inserisce una clausola d'incompatibilità tra lo status di membro del Comitato promotore e la carica di deputato al Parlamento europeo nel senso che "Gli organizzatori che sono deputati al Parlamento europeo non sono conteggiati ai fini del raggiungimento del numero minimo necessario per formare un comitato dei cittadini". Questo non solo al fine di evitare una confusione tra i due circuiti della democrazia rappresentativa e partecipativa-diretta, ma soprattutto per evitare che l'istituto si trasformi in strumenti a disposizione di una minoranza parlamentare per correggere l'indirizzo politico-legislativo della maggioranza.

La proposta d'iniziativa dei cittadini deve avere una forma tipica con alcune elementi essenziali. L'Allegato II del Regolamento di attuazione definisce una lista obbligatoria ma non tassativa recante il titolo dell'iniziativa, l'oggetto, una descrizione degli obiettivi della proposta, la citazione delle disposizioni dei Trattati UE ritenute pertinenti, i dati personali dei membri del Comitato promotore, e tutte le fonti di sostegno e di finanziamento già note al momento della registrazione. La trasmissione della bozza di un atto giuridico è elemento solo eventuale, citato successivamente sempre nello stesso Allegato.

Dal momento della costituzione del Comitato promotore, la procedura si articola secondo tempi certi e sicuri. La Commissione svolge un esame di ammissibilità di tutte le proposte legislative presentate, sulla base di una serie di criteri elencati in maniera tassativa all'art. 4.2 del Regolamento di attuazione, e la valutazione di ammissibilità è elemento essenziale ai fini della registrazione pubblica. Come precisato in precedenza dal Parlamento, la valutazione esercitata in questa fase dalla Commissione deve essere di tipo meramente giuridico e non politico e deve essere pubblicata entro due mesi dal deposito della proposta.

Dalle norme introdotte in sede di attuazione si possono distinguere un piano soggettivo, con la verifica dei requisiti necessari per i cittadini membri del Comitato promotore, e un piano oggettivo attinente alla verifica di quattro condizioni. Il già citato art. 4.2 del Regolamento dispone che l'oggetto dell'iniziativa debba ricadere nella competenza legislativa dell'Unione, che si tratti di una proposta avente ad

oggetto l'applicazione dei trattati, che il contenuto non sia "ingiurioso, futile e vessatorio" e che non sia contrario ai valori dell'Unione come stabiliti nell'art. 2 TUE. Questi quattro requisiti non sono del tutto auto-applicabili ma richiedono una continua e costante attività d'interpretazione da parte della Commissione. L'ambito *ratione materiae* è sicuramente quello che crea più difficoltà nella prassi. La definizione delle materie e degli obiettivi contenuti nei Trattati, delle competenze della Commissione e dei settori in cui la Commissione ha diritto d'iniziativa, non è di per sé un parametro univoco e richiederebbe anche un'adeguata conoscenza della giurisprudenza della Corte europea di giustizia da parte dei soggetti promotori. Anche se non vi sono materie esplicitamente escluse – come spesso avviene nei testi costituzionali degli Stati membri – queste si desumono in via implicita dall'insieme dei settori in cui la Commissione non ha diritto d'iniziativa legislativa, come la Politica estera e di sicurezza comune, e le proposte di modifica dei Trattati. Inoltre, potrebbe essere particolarmente delicata una proposta d'intervento degli aventi diritto che intervenisse nelle competenze concorrenti dell'Unione. Mentre la locuzione relativa al modo "manifestamente ingiurioso" appare carica di significato, la dizione "futile e vessatorio" non è di immediata comprensione e, anche in questo caso, lascia alla Commissione un ampio margine di definizione.

Sulla base dell'art. 4.2, entro due mesi dalla presentazione della proposta di legge, la Commissione è tenuta a dare una risposta e nel caso di esito negativo, deve essere motivata. La decisione della Commissione europea è impugnabile di fronte alla Corte di Giustizia della Comunità europea, ma anche in via extragiudiziale al Mediatore europeo. Una volta ritenuta ammissibile la proposta e registrata presso la Commissione, si apre la campagna di raccolta delle firme che dura un anno. La durata della campagna elettorale comprende un tempo particolarmente considerevole rispetto alla durata delle campagne elettorali e referendarie degli ordinamenti nazionali.

Si è osservato in precedenza, come la definizione della frazione dei soggetti aventi diritto d'iniziativa si sia dovuta confrontare con il doppio parametro del numero di cittadini e del numero degli Stati, stante la natura giuridica particolare dell'Unione europea come unione di Stati e di cittadini. Per soddisfare il quorum di rappresentatività, che negli ordinamenti nazionali viene circoscritto alla

delimitazione della frazione del Corpo elettorale avente diritto al voto, il Regolamento di attuazione ha previsto che nell'ordinamento comunitario debbano essere raggiunti tre parametri, relativi ad un numero minimo di cittadini dell'Unione, al numero degli Stati e ad un numero minimo di cittadini per Stato coinvolto. Nello specifico, la clausola relativa alla rappresentatività dei cittadini era una disposizione "blindata" dal Trattato, per cui doveva essere interpretata in modo letterale. Per quanto riguarda il numero minimo degli Stati, è stata accolta la proposta che suggeriva di fissare la soglia ad un quarto degli Stati membri che, a seguito dell'ulteriore allargamento dell'Unione europea, del 1° luglio 2013, a ventotto FORMA Paesi con l'ingresso della Croazia, è pari a sette. Per quanto riguarda la definizione del numero minimo di cittadini all'interno di uno Stato coinvolto, la soglia è stata fissata dal Regolamento stesso ed è pari al numero di membri eletti al Parlamento europeo in ciascuno Stato membro, moltiplicato per 750 e attualmente calcolato nell'Allegato 1 del Regolamento. La raccolta di un minimo di un milione di firme, che corrisponde ad un ventesimo, su un totale di 500 milioni di abitanti dell'Unione europea, non sembra un tetto difficile da raggiungere. Viceversa, la distanza fisica che separa gli Stati membri viene colmata dall'esplicita possibilità di fare ricorso anche alla rete informatica, oltre che agli strumenti cartacei, per la raccolta delle firme e la pubblicizzazione dell'iniziativa. Nel caso in cui le firme vengano raccolte per via telematica, le autorità nazionali devono preventivamente certificare il sistema di raccolta elettronica delle firme e dare risposta alle parti interessate entro un mese.

La proposta legislativa così sottoscritta viene presentata alla Commissione europea che, nella sua funzione di organo titolare dell'iniziativa legislativa, valuta la possibilità o meno di dare seguito alla proposta. L'art. 10 del Regolamento di attuazione, del pari con il precedente art. 4, assume un rilievo peculiare perché definisce le modalità di intervento della Commissione e l'ambito di discrezionalità nell'esame e nella valutazione della proposta. E' interessante, innanzitutto, osservare che la norma richiede un esame tempestivo della proposta di legge e introduce tempi certi: entro tre mesi dalla data di presentazione, la Commissione è tenuta a dare una risposta.

Nei tre mesi a disposizione per la valutazione, la Commissione è tenuta a ricevere i promotori dando spazi adeguati per l'esposizione in dettaglio della proposta. La perifrasi "a un livello appropriato" non è chiara circa il suo significato concreto, ma potrebbe riferirsi al livello amministrativo, facendo presagire che si vogliono tutelare gli organizzatori facendoli confrontare con un livello dell'amministrazione comunitaria sufficientemente elevato con corrispondenti e adeguati poteri decisionali. Nel corso della valutazione, viene offerto agli organizzatori un altro spazio istituzionale di presentazione della proposta che potrebbe contribuire a rinforzare l'attenzione dei media e ad attirare l'opinione pubblica: lo svolgimento di un'audizione pubblica di fronte al Parlamento europeo (art. 11), momento istituzionale in cui s'incontrano i due circuiti della democrazia rappresentativa e di quella diretta-partecipativa.

La risposta della Commissione riveste la forma di una Comunicazione. Nel caso in cui la Commissione intenda dare seguito positivo alla richiesta, procede a iniziare la proposta. Gli aspetti successivi alla valutazione da parte della Commissione, tuttavia, appaiono ancora poco regolamentati. Non vi sono corsie preferenziali per i progetti di legge di iniziativa popolare europea, né alcuna previsione sull'accelerazione dell'iter legislativo né previsioni codificate circa l'abbinamento con altre proposte di legge già in discussione. Inoltre, nel caso in cui la proposta riceva un parere negativo, non vi è alcuna possibilità di "recuperare" il contenuto ed eventualmente riproporlo in altra veste, così come non vi era, fino a qualche tempo fa, la possibilità di dare un qualche seguito alle proposte di iniziativa che non avessero superato i requisiti dell'art. 9 del Regolamento.

Di recente, invece, è stata introdotta una novella significativa del Regolamento del Parlamento europeo concernente le iniziative legislative dei cittadini che, sebbene regolarmente registrate, non possono essere presentate alla Commissione perché non hanno rispettato procedure e condizioni richieste, tra cui verosimilmente i *quorum* di validità. Il novellato articolo 203 bis del Regolamento del PE stabilisce che le proposte rientranti in questa categoria possono essere esaminate dalla Commissione per le petizioni, e dunque essere rivalutate in un diverso contesto istituzionale al fine di promuoverne i contenuti. Il medesimo articolo, inoltre, opera anche un rinvio alle iniziative dei cittadini in negativo nel senso che invita la

Commissione per le petizioni ad esaminare le proposte per verificare che non vi siano sovrapposizioni o intrecci tra le petizioni in esame. L'obbligo di informare i firmatari delle petizioni su argomenti correlati potrebbe dare adito, in questo caso, ad un abbinamento tra temi proposti tramite i diversi istituti.

4. L'intera definizione dell'iniziativa legislativa, tuttavia, lascia alcuni spazi di perplessità.

Il mancato obbligo per la Commissione di dare seguito alla proposta costituisce un significativo limite al potere di esercitare un'effettiva influenza sul procedimento legislativo da parte della frazione della cittadinanza avente diritto. L'iniziativa legislativa non ha alcun effetto obbligatorio nei confronti della Commissione che può decidere se procedere ad "iniziare" il progetto di legge proposto dalla cittadinanza. Questo, tuttavia, non deve far cadere in un equivoco sul significato dell'istituto. Il novellato articolo 11.4 del TUE costituisce, difatti, un canale formalizzato per la presentazione di richieste e impulsi provenienti dalla società di fronte al legislatore comunitario, garantendo una continua e costante partecipazione della cittadinanza al processo legislativo europeo inteso, nel suo significato letterale, come serie di operazioni che si compiono per conseguire un determinato fine (per una distinzione tra "procedimento" e "processo" legislativo, si v. G.U. Rescigno, *Tecnica giuridica e comunicazione nel processo legislativo*, in *Parlamenti regionali*, 2004, vol. 12, p. 20 ss.). Tale impostazione rende l'iniziativa legislativa sostanzialmente uno strumento per contribuire alla definizione programmatica dell'attività legislativa dell'Unione e per attirare l'attenzione della cittadinanza e dei mezzi di comunicazione su tematiche ritenute di particolare interesse e rilievo.

Anche l'alternativa sulla forma richiesta per l'iniziativa che può variare da un generico atto giuridico programmatico redatto con formule chiare, recante un oggetto identificativo e argomentato della proposta e accompagnato da una motivazione, a un vero e proprio "progetto di legge" redatto in articoli, lascia spazi ampi di discrezionalità per la Commissione e dispiega un duplice effetto. Nella fase ascendente, il mancato obbligo di dover presentare un vero e proprio progetto di legge potrebbe avere delle ripercussioni positive perché eviterebbe ai Comitati

promotori di dover integrare al loro interno competenze tecniche specifiche per la redazione degli atti normativi; nella fase discendente, tuttavia, potrebbe avere un effetto negativo perché permetterebbe alla Commissione di tradurre orientamenti programmatici in dettaglio attraverso norme giuridiche non sempre portatrici dell'intenzione originale dei promotori. Su tale aspetto, si ricordi che diversi contributi presentati nel corso della consultazione pubblica lanciata dalla Commissione al momento dell'approvazione del Regolamento di attuazione avevano insistito sulla necessità di affiancare al Comitato promotore anche un supporto tecnico per la redazione della proposta di legge.

Inoltre, nonostante l'enfasi posta sul significato simbolico della nuova disposizione, nella relazione introduttiva alla Proposta di Regolamento del 31 maggio 2010, si legge che l'iniziativa dei cittadini consiste nell'indicare un programma di lavoro “che non incide sul diritto d'iniziativa della Commissione europea, seppure la obblighi a prendere in seria considerazione le proposte presentate”. Si tratta di una serie di contraddizioni che si disvelano a tratti, ma che manifestano una certa difficoltà della Commissione di abdicare il proprio diritto esclusivo d'iniziativa legislativa in favore dei cittadini. Si può immaginare, tuttavia, che seguendo le (buone) prassi, la Commissione possa (ove ammissibile) dare seguito positivo alle iniziative dei cittadini, come già manifestato per le proposte di legge presentate dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dagli altri soggetti titolari.

Diverse sono le considerazioni in merito all'effettiva possibilità di contribuire ad arginare parte del *deficit* democratico dell'Unione europea, avvicinando le istituzioni ai cittadini, ma molto dipenderà dal seguito che i media potrebbero dare alle proposte e dalla capacità di coinvolgimento e mobilitazione dell'opinione pubblica in chiave transnazionale, in uno spazio pubblico europeo comune. Alcuni passaggi procedurali, tuttavia, potrebbero contribuire a una simile evoluzione. Tra questi, oltre alla durata molto lunga della campagna di raccolta delle firme che dovrebbe permettere di attirare il più possibile l'attenzione dei media, anche l'incontro degli organizzatori con la Commissione e l'audizione pubblica di fronte al Parlamento allargano notevolmente il campo di attenzione facendo entrare l'iniziativa nell'ambito della copertura mediatica istituzionale che già riguarda le autorità europee. La fase preparatoria e la campagna per la raccolta delle firme dovrebbero

essere affiancate da una preventiva e vigorosa campagna di sensibilizzazione e informazione della cittadinanza sui temi del dibattito europeo. Inoltre, per rispondere ai requisiti di trasparenza e pubblicità, la Commissione ha attivato un portale per l'aggiornamento costante sulle iniziative avviate all'interno dell'UE che contribuisce ad una maggiore diffusione delle informazioni in tempo (quasi) reale.

Ciò nonostante, l'introduzione dell'iniziativa legislativa dei cittadini europei ha avuto il pregio di contribuire a promuovere la formazione di una "sfera pubblica europea" (nel senso in cui ne parla P. Ridola, *Il voto europeo del 6 e 7 giugno: la "sfera pubblica europea", l'integrazione multilivello e le sfide della complessità*, in *federalismi.it*, 17 giugno 2009), già sollecitata dalla Dichiarazione di Laeken e ricordata anche dalla sentenza del BVG del 30 giugno 2009, al punto 290.

5. Il 19 marzo dell'anno in corso, la Commissione europea ha pubblicato la prima comunicazione sulla valutazione di un'iniziativa legislativa, secondo i tempi previsti. Questo fatto di cronaca segna un passaggio cruciale per le riflessioni in materia. Per uscire da una mera trattazione del diritto contenuto nei Trattati e nelle fonti del diritto secondario, difatti, è opportuno rivolgere uno sguardo alla prassi sempre portatrice di grande significato sulla reale portata e accessibilità degli istituti giuridici, ancor più in tema di diritti di partecipazione politica. La breve disamina che s'intende proporre di seguito seguirà principalmente tre aspetti: il dato quantitativo relativo alle proposte d'iniziativa legislativa, la "giurisprudenza" della Commissione nell'interpretazione dell'esame di ammissibilità per la registrazione delle proposte, e il seguito che la Commissione ha inteso dare a tali proposte.

Per quanto riguarda l'aspetto quantitativo, la prima iniziativa dei cittadini europei dal titolo "*Fraternité 2020. Mobilità. Progresso. Europa*" [ECI (2012)000001] rivolta a potenziare i programmi di scambio, come l'Erasmus e il Servizio Volontario Europeo, all'interno dello spazio comunitario, era stata registrata il 9 maggio del 2012 e aveva come termine di scadenza per la raccolta delle firme il 1° novembre 2013. Si è trattato di un momento storico per l'Unione europea che ha visto cittadini di diversi Stati membri mobilitarsi per sottoporre alla Commissione un progetto di legge. In seguito, l'attività di presentazione delle proposte è proseguita con regolarità e ha portato - al momento in cui il presente lavoro va in

pubblicazione - alla circolazione di un totale di quarantasei iniziative rese note sul Registro ufficiale istituito dalla Commissione europea. Di queste, undici sono decadute o per ritiro da parte dei promotori (sei) o per insufficiente sostegno nei tempi previsti (sei), mentre diciotto non sono state registrate per mancanza dei requisiti contenuti all'art. 4.2. Per quanto riguarda le altre iniziative circolate, nove sono regolarmente registrate e ancora aperte alla firma, cinque sono registrate e chiuse alla firma, una è stata presentata alla Commissione ed è in attesa di risposta il 28 maggio 2014, mentre un'iniziativa, come si è detto, ha ricevuto risposta da parte della Commissione (Cfr. Registro ufficiale, Diritto d'iniziativa dei cittadini europei, Commissione europea, ec.europa.eu/citizens-initiative).

Circa l'esame di ammissibilità per la registrazione, dall'esame della prassi, adeguatamente documentata sul sito istituzionale della Commissione, è possibile ricostruire una "giurisprudenza" d'interpretazioni, al fine di valutare l'esercizio di quello che rimane comunque un ampio margine di discrezionalità da parte della Commissione. La possibilità per la Commissione di redigere il parere solo nella lingua utilizzata dai promotori per la presentazione della proposta costituisce, tuttavia, un limite considerevole alla consultazione e all'esame delle risposte da parte del più ampio pubblico.

La mancata indicazione della base giuridica, con riferimento all'articolo dei Trattati cui si riferisce l'iniziativa, è motivo certo di rifiuto della registrazione. Sulla stessa scia, anche l'indicazione dell'articolo di un Trattato rivolto ad introdurre istituti e diritti manifestamente non disciplinati è motivo di mancata registrazione. In questa fattispecie sono rientrate tre proposte d'iniziativa rivolte a modificare la forma di governo dell'Unione europea con l'introduzione dell'istituto dell'auto-abolizione del Parlamento europeo qualora non adempia i compiti costituzionalmente previsti [COM (2014) 437 def]; l'introduzione dell'istituto del referendum come principale strumento legislativo [COM(2014) 436 def]; e l'organizzazione di un referendum consultivo sul grado di fiducia riposto nelle istituzioni europee [COM(2013)7385 def]. Anche i casi in cui venga inserito un riferimento alla base giuridica dei Trattati in modo non pertinente, o con un'interpretazione non conforme a quella comunemente accettata, sono motivo di rifiuto della registrazione. L'iniziativa legislativa rivolta a introdurre un'assistenza

sanitaria per tutto il corso della vita [COM(2013)7612 def] e l'iniziativa rivolta ad assicurare il benessere degli animali [COM(2013)4974 final], sono stati rifiutati per tali ragioni.

Particolarmente interessante è il caso della proposta d'iniziativa legislativa rivolta all'introduzione di un *corpus* normativo di protezione di persone appartenenti a minoranze linguistiche e nazionali e a rinforzare la diversità culturale e linguistica dell'Unione [COM(2013) 5969 def]. Al di là della risoluzione del caso contingente, il parere introduce un ulteriore tassello determinante per la definizione delle materie oggetto delle proposte, non codificato nel Regolamento di attuazione. La proposta d'iniziativa menzionata, in realtà, si compone di una parte ammissibile con base nei Trattati e una non ammissibile. La Commissione, pur riconoscendo tale aspetto, limita la sua facoltà d'intervento alla valutazione dell'intera proposta e non alla possibilità di incorporarla, ammettendone solo una parte. Una simile posizione, tuttavia, potrebbe favorire un successivo intervento da parte dei promotori nel senso della rimozione degli aspetti non ammissibili e della registrazione della sola parte manifestamente fondata.

In un altro caso, la Commissione ha svolto la funzione di “giudice creativo”, nel senso che si è fatta portatrice di possibili soluzioni per la garanzia di una più ampia ammissibilità delle proposte. Quando ha ammesso che “*nous ne voyons pas, après examen approfondi, aucune disposition dans les traités qui pourrait servir de base juridique pour l'adoption d'un acte juridique de l'Union dont l'objet principal serait celui que vous indiquez*”, ha implicitamente adottato un'interpretazione estensiva dei suoi poteri di valutazione introducendo la possibilità di trovare essa stessa, lì dove non pertinente, una base giuridica nei trattati. Ove ciò sia possibile, tuttavia, non è chiaro se possa comunque ritenere ammissibile una proposta ancorata a una base giuridica indicata dalla Commissione. Se così fosse, la Commissione amplierebbe notevolmente la sua funzione che da mera valutazione di ammissibilità si tramuterebbe in una funzione consultiva e di supporto che dovrebbe essere esercitata per tutte le iniziative proposte e andrebbe esplicitamente regolata nelle fonti pertinenti.

Tale “giurisprudenza” potrebbe servire alla Commissione per integrare e, eventualmente, modificare la legislazione di attuazione sulla base della clausola di revisione disciplinata all'art. 22 del Regolamento di attuazione.

Il terzo aspetto su cui ci si è intesi soffermare, si è detto, è quello del seguito dato dalla Commissione alle proposte d’iniziativa legislativa dei cittadini europei. Il 19 marzo 2014, la Commissione ha fornito la prima risposta ad una proposta d’iniziativa legislativa dei cittadini, la c.d. “Right2Water”, che aveva raccolto 1,89 milioni di firme e aveva come obiettivo quello di garantire che tutti i cittadini comunitari potessero godere del diritto fondamentale all’acqua e ai servizi igienico-sanitari. Nel dare seguito complessivamente positivo ai contenuti della proposta, la Commissione ha deciso di non dare inizio ad una nuova proposta di legge in materia, ma di intensificare gli sforzi sulle politiche già esistenti, per dare piena attuazione alla legislazione vigente in materia. La proposta legislativa per il riconoscimento del diritto fondamentale all’acqua, difatti, è stata accolta nei suoi principi generali ma non è chiaramente indirizzata alla predisposizione di un provvedimento normativo come invece vorrebbe la lettera del Trattato. Tuttavia, la Commissione si è impegnata a dare maggiore impulso alle politiche pubbliche per un adeguato accesso all’acqua e ai servizi sanitari già predisposti dalle istituzioni europee [COM(2014)177 final]. Nella prima valutazione emessa, dunque, l’istituto dell’iniziativa legislativa sembra essere interpretato più come uno strumento programmatico che come un vero e proprio impulso legislativo.

E’ ancora presto per sviluppare una casistica utile al fine di connotare l’efficacia di tale istituto, ma il dato quantitativo dimostra che l’attuazione dell’art. 11.4 TUE ha intercettato un bisogno di partecipazione e d’interlocuzione diretta dei cittadini con la Commissione europea. “Prendere seriamente” il diritto d’iniziativa legislativa dei cittadini europei, per usare un’espressione di Ronald Dworkin (R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. 184 ss.), potrebbe contribuire a dare nuova linfa vitale ai tradizionali canali istituzionali comunitari creando un collegamento diretto tra il vertice e la base, sanando quella percezione diffusa della distanza fisica e burocratica e contribuendo alla costruzione di uno spazio pubblico europeo che sembra essere sempre tasto dolente in ogni tentativo di spinta in avanti del processo di integrazione.



ISSN 2037-6677

2014/1

Freedom of expression on the Internet and reputation protection: a recent judgement from the European Court of Human Rights

Libertà d'espressione su internet e tutela della reputazione altrui in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Andrea Spagnolo

Article 10 ECHR - Internet service providers - liability



Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 ottobre 2013, ricorso n. 64569/09,
Delfi AS c. Estonia

Libertà d'espressione – Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Articolo 10 –
Internet – Gestori di servizi su Internet – attività editoriali – diritto alla reputazione
– libertà di impartire e ricevere informazioni – bilanciamento – responsabilità dei
gestori di servizi su Internet – obbligo di controllo preventivo

(la sentenza è attualmente reperibile in hudoc.echr.coe.int)

MASSIMA:

The Court found that the sanction imposed on the applicant company had been a justified and proportionate restriction on its right to freedom of expression under Article 10. The applicant company had a commercial interest in attracting readers to the news portal and encouraging their comments, over which it exercised a substantial degree of control. The news item which had given rise to the offensive comments concerned a matter of public interest and a negative reaction could have been expected. The applicant company could therefore have been expected to exercise a degree of caution so as to avoid being held liable for damage to an individual's reputation. The Court considered that the measures applied by the applicant company, such as its use of a prior automatic-word filtering and a notice-and-take-down system, did not ensure sufficient protection for the rights of third parties.

Libertà d'espressione su internet e tutela della reputazione altrui in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

di Andrea Spagnolo

1. – Con la sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Delfi AS c. Estonia*, del 10 ottobre i giudici di Strasburgo hanno, di fatto, avallato un sostanziale obbligo a carico dei gestori di servizi su Internet (i c.d. *Internet Service Providers*) di controllo preventivo sui contenuti immessi dagli utenti, al fine di evitare che questi ledano diritti di terze persone, *in primis* il diritto alla reputazione. Il caso non ha mancato di suscitare reazioni veementi da parte di tutti quegli enti che si ergono a paladini della tutela della libertà d'espressione *on-line*, evidentemente in gioco nel caso di specie. Tra questi, l'associazione Article 19 – che prende il nome dall'articolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che prevede la libertà d'espressione – ha descritto la sentenza come «a serious blow to freedom of expression on line» (www.article19.org); preoccupazione condivisa anche da importanti quotidiani cartacei che utilizzano la rete per veicolare notizie, tra cui spicca il Guardian (www.theguardian.com). Il tema è stato trattato, nei medesimi critici termini, anche nell'ambito dell'Internet Governance Forum, che ha discusso delle possibili conseguenze della sentenza nella sessione annuale di Bali, tenutasi dal 24 al 25 ottobre 2013. La principale preoccupazione sta negli eccessivi obblighi che essa impone ai gestori di siti Internet che ospitano spazi riservati ai commenti degli utenti, in relazione al controllo sulla pubblicazione di contenuti lesivi di diritti altrui. La Corte, infatti, e come vedremo più avanti, nemmeno ritiene sufficiente il sistema che la società Delfi aveva posto in essere per eliminare dal suo sito Internet i contenuti impropri a seguito di notifica. Si desume, quindi, che a quei soggetti che amministrano gli spazi di dialogo su Internet sia imposto un obbligo di agire preventivamente; un siffatto obbligo, se portato alle sue estreme conseguenze, rischia di limitare fortemente la libertà d'espressione sulla rete. Il presente articolo analizza la sentenza dal punto di vista del diritto internazionale e dell'Unione europea, proponendosi di trarre alcune conclusioni anche nella prospettiva del

dialogo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea che, come si vedrà, ha assunto posizioni diverse sull'argomento.

2. – La sentenza di cui trattasi origina da un ricorso presentato dalla società estone Delfi – titolare di un sito Internet di notizie che pubblica oltre trecento *news* al giorno – condannata, in Estonia, per non aver impedito la pubblicazione di «clearly unlawful comments» che hanno leso la reputazione di un privato cittadino il quale aveva attivato, contro la società ricorrente, una procedura per il risarcimento dei danni. Nello specifico, il sito Internet della società Delfi è composto da un'apposita sezione, separata da quella dedicata alla pubblicazione di notizie, nella quale gli utenti possono commentare e condividere opinioni. In quella sezione, diversi utenti avevano commentato una notizia riguardante le intenzioni di una nota compagnia estone di trasporti marittimi; alcuni di questi commenti si presentavano come offensivi nei confronti della compagnia stessa che ne richiedeva l'eliminazione; ciò che la società Delfi prontamente faceva. Ciò nondimeno, i rappresentanti della compagnia di trasporti avviavano, dinanzi alle corti estoni, un procedimento giudiziale contro la società Delfi volto all'ottenimento di un risarcimento per i danni subiti dalla pubblicazione di quei commenti. La difesa di parte convenuta si fondava sull'applicazione di una norma estone – l'*Information Society Act* – che recepisce la direttiva dell'Unione europea sul commercio elettronico (dir. 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 8-6-2000, in *G.U.U.E.* L. 178. 17-7-2000, 1) e che prevede un'esenzione di responsabilità per i gestori di servizi su Internet per i contenuti immessi da terzi sui siti di loro gestione. Nei differenti gradi di giudizio interni, la società Delfi si vedeva negare lo status di “gestore di servizi su Internet”; a parte convenuta, infatti, venivano riconosciuti poteri editoriali, ciò che portava i giudici estoni a qualificarla come *media publisher* e a escludere l'applicazione dell'esenzione di responsabilità derivante dalla dir. 2000/31. La società Delfi presentava, quindi, ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sostenendo la violazione dell'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi CEDU).

3. – La sentenza si colloca in un filone, in via di consolidamento, di casi che riguardano la tutela della libertà d'espressione su Internet che, finora, è stata bilanciata con il rispetto del diritto d'autore (sia consentito rinviare a A. Spagnolo,

Bilanciamento tra libertà d'espressione su Internet e tutela del diritto d'autore nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *federalismi.it*, Focus Human Rights n. 2/2013). Il primo vero riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 10 della CEDU alla diffusione di informazioni sulla rete è rinvenibile nella celebre pronuncia della Corte nel caso *Times Newspapers Ltd c. Regno Unito* nella quale è stato affermato che «plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information generally» (CO. D.U., sent. 10-3-2009, ricorsi n. 3002/03 e 23676/03, *Times Newspapers Ltd.*, par. 27). Ciò in quanto la libertà d'espressione va tutelata non solo nei suoi contenuti, ma anche nei mezzi di diffusione degli stessi (CO. D.U., sent. 22-5-1990, ricorso n. 12725/87, *Autronic AG*, par. 47), contemplando l'art. 10 CEDU sia il diritto a impartire informazioni, sia il diritto a riceverne (CO. D.U., sent. 26-11-1991, ricorso n. 13585/88, *Observer and Guardian*, par. 59(b)). La Corte ha quindi costruito la sua giurisprudenza in tema di libertà d'espressione su Internet sul modello dei casi riguardanti, più in generale, il tema della libertà d'espressione così come applicabile ai mezzi d'informazione classici (V. Starace, *Il conflitto tra libertà d'espressione e diritto alla riservatezza nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1990, 297 ss.), ancorché consapevole che «Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest» (CO. D.U., sent. 18-12-2012, ricorso n. 3111/10, *Yildirim*, par. 54). Ciò nondimeno, la Corte applica all'attività d'informazione *on-line* gli stessi principi di quella tradizionale, così come enunciati nel secondo comma dell'art. 10; un'eventuale ingerenza nel godimento della libertà d'espressione su Internet deve, quindi, essere prevista dalla legge, perseguire un fine legittimo ed essere necessaria in un ordinamento democratico (A. Cardone, *Art. 10*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, CEDAM, 2012, 398). L'interpretazione di tali principi ha portato la Corte a costruire una cospicua giurisprudenza in materia di rapporti tra libertà d'espressione e mezzi d'informazione; è qui impossibile dar conto di tutta la materia (si rinvia pertanto a M. Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, Cacucci, 2012), ma è opportuno richiamare alcuni punti fermi, in relazione all'applicabilità di

siffatta giurisprudenza alla libertà di espressione sulla rete. L'esistenza di una previsione normativa, come poc'anzi esposto, costituisce base essenziale per l'interferenza nel godimento della libertà d'espressione; ogni eventuale sanzione, quindi, deve essere prevista da una legge, nel paese in cui viene comminata. In particolare, ciò che deve essere rispettato, a livello nazionale, è la c.d. *quality of law*, principio affermatosi nella giurisprudenza della Corte secondo cui una legge deve essere prevedibile e accessibile: in altri termini, ogni soggetto di diritto interno deve poter prevedere le azioni statali, in special modo quando queste sono potenzialmente lesive dei propri diritti fondamentali (F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2012, 221 ss., in partic., 223-224). Ciò non pare scontato in relazione alla regolamentazione della rete; molti stati, infatti, non hanno una legislazione specifica su Internet, con la conseguenza che gli organi giurisdizionali si trovino, spesso, ad estendere, per analogia, le leggi applicabili ai normali organi di stampa (M. Castellaneta, *op. cit.*, 200). Questa prassi ha creato non pochi problemi, soprattutto in quei casi in cui ad essere applicate per analogia sono state sanzioni di natura penale (CO.D.U., sent. 5-5-2011, ricorso n. 33014/05, *Editorial Board of Pravoye e Shtekel*). Ciò è dovuto alla difficoltà di definire i soggetti che operano sul *web* e, poi, di regolarne la condotta. Invero, almeno a livello internazionale ed europeo, esistono alcune regole che possono fungere da guida. Nel diritto dell'Unione europea, come già visto, la direttiva sul commercio elettronico, all'art. 14, impone agli stati membri dell'Unione l'obbligo di esentare i soggetti che, su Internet, prestano servizi nella c.d. "società dell'informazione" da qualsiasi forma di responsabilità per le informazioni fornite e i contenuti caricati da un destinatario del servizio stesso. Siffatta esenzione non opera nel momento in cui il prestatore di servizi è consapevole dell'illegalità del contenuto (lett. a)) e, ciò nondimeno, non provvede alla sua immediata rimozione (lett. b)). Diretta conseguenza dell'esenzione appena esposta è il divieto, rivolto agli stati membri dell'Unione, di imporre ai prestatori di servizi un obbligo generale di monitoraggio dei contenuti di cui si fanno veicoli (dir. 2000/31, art. 15). La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito l'ambito di applicazione della direttiva sul commercio elettronico, che esenta da ogni forma di responsabilità tutti quei soggetti che non ricoprono un "ruolo attivo" nella pubblicazione dei contenuti attraverso il servizio che offrono. Ciò ha reso possibile l'applicazione della norma a gestori di siti

Internet quali il noto motore di ricerca Google (Corte giust., sent. 23-3-2010, cause riunite C-236-08, C-237-08, C-238-08, *Google France e Google Inc.*, in *Racc.*, I-02417) e il *social network* NetLog (Corte giust., sent. 16-2-2012, causa C-360-10, *SABAM*, non ancora pubblicata nella *Racc.*). Il criterio del “ruolo attivo” è, quindi, il fattore determinante per distinguere un gestore di servizi su Internet e, di conseguenza, considerare applicabile l'esenzione di responsabilità prevista dalla direttiva sul commercio elettronico. La corretta interpretazione di questo criterio diventa elemento chiave della tutela della libertà d'espressione *on-line* ma vi sono casi in cui, all'apparenza, la sua applicazione non risulta chiara; in una situazione d'incertezza, infatti, vi sono tutti quei siti Internet di informazione – tra i quali i portali web dei quotidiani nazionali e, quindi, anche quello di proprietà della società estone Delfi – che ospitano spazi fruibili dal pubblico per commentare e/o discutere notizie. Se, infatti, nell'attività di pubblicazione di notizie tali siti operano senza dubbio un controllo editoriale – e quindi hanno un ruolo attivo – negli spazi dedicati ai commenti degli utenti non vi è, tipicamente, un intervento preventivo del gestore del sito, che opera come un mero gestore di servizi, mettendo semplicemente a disposizione del pubblico un luogo virtuale per la discussione. Per ciò che riguarda questi ultimi spazi, il soggetto in questione dovrebbe essere considerato come mero intermediario, come si evince da una raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: «a provider of an intermediary or auxiliary service which contributes to the functioning or accessing of a media but does not – or should not – it self exercise editorial control, and therefore has limited or no editorial responsibility, should not be considered to be media» (Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Recommendation CM/Rec(2011)7 on a new notion of media*, 21-9-2011, reperibile sul sito Internet www.coe.int, par. 15). Per il Comitato dei Ministri tale posizione non varia anche in quei casi nei quali è prevista la possibilità di rimuovere contenuti su richiesta di parte, anche giudizialmente. Da quanto fin qui detto sembra quindi che una corretta interpretazione della prassi internazionale porti a imporre alle corti nazionali un severo controllo sull'attività dei soggetti che operano su Internet al fine di applicare la base legale più corretta.

4. – Anche in presenza di una base legale un'ingerenza nel godimento della libertà d'espressione deve rispettare il requisito del fine legittimo e della proporzionalità. Sotto il primo profilo occorre affermare, tra le altre cose, come la

libertà d'espressione debba essere limitata allorché i contenuti espressi siano tali da «offend, shock or disturb» la sensibilità altrui (CO.D.U., sent. 7-12-76, ricorso n. 5493/72, *Handyside*, par. 49); si può quindi dire che un limite della libertà d'espressione sia il rispetto della reputazione altrui, peraltro tutelato dalla CEDU nell'art. 8 (F. Sudre, *op. cit.*, 627). In questi casi la Corte di Strasburgo lascia un certo margine di apprezzamento agli Stati membri della CEDU nel sanzionare eventuali espressioni che ledano altri soggetti, nella logica tipica del bilanciamento; tra gli altri, i principi utili a tale bilanciamento sono, nella giurisprudenza della Corte: il contributo dell'espressione a un dibattito di pubblico interesse, il contenuto e la forma dell'espressione stessa e le sanzioni imposte dalle autorità giurisdizionali degli Stati membri (CO.D.U., sent. 7-2-2012, ricorso n. 39954/08, *Axel Springer*, par. 89). Tale margine di apprezzamento è però da considerarsi ridotto ove l'espressione in questione riguardi un tema di carattere generale e sia parte di un dibattito pubblico (CO.D.U., sent. 7-2-2012, ricorsi n. 40660/08 e 60641/08, *Von Hannover*, par. 103). In ogni caso, la possibilità che lo Stato possa comminare sanzioni agli autori o ai responsabili di espressioni ingiuriose non è illimitata, soprattutto quando a essere oggetto di sanzioni sono organi di stampa o comunque soggetti della “società dell'informazione”. Eventuali sanzioni, quindi, non devono mai essere causa del cosiddetto *chilling effect*; non devono, cioè, avere un effetto dissuasivo nei confronti dei destinatari del diritto di impartire informazioni; ne consegue la manifesta incompatibilità con la CEDU di quelle sanzioni – detentive *in primis*, ma anche pecuniarie – che inibiscono l'attività di giornalisti e/o, più in generali, dei soggetti attori nel mondo dell'informazione (M. Castellaneta, *op. cit.*, 163). L'applicazione di tali principi alla libertà d'espressione su Internet deve tenere conto delle peculiarità dei soggetti che operano in quel contesto, che nella maggior parte dei casi non immettono direttamente contenuti sulla rete, ma gestiscono quanto viene “caricato” dagli utenti. Sembra quindi logico pensare che, con riguardo a tali soggetti, il bilanciamento debba tenere conto di principi consolidati nella prassi internazionale, tra cui spicca senza dubbio il commento generale n. 34 del Comitato dei diritti umani che afferma la contrarietà alla libertà d'espressione di misure volte ad imporre ai gestori di servizi su Internet obblighi di monitoraggio preventivo dei contenuti immessi dagli utenti dei loro siti (Comitato dei diritti umani, *Commento generale n. 34: Freedoms of opinion and expression*, CCPR/C/GC/34 (GC 34) del 12-9-2011, par. 43).

Sulla stessa lunghezza d'onda si è collocata la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che peraltro ha ulteriormente rilevato come l'imposizione di un simile obbligo a tali soggetti sia lesivo dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, che tutela la libertà d'impresa (Corte giust., sent. 16-2-2012, causa C-360-10, *cit.*, par. 45).

5. – Venendo all'applicazione dei principi summenzionati al caso Delfi, occorre rilevare, *in primis*, come il punto centrale della vicenda sia la qualificazione della società ricorrente come *media publisher* (par. 75); una siffatta posizione – che era stata, come visto nel paragrafo precedente, adottata dalle corti nazionali – viene fatta propria dalla Corte che ricorre a due argomenti a sostegno. Il primo è essenzialmente di metodo: la Corte rinuncia ad entrare nel merito di una decisione già presa dalle Corti nazionali e lo fa con la nota formula «it's not its task to take the place of domestic courts» (par. 74). Il secondo argomento attiene maggiormente al merito della questione, in quanto la Corte afferma come sia plausibile, a livello nazionale, che un tema “nuovo” quale può essere quello relativo alle «new technologies» sia disciplinato da norme già esistenti che vengono per così dire “adattate” alla nuova fattispecie (ancora par. 75). Entrambi gli argomenti non possono andare esenti da critiche. Con particolare riferimento al primo, è di cruciale importanza la definizione degli oneri a carico di quei soggetti che regolano i flussi di informazione *on-line*. Ad essi, come abbiamo visto, sono rivolti diversi strumenti giuridici adottati a livello internazionale ed europeo, anche di natura vincolante; questi tutelano il lavoro dei gestori di servizi, differenziandoli dai *media publisher* e riservando per essi norme e tutele particolari e ben definite, tra le quali l'esenzione di responsabilità per i contenuti immessi dagli utenti e il divieto di controlli preventivi e generalizzati sui contenuti stessi. Non pare eccessivo pensare che la Corte avrebbe potuto tenere conto di uno scenario in evoluzione provando a ordinare la materia e chiarendo a quali soggetti si applichino le norme e i principi in materia di libertà d'espressione su Internet. Ciò, invero, è stato fatto diverse volte dai giudici di Strasburgo, non da ultimo nel caso *Demir e Baykara*, nel quale è stato chiaramente affermato come «it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned [...] to denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law» (CO.D.U., sent. 12-11-2008, ricorso n.

34503/97, *Demir e Baykara*, par. 86). A parere di chi scrive una “continua evoluzione” in materia di libertà di espressione è riscontrabile, soprattutto per ciò che concerne la libertà di fornire e ricevere informazioni su Internet (M. McDonagh, *Right to information under International Human Rights Law*, in *H.R. L. Rev.*, 2013, 36-37). Sarebbe stato auspicabile e necessario un intervento autorevole della Corte per chiarire se e fino a che punto il contesto internazionale in materia di diritti umani sia favorevole all’interpretazione data dalle corti estoni e ciò risulta evidente dall’analisi del secondo argomento utilizzato dalla Corte: l’applicazione, alle c.d. nuove tecnologie, di norme già esistenti, ma originariamente non immaginate per siffatti “nuovi” scenari. La Corte qui ricostruisce la sua giurisprudenza sul tema, richiamando alcune sentenze che avallerebbero la sua conclusione, ma che, invero, non paiono in termini in relazione al caso di specie. Nello specifico, i giudici fondano il loro ragionamento sulla sentenza *Bernb Larsen Holding* (CO.D.U., sent. 14-3-2013, ricorso n. 24117/08, *Bernb Larsen Holding*) nella quale la Corte riteneva compatibile con la Convenzione l’applicazione di una legge in materia di ispezioni fiscali a documenti salvati in formati elettronici, benché siffatta categoria non fosse originariamente prevista nelle norme in questione. Quanto detto pare effettivamente giustificabile alla luce, ancora, della giurisprudenza della Corte in materia di prevedibilità della previsione legislativa che va valutata alla luce di una serie di variabili, tra le quali «the content of the text in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed» (CO.D.U., sent. 11-11-1996 ricorso n. 17862/91, *Cantoni*, par. 35). Ciò detto, sembra evidente che il ragionamento poc’anzi esposto sia valido solo “in assenza” di disposizioni normative che disciplinino una determinata situazione; ciò che renderebbe, quindi, necessario ricorrere a leggi esistenti “adattandole”, nel contenuto, a fatti nuovi e non originariamente contemplati. Questo non pare essere il caso dei gestori di servizi su Internet; per questi, infatti, esiste già, in Estonia, un’autonoma e specifica previsione legislativa che recepisce la direttiva dell’Unione europea sul commercio elettronico. Una domanda sembra quindi lecita: un soggetto quale la società Delfi che, pur gestendo un sito di notizie, ospita una sezione riservata ai commenti, in quale ambito normativo si colloca? Viene da chiedersi, quindi, se il non-intervento della Corte nel merito della definizione dell’attività della società Delfi – e qui vi è una convergenza tra i due profili critici appena esposti – non abbia, invero, contribuito a

rendere ancor meno prevedibile la legge applicabile ai soggetti che, su Internet, ospitano commenti pubblicati liberamente e autonomamente dagli utenti dei siti Internet in questione. La Corte di fatto lascia agli Stati la definizione di tale aspetto, contribuendo ad alimentare un'evidente confusione di ruoli – tra *media publisher* e *Internet Service Provider* – che riguarda la stragrande maggioranza dei portali *web* che si occupano della diffusione di notizie *on-line*. In estrema sintesi, la Corte non solo avrebbe potuto, ma avrebbe dovuto entrare nel merito della questione poiché questa ha delle ripercussioni notevoli sull'applicazione della CEDU stessa.

6. – Quanto detto finora ha indubbiamente influenzato il ragionamento della Corte anche sotto altri profili, in particolar modo per ciò che concerne la valutazione della proporzionalità della sanzione comminata dalle corti estoni alla società Delfi. Come visto poc'anzi – par. 4 – è senz'altro possibile sanzionare eventuali eccessi nei contenuti di un'espressione, soprattutto quando questi siano tali da ledere diritti altrui, in particolare diritti della personalità, tra cui il diritto alla reputazione. In siffatti casi è compito del giudice bilanciare i diritti in gioco: la libertà d'espressione e il diritto alla reputazione altrui (A. Saccucci, *Libertà di informazione e rispetto della vita private delle personalità politiche e di governo secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 105 ss.); ciò che correttamente fa la Corte nel caso *Delfi*, enunciando i principi di carattere generale applicabili alla fattispecie e giungendo alla conclusione che la sanzione comminata alla società ricorrente fosse proporzionata ai sensi della CEDU. Gli argomenti per mezzo dei quali la corte giunge a siffatta conclusione sono essenzialmente due e si fondano sulla natura dell'articolo pubblicato sul sito Internet (non i commenti) e sul sistema predisposto dalla società Delfi al fine di eliminare eventuali commenti offensivi. Per ciò che riguarda il primo argomento, la Corte rileva come l'articolo fosse già di per se in grado di attirare commenti oltraggiosi nei confronti di soggetti terzi e che quindi la società Delfi «could have realised that it might cause negative reactions» avrebbe quindi altresì dovuto «exercise a degree of caution in the circumstances of the present case in order to avoid being held liable for an infringement of other persons' reputations» (par. 88). Non è chiaro interpretare il contenuto dell'affermazione della Corte presa singolarmente, mentre risulta più intellegibile il ragionamento dei giudici di Strasburgo nei passaggi successivi, relativi al sistema di *notice-and-take-down* per il quale è possibile eliminare commenti

inappropriati. Siffatto sistema può operare automaticamente in presenza di termini pre-determinati e inseriti dell'utente oppure può rispondere ad una diretta sollecitazione da parte dell'interessato, ciò che è accaduto nel caso *Delfi*, nel quale il commento oggetto del contendere è stato prontamente rimosso. Pur apprezzando tale sistema di protezione, la Corte lo ritiene insufficiente a tutelare i diritti altrui, in special modo il diritto alla reputazione, in quanto la lesione si verifica automaticamente nel momento in cui il commento è reso pubblico. Ciò detto, la Corte addirittura suggerisce quello che, a parere dei giudici di Strasburgo, può essere un efficace meccanismo, fatto di misure «such as a requirement of prior registration of users before they were allowed to post comments, monitoring comments by the applicant company before making them public, or speedy review of comments after posting» (par. 90). Che una testata giornalistica debba fare attenzione a ciò che pubblica sembra piuttosto evidente, ma che siffatta attenzione debba tramutarsi in una sorta di preveggenza dei comportamenti dei singoli utenti del sito non pare corrispondere agli orientamenti della prassi, in particolare nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, che riafferma costantemente l'applicabilità del già citato art. 15 della dir. 2000/31. Ad esempio, le conclusioni dell'Avvocato generale Jaaskinen nel caso *L'Oreal SA c. EBay* sembrano indicare l'inesistenza di un obbligo preventivo, a carico dei gestori di servizi su Internet, di conoscenza dei contenuti immessi dagli utenti: «la condizione relativa alla conoscenza effettiva sembra escludere la conoscenza presunta. Non è sufficiente che il prestatore di servizi avrebbe dovuto essere al corrente dell'attività lecita, o che abbia buone ragioni per sospettarne l'esistenza» (Corte giust., conclusioni dell'Avvocato generale Jaaskinen 9-12-2010, causa C-324/09, *L'Oreal*, in *Racc.*, I-06011 ss., par. 163). A ciò si aggiunga la giurisprudenza consolidata delle Corti di giustizia nel caso *Scarlet Extended*, nei quali i giudici di Lussemburgo hanno affermato che un obbligo generale di monitoraggio imposto ai gestori di servizi su Internet non solo sarebbe in violazione dell'art. 15 della dir. 2000/31, ma anche dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che tutela la libertà d'impresa; siffatte misure, infatti, sono «inutilmente costose e complesse» (Corte giust., sent. 24-11-2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended*, in *Racc.*, I-11959 ss., par. 46-49). Sembra possibile, quindi, cogliere una distanza tra la sentenza *Delfi* e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE; va comunque notato come in quest'ultima il tema della

libertà d'espressione esca marginalmente, avendo la Corte di giustizia ragionato più che altro sugli obblighi dei gestori di servizi su Internet in relazione alla tutela del diritto d'autore (in questo senso sia consentito rinviare a A. Spagnolo, *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, in *Giur. merito*, 2013, 130-131). Per quanto i principi enunciati, e sopra richiamati, siano senz'altro applicabili a tutti i casi in cui la responsabilità dei gestori di servizi su Internet sia in gioco, se i giudici di Lussemburgo avessero preso una posizione più netta con riguardo a un'ipotetica violazione della libertà d'espressione, forse la Corte europea avrebbe avuto qualche argomento in più per ragionare in maniera differente. Occorre però dire, all'esito delle considerazioni fin qui svolte, che a viziare l'intero impianto della sentenza – anche, quindi, la valutazione della proporzionalità delle sanzioni imposte – è la qualificazione della società Delfi come *media publisher* e non come *Internet Service Provider*. Ciò porta la Corte a distanziarsi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, raggiungendo, però una soluzione in netto contrasto con lo scenario europeo in materia di tutela della libertà d'espressione.

7. – Quanto da ultimo detto può servire per trarre alcune conclusioni sulla tutela della libertà d'espressione su Internet dinanzi alle corti europee. Come si è visto, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rinunciato ad analizzare nel merito la definizione che le corti estoni hanno dato della natura dell'attività della società Delfi, accettando che questa venisse qualificata come *media publisher* e ritenendo che la stessa debba operare un controllo preventivo sui contenuti immessi dagli utenti. La Corte di giustizia, invece, forte della possibilità di applicare la Carta dei diritti fondamentali e la dir. 2000/31, ribadisce l'esenzione di responsabilità per i gestori di servizi su Internet contenuta nell'art. 14 di quest'ultima e afferma la contrarietà al diritto dell'UE di misure che impongano, a tali soggetti, un controllo preventivo sui contenuti immessi dagli utenti. Per quanto vi siano delle differenze – la Corte europea parte dal presupposto che determinate attività siano editoriali, diversamente dalla Corte di Lussemburgo – risulta molto evidente come vi sia una necessità di armonizzazione. Tale necessità sembra ancora più sentita se si hanno a mente due orizzonti futuri: l'adesione dell'UE alla CEDU e l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 aggiuntivo a quest'ultima. Soprattutto questa seconda prospettiva potrebbe presentare aspetti problematici: il Protocollo n. 16, una volta entrato in

vigore, istituirà una procedura per la richiesta di pareri consultivi alla Corte europea; una sorta di “rinvio pregiudiziale” sul modello di quello alla Corte di giustizia dell’Unione europea. Sarebbe auspicabile, quindi, che Corte europea e Corte di giustizia armonizzassero le loro decisioni in materia di libertà d’espressione su Internet enunciando principi generali appropriati in uno scenario in continuo mutamento dove la definizione degli obblighi a carico degli attori è lungi dall’essere consolidata (come già rilevava G. Strozzi, *La libertà dell’informazione nel diritto internazionale*, in AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, CEDAM, 1990, 685).



ISSN 2037-6677

2014/1

The Portuguese *Tribunal Constitucional* rules the unconstitutionality of the Parliamentary proposal for a *referendum* on the introduction of child adoption and co-adoption for same-sex couples

Il *Tribunal Constitucional* portoghese dichiara incostituzionale la proposta parlamentare di *referendum* su coadozione e adozione di figli per coppie omosessuali

Anna Ciammariconi

Child adoption - civil rights - same-sex couples



Il *Tribunal Constitucional* portoghese dichiara incostituzionale la proposta parlamentare di *referendum* su coadozione e adozione di figli per coppie omosessuali

di Anna Ciammariconi

Con l'*Acórdão* n. 176 del 2014 il *Tribunal Constitucional* portoghese (in breve TC) si è pronunciato, in sede di *fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade*, sulla legittimità della proposta di *referendum* in materia di coadozione e adozione di figli per le coppie formate da persone dello stesso sesso. Il quesito referendario – costituito dalle seguenti domande: «1. “*Concorda que o cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo possa adotar o filho do seu cônjuge ou unido de facto?*”. 2. “*Concorda com a adoção por casais, casados ou unidos de facto, do mesmo sexo?*”» – è stato inviato all’esame del TC dal Presidente della Repubblica Aníbal Cavaco Silva. In particolare, è stata trasmessa al vaglio dei giudici costituzionali la *Resolução* n. 6-A/2014 dell’*Assembleia da República*, attraverso la quale il Parlamento lusitano ha ritenuto opportuno – prima ancora di intervenire a disciplinare con proprio atto tale delicata materia – consultare tutti i cittadini portoghesi, elettori “registrati” nel territorio nazionale (non anche, dunque, i cittadini residenti all’estero. Sul punto v. *infra* nel testo e le *Declarações de voto* annesse all’*Acórdão* n. 176/2014 formulate dai *Juízes Conselheiros* L. Rodrigues Ribeiro, J. Cura Mariano, M.J. Antunes e C. Fernandes Cadilha). In realtà, l’opzione di ricorrere all’istituto referendario è stata promossa dal gruppo parlamentare maggioritario (il *Partido Social Democrata*, forza politica di centrodestra) contando su un esito negativo

della consultazione, che avrebbe evidentemente condizionato il dibattito parlamentare sui progetti di legge proposti dai gruppi riconducibili a forze politiche avversarie (alcuni deputati del *Partido Socialista* hanno interpretato la scelta del *Partido Social Democrata* alla stregua di vera e propria “*golpada*”: cfr. la notizia apparsa sul sito http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?id_news=686206. V. altresì le considerazioni della deputata del *Partido Socialista* Isabel Moreira reperibili su www.publico.pt/sociedade/noticia/coadopcao-tres-razoos-para-se-votar-contra-um-referendo-1619763). Occorre comunque precisare che l’*iter* di approvazione di detti progetti aveva subito alcune battute d’arresto: in particolare, i progetti dei deputati del *Bloco de Esquerda* e del *Partido Ecologista “Os Verdes”* sono stati rigettati senza che vi fosse stata alcuna discussione, mentre il progetto del gruppo del *Partido Socialista* aveva al momento ottenuto l’approvazione in sede di generalità, ma non anche in sede di specialità (giòva rammentare al riguardo che nell’ordinamento portoghese l’*iter legis* o, più specificatamente, il processo legislativo ordinario – *Processo legislativo comum* – è articolato in tre fasi: l’analisi del testo nella generalità, che si svolge in aula; l’analisi del testo nella specialità, che avviene in commissione; l’approvazione finale, che avviene di nuovo in aula. Per approfondimenti sull’argomento v. A. Vargas, L. Lopes Costa, *O Processo Legislativo no Parlamento Português*, in A. Vargas, P. Valente (coord.), *O Parlamento na Prática*, Lisboa, Assembleia da República, 175-181).

Il TC, prima di pronunciarsi sulla questione della compatibilità della *Resolução* n. 6-A/2014 rispetto alla *Constituição da República Portuguesa* (CRP) – e, in particolare, all’art. 115, rubricato «*Referendo*» – nonché alla *Lei Orgânica di Regime do Referendo* (LORR), ritiene opportuno soffermarsi sull’evoluzione della disciplina giuridica della famiglia e dell’istituto dell’adozione, anche al fine di rimarcare come l’ambito in parola sia fortemente condizionato dall’evoluzione culturale e dei costumi, al punto che oggi pare difficile affermare ancora l’esistenza di un unico modello di famiglia identificato con quello “tradizionale” o “naturale”.

L’*excursus* normativo operato dai giudici di Lisbona – a partire dall’introduzione dell’istituto *de quo* nel codice civile del 1966 – risponde essenzialmente allo scopo di mostrare come la funzione ricondotta all’adozione sia stata tutt’altro che costante nel tempo: se il legislatore tendeva, almeno in un primo momento, a privilegiare il

diritto alla genitorialità, successivamente ha prestato maggiore attenzione alla tutela dell'adottato, con il conseguente incremento di aspetti d'ordine procedurale e la previsione di sempre più stringenti requisiti necessari alla capacità adottiva (muove in tal senso soprattutto la legge n. 31 del 2003, mediante la quale è stata introdotta una riforma molto profonda della disciplina sull'adozione, affermandosi in modo chiaro e inequivocabile il principio dell'interesse superiore del fanciullo).

In una prospettiva più generale, la ricostruzione effettuata dal TC consente di cogliere un sostanziale parallelismo tra le tappe che hanno scandito le riforme in materia di famiglia, filiazione e matrimonio e quelle che hanno interessato la disciplina relativa all'adozione; in proposito, la versione originaria del codice civile affermava, ad esempio, che l'accesso alla capacità adottiva fosse riservato alle sole coppie che, tra gli altri requisiti, avessero compiuto almeno il trentesimo anno di età e fossero unite in matrimonio da non meno di dieci anni (con una deroga nel caso in cui l'adottato fosse figlio illegittimo di uno degli adottanti); successivamente, attraverso la riforma del codice civile del 1977, unitamente alla riduzione dell'età anagrafica dei coniugi (venticinque anni) e della durata del matrimonio (almeno cinque anni), si assiste all'eliminazione della condizione – precedentemente ritenuta necessaria – della mancanza di figli legittimi, coerentemente con l'obbligo di non operare discriminazioni tra figli nati al di fuori del matrimonio e quelli nati in costanza dello stesso. Sempre in tale direzione può collocarsi la disciplina introdotta dalla *Lei* n. 135 del 1999 (successivamente abrogata dalla *Lei* n. 7 del 2001), mediante la quale la nozione giuridica di famiglia viene estesa alle unioni di fatto aventi durata superiore ai due anni e costituite da persone di sesso diverso; contestualmente, è riconosciuto a queste ultime il diritto di adottare figli alle medesime condizioni delle coppie sposate.

In seguito all'estensione, per opera della già citata *Lei* n. 7 del 2001, del regime giuridico delle unioni di fatto formate da persone di sesso diverso a quelle costituite da persone dello stesso sesso si sancisce il divieto per le coppie omosessuali di accedere all'adozione congiunta. Analogo divieto è ribadito dalla *Lei* n. 9 del 2010 attraverso la quale, dopo un lungo e travagliato *iter* di approvazione, viene introdotto in Portogallo il matrimonio tra persone dello stesso sesso (per informazioni più dettagliate sull'argomento sia consentito rinviare a A. Ciammariconi, *Le dinamiche*

evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, spec. 686-692, e Id., *Brevi riflessioni a margine della legittimazione del same-sex marriage nell'ordinamento portoghese*, in A. Ciccarelli, P. Gargiulo (cur.), *La dimensione sociale dell'Unione europea alla prova della crisi globale*, Milano, FrancoAngeli, 2012, 165 ss.).

Con specifico riferimento alla capacità adottiva, l'art. 3, n. 1 stabilisce che le modifiche apportate dalla legge in questione «*não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com conjuges do mesmo sexo*» e aggiunge, al n. 2, che nessuna disposizione legislativa in materia di adozione può essere interpretata «*em sentido contrário ao disposto no número anterior*».

È proprio nel tentativo di superare i divieti da ultimo accennati che muove la proposta referendaria al vaglio del TC. Dopo aver affrontato alcune questioni relative al rispetto dei vincoli legislativi e costituzionali del ricorso al *referendum* (in virtù di quanto previsto dall'art. 4, n. 1 LORR – secondo cui possono costituire oggetto di *referendum* gli atti legislativi «*em processo de apreciação, mas ainda não definitivamente aprovados*» –, e dall'art. 115, n. 3 e 4, CRP – ai sensi del quale, rispettivamente, il *referendum*, deve ricadere su «*questões de relevante interesse nacional*» e non invadere gli ambiti espressamente esclusi dalla consultazione popolare, tra cui si annoverano: le modifiche alla Costituzione; le questioni e gli atti il cui contenuto riguarda il bilancio, aspetti tributari o finanziari; le materie previste nell'art. 161 CRP e quelle indicate nell'art. 164 CRP, con esclusione dell'*alínea i* –), il collegio giudicante affronta il nodo più problematico, vale a dire quello concernente la formulazione con cui è posto il quesito referendario. Spetta al TC, in particolare, valutare se il *referendum* «*recairá sobre uma só matéria*», ossia se risulta rispettata – al fine di evitare che si possano ingenerare confusioni nell'elettore (art. 115, n. 6, CRP e 6 LORR) – l'indispensabile condizione del requisito di omogeneità e unità della materia oggetto della consultazione popolare (cfr. al riguardo *Acórdão* n. 176/2014, p.to 13, in cui, rinviando a considerazioni espresse in dottrina, si sottolinea come: «[o] “carácter monotemático” do referendo tem por objectivo evitar “*confusões quer quanto ao próprio objecto da consulta ... e, ainda, confusões quanto às próprias respostas dos cidadãos eleitores*»).

Nel caso di specie, i quesiti formulati – pur occupandosi del medesimo ambito – attengono a due profili distinti: l'uno relativo alla coadozione, l'altro riguardante l'adozione congiunta per le coppie formate da persone dello stesso sesso (e a dimostrazione della sostanziale differenza tra detti profili, il TC ha cura di ricordare, tra l'altro, che i progetti di legge in materia di adozione congiunta per le coppie omosessuali sono stati rigettati, mentre quello relativo alla coadozione è giunto all'approvazione nella generalità).

La coadozione consentirebbe ad uno dei due *partner* di stabilire un vincolo giuridico con il minore con cui intrattiene «*uma relação de parentalidade*»; in altri termini, si tende a privilegiare l'*interesse da criança*, essendo il fanciullo di fatto già integrato in una famiglia composta da una coppia formata da persone dello stesso sesso (come può evincersi anche dalla giurisprudenza della CO. D.U. richiamata dal TC, nella quale si fa leva sul criterio dell'effettività dei vincoli familiari, sull'esistenza della “vita familiare” e delle relazioni stabili: v. le sentenze *K e T. c. Finlandia*, del 12-7-2001; *Pini, Bertani e altri c. Romania*, del 22-6-2004; *Gas e Dubois c. Francia*, del 31-10-2010; *X e altri c. Austria*, del 19-2-2013).

L'adozione congiunta, diversamente, non presuppone alcuna relazione pregressa («*Trata-se apenas de uma adoção conjunta, simultânea, ex nihilo de uma criança que não é filha de nenhum dos membros do casal*»: cfr. *Acórdão* n. 176/2014, p.to 15.4), sicché ad emergere non sarebbe primariamente l'interesse del fanciullo ma quello della coppia omosessuale che aspira a vedersi riconosciuta la possibilità di adottare un bambino.

Nella prima ipotesi, siamo di fronte ad una famiglia già di fatto costituita, mentre nella seconda ci troviamo dinanzi ad una famiglia che deve ancora formarsi (p.to 15.4, *Acórdão* n. 176/2014). La sostanziale differenza tra i due profili accennati – ma posti «*em conjunto*» e per i quali, dunque, l'elettore è chiamato ad esprimersi con un'unica risposta – produce, secondo il ragionamento dei giudici, ambiguità e compromette «*a genuinidade do resultado do escrutínio referendario*» poiché viene meno la possibilità in capo all'elettore di effettuare «*ponderações autónomas*» (di fatto – secondo i giudici – «*a resposta dada à segunda pergunta pode “contaminar” a resposta dada à primeira, ou vice-versa, de tal forma que, se feitas separadamente, as questões poderiam obter respostas diferentes, porque o eleitorado teria presente que as valorações inerentes a ambas seriam também*

diferentes»: p.to 15.5, *Acórdão* n. 176/2014. V. anche p.to 15.6, *Acórdão* n. 176/2014. Va sottolineato come autorevole dottrina portoghese non abbia condiviso le censure del TC; in particolare, J. Miranda – v. il sito Internet http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?id_news=686171 – per un verso, ritiene che le domande formulate nella proposta referendaria «*são um pouco diferentes*» e, per altro verso, reputa ammissibile dare una risposta disgiunta, e quindi «*responder 'sim' a uma e 'não' a outra*»). Non a caso, sottolinea il TC richiamando la sua pregressa giurisprudenza (in special modo gli *Acórdãos* n. 549/1999 e 398/2012), nell'ipotesi di molteplicità di quesiti è necessario garantire «*um conjunto unívoco de respostas ou uma resposta global unívoca*» (v. ancora p.to 15.6, *Acórdão* n. 176/2014); presupposto, quest'ultimo, indispensabile anche al fine di fornire al legislatore indirizzi chiari in merito alle misure legislative da approvare in futuro.

Come in parte anticipato, il TC ha rilevato un ulteriore profilo di incostituzionalità attinente all'elettorato chiamato a partecipare alla consultazione referendaria, ai sensi degli art. 115, n. 12 e 223, n. 1, *al. f*), CRP. La *Resolução* n. 6-A/2014 dell'*Assembleia da República* restringe infatti il diritto di voto ai «*cidadãos eleitores recenseados no território nacional*». Secondo le disposizioni costituzionali, a loro volta specificate dall'art. 37 LORR, i soli elettori portoghesi, residenti nel territorio nazionale, possono prendere parte al *referendum*, salva l'estensione di detto diritto – sulla quale spetta ai giudici costituzionali pronunciarsi – anche a coloro che risiedono all'estero. Nel decidere in merito a tale specifico aspetto, i giudici devono tener conto dell'effettivo legame dei residenti all'estero con la comunità nazionale e del fatto che la consultazione popolare incida «*sobre matéria que lhes diga também especificamente respeito*». Nel caso di specie – rileva il TC – la limitazione dell'«*universo eleitoral*» ai soli portoghesi residenti sul territorio nazionale contrasta con una serie di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati (su tutti, il principio di eguaglianza, sancito nell'art. 13 CRP). È di tutta evidenza, infatti, che l'oggetto del *referendum* può interessare, sotto diversi profili, anche i portoghesi residenti all'estero: «*o dilema colocado pelas perguntas referendárias ... é um assunto que também interessa aos portugueses e comunidades portuguesas residente no estrangeiro*», dato che essi hanno, al pari degli altri, diritto ad adottare «*menores no seu país, porque pode haver menores residentes em Portugal com pai(s) adotivos residentes no estrangeiro ou menores residentes no estrangeiro com pai(s) residentes*

em Portugal, cujas relações estão sujeitas à lei pessoal do adotante [art. 60, n. 3, c.c.]» (p.to 16, Acórdão n. 176/2014).

In seguito alla bocciatura del TC, il *Partido Social Democrata* ha deciso di lasciar cadere la questione del *referendum*, mentre il *Partido Socialista* è riuscito a far votare il suo progetto di legge, che, tuttavia, è stato rigettato in sede di “*votação final global*”.



ISSN 2037-6677

2014/1

El Masri and beyond: Poland as a “partner in crime” in
the extraordinary renditions

El Masrie oltre: la Polonia “colpevole per complicità”
nelle *extraordinary renditions*

Gabriele Marino

War on terror - fair trial - right to an effective remedy

www.dpce.it



El Masri e oltre: la Polonia “colpevole per complicità” nelle extraordinary renditions

di Gabriele Marino

1. – Con le sentenze “gemelle”, pronunciate il 24 luglio 2014 nelle cause promosse da Abd Al Rahim Hussayn Muhammad Al Nashiri (2876/11) e Zayn Al-Abidin Muhammad Husayn, altrimenti noto come Abu Zubaydah (7511/13) contro la Repubblica di Polonia, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha assestato un altro duro colpo al High Value Detainees Programme (HVD Programme), promosso dal Governo degli Stati Uniti – e affidato alla Central Intelligence Agency – nell’ambito della c.d. “war on terror”. La tristemente nota pratica delle *extraordinary renditions*, censurata per la prima volta dalla stessa Corte in *El Masri* (CO. D.U., sent. 13-12-2012, causa 39630/09, *El Masri*; in proposito A. Vidaschi, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence Between Courts: the Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Shetreet (cur.), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace*, Leiden, Brill, 2014, 107), ha incontrato la nuova e ferma condanna dei giudici di Strasburgo con due decisioni che promettono – per la portata sistematica – di inaugurare un vero e proprio filone giurisprudenziale. Nelle oltre 160 pagine che compongono ciascuna sentenza, la Corte ha sapientemente ricondotto ad unità un numero ragguardevole di documenti (ufficiali e non), testimonianze e altri elementi di prova, così offrendo una fotografia completa e lucida dello stato dell’arte in

materia di *extraordinary renditions*. Superando, in un certo senso, la giurisprudenza *El Masri* i giudici sono stati capaci di fondare e motivare con coerenza il proprio convincimento, pur non potendo in alcun modo interagire con le vittime, tutt'ora detenute presso la base navale di Guantanamo Bay, a Cuba.

2. – La decisione, adottata dai giudici della *former fourth Section* (la quarta sezione, nella composizione antecedente al 1 febbraio 2014, data a partire dalla quale è stata modificata la composizione delle sezioni della Corte), di trattare congiuntamente le due cause in esame, non sembra potersi ricondurre alla pur evidente affinità del *thema decidendum*, o al fatto che uno solo – la Polonia – fosse lo Stato chiamato in giudizio dai ricorrenti. Il legame tra i ricorsi presentati, in tempi diversi, da Al Nashiri (cittadino saudita) e Abu Zubaydah (apolide, nato in Palestina) va ben oltre l'aspetto formale, tanto da giustificare un'attività istruttoria congiunta per le due cause: le violazioni lamentate, infatti, e le circostanze di fatto poste a fondamento di entrambi i ricorsi sono pressoché identiche; simili, se non identiche, sono anche le indicazioni offerte circa i tempi e i luoghi. Entrambi i ricorrenti, insomma, pur non avendone contezza, hanno vissuto una storia simile e attraversato comuni traversie.

Non è né necessario, né opportuno, in questa sede, proporre una ricostruzione dettagliata delle circostanze di fatto poste a fondamento delle decisioni che qui si commentano: la pratica delle *extraordinary renditions* è ormai tristemente nota (in proposito si vedano anche A. Vidaschi, *Extraordinary Renditions: esiste una giustizia transnazionale?*, in questa *Rivista*, 2013, 1255 e P. Gaeta, *Extraordinary Renditions e giurisdizione italiana nei confronti degli agenti statunitensi coinvolti nel caso Abu Omar*, in, *Riv. Dir. internaz.*, 2013, 530), non solo tra gli studiosi del diritto. Sarà sufficiente ripercorrere brevemente la cronologia degli eventi che, secondo la ricostruzione della Corte, hanno coinvolto i ricorrenti.

Catturati, l'uno (Abu Zubaydah) in Pakistan, nel marzo del 2002, e l'altro (Al Nashiri) negli Emirati Arabi, nell'ottobre dello stesso anno, entrambi i ricorrenti sono stati presi in custodia dalla CIA. Il primo è stato trasferito direttamente in Thailandia, presso uno dei *black sites* dell'Agenzia, denominato "Cat's Eye", il secondo vi è giunto nel novembre del 2002, dopo un breve periodo in Afghanistan, presso la prigione di "Salt Pit" (già nota per il caso *El Masri*).

Il successivo 5 dicembre, entrambi i ricorrenti sono stati trasferiti, a bordo di un jet privato, dalla Thailandia all'aeroporto di Szymany, in Polonia, e da qui alla base dell'*intelligence* polacca di Stare Kiejkuty. Sin dalla loro cattura e durante l'intero periodo di detenzione sotto custodia CIA, entrambi i ricorrenti sono stati ripetutamente interrogati facendo ricorso alle c.d. "tecniche rafforzate di interrogatorio" (*enhanced interrogation techniques*), adottate allo scopo di ottenere informazioni utili alla *war on terror*, con l'inflizione di sofferenze fisiche e psicologiche.

A partire dal giugno 2003 Al Nashiri e Abu Zubaydah sono stati ciclicamente trasferiti presso quattro diversi *black sites* (in proposito entrambi hanno presentato alla Corte separati ricorsi, l'uno contro la Romania, l'altro contro la Lituania), prima di essere definitivamente affidati – nel settembre 2006 – alla custodia del Dipartimento della difesa, presso la base navale di Guantanamo Bay dove si trovano ancora oggi.

Contro il solo Al Nashiri sono stati formulati capi d'imputazione per terrorismo (relativi agli attentati subiti dalla USS Cole nel 2000 e dalla MV Limburg nel 2002), per i quali è prevista la pena di morte. Il processo è ancora oggi pendente innanzi a una commissione militare.

3. – Entrambi i ricorrenti hanno domandato alla Corte di accertare la violazione, da parte della Repubblica di Polonia, di diritti e libertà fondamentali protetti dalla CEDU. Segnatamente, entrambi i ricorrenti hanno lamentato la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura) per essere stati ripetutamente sottoposti, nel corso di numerosi interrogatori, a trattamenti crudeli, inumani e degradanti, allo scopo di ottenere informazioni utili nell'ambito della *war on terror*; hanno denunciato, inoltre, la violazione dell'art. 5 CEDU (diritto alla libertà e alla sicurezza) per essere stati privati della libertà e illegalmente detenuti, in assenza di qualsivoglia garanzia, in condizioni di isolamento e senza alcuna possibilità di comunicare con l'esterno.

Con riguardo agli art. 3 e 5 CEDU, i ricorrenti hanno censurato la condotta dalla Repubblica di Polonia, tanto per il periodo di detenzione trascorso a Stare Kiejkuty, in territorio polacco, quanto per i successivi periodi di prigionia, presso strutture detentive site nel territorio di Paesi terzi. Le autorità polacche, infatti, nel

consentire la deportazione dei ricorrenti al di fuori del territorio dello Stato li avrebbero consapevolmente esposti al rischio concreto di subire ulteriori, gravi abusi.

Seguendo la medesima linea argomentativa, i ricorrenti hanno, altresì, allegato la violazione dell'art. 6 CEDU (diritto a un giusto processo) poiché, consentendone il trasferimento al di fuori della propria giurisdizione, la Polonia avrebbe scientemente accettato la possibilità che costoro fossero sottoposti a un processo manifestamente ingiusto (*flagrantly unfair trial*) da parte del Governo statunitense, dinanzi a una commissione militare.

Infine, a parere dei ricorrenti, la Repubblica di Polonia avrebbe violato l'art. 13 CEDU (*right to an effective remedy*, diritto a un "ricorso effettivo", *rectius* diritto a un "rimedio efficace") per non aver offerto loro alcun rimedio onde riparare agli abusi subiti, nell'ambito della giurisdizione nazionale. In particolare, l'inchiesta avviata nel 2008 (a più di sei anni dai fatti denunciati) da parte dell'autorità giudiziaria polacca, oltre a protrarsi per un periodo di tempo irragionevole, sarebbe stata connotata dalla scarsa indipendenza dei giudici inquirenti (più volte sostituiti), avrebbe subito pressanti interferenze politiche e non avrebbe consentito alle vittime (per il tramite dei difensori) di prestare la propria attiva partecipazione agli atti di indagine.

Da ultimo, il solo Al Nashiri ha invocato la responsabilità della Polonia per violazione degli art. 2 (diritto alla vita) e 3 CEDU, oltre che dell'art. 1 del VI protocollo addizionale alla CEDU (abolizione della pena di morte: «La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena né giustiziato»), poiché – consentendo la sua deportazione al di fuori del territorio dello Stato – le autorità polacche avrebbero accettato il *real risk* di una sua condanna alla pena capitale.

Il Governo polacco ha contestato la ricevibilità dei ricorsi presentati da Al Nashiri e Abu Zubaydah. I ricorrenti, ad opinione dello Stato convenuto, non avrebbero potuto proporre alla Corte un ricorso individuale, ai sensi dell'art. 34 CEDU, se non «dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne» (art. 35 CEDU). Dette vie di ricorso non sarebbero state esaurite. In particolare, l'indagine condotta dalla magistratura polacca, a partire dal 2008, non sarebbe stata ancora conclusa, così da escludere la possibilità – per i ricorrenti – di adire la Corte. Secondo la posizione espressa dalla Repubblica di Polonia, l'inchiesta non si sarebbe protratta per un tempo irragionevole, alla luce della particolare complessità degli atti di

indagine, oltre che dell'estrema delicatezza della materia, che peraltro coinvolgerebbe direttamente informazioni sensibili per la sicurezza dello Stato e per le sue relazioni internazionali.

Inoltre, la necessità di tutelare il segreto istruttorio, scongiurando altresì la divulgazione di informazioni classificate, avrebbe impedito al Governo polacco di instaurare un proficuo contraddittorio in ordine ai fatti allegati dai ricorrenti.

4. –Prima di dedicarsi all'analisi della risposta della Corte alle doglianze dei ricorrenti, pare opportuno richiamare l'attenzione sulla peculiare attività istruttoria compiuta dai giudici di Strasburgo nelle cause *de quibus*. Come già si è accennato, diversamente da quanto accaduto in *El Masri*, entrambi i ricorrenti si trovavano (e tuttora si trovano) detenuti presso la base navale americana di Guantanamo Bay, nella materiale impossibilità di comunicare, tanto con i propri difensori, e finanche con la Corte.

La ricostruzione fattuale proposta dalle difese di entrambi i ricorrenti, quindi, e la successiva analisi della Corte, si sono basate sulla sola analisi di atti e documenti ufficiali, disponibili per il pubblico e sull'audizione di tre esperti internazionali, in qualità di testimoni.

Sorprendentemente, la prova documentale di maggior importanza nell'ambito di entrambi i giudizi è costituita da un documento redatto dalla Central Intelligence Agency. Nell'agosto del 2009, infatti, lo stesso Governo degli Stati Uniti ha rilasciato un rapporto ufficiale del maggio 2004, dal titolo *Special Review Counterterrorism Detention and Interrogation Activities September 2001 – October 2003*. Il rapporto (disponibile sul sito www.aclu.org), precedentemente classificato *top secret*, ripercorre in 109 pagine (pur con evidenti censure) la genesi e lo sviluppo dell'HVD Programme (il programma per detenuti ad alto valore), vero *core business* delle attività dell'Agenzia nell'ambito della *war on terror*.

Il *report* descrive, con lucidità clinica, le fasi della cattura e della detenzione dei primi detenuti nell'ambito del programma (tra cui Abu Zubaydah, primo *target* dell'Agenzia nel marzo 2002, e Al Nashiri) offrendo una meticolosa ricostruzione delle condizioni di detenzione, delle tecniche di interrogatorio applicate, della loro efficacia e degli effetti sui detenuti. Le tecniche di interrogatorio autorizzate («*legally sanctioned*») sono classificate in ordine di intensità, passando dalle “semplici” percosse,

al *walling* (che consiste nello scagliare il detenuto di schiena contro una parete) al più noto *waterboarding* (finalizzato a provocare nel detenuto una sensazione di asfissia). Altrettanto inequivoca appare la descrizione delle condizioni di detenzione, tra cui spiccano la reiterata privazione del sonno (sino a 11 giorni), la somministrazione continua di musica ad alto volume e una dieta tale da indebolire il soggetto. Tutto quanto sin qui riassunto allo scopo di «dissociare il detenuto, massimizzare il suo senso di vulnerabilità e impotenza, così da ridurre o eliminare la sua volontà di resistere ... agli sforzi compiuti per ottenere informazioni critiche» (descrizione che trova conferma in un rapporto del 2009 del Dipartimento della giustizia, intitolato *Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of 'Enhanced Interrogation Techniques' on Suspected Terrorists* e in un secondo rapporto CIA, del 2004, intitolato *Background Paper on CIA's Combined Use of Interrogation Techniques*, entrambi disponibili sul sito www.aclu.org e acquisiti agli atti dalla Corte).

L'individuazione della base di Stare Kiejkuty, quale *black site* della CIA in Polonia e la ricostruzione del ponte aereo da e verso l'aeroporto di Szymany, sono state possibili per la Corte, grazie al raffronto dei documenti resi pubblici dal Governo statunitense con il rapporto elaborato dal senatore Dick Marty per l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (D. Marty, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, 12 giugno 2006, disponibile all'indirizzo assembly.coe.int) ed il rapporto elaborato dall'On. Giovanni Claudio Fava per il Parlamento europeo (G.C. Fava, *Report on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners*, European Parliament, Temporary Committee on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners, 30 gennaio 2007, disponibile sul sito www.europarl.europa.eu). I due documenti ricostruiscono, grazie ad una meticolosa opera di indagine, l'intensa attività dei c.d. "*rendition planes*" (i jet privati noleggiati dalla CIA per il trasporto di *high value detainees*), individuando gli aeroporti di partenza e di destinazione, oltre che la posizione più probabile dei *black sites* CIA in Europa e offrendo elementi fondamentali per la decisione delle cause in esame.

5. – Seguendo un condivisibile approccio logico-argomentativo, la Corte ha, dapprima, chiarito il proprio ragionamento probatorio, rispetto alle violazioni denunciate, per poi richiamare la propria consolidata giurisprudenza in materia di responsabilità dello Stato e – da ultimo – dedicarsi al merito delle doglianze proposte.

Rispetto al profilo probatorio, la Corte ha osservato come – nell’ambito dei giudizi ex art. 34 CEDU – non possa trovare piena applicazione il comune principio “*onus probandi ei incumbit qui agit*”. In questo senso, ove il ricorrente abbia prodotto elementi sufficienti a ritenere ragionevolmente plausibile la sussistenza delle violazioni denunciate, spetterà allo Stato convenuto offrire la prova di aver tenuto una condotta pienamente conforme ai precetti della Convenzione. Ciò, a maggior ragione, nel caso in cui gli eventi contestati si assumano accaduti in un arco temporale durante il quale il ricorrente era costretto in stato di detenzione, sotto la giurisdizione dello Stato convenuto (CO. D.U., sent. 8-7-1999 , causa 23657/94, *Cakici*, par. 85; sent. 27-6-2000, causa 21986/93, *Salman*, par. 100).

Nel richiamare il proprio ruolo di “giurisdizione sussidiaria”, la Corte ha sottolineato come il suo compito non sia quello di statuire in ordine alla responsabilità civile o penale di coloro che hanno violato i diritti del ricorrente, bensì quello di valutare la responsabilità dello Stato convenuto alla luce degli obblighi previsti dalla CEDU.

In questo senso, la Corte è chiamata a compiere una libera valutazione degli elementi portati alla sua attenzione, potendo dichiarare la sussistenza di una violazione anche sulla base della «coesistenza di inferenze sufficientemente forti, precise e concordanti, ovvero di presunzioni fattuali non contestate». A parere della Corte, inoltre «il livello di convincimento necessario per addivenire a una determinata conclusione e, conseguentemente, la ripartizione dell’onere della prova, sono intrinsecamente connesse alla specificità dei fatti, al tipo di allegazioni e ai diritti in questione» (*inter al.* CO. D.U., sent. 23-2-2012, causa 29226/03, *Creanga*, par. 88; sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 151).

Nel prosieguo, la Corte ha ricordato i principi generali – applicabili ai casi in esame – sui quali, per consolidata giurisprudenza, si fonda la responsabilità dello Stato.

In specie, ad opinione della Corte, non può più dubitarsi che uno Stato debba essere ritenuto responsabile per le violazioni della CEDU, perpetrate sul suo territorio da parte di agenti stranieri, con l'acquiescenza o la connivenza delle autorità dello Stato medesimo (CO. D.U., sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 206).

Del pari, il trasferimento o la deportazione di un individuo al di fuori del territorio dello Stato, implicano la responsabilità dello Stato in questione ove a tali azioni consegua il rischio prevedibile di una violazione dei diritti garantiti dalla CEDU nel luogo di destinazione (*inter al.* CO. D.U., sent. 7-7-1989, causa 14038/88, *Soering*, par. 90-91; sent. 28-2-2008, causa 37201/06, *Saadi*, par. 125; sent. 17-1-2012, causa 8139/09, *Othman*, par. 223 e 285; sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 212-214 e 239, oltre a giurisprudenza ivi richiamata).

Secondo l'opinione della Corte, il rischio in questione deve ritenersi implicito nel caso delle *extraordinary renditions*, che si risolvono nel «trasferimento extra-giudiziale» di un individuo da una giurisdizione a un'altra, al solo scopo di detenerlo e interrogarlo, al di fuori dei normali parametri di legge (CO. D.U., sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 212 e 218-221).

A parere della Corte, i medesimi principi possono trovare applicazione anche nel caso in cui, al trasferimento verso un'altra giurisdizione, possa conseguire il rischio che il soggetto sia sottoposto a un processo manifestamente ingiusto (CO. D.U., sent. 17-1-2012, causa 8139/09, cit., par. 261 e 285) o condannato alla pena di morte (CO. D.U., sent. 19-11-2009, causa 41015/04, *Kaboulov*, par. 99).

La Corte, quindi, è chiamata a valutare le «prevedibili conseguenze» del trasferimento di un individuo da una giurisdizione a un'altra, alla luce dei fatti che erano noti (o avrebbero dovuto essere noti) alle autorità dello Stato chiamato in giudizio, al tempo del trasferimento (CO. D.U., sent. 2-3-2010, causa 61498/08, *Al-Saadoon*, par. 125; sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 213-214).

Sulla scorta di questi principi, nel caso in esame, la Corte ha ritenuto che la Polonia non potesse non essere al corrente delle attività condotte dalla CIA sul suo territorio. Ad avviso della Corte, infatti, risulta dai documenti allegati dai ricorrenti (e non contestati) come le autorità polacche abbiano scientemente cooperato con l'*intelligence* statunitense, consentendo l'utilizzo del proprio spazio aereo ai voli operati per il trasporto dei detenuti, dissimulandone la rotta (anche nei confronti di

Eurocontrol, autorità europea per la sicurezza aeronautica) e autorizzandone il decollo e l'atterraggio presso il piccolo aeroporto di Szymany.

In quella sede, secondo la ricostruzione della Corte, le autorità polacche si sono adoperate affinché il traffico di “passeggeri” attraverso l'aerostazione avvenisse al di fuori delle normali procedure di controllo, consentendo agli agenti CIA di varcare liberamente la frontiera ed anzi mettendo a disposizione i mezzi necessari per il trasferimento dall'aeroporto alla base di Stare Kiejkuty, oltre che la base medesima quale struttura detentiva (cfr. *supra*, par. 4).

6. – Quanto alla sostanza delle violazioni subite da Al Nashiri e Abu Zubaydah, la Corte ha ritenuto incontrovertibile l'evidenza offerta dai documenti ufficiali del Governo degli Stati Uniti, versati in atti dai ricorrenti.

In particolare, rispetto alla violazione dell'art. 3 CEDU, la Corte ha rilevato come, durante il periodo di detenzione sotto la custodia della Central Intelligence Agency, entrambi i ricorrenti siano stati sottoposti alle tecniche di interrogatorio rafforzato meticolosamente descritte dall'Agenzia nei documenti esaminati dalla Corte stessa, ed anche (nel caso di Al Nashiri) a tecniche “non autorizzate” come le esecuzioni simulate (mediante l'uso di armi da fuoco non caricate e strumenti contundenti) e l'applicazione di *stress positions*, potenzialmente dannose per l'integrità fisica. Al riguardo, la Corte ha osservato come un simile trattamento debba essere ritenuto «deliberatamente inumano» e capace di causare «grave e crudele sofferenza», nei termini di cui all'art. 3 CEDU.

Ad opinione della Corte, le tecniche impiegate nei confronti dei ricorrenti sono state applicate «in maniera premeditata e organizzata, sulla base di una procedura clinica formalizzata ... utilizzando sistematicamente e congiuntamente pressioni fisiche e psicologiche, al fine di superare la resistenza del detenuto», così rientrando nella nozione di tortura, prevista dall'art. 3 CEDU.

In ordine alla responsabilità della Repubblica di Polonia per quanto accaduto ai ricorrenti, sulla base dei principi già richiamati (cfr. *supra*, par. 5), la Corte ha ritenuto che – pur non avendo cognizione diretta di quello che stava accadendo all'interno della base di Stare Kiejkuty, ciò non di meno le autorità polacche fossero ben consapevoli della natura e dello scopo delle attività condotte sul proprio territorio dalla CIA (invero, già al tempo, numerose e credibili erano le fonti che

denunciavano gli abusi e le torture perpetrati dal Governo degli Stati Uniti nei confronti dei prigionieri della *war on terror*).

Il combinato disposto degli art. 1 e 3 CEDU, avrebbe imposto al Governo polacco di adottare ogni misura utile a evitare che qualunque individuo, nell'ambito della sua giurisdizione territoriale, fosse sottoposto a torture o a trattamenti crudeli, inumani e degradanti.

Del pari, il Governo polacco non poteva non essere consapevole del fatto che, una volta trasferiti in un Paese terzo, i ricorrenti sarebbero stati esposti al rischio concreto di subire ulteriori abusi, nei termini di cui all'art. 3 CEDU.

In questo senso, secondo l'opinione della Corte, la Repubblica di Polonia deve essere ritenuta responsabile per violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU, con riguardo tanto ai trattamenti subiti dai ricorrenti in territorio polacco, tanto a quelli patiti successivamente.

Rispetto alla violazione dell'art. 5 CEDU, la Corte ha osservato come le garanzie previste dall'articolo in parola appaiano fondamentali, nel contesto democratico, allo scopo di garantire che ciascun individuo non sia arbitrariamente privato della libertà, e posto alla mercé dei suoi carcerieri (CO. D.U., sent. 15-11-1996, causa 22414/93, par. 118; sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 230).

Nelle parole della Corte, «[s]ebbene non possa dubitarsi che le indagini relative al terrorismo sollevino speciali problemi per le autorità, ciò non significa che le stesse autorità possano avere carta bianca, nei termini di cui all'art. 5, per arrestare sospettati e trattenerli in custodia, in assenza di qualsivoglia efficace controllo giurisdizionale da parte delle corti nazionali e, in ultima istanza, da parte delle istituzioni preposte all'applicazione della Convenzione ... La detenzione non pubblicamente riconosciuta di un individuo rappresenta la completa negazione di queste garanzie e una gravissima violazione dell'art. 5».

Nel caso di specie, ha osservato la Corte come la segretezza della condizione detentiva dei sospetti terroristi rappresentasse una caratteristica fondamentale dell'HVD Programme e delle *extraordinary renditions* in generale. La *ratio* ispiratrice dell'intero programma era – infatti – quella di privare gli individui di qualsivoglia garanzia giuridica, riconosciuta tanto dalla Costituzione degli Stati Uniti quanto dal diritto internazionale (basti pensare al diritto di *habeas corpus*).

Per le medesime ragioni richiamate rispetto all'art. 3 CEDU, secondo il parere della Corte la Repubblica di Polonia va dichiarata responsabile per violazione dell'art. 5 CEDU.

Secondo l'opinione dei giudici di Strasburgo, dall'accertata violazione degli art. 3 e 5 CEDU, a fronte delle circostanze di fatto in cui detta violazione si è concretata, discende altresì la violazione dell'art. 8 CEDU, posto a salvaguardia della vita familiare, rispetto alla quale l'arbitraria detenzione patita dai ricorrenti rappresenta un'illegitima interferenza (CO. D.U., sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 248).

In ordine alla violazione dell'art. 13 CEDU, quale diritto a una «efficace e approfondita indagine, capace di portare all'identificazione e alla punizione dei colpevoli», la Corte ha inteso stigmatizzare l'irragionevole durata dell'inchiesta condotta dalla magistratura nazionale, cominciata a distanza di sei anni dai fatti contestati e proseguita per altri sei anni, «apparentemente contro ignoti», senza che alcuna accusa venisse formalizzata.

A parere dei giudici di Strasburgo, l'inerzia delle autorità polacche, a fronte della grande quantità di documenti (già disponibili tra il 2002 e il 2003) in grado di comprovare gli abusi perpetrati dalla CIA nei confronti dei prigionieri della *war on terror*, non può che indicare la volontà del Governo polacco di mantenere segreto il proprio coinvolgimento nelle operazioni dell'Agenzia statunitense. La Corte non ha rinvenuto «alcuna ragione plausibile» per spiegare come mai, sebbene numerose e autorevoli fonti avessero indicato la Polonia come la possibile sede di una prigione segreta della CIA, le autorità non abbiano ritenuto di avviare alcuna indagine utile a chiarire la situazione (con le medesime considerazioni la Corte ha altresì respinto l'eccezione di irricevibilità dei ricorsi, ai sensi dell'art. 35 CEDU, cfr. *supra*, par. 3).

In questa sede la Corte ha, altresì, richiamato la necessità di garantire il diritto alla verità (cui era stata dedicata ampia trattazione in *El Masri*; A. Vidaschi, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence Between Courts: the Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, cit., 107), non solo quale interesse delle vittime, ma anche quale interesse della collettività alla conoscenza dei fatti, la cui tutela appare funzionale a salvaguardare la fiducia riposta dai cittadini nello stato di diritto.

Da ultimo, la Corte ha riconosciuto la violazione, da parte della Repubblica di Polonia, dell'art. 6 e – quanto al solo Al Nashiri – degli art. 2 e 3 CEDU, nonché

dell'art. 1 del VI protocollo addizionale, per aver consentito che i ricorrenti fossero trasferiti verso altre giurisdizioni.

Rispetto all'art. 6 CEDU la Corte ha rilevato come la concreta possibilità che i prigionieri della *war on terror* fossero sottoposti a processo innanzi a una commissione militare presso la base navale Guantanamo Bay, era assolutamente nota sin dal 2002. Del pari erano ben note le critiche sollevate da più parti (non ultima, anche dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con la risoluzione del 26-6-2003) circa la violazione del diritto dell'imputato a un giusto processo.

A parere della Corte, le procedure adottate dalle commissioni militari (al tempo regolate dal Military Order del 13-11-2001, oltre che dal Commission Order n. 1 del 21-3-2002) oltre a comportare evidenti restrizioni del diritto alla difesa, non escludevano l'utilizzo di elementi di prova ottenuti mediante tortura; circostanza – quest'ultima – particolarmente rilevante, dal momento che le informazioni acquisite nell'ambito dell'HVD Programme erano state, per la maggior parte, estorte facendo ricorso a trattamenti brutali e disumani. (i profili di illegittimità del processo davanti alle commissioni militari, per come questo era configurato prima del 2009, sono stati apertamente riconosciuti anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, sent. 29-6-2006, 548 U.S. 557, *Hamdan*).

In questo senso, la Corte ha ribadito chiaramente che «[n]essun sistema giuridico basato sulla *rule of law* può accettare l'ammissione di prove le quali – per quanto affidabili – siano state ottenute attraverso una pratica barbara come la tortura»; la tortura, infatti, contraddice l'essenza stessa del giusto processo e dello Stato di diritto (una posizione già espressa con chiarezza dalla House of Lords nella sent. 8-12-2005, [2005] UKHL 71, *A e al.*; in proposito si veda anche T. Thienel, *The Admissibility of Evidence Obtained by Torture in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, 349).

Sulla base della medesima argomentazione, alla luce delle accuse mosse nei confronti di Al Nashiri dalle autorità statunitensi, la Corte ha ritenuto probabile una sua condanna alla pena di morte. Una possibilità che le autorità polacche avrebbero dovuto prevedere e, in conseguenza, impedire.

In ragione delle violazioni accertate, la Corte ha condannato la Repubblica di Polonia, ai sensi dell'art. 41 CEDU, a corrispondere a ciascuno dei ricorrenti la

somma di 100.000 Euro, a titolo di compensazione. Ha ordinato, inoltre, alla Repubblica di Polonia di adoperarsi, presso le autorità statunitensi, onde assicurare che Al Nashiri non sia condannato alla pena capitale.

7. – Come si è già avuto modo di accennare nell'*incipit* di questo breve commento, le due decisioni – di cui qui si è trattato – seguono e in un certo senso confermano l'orientamento già adottato dalla Grande Sezione della Corte in *El Masri*. Numerosi, nel corpo delle sentenze, i riferimenti al *leading case* che pure, sotto alcuni aspetti, è superato dai giudici della ex quarta sezione, inclini ad adottare una linea argomentativa ancor più severa nei confronti dello Stato chiamato in giudizio.

Considerazioni di grande rilievo, anche in chiave futura, investono senza dubbio il profilo della prova. Come già si è detto (e diversamente da quanto accaduto in *El Masri*), nessuno dei ricorrenti ha avuto la possibilità di offrire alla Corte, ancorché per iscritto, la propria versione dei fatti. Non si è quindi trattato, per i giudici di Strasburgo, di cercare, nella grande mole di documenti versata in atti, la conferma dei fatti narrati dalle vittime (uno schema probatorio, questo, assolutamente consueto); al contrario, solo attraverso l'analisi e il confronto dei documenti, la Corte è potuta giungere a una coerente ricostruzione.

Superando la particolarità del caso in esame, i giudici di Strasburgo hanno dato corpo a un'opera dal sapore enciclopedico, capace – più di quanto non accadesse con la sentenza *El Masri* – di offrire al lettore uno quadro completo delle *extraordinary renditions*, nella loro clinica complessità; un punto di riferimento che diverrà imprescindibile per chi intenda, oggi e in futuro, accostarsi allo studio di tale controversa pratica e delle molteplici implicazioni giuridiche ed etiche che questa porta con sé.

Ciò che, a prima vista, più sorprende, nel leggere la corposa esposizione dei fatti, resa dai giudici, è scoprire come questa si basi – sostanzialmente – su documenti ufficiali pubblicati dalle stesse autorità statunitensi. Una fonte di prova privilegiata, certamente non comune, alla luce della cortina di segretezza che tradizionalmente avvolge le operazioni CIA nell'ambito della *war on terror*. Nonostante i testi siano caratterizzati da una consistente attività censoria, questi hanno comunque consentito di individuare chiaramente i nomi dei ricorrenti tra i

“pionieri” delle *extraordinary renditions*, ricostruendo nel dettaglio le circostanze della loro cattura, i loro successivi trasferimenti e i trattamenti loro inflitti.

La prova della connivenza delle autorità polacche nel HVD Programme, invece, è giunta per la maggior parte dall’analisi dei lavori di Dick Marty, per l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, e Claudio Fava, per il Parlamento europeo. Basandosi sui documenti raccolti e sulle autorevoli testimonianze rese nell’ambito delle due inchieste parlamentari, la Corte è giunta a quella che è l’inferenza più importante in entrambe le decisioni: la Polonia «non poteva non essere a conoscenza» delle operazioni compiute dalle autorità statunitensi sul suo territorio e della finalità di queste operazioni. Con un’affermazione di indubbia forza, che lascia trasparire un’opinione ormai pienamente consolidata (rispetto alla giurisprudenza *El Masri*) la Corte ha definito «implicito» nelle *extraordinary renditions* il rischio concreto di gravi violazioni dei diritti protetti dalla CEDU; un rischio che non necessiterà quindi – in futuro – di essere provato caso per caso, rappresentando ormai, a pieno titolo, una “massima d’esperienza”. E’ questo, senza dubbio, l’assunto centrale nell’argomentazione della Corte, che lascia chiaramente trasparire la peculiarità – e insieme la pregevolezza – dell’*iter* logico-argomentativo, necessario ad affermare la responsabilità dello Stato. Ove il ricorrente abbia offerto elementi gravi, precisi e concordanti, tali da indurre la Corte a ritenere ragionevole la ricostruzione dei fatti offertale, spetterà allo Stato chiamato in giudizio l’onere di negare la propria responsabilità rispetto agli obblighi previsti dalla CEDU. Ciò, a maggior ragione, nel caso in cui gli abusi che il ricorrente denuncia si dicano accaduti quando costui si trovava in custodia, sul territorio dello Stato convenuto.

Così argomentando, e affermando con forza la propria distanza dai modelli “nazionali” di accertamento della responsabilità (in sede civile e penale), la Corte salvaguarda l’efficacia del proprio sindacato nei confronti degli Stati, attraverso una condivisibile interpretazione del principio di vicinanza della prova. Sarà, quindi, la parte “ontologicamente” forte (lo Stato) a sopportare un onere probatorio che parrebbe – altrimenti – diabolico per il ricorrente.

Per contro la Polonia, in entrambi i casi, ha del tutto evitato il contraddittorio, rifiutandosi di entrare nel merito della questione (foss’anche per negare la veridicità dei fatti contestati) sulla base della necessità di tutelare le indagini in corso e assicurarne la segretezza. Una posizione che la Corte – come già si è detto – ha

fortemente criticato, non potendo che trarne negativi elementi di valutazione, rispetto alla posizione dello Stato. Nel definire inconcludenti, oltre che protratte per un periodo di tempo irragionevole, le indagini della magistratura polacca, la Corte ha richiamato *incidenter tantum*, la necessità di salvaguardare il diritto alla verità, così potentemente affermato in *El Masri* (sul tema si veda A. Vidaschi, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence between Courts: The Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Shetreet (cur.), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace*, Leiden, Brill, 2014). Invero, le parole dei giudici di Strasburgo sembrano restituire l'immagine di un diritto entrato, ormai, a pieno titolo nello strumentario giuridico-argomentativo europeo, che non abbisogna di un ulteriore sforzo motivazionale per affermare la propria autonoma rilevanza nell'ambito del sistema CEDU (coerentemente la Corte ha respinto il tentativo – proposto nel ricorso di Al Nashiri – di ricondurre il diritto alla verità nell'alveo della libertà di espressione, protetta dall'art. 10 CEDU).

Da ultimo, è importante rilevare come le due sentenze in commento rappresentino il primo caso di condanna di uno Stato membro dell'Unione europea per “complicità” con il Governo degli Stati Uniti nelle *extraordinary renditions*. Un precedente problematico per quei Paesi UE, tra cui l'Italia (nel caso *Abu Omar*, causa 44883/09, comunicata il 22-11-2011, *Nasr e Ghali*), ancora in attesa di giudizio.



ISSN 2037-6677

2014/1

The US Supreme Court re-writes the rules for the funding of election campaigns

La Corte suprema degli USA riscrive le regole del finanziamento delle campagne elettorali

Mimma Rospi

Bipartisan Campaign Reform Act - freedom of speech - aggregate limits



La Corte suprema degli USA riscrive le regole del finanziamento delle campagne elettorali

di Mimma Rospi

1. – La Corte suprema degli Stati Uniti d’America, con la sentenza del 2 aprile 2014, ha pronunciato l’incostituzionalità per violazione del I emendamento della Costituzione federale degli USA degli *aggregate limits* previsti dal *Federal Election Campaign Act* del 1971 (c.d. FECA), come modificata dal *Bipartisan Campaign Reform Act* del 2002.

La legge detta la disciplina del finanziamento dei privati alle campagne elettorali; la norma oggetto dello scrutinio della Corte suprema era l’articolo 441a, che prevedeva, per ogni individuo, la possibilità di contribuire: fino a un massimo di 2.600 dollari per ciascuna elezione di un candidato, per un totale di 5.200 dollari tra elezioni primarie ed elezioni generali; fino a 32.400 dollari all’anno a favore del comitato di un partito nazionale; fino a 10.000 dollari annui per un solo partito statale o locale; fino a 5.000 dollari per un comitato di azione politica c.d. PAC. Inoltre, un comitato nazionale, statale o locale, o un PAC potevano contribuire a un’elezione per candidato fino a 5.000 dollari annui. Non erano ammessi intermediari nella direzione dei contributi: «in any way earmarked or otherwise directed through an intermediary or conduit» a favore di un candidato.

Tale previsione mirava a impedire che i finanziatori elargissero finanziamenti a pioggia a favore di un numero illimitato di candidati al fine di esercitare un'influenza politica e di evitare che il limite complessivo di finanziamento fosse aggirato attraverso una serie di finanziamenti a più soggetti comunque collegati allo stesso candidato.

Il caso di specie muoveva da una richiesta di *injunction* presso la Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto della Columbia da parte della RNC (*Republican National Committee*) e dal Sig. Shaun McCutcheon, il quale, durante il ciclo elettorale 2011-2012, aveva finanziato le campagne elettorali di circa 16 candidati alle elezioni federali per un totale di 33.088 dollari ed aveva versato a favore di *noncandidate political committees* circa 27.328 dollari. Il Sig. McCutcheon, in base alle sue dichiarazioni, avrebbe voluto finanziare altri 12 candidati e ulteriori comitati di azione politica, ma era stato distolto da tale intenzione a causa dei limiti complessivi di contribuzione imposti dalla FECA.

La Corte distrettuale aveva rigettato l'ingiunzione del Sig. McCutcheon, perché non aveva ritenuto che i limiti imposti dalla FECA comprimessero il I emendamento della Costituzione, giacché la finalità delle previsioni degli *aggregate limits* era quella di evitare episodi di corruzione del processo elettorale. In seguito, McCutcheon e la RNC avevano fatto appello innanzi alla Corte suprema degli USA.

La Corte suprema, con una maggioranza ristretta (5 giudici, di cui uno, Thomas, autore di una *concurring opinion*), ha accolto l'appello proposto dal Sig. McCutcheon e dalla RNC perché le previsioni della FECA non superavano lo scrutinio in base al I emendamento della Costituzione: l'interesse pubblico di garantire la trasparenza del processo elettorale, anche tramite strumenti che limitino ipotesi di corruzione, è legittimo costituzionalmente solo nelle ipotesi di *quid pro quo corruptio* evidente ed apparente; solo in tali casi si può avere come effetto quello di restringere la tutela del I emendamento quale diritto dei cittadini «to choose who shall govern them».

2. – La decisione in oggetto s'inserisce nel filone della disciplina del finanziamento della politica, stratificato da leggi e da sentenze della Corte suprema.

La prima regolamentazione del finanziamento della politica risale al 1907, con l'emanazione del *Tillman Act*, fortemente voluto dal presidente Theodore Roosevelt per contrastare le accuse a lui rivolte dal candidato democratico alle elezioni

presidenziali, Alton B. Parker, di aver accettato contributi dalle grandi industrie. In seguito, fu approvato il *Federal Corrupt Practices Act* del 1910, c.d. *Publicity Act*, con cui s'impose ai partiti e ai comitati elettorali di presentare relazioni periodiche sui finanziamenti ricevuti, il cui tetto massimo per la Camera era pari a 5.000 dollari, mentre per il Senato a 10.000. Nel 1944, il Congresso estese la portata del *Tillman Act* del 1907, vietando a banche e industrie di elargire contributi elettorali e nel 1947 tale divieto fu esteso anche alle organizzazioni sindacali, le quali escogitarono un modo per non essere tagliati completamente fuori dalle vicende elettorali proprio attraverso l'uso capillare dei PACs.

Una svolta in tale regolamentazione si ebbe con il *Federal Election Campaign Act* del 1971, che riconobbe il diritto di ogni cittadino o associazione di istituire un PAC (ovvero un comitato di azione politica) al fine di finanziare la campagna elettorale di un candidato vicino alle proprie *issues*. Tale legge, poi modificata nel 1974, poneva una serie di obblighi a garanzia della trasparenza, come l'obbligo di rendicontazione di tutti i contributi ricevuti e le spese sostenute, fissando limiti alle spese elettorali e ai finanziamenti tramite PACs. Il senatore dello Stato di New York James L. Buckley presentò ricorso contro la legge, sostenendo che con tali limiti imposti si stesse violando palesemente l'articolo 2 della Costituzione federale.

La Corte suprema, il 30 gennaio 1976, con la sentenza *Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1, 19-23 (1976)), dichiarò l'incostituzionalità dei limiti fissati dalla legge del 1971 perché violavano la libertà di espressione di ogni cittadino. Al riguardo, la Corte utilizzò una metafora per descrivere la situazione in cui versavano i cittadini con tale legge: «be free to go with your machine where you want, but when they have no more than a full tank of petrol». Così il Congresso nel 1979 adeguò la normativa sul finanziamento delle campagne elettorali alla sentenza della Corte suprema, distinguendo tra *hard e soft money*. *Hard money* erano i finanziamenti diretti al candidato o al suo partito, i quali erano soggetti a limiti massimi; *soft money* erano i contributi non diretti a specifici candidati ed utilizzati anche al di fuori del periodo elettorale non soggetti a limiti. Inoltre, la legge distingueva tra fondi elettorali, c.d. *separate segregated funds*, e i *non connected committees*. I primi erano gestiti da aziende private, da sindacati che potevano sollecitare contributi solo ai propri membri; i secondi erano amministrati anche da singoli cittadini o da organizzazioni *no-profit*

registrate presso la FEC, se il loro valore superava i 1.000 dollari e non erano connessi ad altri PACs.

Nel 2002, il Congresso approvò la riforma sul finanziamento delle campagne elettorali parlamentari e presidenziali con il *Bipartisan Campaign Reform Act*, anche conosciuto come legge McCain-Feingold, dai nomi dei due relatori, l'uno repubblicano e l'altro democratico. Con tale legge il Congresso vietò il *soft money* per le elezioni federali e presidenziali, ammettendolo solo per le elezioni locali entro un limite pari a 10.000 dollari; distinse tra la *Campaigning communication* e la *electioneering communication*, la prima svolta dai candidati, la seconda da soggetti terzi per sostenere indirettamente un candidato, sempre entro un tetto massimo di 10.000 dollari e con il divieto di svolgimento nei 30 giorni immediatamente precedenti alle elezioni primarie e nei 60 giorni precedenti le elezioni generali. Infine, la legge prevedeva la possibilità di ricorrere direttamente alla Corte suprema per sollevare questioni d'incostituzionalità, senza passare per i gradi inferiori di giudizio.

La Corte suprema fu investita della questione di costituzionalità di questa legge, che risolse con la decisione *McConnell et al. v. FEC et al.* (540 U.S., opinion of Kennedy, J. (2003)) del dicembre 2003. In questa sentenza, giudicata da F. G. Slabach "storica" e innovativa tanto da aver prodotto una rivoluzione copernicana implicita della giurisprudenza precedente (F.G. Slabach., *The Constitution and Campaign Finance Reform*, Durham, *Carolina Academic Press*, 19, (2006)), la Corte ha ritenuto legittimi i limiti posti perché diretti ad evitare fenomeni di corruzione della classe politica. Inoltre, la Corte suprema, sempre in questa sentenza, affermò che fosse compito del Congresso porre limiti a certi diritti per assicurare il pieno soddisfacimento di altri in una logica di pesi e contrappesi.

Di recente, la giurisprudenza della Corte è cambiata nuovamente, con la sentenza *Citizens United v. Federal Election Commission*, del 23 gennaio 2010 (130 S. Ct. 876 (2010)), con la quale ha stabilito che i messaggi pubblicitari finanziati da aziende, sindacati e associazioni durante le campagne elettorali non possono subire limitazioni a meno che non abbiano violato il Primo Emendamento della Costituzione (L.A. Berchuck, R.J. Jackson, *Corporate Political Speech: Who decides?*, in *124 Harv. L. Rev.* 83 (2010/2011)). Se così non fosse, si darebbe luogo ad «una minaccia all'integrità delle istituzioni elettive». Infatti, la Corte ritenne che la

previsione dell'articolo 441b del FECA, oggetto di scrutinio, fosse un obbligo eccessivo in capo alle aziende private di chiedere un permesso preventivo alla *Federal Election Commission* (anche se alla commissione già la legge del 1971 aveva affidato il ruolo di vigilare sui PACs), per poter prendere posizione su questioni di rilievo politico durante le campagne elettorali. A giudizio della Corte, tale norma era una forte limitazione della libertà di parola, perché l'eventuale diniego del permesso preventivo da parte della Commissione avrebbe rappresentato una sorta di divieto alla libertà d'espressione con conseguenti sanzioni per le persone giuridiche e, quindi, dei cittadini, giacché la presenza di grandi aziende, o di soggetti con ingente potere economico, durante le campagne elettorali, garantisce l'apertura del dibattito politico a tutti i soggetti interessati attraverso un ampio "marketplace of ideas", senza far dilagare il fenomeno della corruzione della classe politica, né distorcere il dibattito politico (V.A. Liptak, *Above All, Freedom of Speech. US Supreme Court Term Saw Justices Brooking Few Restrictions Expression*, *The International Herald Tribune*, 8 (2011); V.S. Issachroff, *On Political Corruption*, in 124 *Harv. L. Rev.* 118 (2010/2011)).

Del resto, *Citizens United* non sembra inventare *ex novo* il riconoscimento della titolarità del diritto al *freedom of speech* anche in capo a soggetti collettivi. Infatti, in una risalente pronuncia, la *First National Bank of Boston v. Bellotti* del 1978 (435 U.S. 675 (1978)), la Corte Suprema aveva già affermato che il *First Amendment* si estendesse a «*speech and speakers*», nel senso che la norma tutelava anche la pluralità dei soggetti che si esprimessero liberamente. Tuttavia, se quanto affermato in tale pronuncia era meritevole di pregio, diversamente si sarebbe dovuto discorrere in materia di finanza elettorale; infatti, nella sentenza *Austin v. Michigan State Chamber of Commerce*, la Corte Suprema aveva ammesso che l'interesse pubblico di evitare distorsioni della politica per effetto di ipotesi di corruzione economica, implementate dall'ingresso delle *lobbies* soprattutto finanziarie nelle campagne elettorali, giustificasse la limitazione della libertà di espressione dei gruppi di interesse (494 U.S. 652 (1978)).

Di questi autorevoli precedenti, la Corte Suprema fa buon uso, riprendendo la sentenza *Bellotti* al fine di riconoscere la titolarità del diritto di cui al Primo Emendamento in capo ai soggetti collettivi portatori d'interessi diffusi, basandosi prettamente su *equal protection of law*. In particolare, i giudici del collegio hanno

ritenuto che negare l'estensione della libertà di espressione a soggetti collettivi *latu sensu* intesi avrebbe significato perpetrare una censura alla libertà in questione fondata sull'identità dello *speaker*; in questo modo, si sarebbe violato il dettame costituzionale del Primo Emendamento.

Di converso, la Corte Suprema supera la sentenza *Austin* con un audace *overruling*. Al riguardo, la maggioranza dei giudici non ha ritenuto che l'interesse a prevenire le distorsioni del dibattito pubblico dalla presenza di *lobbies* finanziarie potesse qualificarsi come *compelling interest* tale da salvare la costituzionalità delle limitazioni poste dall'articolo 441b della FECA, ancorandosi alla convinzione che l'opinione pubblica statunitense è così matura, da non essere ormai così sensibile alle influenze esercitate dalle grandi *lobbies*.

Un'altra pronuncia della Corte Suprema USA sicuramente interessante è la sentenza nelle cause riunite *Arizona Free Enterprice Freedom Club PAC et al. v. Bennet e McComish et al v. Bennet et al* (No. – 10-238; No – 10-239, 131 S. Ct. 2806 (2011)), la quale ha ricalcato quanto già affermato nella *Citizen United*, riconfermando l'andamento conservatore della Corte Suprema. La sentenza ha dichiarato l'incostituzionalità del meccanismo di finanziamento proporzionato vigente in Arizona, ove si prevedeva che al candidato che si fosse avvalso del finanziamento pubblico, sarebbe stato riconosciuto una sovvenzione aggiuntiva pari ad un dollaro per ogni dollaro che il candidato avversario avesse percepito, eccedendo la soglia massima di spesa elettorale consentita dalla legge. La *ratio* di tale disciplina risiedeva nell'intento di circoscrivere le ipotesi di corruzione degli ambienti politici e di assicurare un'eguaglianza delle *chances* tra candidati (*Arizona Citizens Clean Elections of Act 1998*).

La Corte Suprema, nel dichiarare l'incostituzionalità della norma in oggetto, affermò nuovamente che simili disposizioni coartassero il diritto costituzionale di ogni candidato di esercitare il Primo emendamento e, dunque, di competere degnamente nella competizione politica, posto che la necessità di garantire eguaglianza dei mezzi a disposizione nelle competizioni elettorali, non era un interesse meritevole di tutela costituzionale. Di diverso avviso il *Justice* dissenziente Kagan, la quale sostenne che l'interesse pubblico meritevole di tutela, che avrebbe salvato la costituzionalità del meccanismo di finanziamento dello Stato dell'Arizona,

non era quello di assicurare la parità di *chances* tra i candidati, bensì quello di sviluppare sistemi di finanziamento della politica che controllassero e riducessero il fenomeno di corruzione, incentivato dal finanziamento privato soprattutto delle *corporations*. (v. G.Romeo, *La Giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei Terms 2009/2010 e 2010/2011*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 4039).

3. – Gli *aggregate limits*, come previsti dal FECA, non hanno superato il vaglio di costituzionalità, pur perseguendo l'interesse pubblico di prevenire i casi di corruzione negli ambienti politici, perché è stato ritenuto eccessivamente sacrificato il diritto dei cittadini statunitensi di partecipare democraticamente al processo elettorale, di cui una delle possibili estrinsecazioni è la facoltà di scegliere come, quanto e quale candidato, partito o PAC sostenere economicamente durante le campagne elettorali.

La Corte Suprema, nell'argomentare tale decisione, ha rispolverato la precedente pronuncia *Buckley v. Valeo*, riadattandola al caso di specie ed a tratti ribaltandola. Nella sentenza *Buckley v. Valeo*, i giudici avevano affermato che «contribution and expenditure limitations operate in an area of the most fundamental First Amendment activities», precisando così che siamo nell'area d'interesse del I emendamento della Costituzione federale.

In tale sentenza, si distingueva tra i limiti di contribuzione ed i limiti di spesa: questi ultimi secondo la Corte necessariamente limitavano la capacità di espressione, riducendo sensibilmente il numero dei problemi discussi, la profondità del loro esame e la dimensione del pubblico raggiunto. Dunque, erano i limiti di spesa a comprimere maggiormente la libertà di espressione dei cittadini tramite la partecipazione politica, mentre gli *aggregate limits*, secondo la Corte suprema, apportavano sì una restrizione a tale libertà, se previsti dal Governo, ma nei limiti ammessi al fine di perseguire un interesse pubblico meritevole di tutela. Infatti, la Corte suprema, pur ammettendo che i limiti di contribuzione generassero una «interferenza significativa» sulla protezione dei diritti di libertà associativa e di partecipazione politica, riconosceva che tale interferenza era realizzata con strumenti che non producevano una inutile compressione dei diritti sottesi al I emendamento ed erano giustificati dall'interesse pubblico di fronteggiare la corruzione politica, permettendo, comunque, «the symbolic expression of support evidenced by a

contribution but do ... not in any way infringe the contributor's freedom to discuss candidates and issues».

Nella sentenza in commento, la Corte ha fornito la propria interpretazione autentica del precedente giurisprudenziale, sostenendo che l'interesse pubblico della trasparenza del processo elettorale è meritevole di tutela, ma non è tale da giustificare un'illecita restrizione del diritto alla partecipazione politica ed alla libertà associativa. La ragione di tale assunto risiede nella circostanza che in *Burckley v. Valeo* i giudici parlavano di strumenti giuridici legittimi costituzionalmente, atti ad evitare «the danger of actual quid pro quo arrangements» e «the impact of the appearance of corruption stemming from public awareness of such a system of unchecked direct contributions», la quale categoria di corruzione si verifica ogni qual volta il finanziamento è diretto al singolo candidato.

Del resto, la Corte suprema ha ricordato che già nella sentenza *Citizens United* aveva chiarito che «quando la sentenza *Burckley* ha individuato un interesse del Governo sufficiente a prevenire la corruzione, questo era limitato all'interesse per la corruzione *quid pro quo*».

Secondo la Corte suprema, gli *aggregate limits* non generano di per sé ipotesi di apparente o evidente *quid pro quo corruptio*, giacché «spending large sums of money in connection with elections, but not in connection with an effort to control the exercise of an officeholder's official duties, does not give rise to such quid pro quo corruption», ed il fatto di sostenere economicamente un candidato non significa che il singolo cittadino otterrà un'influenza significativa sul futuro eletto o sui partiti politici tale da integrare automaticamente un caso di corruzione. Per la Corte, quando il cittadino finanzia una campagna elettorale, esercita il diritto di partecipare al dibattito pubblico, tramite la libertà di espressione e di associazione, al fine di «serv[ing] as a general expression of support for the candidate and his views» e «serv[ing] to affiliate a person with a candidate»; gli *aggregate limits* ledono il pieno esercizio di tale diritto.

Di diverso avviso è il giudice Thomas, che pure concorda con l'esito del giudizio d'incostituzionalità della norma in questione. Infatti, nella sua *concurring opinion*, il giudice Thomas si duole che la maggioranza non abbia colto l'occasione per operare un autentico *overruling* nei confronti di *Buckley v. Valeo*, ma si sia limitata

a svuotarne le fondamenta senza annullarla formalmente. In particolare, secondo il giudice Thomas, la distinzione indicata in *Buckley* tra limiti di spesa e limiti complessivi è un mero “gioco di parole” che non ha permesso di generare un principio costituzionale conoscibile: i limiti di spesa e i limiti complessivi sono «two sides of the same First Amendment coin». Quindi, entrambe le tipologie di limiti contributivi, se sottoposti ad un “*strict scrutiny*”, sarebbero da considerarsi incostituzionali. Per Thomas, solo così sarebbe stato possibile ripristinare uno *standard* di tutela fedele al I emendamento.

La *dissenting opinion*, redatta dal giudice Breyer e sostenuta da altri 3 giudici della Corte suprema, affronta la questione sottoposta al vaglio di costituzionalità ponendo sul piatto della bilancia interessi contrapposti, sebbene tutelati dal medesimo I emendamento. Secondo il giudice Breyer, la finalità delle previsioni degli *aggregate limits* non si riduce al prevenire le ipotesi di corruzioni, bensì mira ad un quadro più ampio ovvero quello di «protecting the political integrity of our governmental institutions» che è «an interest rooted in the Constitution and in the First Amendment itself».

Sostiene Breyer che la maggioranza della Corte, nell'affrontare questa questione, non ha considerato un dato rilevante, ovvero che la legittimazione democratica delle istituzioni rappresentative degli USA è garantita soprattutto dalla comunicazione politica tra eletti ed elettori al fine di assicurare la genuinità del risultato del processo elettorale, poiché il I emendamento tutela una «chain of communication» tra i cittadini ed i propri rappresentanti (J. Wilson, *Commentaries on the Constitution of the United States of America*, (1792), *University of Michigan Press*, 30-31, (2006)).

Dunque, a giudizio del giudice Breyer, gli *aggregate limits* imposti dalla FECA sono strumenti necessari a far sì che non venga falsata la comunicazione politica durante le campagne elettorali né da influenze indebite, né da ipotesi di corruzione in grado di deviare i risultati elettorali, di minare l'integrità delle istituzioni e di vanificare la legittimazione democratica riconosciuta alle stesse. Non a caso, procede il giudice Breyer, in *Buckley v. Valeo* i limiti contributivi sono stati ritenuti legittimi perché «the appearance of corruption stemming from public awareness of the opportunities for abuse inherent in a regime of large individual financial

contributions» (L.A. Berbchuck, Z. Neeman, *Investor Protection and Interest Group Politics*, in 23 *Rev. Fin. Stud.* 1089 (2010)).

Infatti, se la comunicazione politica mira a garantire l'azione di governo, è evidente che, qualora le regole delle campagne elettorali non prevedano più alcun limite di spesa, il “marketplace of ideas”, che mira a formare e informare un'opinione pubblica che sarà così in grado di influenzare i rappresentanti eletti, sarebbe falsato dai pochi contribuenti che hanno ingenti risorse finanziarie. Tale affermazione evidenzia che il conflitto latente tra la necessità di garantire ai cittadini di poter esprimere le proprie idee politiche, anche attraverso le contribuzioni economiche per implementare la diffusione delle idee, e la necessità di limitare la portata di tali contribuzioni per tutelare l'integrità delle istituzioni, muove i suoi passi nella Costituzione e, in particolare, nel I emendamento.

Il giudice Breyer sostiene l'incoerenza operata dalla maggioranza della Corte Suprema nell'argomentare tale decisione e, soprattutto, nell'interpretare i propri precedenti. Infatti, mentre in *McConnel* la Corte suprema, valutando la costituzionalità delle previsioni del *Bipartisan Campaign Reform Act* del 2002, si è espressa nel ritenere che le limitazioni contributive alle campagne elettorali, in particolare il c.d. *soft money*, rientrino sotto l'egida del I emendamento, al fine di scongiurare il rischio di corruzione politica che è «understood not as quid pro quo bribery, but as privileged access to and pernicious influence upon elected representatives», al contrario nella presente pronuncia la maggioranza della Corte afferma che la corruzione *quid pro quo* o la sua apparenza nulla hanno a che vedere con l'influenza politica che un singolo e facoltoso finanziatore è in grado di ottenere.

4. – L'importanza della sentenza oggetto della presente analisi è tale da modificare *in toto* il panorama della disciplina della comunicazione politica e delle campagne elettorali; è presumibile che se ne apprezzeranno i risvolti pratici già in occasione delle prossime elezioni presidenziali del 2016.

Innanzitutto, la sentenza *McCutcheon* deve essere letta insieme con la sentenza *Citizens United*, della quale rappresenta il naturale seguito per completare la rotta intrapresa dalla Corte suprema nel 2010. Infatti, se in *Citizens United* si è eliminato dal quadro giuridico di riferimento l'articolo 441b della FECA facendo leva sul I emendamento della Costituzione, perché ledeva la libertà di espressione e la

partecipazione politica di aziende e *lobbies*, con la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'articolo 441a della FECA e l'eliminazione dei tetti massimi di contribuzione in *McCutcheon*, i giudici della Corte suprema hanno riscritto le norme del finanziamento della politica. Interessante è capire a vantaggio di chi o cosa.

All'indomani della sentenza *Citizens United* i primi commentatori hanno sostenuto che la Corte suprema ha valorizzato il ruolo delle *lobbies* al fine di implementare la partecipazione democratica alle campagne elettorali, le quali possono “scendere” in politica costituendo o sostenendo PACs e intervenire pubblicamente durante le campagne elettorali, perché non fanno altro che esercitare collettivamente il c.d. *rights of petition* sancito nel I emendamento della Costituzione americana. In tal modo sono fugate le obiezioni che sono state rivolte alla legittimazione della presenza delle *lobbies* e dei relativi PACs nel processo politico, consistenti nella tesi secondo cui tali comitati non rappresenterebbero affatto la cittadinanza americana, poiché si collocherebbero al confine fra l'accesso e la corruzione delle aule parlamentari. Contro quest'obiezione, J.M. Buchanan ha sostenuto che «this campaign to kill the PACs is snobbish, elitist, anti-democratic and anti-American. Destroy the PAC and take my voice to small interest, will damage the chances of the millions of citizens who support them. It will give the victory to the Great Union, the Great Print, the Great Economic Power and to their neighbors who can afford to have their lobbyists in Washington » (J.M. Buchanan, *PAC Power: Inside the World of Political Action Committess*, New York, *W. W. Norton and Company*, 13-14, (1984)).

Quindi, in *Citizens United*, i giudici hanno valorizzato la presenza dei finanziamenti dei soggetti privati nella comunicazione politica, tra i quali anche le *lobbies*, perché queste ultime sono in grado di migliorare il *free marketplace of ideas*, aprendo le porte all'accesso anche ai gruppi di interesse eterogenei più deboli economicamente della cittadinanza americana; al riguardo, «the public has a right to have access to all information and to determine the reliability and importance of the information», il tutto a vantaggio della trasparenza del processo politico.

Tuttavia, dietro i buoni propositi annunciati dai giudici nella sentenza *Citizens United*, con *McCutcheon* si rivela l'intento di «abbandonare uno dei presidi di trasparenza del medesimo “marketplace of ideas” e di favori[re] l'afflusso diretto di

risorse economiche ai candidati ed ai comitati elettorali. Il *market* delle idee politiche, che la sentenza *Citizens United* apriva ai concorrenti deboli tanto quanto a quelli con maggiori disponibilità economiche, viene qui deregolamentato, a tutto vantaggio della concentrazione di risorse a favore dei monopolisti» (A. Buratti, Il «Free Marketplace of Ideas» verso il Far West. *La Corte Suprema prosegue nello sgretolamento delle garanzie del processo elettorale*, *McCutcheon et al. v. Federal Election Commission*, in www.diritticomparati.it, 4– 4-2014).

Del resto, è evidente che con il sistema attuale, in cui i contributi a partiti politici sono rigorosamente limitati, ma i contributi cosiddetti "Super PAC" non lo sono, gli individui e le grandi società ricche già godono di un ruolo fuori misura, tanto più ora che non sono soggetti a tetti massimi di contribuzione (J.S. Berkon, M.E. Elias, *After McCutcheon. The decision will likely help the political parties regain some power*, in *Harvard L. Rev.*, 127 F. 373, (2014)). Infatti, la normativa di risulta prevede che, a livello federale, i singoli cittadini e i gruppi di interesse possono ora donare l'importo massimo per ciascun candidato (2.600 dollari per ogni elezione), comitato politico (5.000 dollari all'anno), partito di stato (10.000 dollari all'anno) e comitato di partito nazionale (32.400 dollari all'anno), senza dover rimanere entro gli *aggregate limits*.

Di diverso avviso è R.K. Kelner, il quale sostiene che i comitati di partito hanno ora più probabilità di raccogliere fondi sia a livello federale sia a livello statale, perché l'eliminazione dei limiti ai finanziamenti dei privati permetterà di attirare maggiori investitori (R.K. Kelner, *The Practical Consequences of McCutcheon*, in *Harvard L. Rev.*, 127 F. 380, (2014)).

Si ritiene che i problemi scaturenti dalla declaratoria di incostituzionalità non attengano tanto al diverso ruolo di cui possono godere i partiti politici e le *lobbies*, dal momento che la presenza di soggetti diversi all'interno del dibattito politico può essere solo un beneficio per implementare la partecipazione nel laboratorio democratico; i problemi, per dirla con W.V. Lunenburg, sono quelli di evitare che un comportamento assolutamente lecito, ed anzi incoraggiato nel I emendamento della Costituzione, non degeneri in un fenomeno immorale o addirittura illecito (W.V. Lunenburg, *The lobbying manual. A compliance guide for lawyers and lobbyists*, American Bar Association, 5 ss, (1998)).

Al riguardo, J. Baran parla di un conflitto tra i difensori della libertà politica contro i guardiani della regolamentazione (J. Baran, *Symposium: McCutcheon and the future of campaign finance regulation*, in www.scotusblog.com, (2014)), che trova le sue radici proprio nel senso del costituzionalismo americano, già quando James Madison, nel n.10 dei *Federalist papers* del 22 novembre 1787, osservava che, sin dalla nascita di quel paese, i gruppi di interesse, che egli chiamava fazioni, avevano assunto un ruolo determinante nella evoluzione della società statunitense. Così, J. Madison propose di individuare regole per disciplinare i rapporti tra le fazioni e i decisori pubblici, proprio perché egli era conscio del fatto che l'esistenza di fazioni fosse un elemento caratteristico degli Stati Uniti d'America e in quanto tale non eliminabile, ma almeno regolamentabile. Al riguardo, J. Madison scrive che «task of modern legislation is, in fact, the regulation of these various interests and their mutual interference, which implies a certain spirit of party, since in the performance of common tasks associated with routine» (A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il Federalista*, Pisa, Nistri-Lischi, 1955, 59).

Dunque, impedire la degenerazione di comportamenti legittimi dovrebbe essere il punto fermo di tutte le riforme legislative statunitensi in materia, anche a costo di comprimere in parte le libertà costituzionalmente sancite, come ammise lo stesso J. Madison a suo tempo, perché si riesca a controllare l'operato di quelle "fazioni" che potrebbero, se lasciate libere da regole, destabilizzare i processi democratici.

I governi che si sono succeduti nel corso del tempo hanno colto il senso del monito di J. Madison, cercando con vari tentativi di fornire una regolamentazione adeguata al finanziamento della politica da parte di privati, tanto individui, tanto gruppi di interesse, per contrastarne le portate degenerative del sistema. Tuttavia, i giudici della Corte, con la sentenza *McCutcheon*, hanno imbrigliato le proposte di legge che il Governo presenterà nel futuro, perché sarà molto difficile aggirare l'ostacolo frapposto dalla Corte, là dove ha ritenuto che l'interesse a prevenire casi di corruzione indiretta per ottenere un'indebita influenza politica tramite i finanziamenti e, dunque, ad assicurare la trasparenza del processo elettorale, non è un interesse pubblico tale da poter comprimere legittimamente la portata del I emendamento.

Come già C. Caruso (C. Caruso, *STATI UNITI: "Money must talk". Citizens United v. Federal Election Commission e la lettura libertaria della freedom of speech Money must talk*, in *forumcostituzionale.it*, 4–2-2010, 4) aveva evidenziato per la sentenza *Citizens United*, la Corte «ha così ricostruito l'ordinamento costituzionale seguendo più i dogmi della libertà che non il pragmatismo dell'eguaglianza», generando un paradossale sistema di ineguaglianza nella capacità di influenzare la politica tra i singoli cittadini ed i gruppi di interesse; ai primi è lasciato il ruolo marginale di esercitare il proprio diritto di voto libero, “forse” consapevole, ma non certo eguale come dimostrato da un recente studio che ha evidenziato come le azioni politiche di un rappresentante eletto rispecchino maggiormente le *issues* dei propri donatori piuttosto che quelle dei propri elettori. Inoltre, si è reso palese che gli eletti sostenuti economicamente dai donatori più ricchi ottengono mediamente un numero di voti maggiore, facendo presumere che «wealthy individuals' much greater propensity to contribute ... plays an important role in explaining why high wealth groups enjoy greater responsiveness» (J. Bafumi, M.C. Herron, *Leapfrog Representation and Extremism: A Study of American Voters and Their Members in Congress*, in *Administrative Political Science Rev.* 104, 528–29, (2010); v. anche N. McCarty, K.T. Poole, H. Rosenthal, *Polarized America: The Dance of Ideology and Unequal Riches*, Massachusetts, in *The MIT Press*, (2006)). In confronto, le preferenze della classe media hanno un effetto ricettivo modesto, mentre quelle delle classi più povere non hanno alcuna incidenza, per cui «money is the root of representational inequality» (M. Gilens, *Affluence and Influence: Economic Inequality and Political Power in America*, Princeton University Press, 10, (2012)).

La Corte Suprema avrebbe dovuto individuare un diverso *compelling government interest*, inteso come “*compelling constitutional basis*”, secondo la locuzione utilizzata dalla Corte, per individuare l'interesse pubblico, tutelato direttamente dall'impianto della Costituzione, che restringe la portata di un altro diritto costituzionalmente sancito. (E.M. Barent, *Freedom of Speech*, Oxford, (2005), 50). In sostanza, la maggioranza dei giudici della Corte non ha voluto affrontare la questione in termini di eguaglianza, nonostante che nella letteratura giuridica americana sia molto diffusa la teoria secondo la quale l'unico interesse pubblico in grado di giustificare le leggi in materia di finanziamento della politica è quello di «preventing inequalities in wealth from being translated into inequalities in political influence», che trova espressione

proprio nel I emendamento della Costituzione (&N.O. Stephanopoulos, *Elections and Alignment*, in *Columbia L. Rev.*, issues 2, 114 (2014); vedi anche D. Cole, *First Amendment Antitrust: The End of Laissez-Faire in Campaign Finance*, in *Yale Law & Political'y Rev.*, 9, 236, 237 (1991); E.B. Foley, *Equal-Dollars-Per-Voter: A Constitutional Principle of Campaign Finance*, in *Columbia L. Rev.*, 94, 1204 (1994)).

In particolare, la dottrina statunitense ha ritenuto che il principio di eguaglianza sia il retroterra necessario a che si espliciti la libertà di espressione, la quale altrimenti non vi sarebbe. Non è ammissibile pensare ad una conflittualità fra la libertà di espressione e l'uguaglianza, dal momento che la prima è un estrinsecazione della seconda. (W. Sadurki, *Freedom of Speech and its Limits*, Dordrecht (NL), Kluwer Academic Publishers (1999)).

Dunque, non è la libertà di espressione che si attiva all'interno dei processi elettorali per limitare gli effetti distorsivi cagionati dalle elargizioni dei privati nelle campagne elettorali, ma è piuttosto il principio di eguaglianza che diventa il faro dell'intero processo democratico e che avrebbe potuto senz'altro fungere da *compelling constitutional basis*.

È auspicabile che i governi futuri possano correggere questo orientamento della Corte Suprema, che ben può definirsi – alla luce di quanto detto – “pericoloso”.