

DPCE **ONLINE**



Direttore responsabile

Giuseppe Franco Ferrari

Sede e direzione,

Università comm.le L. Bocconi,
via Röntgen 1, 20136 – MILANO

Tel. (+39) 02.5836.5227

mail: dpceonline@dpce.it

Sito internet: www.dpce.it

ISSN : 2037-6677

*I saggi, le note e i commenti pubblicati nella Rivista sono soggetti a un sistema di double-blind peer review. Gli interessati possono prendere visione delle relative **linee guida** raggiungibili cliccando **qua***

Le **proposte editoriali** – esclusivamente in formato *.doc* o *.docx* e corredate da un breve *cv* – vanno inviate all'indirizzo di posta elettronica sopra indicato.

Comitato scientifico

Domenico Amirante, Antonio Andreani, Paolo Benvenuti, Fernanda Bruno, Ruggiero Cafari Panico, Marina Calamo Specchia, Michele Carducci, Paolo Carrozza, Carlo Casonato, Fabrizio Cassella, Stefano Ceccanti, Andrea Comba, Mario Comba, Pasquale Costanzo, Guerino D'Ignazio, Ginevra Cerrina Feroni, Giovanni Cordini, Patrizia De Pasquale, Alfonso Di Giovine, Giampiero Di Plinio, Giuseppe Franco Ferrari, Tommaso Edoardo Frosini, Carlo Fusaro, Silvio Gambino, Mario Ganino, Alessandra Gianelli, Adriano Giovannelli, Maurilio Gobbo, Tania Groppi, Enrico Grosso, Guido Guidi, Flavia Lattanzi, Aldo Ligustro, Vincenzo Lippolis, Roberto Mastroianni, Luigi Melica, Luca Mezzetti, Laura Montanari, Giuseppe Morbidelli, Costantino Murgia, Nino Olivetti Rason, Maurizio Oliviero, Romano Orrù, Elisabetta Palici di Suni, Giuseppe Palmisano, Giampaolo Parodi, Mario Patrono, Lucio Pegoraro, Valeria Piergigli, Antonio Reposo, Paolo Ridola, Angelo Rinella, Giancarlo Rolla, Giorgio Sacerdoti, Roberto Scarciglia, Stefano Sicardi, Rolando Tarchi, Roberto Toniatti, Alessandro Torre, Maria Paola Viviani Schlein, Luigi Volpe, Mauro Volpi.

Redazioni territoriali

La Rivista si vale del contributo di **44 redazioni territoriali**, incardinate in altrettanti atenei italiani.

Collaboratori stranieri

Charles F. Abernathy (USA), Rainer Arnold (Germania), José Asensi (Spagna), Boguslaw Banaszak (Polonia), Daniel Barbu (Romania), Richard Bauman (Canada), Victor Bazán (Argentina), Christian Bidegaray (Francia), Andrea Biondi (UK), Torsten Bjerkén (Svezia), Carlos Blanco de Morais (Portogallo), Roberto L. Blanco Valdés (Spagna), Allan Brewer Carías (Venezuela), Bojko Bucvar (Slovenia), Laurance Burgogue-Larsen (Francia), Paolo Carozza (USA), Alberto Ricardo Dalla Via (Argentina), José Alfonso Da Silva (Brasile), Francis Delpérée (Belgio), Carlos Delpiazco (Uruguay), Silvio Devetak (Slovenia), Sean Donlan (Irlanda), Claude Emeri (Francia), Francisco Fernández Segado (Spagna), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Brasile), Manuel Gutan (Romania), Tomás Font i Llovet (Spagna), Christian Frank (Svizzera), Anna Gamper (Austria), Manuel Gutan (Romania), Gábor Hamza (Ungheria), Volkmar Götz (Germania), José Joaquim Gomes Canotilho (Portogallo), Andrew Harding (Canada), A.E. Dick Howard (USA), Paul Jackson (UK), Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica), Jiri Jirasek (Rep. Ceca), Christian Joly (Francia), Mariana Karagyozova (Bulgaria), Anatoli Kovler (Russia), Cesar Landa (Perù), Juan Fernando López Aguilar (Spagna), Jorge Miranda (Portogallo), Jörg Monar (Germania), Sandra Morelli Rico (Colombia), Karlos Navarro (Nicaragua), Humberto Nogueira Alcalá (Cile), Nestor Osuna Patiño (Colombia), Otto Pfersmann (Francia), Alfredo Mordechai Rabello (Israele), Thierry Renoux (Francia), Olivo Rodríguez (Santo Domingo), Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (Spagna), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Spagna), Jurij Shulzhenko (Russia), Guillaume Tusseau (Francia), Diego Valadés (Messico), Mauro Zamboni (Svezia), Jan Wawrzyniak (Polonia), Diana Woodhouse (UK).

Indice dei contributi

INTRODUZIONE/INTRODUCTION

G.F. Ferrari, *Introduzione alla nuova Rivista online / Introduction to the new online Journal* p. 1

EDITORIALE/EDITORIAL

T.E. Frosini, *Il Westminster Model è vivo (e lotta insieme a noi) / The Westminster Model is still alive (and fights with us)* p. 3

SAGGI/ARTICLES

L.G. Sciannella, *La “Digital Nation” e il futuro dello Stato-nazione. Il caso di “e-Estonia” / The “Digital Nation” and the future of the Nation-State. The case of “e-Estonia”* p. 7

L. Guccione, *L’evoluzione dei diritti della donna in Marocco. Profili comparati / The evolution of women’s rights in Morocco. A comparative perspective* p. 35

A. Reza Jalali, *Alcune particolarità della forma di governo della Repubblica Islamica dell’Iran da Khomeini a Rohani / Some peculiarities of the form of government of the Islamic Republic of Iran from Khomeini to Rohani* p. 67

C. Correndo, *La riforma legislativa in materia di violenza sessuale in India: profili giuridici e sociologici / The legislative reform in the field of sexual assault in India: a legal and sociological outline* p. 85

U. Adamo, *La tecnica di riproduzione assistita in Spagna. Regolamentazione giuridica e giurisprudenza costituzionale / The technique of assisted reproduction in Spain. Legal regulation and constitutional case law* p. 107

CASI E QUESTIONI/TOPICAL ISSUES

Immunità degli Stati e diritti fondamentali / States’ immunity and fundamental rights

G. Romeo, *Il baluardo dell’immunità degli Stati dall’esercizio della giurisdizione civile come limite all’affermazione dell’international constitutionalism: isolamento o consapevolezza della Corte costituzionale italiana? / Some remarks on the decision 234/2014. The stronghold of States’ immunity in the civil jurisdiction as a limit to the affirmation of an international constitutionalism: isolation or awareness of the Italian Constitutional Court?* p. 135

R. Calvano, *Il coraggio della Corte costituzionale nella sentenza n. 238 del 2014 crea un’ipotesi di rinvio...”à la carte?” / Comment to the decision no. 238/2014. Does the courage of the Italian Constitutional Court in the decision 238/2014 create a sort of referral “à la carte”?* p. 151

NOTE E COMMENTI/SHORT ARTICLES AND COMMENTS

L. Busatta, *Carenze sanitarie e mobilità transfrontaliera: si allarga il diritto “europeo” alla salute Nota alla sentenza C-268/13, Petru, Corte di Giustizia dell’Unione Europea / Medical deficiency and cross-border movement: the broadening of the “European” right to healthcare. Comment to the decision C-268/13, Petru, Court of Justice of the European Union* p. 163

- M. De Nes, *Holt v. Hobbs: la Corte Suprema Statunitense rafforza ulteriormente la tutela della libertà religiosa / Holt v. Hobbes: the US Supreme Court strengthens the protection of religious freedom* p. 177
- D. Zannoni, *Il regime linguistico dei concorsi dell'Unione Europea / The linguistic regime in the competitive exams in the European Union* p. 185
- A. Lang, *Notizie dall'Europa. Cronache sull'allargamento europeo / News from Europe. Chronicles on the European enlargement* p. 217

CRONACHE DAL MONDO/CHRONICLES FROM THE WORLD

- A.M. Lecis, *BELGIO – Presto in vigore la “presunzione di maternità” / BELGIUM – Soon to be enforced the “presumption of maternity”* p. 229
- G. Mannocci, *GIAPPONE – Il Governo interpreta in modo innovativo l'art. 9 della Costituzione sul ricorso all'uso della forza / JAPAN – A new governmental interpretation of Article 9 of the Constitution on the use of military force* p. 231
- G. Milani, *ISRAELE – La Knesset approva un nuovo emendamento alla Prevention of Infiltration Law / ISRAEL – The Knesset approves a new amendment to the Prevention of Infiltration Law* p. 235
- F. Campodonico, *PORTOGALLO – Il Tribunale costituzionale annulla l'espulsione comminata dal Partito Socialista nei confronti di una propria iscritta / PORTUGAL – The Constitutional Tribunal quashes the expulsion from the Socialist Party inflicted to a member* p. 239
- G. Mannocci, *SINGAPORE – Modificata la Costituzione in materia di potere giudiziario / SINGAPORE – Constitutional amendment of the Judiciary* p. 243



Introduzione alla rivista online

di Giuseppe Franco Ferrari

Al momento di varare la seconda serie della versione cartacea di DPCE, nata nel 1999, dopo faticosa ma proficua elaborazione collegiale, è stato giudicato utile, ed anzi necessario, articolare più chiaramente che in passato la nostra creatura in due parti.

La prima parte, snellita in omaggio alle esigenze editoriali dei tempi, proseguirà nella versione che possiamo definire classica, aggiornata e rivista sia tipograficamente che nei contenuti, conservando le qualità che l'avevano contraddistinta sin dall'origine: la peer review, che fu la prima ad introdurre in Italia, e con essa la accuratezza della selezione; la massima apertura ai contributi dei giovani, che l'ha collocata nelle prime posizioni nel gradimento degli autori, censito da autorità indipendenti. Il mantenimento e, se possibile, l'ulteriore miglioramento dello standard qualitativo, richiederà la massima dedizione di tutte le redazioni e lo sforzo di applicazione degli autori. Il primo numero già pubblicato, ed il secondo, di uscita imminente, paiono confermare che questi obiettivi sono raggiunti. Ma il giudizio finale compete, come sempre, ai lettori.

La seconda parte, che già da anni siamo venuti sviluppando, assume ora una dimensione più organica, nella versione telematica. Negli anni scorsi avevamo già progressivamente iniziato a collocarvi una serie di contributi che la direzione non

poteva collocare nel volume cartaceo. D'ora in poi, vi troveranno posto anzi tutto le parti della prima serie che non possono più avere dimensione cartacea: note a sentenza, rassegne e recensioni. Ma vi si aggiungeranno contributi a dimensione di saggio. In altre parole, più che una parte di una rivista, la versione informatica si trasforma in una seconda rivista, collegata intimamente alla storica versione cartacea, ma autonoma e destinata a valutazione separata degli utenti e delle agenzie preposte.

L'impegno delle redazioni e degli autori deve dunque essere incrementato. L'obiettivo è naturalmente quello di portare alla classe A anche la versione informatica e di farle ottenere un gradimento comparabile da parte di chi vi collabora. Il tutto senza ridurre gli sforzi sui versanti già attivi, in particolare le collane ed il trattato. Non sono risultati da poco quelli che ambiziosamente ci proponiamo. Ma siamo certi che la comparazione italiana possiede le capacità, le energie e la voglia di cimentarsi anche in questa impresa.



Il Westminster Model è vivo (e lotta insieme a noi)

di Tommaso Edoardo Frosini

1. - Alla vigilia del voto per la Camera dei Comuni in Gran Bretagna, la gran parte dei commentatori prefigurava lo ripetersi di uno scenario istituzionale già verificatosi cinque anni fa: nessun partito vincitore e, quindi, governo di coalizione; trasformazione del sistema politico dal bipartitismo al tripartitismo; consolidamento costituzionale del *Coalition Pact* con l'opzione in favore del *fixed-term Parliaments*. Insomma, la fine definitiva del cd. modello Westminster, che tante passioni (e altrettante critiche) ha sempre suscitato in giro per l'Europa, Italia compresa.

Ebbene, le elezioni del 7 maggio 2015 hanno dimostrato che quel modello non è affatto finito, e che la precedente esperienza elettorale, che si è poi declinata in un originale assetto istituzionale, è stata un'eccezione rispetto alla regola. Che è, e rimane, quella che ha sempre ispirato la cultura politico-costituzionale britannica: ovvero un sistema elettorale serve a fare una maggioranza e un governo. E così è tornato a essere nella primavera di quest'anno.

Il sistema elettorale maggioritario-uninominale-a-turno-unico, *first past the post*, ha nuovamente consentito - certo, grazie al comportamento di voto degli elettori - la vittoria di un solo partito, il *Conservative Party*, che ha ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi, 331 su 650, con una percentuale di voti pari al 36,9% a fronte di una elezione alla quale hanno votato il 66,1% degli aventi diritto (30 milioni e 961 mila elettori). Perfettamente consapevoli, elettori e attori

politici, che qualora avesse vinto un solo partito, come è stato nel rispetto della tradizione politica britannica, Primo Ministro sarebbe diventato, senza se e senza ma, il *Leader* di quel partito. E così, l'indomani del voto, una volta scrutinate le schede elettorali, David Cameron era già Primo Ministro in attesa della formale nomina da parte della Regina. Questa è la dinamica di funzionamento effettivo della forma di governo del cd. Premierato, che spaventa e preoccupa molti dei costituzionalisti, italiani soprattutto. E che invece ha una sua regolarità e chiarezza di funzionamento. Infatti, il cittadino-elettore vota per un partito, già sapendo che se vincerà quel partito, allora, capo del governo sarà il suo *leader*, il quale nomina (e revoca) i ministri e sceglie quando sciogliere anticipatamente la Camera, con il concorso formale del Capo dello Stato che firma il decreto. Dirige l'azione di governo e attua il programma di indirizzo politico. Governa senza tentennare, e laddove mostra debolezza e incapacità il partito lo può sostituire, sia come Primo Ministro che come *Leader*.

Il *Premier* Cameron deve mostrare capacità di buon governo per affrontare e superare alcuni ostacoli, che possono rendergli difficile il percorso: innanzitutto, il *referendum* con il quale interrogare gli elettori se abbandonare o no l'Unione europea, il cui esito è davvero incerto. Poi, il tentativo di affrancamento dalla Cedu e da qualsiasi forma di esecutività delle sentenze della Corte Edu. Conseguenza di ciò, potrà essere un nuovo *British bill of Rights*, che ridia forza e legittimità alla sovranità britannica in luogo di quella della Corte di Strasburgo.

Ancora: il *Premier* Cameron non deve trascurare la non risolta questione della *devolution* scozzese. E' pur vero che il *referendum* dello scorso anno ha visto gli indipendentisti soccombere, ma è altrettanto vero che alle elezioni lo *Scottish National Party* ha fatto il pienone in Scozia: 56 seggi su 59 disponibili, sgretolando il *Labour Party* che in quel territorio aveva una sua stabile forza elettorale. Fallito il *referendum*, gli indipendentisti scozzesi provano ora a fare sentire la loro voce alla Camera dei Comuni, e quindi passare dalla mancata democrazia diretta alla auspicata democrazia rappresentativa. Sebbene siano in minoranza e all'opposizione. Però, forti della loro rappresentanza territoriale, che Cameron non dovrà sottovalutare.

Infine, l'Opposizione di Sua Maestà: altro punto qualificante del *Westminster Model*. Qui c'è da registrare il netto calo di consensi (e di seggi) del *Labour Party*, che ha ottenuto 26 seggi in meno rispetto al 2010 (e quindi: 232 in luogo di 258), che ha perso in Scozia e, soprattutto, in Galles e Inghilterra, dove ha ceduto seggi che aveva conquistato ai tempi di Gordon Brown. La mancanza di una vera (e forte) *leadership* e di una visione politico economica degna di Blair,

nonché le scarse risposte su immigrazione e soluzione scozzese, hanno inciso sulla sconfitta dei laburisti, che devono rinnovarsi come classe dirigente e come strategie politiche. A cominciare dallo *Shadow Cabinet*.

2. - Quali suggestioni dalle elezioni britanniche sulla politica italiana? Direi l'esigenza di governabilità avvertita dagli elettori d'oltre Manica, che si manifesta con il voto netto a favore di un partito e di un *leader*, a cui viene dato mandato a governare secondo un programma conservatore ma non di conservazione. Che non sacrifichi il welfare ma che valorizzi la liberalizzazione e soprattutto riduca la pressione fiscale. Che sostenga *Let Europe arise*, come diceva Churchill, sia pure attenuando l'impatto della giurisprudenza Edu rafforzando i diritti dei britannici, nel segno delle dottrine di John Locke e Thomas Paine.

Al di là dei contenuti politici, la suggestione britannica ricade sulla formula elettorale e la sua declinazione in punto di forma di governo. Se nell'isola il sistema elettorale ha favorito il formarsi di una maggioranza e di un governo, la recente legge elettorale approvata nella nostra penisola mira a fare altrettanto senza dimenticare la rappresentanza e il pluralismo delle forze politiche. L'*Italicum*, infatti, ha come finalità quella di conciliare, ovvero di favorire un equilibrio fra la rappresentanza e la governabilità. Perché con il premio di maggioranza si valorizza l'aspetto della governabilità; il premio, infatti, è finalizzato a consentire il formarsi di una maggioranza parlamentare che poi dia concretezza all'attività di un governo, che diventa direttivo della maggioranza. Tuttavia, la legge salvaguarda anche il principio della rappresentanza, perché è un sistema elettorale proporzionale, quindi favorisce la pluralità della rappresentanza politica. Addirittura la stessa clausola fissata al 3 per cento consente l'ingresso in Parlamento delle minoranze. Infine, questa legge elettorale valorizza la forma di governo del cosiddetto «premierato», e lo fa a Costituzione invariata. Di fatto, quindi, introduce il premierato, che fa sì che il cittadino possa, con il voto, eleggere e dare mandato alla rappresentanza, ma possa designare o investire per il tramite del voto il Governo, in modo tale che si sappia quello che è giusto che il cittadino sappia in una democrazia, cioè chi vince le elezioni e chi governa.

Come in Gran Bretagna.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

**La «Digital Nation» e il futuro dello “Stato-nazione”. Il
caso di “eEstonia”**

**The “Digital Nation” and the future of the Nation-
State. The case of “e-Estonia”**

Lucia G. Sciannella

Abstract

The article deals with the so called Estonian digital revolution, whose core is represented by the digital citizenship. Since 2000, the right to access to the Internet has been enclosed among the social rights together with the duty of the State to remove any form of discrimination in the rates of the connection services. In the digital dimension, citizens participate with their ID-Card, through which they handle their digital identity. The next step is represented by e-democracy and the connected Internet-Voting and the measures aimed at implementing governmental transparency (through e-government).

Tag: access to the Internet, digital citizenship, e-democracy, I-Voting, e-government



La «*Digital Nation*» e il futuro dello «Stato-nazione». Il caso di «e-Estonia»

di Lucia G. Sciannella

«I would not consider it an exaggeration to say that “e” has put Estonia back on the world map. Living in a small country with limited resources, the pressure to make public administration as efficient as possible forced our Government to look for opportunities to take advantage of modern technology and turn Estonia into “e-Estonia”».

Meelis Atonen,

(Minister of Economic Affairs and Communications)

SOMMARIO: 1. – Premessa. 2. – La “*Digital Revolution*” estone. 3. – L’innovativo modello di “*e-Government*” estone. 3.1. – Il primo passo verso la cittadinanza digitale: la “*Estonian ID-Card*”. 3.2. – Dal cittadino “digitale” al cittadino “virtuale”: l’”*Estonian e-Residency*”. 4. – La “*e-Democracy Revolution*” estone. 4.1. – Le nuove frontiere dell’”*e-Democracy*”: “*I-voting*” e “*M-voting*”. 4.1.1. – Le modalità di funzionamento del sistema di “*I-voting*” e la questione della “sostenibilità” dei rischi. 4.2. – *Open Government* e accesso alle informazioni: l’”*e-Cabinet*” estone. 4.3. – Prove di “*Crowdsourced Lawmaking*”: l’Assemblea dei cittadini” (*Rahvakogu*). 5. – Una lettura in prospettiva: quali sfide per la *Digital nation* estone?

1. – Premessa

«[...] This digitized world that we live in today is so radically different from everything before it that we can just as justifiably talk about a revolution as we have talked, for 150 years, about the industrial revolution. The Internet affects our cultures, our economies, the

way we think and communicate, the way we govern our states and handle international relations[...].»¹. Con queste parole il Presidente estone Toomas Ilves – vero e proprio artefice della *Digital Revolution* che il Paese sta vivendo da tempo – ha aperto il suo intervento in occasione della conferenza della *Freedom Online Coalition*², svoltasi a Tallin nell'aprile 2014³. L'accento viene posto sulla pervasiva diffusione delle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione («*Information and Communication Technologies – ICTs*) e sul mutamento di portata rivoluzionaria che esse stanno generando su vasta scala⁴. Un cambio di paradigma che sembra interessare non solo i meccanismi di sviluppo, ma più in generale le scelte, i valori e gli obiettivi delle attuali società, segnando – non solo in Estonia – l'affermazione di un nuovo modello non più fondato su ciò che Marx chiamava “immane raccolta di merci”⁵, bensì su quello che può essere definito una “immane massa di informazioni”, che si produce e circola in Rete e che determina un aumento esponenziale di interconnessioni tra luoghi e soggetti e una sostanziale frantumazione delle tradizionali “barriere” spazio-temporali, in grado di ridefinire in profondo gli assetti statuali, nonché la forma e il funzionamento delle istituzioni tradizionali⁶. Nonostante l'esito più evidente afferisca al piano della tecnologia e dell'economia, il motore principale della *Digital Revolution* è indubbiamente politico e culturale, in cui il vero capitale è proprio la produzione e lo scambio di conoscenza⁷. Produzione e scambio che – nell'ambito di una logica di tipo reticolare – si trasformano in progetto, in direzione per l'azione che impegna gli individui, le strutture economiche e, non da ultimo, gli assetti statuali. In questo nuovo “spazio”, dunque, le tecnologie ICTs fanno la differenza, non solo in quanto attivatori di mutamenti economici, culturali e spaziali, ma anche in quanto suscettibili di innovare in profondità l'azione dei governi, il modo di operare delle amministrazioni e i rapporti con i cittadini, con un grado di intensità che sembra essere molto più forte nei c.d. “*Newly Industrializing Countries*”, ossia Paesi di più recente industrializzazione, in quanto capaci di

¹ T.H. Ilves, *Conference, Freedom Online Coalition, Tallin, 28-04-2014* (all'indirizzo <http://estonia.eu/ictweek/2-news/50-remarks-by-the-president-of-estonia-mr-toomas-hendrik-ilves>).

² Tale organizzazione è stata fondata a l'Aja nel 2011, su iniziativa del Governo olandese e coinvolge attualmente 24 Paesi. La sua azione principale è rivolta al riconoscimento dell'universalità del diritto di accesso a Internet, nonché del diritto di ciascuno di godere pienamente di tutti i diritti fondamentali sia nello “spazio” *offline* che in quello *online*.

³ D. Veit, J. Huntgeburth, *Foundations of Digital Government. Leading and Managing in the Digital Era*, Springer, New York, 2014.

⁴ La letteratura sul tema è particolarmente vasta, cfr., *ex multis*, G. O'Donnel, *Democracy, Agency and the State. Theory with Comparative Intent*, New York, Oxford University Press, 2010; R. Reber (cur.), *Nouvelles technologies cognitives et concepts des sciences humaines et sociales. Humanité Numérique*, Cachan, 2007; D. De Kerckhove, A. Tursi

(cur.), *Dopo la democrazia? Il potere e la sfera pubblica nell'epoca delle reti*, Feltrinelli, Milano, 2006; L. Corchia, *La democrazia nell'era di Internet*, Ed. Le Lettere, Firenze, 2011; C. Formenti, *Cybersoviet. Utopie postdemocratiche e nuovi media*, Milano, Raffaello Cortina editore, 2008; M. Castells, *L'età dell'informazione. Il potere dell'identità*, Milano, Egea, 2004; ID., *Galassia Internet*, Milano Feltrinelli, 2002.

⁵ K. Marx, *Zur Kritik der politischen Oekonomie*, Berlino, 1859, p. 2.

⁶ D. Veit, J. Huntgeburth, *Foundations of Digital Government. Leading and Managing in the Digital Era*, Springer, New York, 2014.

⁷ V., in tal senso, C. Formenti, *Cybersoviet. Utopie postdemocratiche e nuovi media*, Milano, Ed. Cortina, 2008, 180 ss.

colmare *gap* endemici in modo più efficace e veloce rispetto ad assetti tradizionalmente più strutturati, nonché più dinamici nell'avviare estesi processi di infrastrutturazione e una politica di investimenti nell'ambito dell'applicazione delle tecnologie informatiche agli apparati amministrativi. Sotto quest'ultimo aspetto, esemplificativa sembra essere l'esperienza dell'Estonia, che ha conosciuto negli ultimi anni una profonda trasformazione fondata su un sistema produttivo tecnologicamente avanzato e in cui la particolare propensione all'investimento nel settore delle ICTs, nonché un utilizzo capillare e su vasta scala delle stesse da parte della quasi totalità della popolazione, ha consentito alla piccola Repubblica baltica di sviluppare un originale e avanzatissimo modello di *Digital Nation*, in cui le ICTs hanno fortemente interessato i processi economici (*e-commerce*), i processi amministrativi (*e-government*) e, non da ultimo, i processi democratici (*e-democracy*), con risvolti significativi soprattutto sul piano della semplificazione normativa e della trasparenza dell'azione pubblica.

2. – La “Digital Revolution” estone

Il processo di “desovietizzazione”, avviato in Estonia nel 1991, ne ha segnato la transizione verso un modello statale pienamente democratico⁸. Ad un primo e drammatico periodo di recessione, dovuto alla perdita del principale mercato di esportazione russo e alla scarsa disponibilità di risorse umane ed economiche, ha fatto seguito una significativa crescita dovuta agli ingenti investimenti che il Governo ha deciso di indirizzare prevalentemente nell'ambito dell'economia digitale⁹, subendo, in particolare, l'influenza dei vicini Paesi scandinavi, la cui crescita economica, già a partire dagli anni Ottanta, era stata fortemente orientata sulle ICTs¹⁰.

⁸ Cfr., per un'analitica ricostruzione della fase post-sovietica della storia estone, P. Aalt, *Constructing Post-Soviet Geopolitics in Estonia*, Hardcover, London, 2003; R.C.M. Mole, *The Baltic States from the Soviet Union to the European Union. Identity, discourse and power in the post-communist transition of Estonia, Latvia and Lithuania*, Routledge, New York, 2012.

⁹ In verità, l'attenzione verso lo sviluppo scientifico e tecnologico può dirsi parte integrante del *know-how* estone. Già il Governo sovietico – a partire dalla metà degli anni Cinquanta – aveva investito ingenti risorse in quest'area per la creazione di un importante *Cybernetics Institute*, consentendo ad un numero significativo di giovani estoni di acquisire competenze nell'ambito delle tecnologie informatiche. Tale bagaglio culturale ha poi giocato un ruolo strategico all'atto della ricostruzione dello Stato nell'immediata era “post-sovietica”. Per maggiori spunti sulla storia dell'Estonia e, più in generale, dell'area baltica durante il regime sovietico, cfr. D.J. Smith, A. Pabriks, A. Purs, T. Lane, *The Baltic States*, Routledge, New York, 2002.

¹⁰ L'analisi in chiave comparata evidenzia come l'evoluzione digitale estone sia stata influenzata – secondo un processo di circolazione e di reciproco condizionamento – non solo dal diritto comunitario, ma anche dal c.d. “modello scandinavo”. Difatti, i Paesi scandinavi presentano un quadro di crescita complessiva basata sui servizi in cui le ICTs fungono da perno centrale per l'innovazione e la competitività. E i punti di forza sono quelli relativi alla diffusione e all'utilizzo su vasta scala della Rete, nonché alla pervasiva disponibilità di servizi di *e-government*, *e-commerce* ed *e-democracy* che hanno, già da tempo, rivoluzionato il concetto di sfera pubblica. Sotto questo profilo, pur dinanzi ad una sostanziale diversità di origini e di percorsi storico-politici, sia i Paesi scandinavi

In Estonia, la massiva diffusione della Rete ha, in poco tempo, consentito di compensare sia una forza lavoro limitatissima, sia la mancanza cronica di infrastrutture, fondando il processo di rilancio socio-economico su alcuni importanti pilastri: a) ruolo attivo del settore pubblico nell'implementazione e nella diffusione di soluzioni tecnologicamente avanzate per ridisegnare processi radicalmente nuovi nel funzionamento della struttura statale; b) liberalizzazione delle telecomunicazioni e fattiva collaborazione da parte dei privati in termini di investimenti nei settori dell'innovazione e delle nuove tecnologie; c) intenso processo di alfabetizzazione digitale che ha coinvolto su vasta scala l'intera popolazione attraverso partenariati pubblico-privati, accompagnato, a sua volta, da un ingente investimento pubblico sulla ricerca universitaria che ha consentito al Paese di disporre di uno stabile capitale umano di scienziati e ingegneri impiegato nello sviluppo di *software* e di prodotti tecnologicamente innovativi; e) capacità di attrarre capitali esteri (soprattutto dai Paesi scandinavi).

A partire dal 1995, il Governo ha lanciato un vasto programma nazionale di sviluppo tecnologico denominato “*Tiger Leap*” (“*Tigrihüpe*”) – che ha imposto al Paese quello che è stato definito con la formula “*innovation through pain*”, una “innovazione dolorosa” – allo scopo di diffondere l'uso delle ICTs su vasta scala, a partire dall'imposizione dell'uso del *computer* all'interno delle scuole e alla diffusione della banda larga su tutto il territorio del Paese. In tal modo, la prima vera rivoluzione è stata culturale, portata avanti con un capillare programma di alfabetizzazione digitale. Tutte le scuole del Paese sono state dotate di laboratori informatici e interconnesse alla banda larga, cui si è accompagnato un progetto scolastico finalizzato a rendere obbligatorio, nella scuola primaria, l'insegnamento della programmazione informatica (il c.d. “*coding*”)¹¹.

Ciò ha consentito al Paese di compiere un effettivo “balzo in avanti” in termini di diffusione delle ICTs e ampliamento dell'accesso agli spazi virtuali, sulla base dell'assunto che «If you do not have a lot of baggage in the form of legacy practices and preferences, then you can boldly jump to tomorrow, even if the rest of the world is not there yet»¹².

I significativi progressi nel campo tecnologico, il livello crescente di competitività e di ottimizzazione dei servizi ha consentito all'Estonia, nell'arco di un ventennio, di

che quelli dell'area baltica presentano un comune *trend* evolutivo proprio sotto il profilo dei tassi di penetrazione nelle ICTs, che ha dato vita ad un nuovo modello di *governance* tecnologico incentrato su efficaci processi collaborativi fra tutti i livelli di governo. In proposito, cfr. C.G. Reddick (cur.), *Comparative e-Government*, Springer, New York, 2010, 71 ss.

¹¹ La scelta di curvare l'istruzione obbligatoria sull'*Information Technology* ha consentito all'Estonia non solo di affrontare con efficacia la questione del *Digital Divide* e creare un importante indotto occupazionale, ma anche sviluppare – tra i nativi digitali e i “*mobil born*” – la capacità di ideare *software* e di utilizzare codici e programmi, nella consapevolezza che – nella nuova era della conoscenza – governare tali processi cognitivi significa possedere enormi potenzialità per incidere sul progresso economico, sociale e culturale del Paese.

¹² Così S. Sikkut, *Life in E-stonia*, consultabile all'indirizzo http://www.ericsson.com/res/thecompany/docs/publications/business-review/2012/issue2/life_in_e-stonia.pdf.

compiere un vero e proprio “salto” digitale: il 71% delle famiglie estoni sono interconnesse alla banda larga; il 77% della popolazione utilizza quotidianamente Internet (e tale percentuale sale al 93% nella fascia 6-16 anni); tutte le città e i villaggi sono coperti da reti di connessione con oltre 2400 zone di *Wireless* Internet gratuito¹³, con evidenti (e straordinarie) ricadute economiche¹⁴.

Le statistiche consolidano, dunque, i significativi progressi economici e sociali del Paese, alimentati da adeguate dotazioni infrastrutturali e tecnologiche e da un profondo e intenso rinnovamento anche politico e culturale. Ma sembra altresì palesare anche un importante aspetto che connota in maniera del tutto originale, soprattutto sotto i profili qui indagati, l'esperienza di digitalizzazione estone: le ICTs non rappresentano solo una segmentata area di intervento nell'ambito dello sviluppo e della crescita, bensì lo strumento per veicolare nella società la nuova visione sistemica della conoscenza, dell'intelligenza tipica della Rete e fondata sull'importanza delle relazioni, della partecipazione e dell'agire collettivo e alternativa a quella sul quale si fondano gli attuali modelli organizzativi e, dunque, potenzialmente in grado di determinarne mutamenti di notevole portata.

Non è un caso che il primo passo verso la realizzazione della *Digital Nation* si sia concretizzato in un massiccio intervento riformatore che ha, in poco tempo, dotato il Paese del *corpus* normativo necessario per implementare un avanzato sistema di *governance* tecnologico, a partire dal riconoscimento del diritto di accesso a Internet e da un'articolata – quanto originale – disciplina di tutela della *privacy*.

Quanto al primo aspetto, con il *Telecommunications Act* del febbraio del 2000, il Parlamento estone (*Riigikogu*) ha inserito l'accesso alla Rete nel novero degli dei diritti sociali che ha impegnato lo Stato nella diffusione universale del servizio di accesso a Internet, nonché nella rimozione di ogni forma di discriminazione nell'applicazione delle tariffe di erogazione dei servizi di connessione¹⁵. Tale importante processo riformatore è servito, nel contesto nazionale, a rafforzare il concetto di conoscenza condivisa in Rete come bene comune, facendone dunque una preconditione della cittadinanza e della

¹³ Cfr. a. Berbec, M. Ernsdorff, *Estonia, the Short Road to e-Government and e-Democracy*, in V.N. Koutrakou, P.G. Nixon (cur.), *e-Government in Europe: Rebooting the State*, Routledge, New York, 2007, pp. 69 ss.

¹⁴ Nell'ultimo quinquennio, la crescita reale del PIL estone si è infatti attestata al 7,6%. Con le altre due regioni baltiche – Lettonia (che ha segnato un +8,1%) e Lituania (+ 7,6%) – l'Estonia rappresenta una delle economie in più rapida espansione nell'area comunitaria, anche rispetto agli altri Paesi che hanno aderito all'UE nel 2004. Per il 2014 la crescita economia dell'Estonia si è attestata al 2,4% e per il 2015 la stima è del 3,6% (dati consultabili all'indirizzo: <http://estonia.eu/about-estonia/economy-a-it/economy-in-numbers.html>). Segnali evidenti di una crescita economica che difficilmente può essere spiegata solo alla luce degli effetti positivi prodotti dagli aiuti comunitari. Cfr. H. Hannula, S. Radošević, N. von Tunzelmann (cur.), *Estonia, the New EU Economy. Building a Baltic Miracle?*, Ashgate Publishing, London, 2006, 77 ss.

¹⁵ In base all'art. 5 della legge in parola, «The set of telecommunications services [...] comprises: 2) Internet service which universally available to all subscribers regardless of their geographical location, at a uniform price» (<http://www.legaltext.ee>).

democrazia. Dunque, nuovi diritti di cittadinanza – a partire dalla tutela della sfera intima e privata che trovano riconoscimento in Costituzione e nella legislazione ordinaria. Sotto tali profili, il complessivo sistema di estone si fonda sul riconoscimento del c.d. diritto «all'autodeterminazione informativa» («*right to informational self-determination*»), vero perno centrale dell'intero impianto normativo in materia di *privacy*¹⁶. Come noto, tale principio è stato enucleato dalla giurisprudenza costituzionale tedesca e rappresenta il frutto dei non pochi mutamenti che il diritto alla *privacy* ha conosciuto in connessione con lo sviluppo delle ICTs¹⁷: da strumento di difesa della sfera privata a potere di autodeterminazione del singolo in merito alla gestione dei propri dati personali.

Ma al di là della particolare parvasività della normativa, il complessivo sistema di tutela è funzionale anche in ragione degli strumenti di tutela che le stesse ICTs mettono a disposizione del singolo cittadino consentendogli di conoscere – attraverso il codice identificativo personale contenuto nella carta di identità digitale – le generalità di chiunque tenti di entrare in possesso dei propri dati personali. E la normativa ne tutela la *privacy* accordandogli, tra l'altro, la possibilità di richiedere l'allontanamento di un qualunque funzionario pubblico che acceda ai propri dati senza giustificato motivo. Sicché è il cittadino – e non l'autorità pubblica – ad essere l'autentico custode (e controllore) dei propri dati, in un contesto generale ispirato al principio di trasparenza¹⁸.

¹⁶ § 19 e § 26 Cost.

¹⁷ Tale principio è stato per la prima volta riconosciuto dal Tribunale costituzionale tedesco nel 1983, con il noto *Volkszählungsurteil* (*Bundesverfassungsgericht*, 15 dicembre 1983), evidenziando come il rispetto della dignità e del libero sviluppo della personalità umana comportasse il riconoscimento del diritto del singolo a decidere direttamente e in piena libertà circa l'utilizzo e la diffusione dei propri dati personali (c.d. «*informationelle Selbstbestimmung*»). Nonostante la dottrina non avesse ancora richiamato l'attenzione sui profili relativi alla tutela dei dati personali, il Tribunale tedesco – già a partire dagli inizi degli anni Ottanta – mostrava dunque particolare attenzione circa i rischi derivanti dalla circolazione dei dati individuali per mezzo di attrezzature informatiche. Con tale pronuncia, il diritto all'autodeterminazione informativa è così entrato nel novero dei principi fondamentali che devono trovare applicazione nel delicato ambito della tutela della *privacy*. Cfr., in merito alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, F. PEDRINI, *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?*, in *Quad. cost.*, 2006, 161 ss.; L. STILO, *Il diritto all'autodeterminazione informativa: genesi storica di un diritto fondamentale dell'Homo Technologicus*, in *Il Nuovo Diritto*, 2002, 21 ss.

¹⁸ Ai sensi del § 44 Cost., «All state agencies, local governments, and their officials have a duty to provide information about their activities, pursuant to procedure provided by law, to an Estonian citizen at his or her request, except information the disclosure of which is prohibited by law, and information intended exclusively for internal use». Il disposto costituzionale ha trovato poi concreta attuazione con il *Public Information Act* (PIA) del 2001, con cui è stato, tra l'altro, stabilito l'obbligo per tutti gli organi statali di pubblicare in Rete tutte le informazioni riguardanti le attività condotte.

3. – L’innovativo modello di “e-Government” estone

L’implementazione di efficaci sistema di digitalizzazione ai fini dell’esercizio dei diritti di cittadinanza ha contribuito, in Estonia, alla progressiva acquisizione dei concetti di *e-governance*, *e-democracy* ed *e-government*, nella misura in cui l’uso della tecnologia non è stato limitato al compimento di singole azioni o singole procedure o alla mera introduzione di tecnologie digitali in sostituzione di quelle analogiche, ma è servito a far conoscere a tutti il valore dirompente che essa può assumere nell’esercizio dei diritti di cittadinanza¹⁹.

La riforma – sviluppatasi, nell’arco di un decennio, in un contesto politico generale connotato da una particolare stabilità di governo²⁰ – ha comportato una vera e propria rivoluzione nella cultura organizzativa della pubblica amministrazione, con la quasi totale migrazione dei servizi pubblici e privati dal mondo *offline* a quello *online* e con la conseguente creazione di un autentico “spazio” virtuale trasparente e in cui proliferano nuove forme di interazione collettiva. Tale modello digitale ha modificato in radice i rapporti tra cittadini e Stato, aumentando l’efficienza dei servizi e rispondendo in maniera rapida e trasparente ad esigenze cruciali dei cittadini nel campo dei servizi per l’istruzione, la salute, la giustizia, delineando un modello di *Welfare* “digitale” particolarmente innovativo nelle modalità di erogazione dei singoli servizi, nella riduzione dei relativi costi, nonché nella facilità di accesso agli stessi²¹.

La scelta dirimente – che ha poi condizionato la realizzazione del processo di *e-Government* – è stata quella di realizzare, come progetto catalizzatore, un unico portale di accesso ai servizi digitali dell’amministrazione, con una interfaccia standardizzata e un sistema univoco di identificazione dei singoli utenti. Il sistema operativo utilizzato per la realizzazione di tale progetto si chiama “X-Road” e rappresenta il “cuore pulsante” della *Digital Nation* estone. Si tratta dell’infrastruttura alla quale sono interconnessi tutti i *databases* del Paese: circa 170 banche dati (pubbliche e private) inserite nel sistema di *e-Government* con uno *standard* unificato che ha consentito, nell’arco di un decennio, di connettere in Rete

¹⁹ In tal senso, cfr. M. Aroon, M. Holzer, *Active Citizen Participation in e-Government. A Global Perspective*, IGI Global, New York, 2012, 44 ss.; E. Di Maria, S. Micelli, *Le frontiere dell’e-government: cittadinanza elettronica e riorganizzazione dei servizi in rete*, Franco Angeli, Milano, 2004.

²⁰ Il Partito Reformista – inizialmente con Andrus Ansip e attualmente con il Premier Roivas – guida ininterrottamente il Paese dal 2005, vincendo consecutivamente le elezioni nel 2007, nel 2011 e, da ultimo, nel 2015. Dal 2006 la carica di Presidenza della Repubblica è ricoperta da Toomas Hendrik Ilves, vero artefice dell’utilizzo delle ICTs per favorire crescita e innovazione. La stabilità politica, unita alla pervicacia volontà dei suoi *leaders* di puntare sull’innovazione, sono alla base della *Digital Revolution* estone. Non è un caso che l’ex Premier Ansip sia stato recentemente chiamato a ricoprire la carica di Vice-presidente della Commissione europea con delega all’Agenda Digitale. Cfr. M. Laar, *Leading a successful transition: the Estonian miracle*, in *European View*, vol. 7, n. 1, 2008, pp. 67-74.

²¹ Cfr. A. Trumm, M. Ainsaar, *The Welfare System of Estonia: Past, Present and Future*, in K. Schubert, S. Hegelich, U. Bazant (cur.), *The Handbook of European Welfare System*, Routledge, New York, 2009, 98 ss.

oltre 900 organizzazioni – in un primo momento solo in forma elettronica e, attualmente anche in versione *mobility* – e di consentire, nel solo 2013, oltre 287 milioni di transazioni²².

L'elemento centrale che qualifica tale servizio digitale è che tutti i *databases* collegati al sistema “*X-Road*” sono decentrati, sicché non vi è un unico proprietario e ogni ente o azienda può decidere come e quando connettersi ad esso. Il compito del sistema centrale è solo quello di garantire la interconnettività a tutte le banche dati ad esso collegati, in modo da consentire un più rapido ed efficace sistema di immissione e di circolazione dei dati²³.

Il principio della flessibilità ha consentito negli anni lo sviluppo di una configurazione “reticolare” dell'apparato amministrativo e della stessa società, con una conseguente intensa partecipazione di tutti i livelli di *governance* all'elaborazione e alla realizzazione delle varie *policies*. Il raggiungimento di tale ambizioso obiettivo è stato, per un verso, possibile grazie alla connettività e all'accesso alla Rete in gran parte del territorio del Paese, anche nelle aree più marginalizzate e, per altro verso, alla diffusione della cultura e delle competenze digitali. Tali elementi hanno consentito non solo una più facile circolazione dei flussi informativi ma anche una più agevole accessibilità (*usability*) ai vari servizi. L'evoluzione che ne è derivata in termini di trasparenza e di *accountability* ha poi favorito l'instaurarsi di rapporti di tipo collaborativo tra l'apparato istituzionale e i cittadini, che hanno trovato giustificazione e fondamento su forme rinnovate di dialogo, nonché sulla trasparenza e su una costruttiva progettualità gestionale e organizzativa.

Dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa, la particolare configurazione “reticolare” dei principali servizi pubblici ha favorito la diffusione di iniziative e progetti sia “top-down” che “bottom-up” ispirati a un concetto di gerarchia flessibile in continua evoluzione e, dunque, non più rigidamente verticale. Nonostante che l'esito di tale architettura afferisca in misura maggiore al ramo tecnologico ed economico, il motore principale di questa *Digital Revolution* è in verità di tipo culturale: lo Stato estone viene (ri)costruito a partire dagli anni Novanta sulla modellistica della Rete e, dunque, aperto e orizzontale, partecipativo, fondato sulla condivisione e l'interconnessione e su nuove modalità collettive di aggregazione.

L'implementazione di un sistema così avanzato ha richiesto un impegno economico significativo che il Governo estone ha sostenuto non solo mediante forti investimenti pubblici, ma aprendo altresì ad un partenariato con i privati (banche, società di telecomunicazioni) che offrono i propri servizi attraverso il sistema di “*X-Road*” e che consentono al Governo di mantenerne la struttura portante, nonché potenziarne il grado di sicurezza e di efficienza.

²² Cfr. www.e-estonia.com.

²³ T. Kalvet, *The Estonian Information Society Developments Since the 1190s*, in *Praxis*, Center for Policy Studies Estonia, n. 29, 2007, 13 ss.

Insomma, il c.d. “salto della tigre” ha contribuito a dare al Paese non solo un *trend* di crescita economica di tutto rilievo ma anche un vero e proprio modello di *Open Government*, confermando come la Rete sia in grado di generare modelli democratici più “fluidi”, laddove la “fluidità” diventa una metafora per esprimere che il potere decisionale si allarga come l’acqua su un piano, arrivando a tutti.

3.1. – Il primo passo verso la cittadinanza digitale: la “Estonian ID-Card”

L’Estonia ha, dunque, fatto della dimensione “digitale” l’autentico spazio di vita dei propri cittadini, in cui questi ultimi interagiscono e partecipano attraverso la “ID-Card”, uno strumento particolarmente innovativo di gestione dell’identità digitale, dotato di potenzialità di memorizzazione dati ad alta sicurezza e utilizzabile sia come documento legale di identificazione personale, sia come “chiave” di accesso a tutti i servizi *online* mediante la firma digitale, a sua volta dotata di sofisticati criteri di sicurezza e anticounterfeiting che contribuiscono a conferire al documento un valore aggiunto rispetto alla versione cartacea con firma autografa²⁴. I dati anagrafici dei titolari sono impressi in modo visibile sul supporto fisico e sul *microchip* che viene utilizzato per l’identificazione in rete e per compiere le transazioni tra il richiedente e l’ente erogatore. Il *microchip* può altresì contenere i dati immessi dalla pubblica amministrazione per accedere ai vari “e-services”, nonché i certificati di firma digitale²⁵.

In una prima fase, il dispositivo è stato realizzato nella forma di una “*smart-card*” per il cui utilizzo è necessario un lettore da collegare al *computer* e l’installazione di un apposito *software*²⁶. Nel 2007, il servizio di identificazione digitale è stato ulteriormente implementato con l’introduzione della “*Mobile-ID*” che consente ai cittadini estoni di sostituire la “ID-Card” con una speciale SIM telefonica²⁷. Nella SIM vengono memorizzate delle “*private keys*” che servono per l’identificazione e per l’utilizzo della firma digitale da un qualsiasi dispositivo mobile. Quest’ultima innovazione ha ulteriormente rivoluzionato in Estonia i rapporti tra lo Stato e il cittadino, oltre che il concetto stesso di accesso ai dati. La “*Mobile-ID*” è diventata il tassello fondamentale per la piena caratterizzazione in chiave “digitale”

²⁴ A norma del *Digital Signatures Act* (DAS) del 7 marzo 2000, la firma digitale ha lo stesso valore legale della firma autografa e associata alla “ID-Card” ne garantisce l’autenticità e l’obbligatorietà nella gestione dei rapporti tra cittadini e Pubblica Amministrazione.

²⁵ Cfr. P. Högselius, *The Nordic Shaping of Innovation in Estonia: Case Studies From Mobile Communications and e-Government*, in *Nordic and Baltic Journal of Information and Communication Technologies*, vol. 1, 2007, pp. 61-73; T. Randma-Liiv, T. Kalvet, R. Kattel, *Small States and Innovation*, in D. Steinmetz, B. Thorhallsson, A. Wivel (cur.), *Small States inside and outside the European Union: The Lisbon Treaty and Beyond*, England, Ashgate, Aldershot, 2010.

²⁶ Cfr. J. Ruus, *Democratic Participation at the Local Level in Post-Communist States*, in T. Schiller (cur.), *Local Direct Democracy in Europe*, Heidelberg, 2011, 283 ss.

²⁷ Una volta acquistata, la SIM può essere attivata dal proprio computer con la “ID-Card” collegandosi al sito *Web* del *Police and Border Guard Board*’s.

della democrazia estone. Difatti, la gestione in *Mobility* dell'identità digitale ha favorito la definitiva dematerializzazione dei rapporti tra governo e cittadini, e tra cittadini e aziende, incrementando un processo democratico di notevole portata che consente un'interazione continua tra la fase del dialogo e quella decisionale e di controllo, di cui lo Stato estone ne sta beneficiando a piene mani²⁸.

L'utilizzo delle ICTs permeano ogni singolo aspetto della vita quotidiana del cittadino estone il quale, grazie alla *ID-Card* può usufruire di tutti gli innumerevoli “*e-services*” offerti non solo dalla Pubblica amministrazione, ma anche dai privati, accedendo al sito “www.eesti.ee”, il portale dell’“*e-citizen*”. Quest’ultimo, modellato sul “*one-stop shop*”, rappresenta un’interfaccia integrata rivolta a tutti gli utenti e in grado di offrire informazioni, notizie e servizi incentrati sui bisogni dell’utenza, con vantaggi innumerevoli in termini di facilità di accesso, trasparenza e interoperabilità²⁹. Se si volge lo sguardo, a mero titolo esemplificativo, al solo ambito fiscale si evidenzia come gli investimenti condotti sul piano della semplificazione e dell’innovazione abbia portato l’Estonia a sviluppare, secondo i recenti dati diffusi da uno studio della *Tax Foundation*, uno dei sistemi fiscali più competitivi tra i Paesi dell’area OCSE, incentrato non solo su un’aliquota particolarmente bassa per le imprese (intorno al 21%), ma anche sulla facilità di accesso ai relativi servizi, a partire dalla straordinaria funzionalità del sistema di “*e-Business Register*” che consente di gestire integralmente in modalità *online* i rapporti tra amministrazione e operatori economici (a partire dai 18 minuti di tempo richiesti per l’apertura di un’impresa)³⁰.

In tal modo, uno sviluppo mirato e progressivo del sistema di identità digitale ha consentito all’Estonia di ripensare i servizi amministrativi in un’ottica “*user-centred*” che ha

²⁸ Cfr. P. Högselius, *The Dynamics of Innovation in Eastern Europe: Lessons from Estonia*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2005, pp. 55 ss.

²⁹ Essa risulta segmentata in due aree che hanno funzionalità diverse: l’area informativa, aperta e accessibile a tutti dove è possibile ottenere informazioni su tutti i servizi di *e-Government* (www.riik.ee); l’area interattiva, accessibile solo mediante la “ID-Card” per la fornitura di “*e-services*” (<https://www.eesti.ee>). Tali servizi rappresentano delle vere e proprie *best practices* che riguardano i rapporti tra cittadini e PA, l’accesso ai servizi di *Welfare*, la vita economica e la qualità della *leadership*. Tra i principali “*e-services*” si segnalano: “*e-Tax Board*” (un servizio utilizzato dal 98% dei cittadini e che consente la gestione *online* dei rapporti con l’agenzia delle entrate); “*e-Ticket*” (mediante cui è possibile acquistare *online* ogni tipologia di biglietto e “caricarlo” sulla propria “Mobil” o “ID-Card”); “*e-Services in Health Care*” (che consente la totale gestione del fascicolo sanitario personale); *e-police*” (un sofisticato sistema di gestione e di controllo dei dati automobilistici da parte delle forze dell’ordine basato su una “*mobile workstation*” installata su ogni singola pattuglia stradale) e) “*e-Service in Education*” (un sistema integrato di gestione dei servizi relativi al sistema scolastico e universitario); f) “*e-Procurement*” (servizio guidato dal Ministero delle Finanze e istituito nel 2011 per l’aggiudicazione degli appalti pubblici) g) “*e-Banking*” (rappresenta una dei più riusciti modelli di collaborazione tra settore pubblico e privato e consente ai cittadini estoni di gestire interamente i rapporti con la banca in modalità *online* e che consentirà al Paese di eliminare la circolazione di contanti entro il 2020); h) “*e-Law*” (piattaforma gestita dal Ministero della Giustizia, che consente a ogni cittadino di seguire in tempo reale l’iter di approvazione di un atto normativo).

³⁰ Il *Report 2014* è consultabile all’indirizzo <http://taxfoundation.org>.

agito in maniera virtuosa sulla domanda da parte dei cittadini e delle imprese, a tutto vantaggio della crescita, della qualità della vita e dell'occupazione³¹.

3.2. – Dal cittadino “digitale” al cittadino “virtuale”: l’”Estonian e-Residency”

L'elevato livello di digitalizzazione che l'Estonia è riuscita a raggiungere nell'arco di qualche decennio ha riguardato in maniera pervasiva l'assetto statale, finendo con il coinvolgere anche l'idea tradizionale di “cittadinanza”, ma non tanto nella direzione di un suo superamento – al fine di favorire l'affermazione di una visione cosmopolita in grado di garantire un ordine mondiale fondato sulla universale condivisione di valori e principi che hanno pervaso la cultura occidentale – quanto in quella di far emergere nuovi assetti statuali fondati su nuove logiche organizzative e nuove forme di produzione e di partecipazione. È questo che sembra da ultimo affiorare dall'innovativo istituto estone dell’”*e-residency*”³², introdotto dal Parlamento con un emendamento all’*Identity Documents Act* del 21 ottobre 2014.

Come può evincersi dalla sua definizione, si tratta di una forma inedita di residenza “virtuale” attribuibile a chiunque ne faccia richiesta, senza necessità di stabilirsi nel Paese³³. L'inedito *status* – che non comporta l'acquisizione vera e propria della cittadinanza, né equivale ad un visto d'ingresso – consente l'acquisizione di una “identità digitale” con la possibilità di accedere al sofisticato ed avanzatissimo apparato pubblico estone, al fine di usufruire delle non poche agevolazioni economiche, fiscali e sociali che esso è in grado di offrire.

L'*iter* procedimentale di acquisizione della “*e-residency*” prevede l'inoltro dell'apposita richiesta al Governo estone mediante posta elettronica. All'esito dell'accettazione della domanda, gli uffici competenti rilasceranno l'*ID-Card* con i codici crittografati necessari per l'identificazione e l'utilizzo della firma digitale con validità triennale. La conclusione dell'*iter* – previsto in due settimane – richiede, al momento, la necessità di recarsi personalmente

³¹ Per maggiori dettagli sui singoli “*e-services*”, cfr. G. Prause, K. Hunke, F. Thessel (cur.), *Transnational Aspects of End-user Oriented E-services in the Baltic Sea Region*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlino, 2012, 118 ss.; A. Krull, *ICT Infrastructure and E-readiness Assessment Report: Estonia*, in *Praxis*, 5/2003.

³² Un istituto in parte analogo all’”*e-residency*” estone è stato in passato già previsto nell'ordinamento austriaco. Come noto, l'Austria ha tentato – agli inizi del 2000 – di introdurre la carta di identità digitale (*Bürgerkarte*), che può essere richiesta non solo dai cittadini austriaci, ma anche da tutti coloro che siano interessati a usufruire dei servizi di “*e-gov*” che il Paese offre. Ma la sperimentazione non si è mai effettivamente tradotta in esperienza concreta e la particolare complessità dei meccanismi di funzionamento di tale istituto – e della stessa carta digitale – ne ha reso impossibile la diffusione su larga scala sia tra la popolazione che tra i cittadini stranieri.

³³ La legge è consultabile sul sito del Parlamento estone (www.riigiteataja.ee).

presso gli uffici di frontiera estoni per la rilevazione biometrica e delle impronte digitali, nonché il pagamento di una tassa statale di 50 Euro³⁴.

L'iniziativa del Governo estone persegue diversi obiettivi e pone, al contempo, implicazioni su molteplici piani.

Uno dei primi obiettivi perseguiti è sicuramente quello di utilizzare tale innovativo istituto come straordinario volano economico. Come già in parte accennato, la *Digital Revolution* ha consentito all'Estonia di diventare un mercato all'avanguardia particolarmente appetibile per giovani imprese e *start-up*. L'innovativo sistema di registrazione digitale delle imprese e un sistema fiscale particolarmente semplificato sono condizioni primarie per attrarre capitali (e cittadini) stranieri.

In secondo luogo, un numero significativo di “*e-resident*” che attivano conti bancari, società, imprese porterebbe ad un aumento del peso geopolitico dell'Estonia in un'area che riveste, attualmente, un ruolo sensibile nello scacchiere internazionale. Come noto, i rapporti tra la Russia e l'attuale Governo estone sono sempre più di tipo antagonistico e una significativa presenza – anche solo “virtuale” – di “*e-resident*” (e di ingenti capitali) a ridosso dei confini russi potrebbe rivelarsi strategicamente importante sul piano politico-internazionale³⁵. E se la previsione del Governo di raggiungere quota 10 milioni di “*e-resident*” entro il 2025 (a fronte dei soli 1,4 milioni di residenti “reali”) dovesse concretizzarsi, l'assetto politico e sociale del Paese potrebbe conoscere mutamenti di notevole entità.

E *last but not least*, implicazioni riverberano all'interno dell'ordinamento comunitario. Il possesso della *ID-Card* consentirà a cittadini di Paesi terzi di avere accesso a tutti i numerosi “*e-services*” offerti non solo dall'Estonia, ma anche dai Paesi membri dell'UE che hanno già sviluppato avanzati sistemi di *e-government*, nonché compiere transazioni commerciali all'interno del territorio comunitario. In relazione a tali profili, come noto, a seguito dell'entrata in vigore, il 17 settembre 2014, del Regolamento n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. “*e-IDEAS*”³⁶), in materia di identificazione digitale per le

³⁴ Il Governo ha già annunciato che entro il 2015 il servizio sarà reso disponibile presso le sedi delle proprie ambasciate.

³⁵ È questo sembra essere anche una delle ragioni principali che ha spinto il Governo estone ad allocare le proprie banche-dati nel “*Cloud*” e in *server* dislocati presso le proprie ambasciate all'estero, così da consentire allo Stato di operare anche in caso di conflitto o di invasione militare. V., in merito, il documento “*Digital Agenda 2020 for Estonia*” del Ministero degli Affari Economici e delle Comunicazioni dove si legge che «To ensure the continuity of the Republic of Estonia and of the state information system, a concept of ‘data embassy’ will be introduced. This means that digital copies of all data and information systems critical for the functioning of the state will be securely preserved in ‘virtual embassies’ located in other countries. This will enable Estonia to ensure the continuity of the state ‘in the cloud’, making us more resilient in times of natural or man-made crisis».

³⁶ L'acronimo del Regolamento sta per “*Electronic Identification Authentication and Signature*”.

³⁷ Il predetto Regolamento si applica a decorrere dal 1° luglio 2016.

transazioni nel mercato interno, l'Unione europea si è dotata di un quadro tecnico-giuridico univoco ed omogeneo in ambito di firme digitali e servizi elettronici, con l'obiettivo di eliminare le barriere esistenti all'impiego dei mezzi di identificazione digitale negli Stati membri dell'UE, dando vita a tutti gli effetti ad un processo di transnazionalizzazione che ora, con l'innovativo sistema dell'*Estonian e-Residency*, va a riguardare, potenzialmente, cittadini comunitari e cittadini di Paesi terzi.

E l'idea di aprirsi a un mondo “senza confini” rileva anche dalla “scarsa” attenzione che il legislatore estone sembra aver prestato al profilo della sicurezza. Difatti, la legge ha stabilito che la *ID-Card* possa essere rilasciata a tutti coloro che dimostrino di avere «a relationship with the Estonian state or legitimate interest in the use of e-services of the Estonian state»³⁸, limitandosi ad elencare solo alcune generiche cause di inammissibilità o di rigetto della relativa istanza da parte delle autorità estoni³⁹, con l'intento di non ostacolare la possibilità di usufruire di tale servizio.

Nella pagina ufficiale di presentazione dell'*“Estonian e-Residency”*, il Governo afferma che la finalità dell'iniziativa è, appunto, quella di rendere la vita dei cittadini «easier by using secure e-service that have been accessible to Estonians for years already», in quanto, «we are moving towards the idea of a *country without borders*»⁴⁰. Al di là delle implicazioni di tipo economico, ciò che in questa sede preme evidenziare attiene proprio all'idea di uno “Stato senza confini” e alla “de-territorializzazione” dell'attività umana che essa comporta, creando una struttura sociale che è *online* ma che condiziona quella *offline*, tale per cui il rapporto di separazione e quasi di alterità tra il mondo reale e virtuale può dirsi superato e l'uno integra e arricchisce l'altro⁴¹. Tutto questo rappresenta un innegabile mutamento di paradigma che coinvolge profondamente gli aspetti centrali della contemporaneità, segnale di un profondo mutamento in grado di porre in crisi assetti ritenuti ormai stabili, a partire dal concetto stesso di cittadinanza. Difatti, quest'ultimo, da elemento esclusivo di appartenenza si trasforma in un “legame di affinità” che può nascere con una o più comunità statali.

Su questa linea, il Governo estone ha già annunciato che è allo studio l'ipotesi di coinvolgere in futuro i residenti “virtuali” nei processi partecipativi previsti in Estonia

³⁸ Cfr. § 20⁵, *Identity Documents Act*.

³⁹ Sul punto, la normativa fa riferimento ai casi in cui: a) «il richiedente rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale»; b) la richiesta venga fatta per «l'avvio di attività economiche non consentite dall'ordinamento estone»; c) «se il richiedente non possa essere chiaramente identificato o se ci sia un motivo per dubitare della sua identità»; d) «se sussistano particolari circostanze che costituiscono motivo per negare al richiedente il permesso di ingresso e soggiorno nel Paese»; e) «se il rilascio del documento non sia conforme agli obiettivi stabiliti dalla legge» (§ 20⁶, *Identity Documents Act*).

⁴⁰ La pagina può essere consultata all'indirizzo <https://e-estonia.com/e-residents/about/>.

⁴¹ È la dimensione c.d. “*Onlife*”, neologismo che dà il titolo al documento “*The Onlife*” presentato a Bruxelles l'8 febbraio 2013 durante la presentazione della Direzione Generale “*Connect*” della Commissione europea che gestisce l'Agenda Digitale (<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/onlife-manifesto>).

nell'ambito dell'*iter* di approvazione delle leggi statali, soprattutto quelli riguardanti le materie economiche e fiscali. Se tale possibilità troverà concretizzazione, allora la “*e-residency*” cesserà di essere una mera situazione di vantaggio di tipo economico per trasformarsi in un vero e proprio diritto di cittadinanza non più ancorato ai confini di uno Stato nazionale.

4. – La “*e-Democracy Revolution*” estone

Il pervasivo processo di digitalizzazione ha consentito all'Estonia di realizzare anche il livello più avanzato di *governance* digitale, quello legato ai processi di *e-democracy*. In questo contesto, gli interventi diretti a favorire la partecipazione dei cittadini ai processi democratici attraverso le tecnologie informatiche si snodano, in particolare, lungo tre direttrici: a) garanzia di incremento della partecipazione ai processi elettorali di selezione della classe politica attraverso l'implementazione di sistemi di votazione a distanza; b) garanzia di accesso alle informazioni attraverso l'implementazione di piattaforme dirette a rafforzare il ruolo di controllo dei cittadini sull'azione pubblica; c) garanzia di accesso alla sfera pubblica mediante l'introduzione di piattaforme dirette a sfruttare le potenzialità del *crowdsourcing* per coinvolgere direttamente i cittadini nel *law making process*.

4.1. – Le nuove frontiere dell’“*e-Democracy*”: “*I-voting*” e “*M-voting*”.

Una delle prime – e più feconde – tappe di realizzazione del sistema di *e-democracy* su cui l'Estonia ha sin dall'inizio tenacemente investito attiene al c.d. “*Internet Voting*” (o *I-voting*)⁴². Quest'ultimo rappresenta, in termini generali, uno dei principali terreni di sperimentazione dei *nuovi diritti di cittadinanza* – in particolare del diritto di partecipare in maniera più immediata e trasparente alla vita pubblica e politica – che sono sorti a seguito della diffusione delle ICTs⁴³. Sotto il profilo comparato, l'esperienza estone assume particolare

⁴² Sotto il profilo tecnico, i sistemi di “*e-Voting*” e di “*I-voting*” rappresentano due modalità di espressione del voto basati sull'utilizzo del *personal computer*. La distinzione, come noto, risiede nel fatto che, mentre nei sistemi di “*e-Voting*” l'espressione del voto è presidiata ed è consentita solo mediante l'utilizzo di strumentazioni presenti all'interno del seggio, i sistemi di “*I-voting*” presuppongono l'utilizzo di Internet e consentono l'espressione del voto in modalità remoto e senza alcuna sorveglianza. R.M. Alvarez, E. Hall, *Click & Vote. The Future of Internet Voting*, Washington, Brookings Institution Press, 2004; N. Kersting (cur.), *Electronic Voting and Democracy. A Comparative Analysis*, Houndmills, Palgrave, 2004.

⁴³ Per un'ampia disamina in chiave comparata circa il rapporto tra voto e ICTs, cfr. P. Vinkel, *Internet Voting in Estonia*, in AA.VV., *Information Security Technology for Applications*, Springer, New York, 2011, 6 ss.; D. Zissis, D. Lekkas (cur.), *Design, Development, and Use of Secure Electronic Voting System*, IGI Global, 2014.

rilevanza, soprattutto per il fatto di essere stato il primo Paese al mondo ad aver utilizzato tale sistema di votazione per il rinnovo del Parlamento nazionale⁴⁴.

L'articolato progetto estone di sperimentazione del voto elettronico si inserisce in uno scenario tecnico e normativo particolarmente dinamico e in continua evoluzione, proprio al fine di rispondere alla complessità di una società digitalmente avanzata. L'idea iniziale è stata quella di utilizzare l'"*I-voting*" quale strumento "aggiuntivo" – e non "sostitutivo" – rispetto al tradizionale sistema di voto presidiato nel seggio elettorale, all'interno di una cornice normativa di riferimento chiamata a garantire la salvaguardia dei principi di libertà, segretezza ed eguaglianza del voto.

Il 27 marzo 2002 è stato approvato il *Local Government Council Election Act* (in proseguio "LGCEA"), consentendo, agli elettori in possesso della *ID-Card*, di partecipare al voto in modalità remota, connettendosi al sito Internet del *National Electoral Committee* e potendosi autenticare mediante la firma digitale, con la possibilità di esprimere il proprio voto nei cinque giorni precedenti allo svolgimento della competizione elettorale⁴⁵.

Il 12 maggio 2005, il Parlamento ha poi approvato il *Local Government Council Election Act Amendment Act* (in proseguio "LGCEAAA")⁴⁶, confermando quanto già previsto nella legge del 2002 e introducendo – nell'ambito del procedimento elettorale – il c.d. principio di "ripetibilità" del voto, che offre all'elettore la possibilità di modificare il proprio voto *online* sino al giorno precedente alle elezioni, nonché ripeterlo un'ultima volta nel seggio elettorale (in tal caso, questo è l'unico voto computato a fini legali). In sede parlamentare, tale principio è stato visto come l'elemento principale per confutare la critica più importante mossa a tale sistema di votazione, ossia quello legato alla possibilità che il voto a distanza incentivi forme di coercizione o di compravendita, intaccando in maniera profonda i principali capisaldi di funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo, ossia la libertà e la segretezza del voto⁴⁷. Secondo il legislatore estone,

⁴⁴ L'esperienza comparata dimostra come il voto *online* sia stato applicato in oltre 100 competizioni elettorali. Il primo caso si è registrato in Arizona nel 2000, in occasione delle primarie del partito democratico. A seguire, è stata la Svizzera, nel 2001, a introdurre per la prima volta il voto *online* per le elezioni locali, avviando in questa occasione la prima tappa di un percorso che porterà il Paese, entro il 2016, a sostituire integralmente il sistema di votazione tradizionale. Per un'ampia disamina di taglio comparato sull'esperienza di voto elettronico, B. Grofman, A.H. Trechsel, M. Franklin, *The Internet and Democracy*, Springer, New York, 2014; D. Veit, J. Huntgeburth, *Foundations of Digital Government. Leading and Managing in the Digital Era*, Springer, New York, 2014; A. Gratteri, *Il valore del voto*, Cedam, Padova, 2005, 100 ss.

⁴⁵ § 74 LGCEA.

⁴⁶ § 50 LGCEA.

⁴⁷ La modifica della legislazione elettorale che ha consentito l'inserimento della modalità di votazione *online* non ha incontrato – in sede parlamentare – particolari ostacoli. L'unica opposizione è stata esercitata dal Presidente della Repubblica. Quest'ultimo, nel 2005, in sede di promulgazione, ha opposto il veto sostenendo un palese contrasto tra la legge in parola e i principi costituzionali che governano lo svolgimento delle elezioni nell'ordinamento estone, a partire dalle eguali condizioni di espressione del voto. L'attenzione del Presidente si appuntava sulla prevista possibilità, accordata ai soli elettori che optavano per la modalità *online*, di ripetere il proprio voto,

L'elettore potrebbe superare eventuali condizionamenti e costrizioni accordandogli la possibilità di ripetere più volte l'esercizio del diritto di voto, in modo da garantire che l'intenzione di voto dell'elettore possa corrispondere al risultato finale. La ripetizione del voto è stata dunque vista come un elemento integrante e centrale della procedura di voto diretta a rafforzarne la funzionalità complessiva del sistema e la tutela dei principi costituzionali.

La prima sperimentazione del sistema di votazione elettronica si è avuta in occasione delle elezioni locali del 2005, cui hanno fatto poi seguito, nel 2007, le prime votazioni *online* per il rinnovo del Parlamento nazionale⁴⁸. Da qui, l'"*I-voting*" è stato utilizzato in Estonia in ben sette competizioni elettorali, registrando un aumento progressivo del numero di "*I-voters*", che è passato – come può evincersi dalla tabella sotto riportata – dai 9.317 delle elezioni comunali del 2005 ai 176.491 delle ultime elezioni parlamentari svoltesi il 1° marzo 2015.

modalità suscettibile di violare – nelle argomentazioni del Presidente della Repubblica – il principio di eguaglianza. L'opposizione presidenziale dava vita ad un vero e proprio conflitto istituzionale: il veto sospensivo del Presidente veniva, una prima volta, superato dal Parlamento con la riapprovazione del testo. Ma dinanzi alla volontà parlamentare di non modificare la legge, il Presidente – conformemente a quanto previsto al par. 107 Cost. – azionava il ricorso alla *Supreme Court* per ottenerne la declaratoria di incostituzionalità. La Corte – nel rigettare i rilievi del Presidente – evidenziava che «absolutely equal possibilities for performing the Voting act in equal manner should be guaranteed to all persons with the right to vote». Infatti, coloro che utilizzano modalità di espressione diverse del voto si trovano in situazioni diverse (così, ad esempio, coloro che votano per corrispondenza rispetto a coloro che invece votano recandosi alle urne). Secondo la Corte, la possibilità accordata all'elettore di modificare il proprio voto costituisce una garanzia essenziale per il rispetto dei principi di libertà e di segretezza del voto. Difatti, un elettore che è stato illegittimamente influenzato in sede di votazione può ripristinare la propria libertà modificando il proprio voto dopo essersi liberato dalle pressioni esterne. Il concetto di *segretezza*, in tale particolare ambito, non è fine a sé stesso ma persegue l'obiettivo, secondo i giudici, di tutelare l'elettore da qualsiasi indebita pressione o influenza che incide sulla sua libera espressione di voto. E la libera espressione del voto trova – nella modalità di voto *online* – un'adeguata forma di tutela nel principio di ripetibilità dello stesso (la sentenza è consultabile all'indirizzo <http://www.nc.ee>). Cfr H. Buchstein, *Online Democracy. Is It Viable? Is It Desirable? Internet Voting and Normative Democratic Theory*, in N. Kersting, H. Baldersheim (cur.), *Electronic Voting and Democracy: A Comparative Analysis*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, pp. 39–58; Ü. Madise, T. Martens, *E-Voting in Estonia 2005. The first practice of country-wide binding Internet Voting in the world*, in R. Krimmer (cur.), *Electronic Voting 2006*, Vienna, 2006.

⁴⁸ Ü. Madise, P. Vinkel, E. Maater, *Internet Voting at the Elections of Local Government Councils on October 2005: Estonian Electoral Commission* (consultabile all'indirizzo <http://www.vvk.ee/engindex.html#0002>).

(Elezioni in Estonia 2005-2015)

<i>Tipologia elezioni</i>	<i>Periodo</i>	<i>Totale elettori</i>	<i>Totale Votanti</i>	<i>Totale "i-Voters"</i>	<i>Percentuale di "i-Voters" tra i votanti</i>
Elezioni amministrative	Ottobre 2005	1.059.292	502.504	9.317	1,9%
Elezioni politiche	Aprile 2007	897.243	555.463	30.275	5,5%
Elezioni amministrative	Ottobre 2009	1.097.317	662.813	104.413	14,7%
Elezioni europee	Giugno 2009	909.628	399.181	58.669	15,8%
Elezioni politiche	Marzo 2011	913.346	580.264	140.846	24,3%
Elezioni amministrative	Ottobre 2013	1.086.935	630.050	133.808	21,2%
Elezioni europee	Maggio 2014	902.873	329.776	103.151	31,3%

Elezioni politiche	Marzo 2015	899.793	577.910	176.491	30,5%
-----------------------	---------------	---------	---------	---------	-------

Fonte: *Estonian National Electoral Committee*

Dall'analisi dei dati appare evidente che l'affluenza alle urne virtuali ha fatto registrare un incremento esponenziale, raccogliendo consensi nella varie fasce degli elettori. Così, ad esempio, il tasso di partecipazione alle elezioni politiche del 2007 è aumentato di circa il 14% rispetto alle elezioni del 2003, svoltesi senza l'utilizzo della modalità *online*, con un'incidenza maggiore tra la popolazione residente nelle aree meno urbanizzate del Paese⁴⁹. La percentuale di votanti è poi passata dal 47,4% del 2005 al 64,2% del 2015, con un aumento esponenziale che è stato dovuto soprattutto alla crescita dell'elettorato digitale. Anche questo dato testimonia come in Estonia l'elettorato abbia optato in maniera crescente per tale "canale" di espressione del voto, in quanto convinto della funzionalità complessiva del sistema e, soprattutto, della certezza del risultato finale⁵⁰.

I dati evidenziano, inoltre, che gli elettori con meno di 24 anni rappresentano il 9% dei votanti, mentre il 21% degli votanti "digitali" hanno più di 50 anni. E le donne si confermano coloro che privilegiano tale sistema di votazione (ben il 53% del corpo elettorale femminile ha votato *online* nelle ultime elezioni).

Se si prende, inoltre, in considerazione i dati relativi ai voti ripetuti, al fine di verificare il comportamento dell'elettorato circa eventuali azioni coercitive subite nell'espressione del proprio voto, si evidenzia come la percentuale di elettori che hanno ripetuto il voto sia diminuita dallo 0,3% delle elezioni del 2005 allo 0,01% delle elezioni del 2015, nonostante che il numero di "I-voters" sia più che raddoppiato, a testimonianza della scarsa incidenza di tali aspetti nelle operazioni di voto.

In occasione delle elezioni politiche del 2011 le prospettive dell'automatizzazione del voto si sono aperte a scenari ancora più avveniristici, con l'introduzione del c.d. "*Mobil Voting*" (*m-Voting*). Con una modifica della legislazione elettorale approvata dal Parlamento estone nel 2008, i cittadini possono ora votare attraverso un dispositivo mobile, allo scopo di snellire ulteriormente le operazioni di voto e incidere positivamente sul tasso di

⁴⁹ Sulle elezioni del 2007, cfr. M. Solvak, V. Pettai, *The parliamentary elections in Estonia, 2007*, in *Electoral Studies*, 27(3), 574-577; A.H. Trechsel, *Internet voting in the March 2007 Parliamentary Elections in Estonia. Report for the Council of Europe*, 2007.

⁵⁰ Quanto alle potenzialità offerte dalle ICTs sul piano dell'incremento della partecipazione elettorale, cfr. D. Bochsler, *Can Internet Voting Increase Political Participation? Remote electronic voting and turnout in the Estonian 2007 parliamentary elections*, 2010 (<http://www.eui.eu/Projects/EUDO-PublicOpinion/Documents/bochsler-voteeui2010.pdf>).

partecipazione soprattutto tra i nativi digitali. In occasione delle ultime elezioni politiche del marzo 2015, tale modalità di voto è stata preferita dal 12% degli “*I-voters*”⁵¹.

Nelle recenti elezioni politiche del 1° marzo 2015, la percentuale di elettori che ha preferito il sistema *online* ha conosciuto un traguardo inaspettato coinvolgendo il 30,5% degli aventi diritto, vale a dire la metà degli elettori, con un risultato non ancora mai raggiunto nelle elezioni politiche. Considerato, inoltre, che l’affluenza alle urne si è attestata al 60%, per la prima volta il numero di elettori “digitali” ha superato quello di coloro che hanno preferito il sistema tradizionale, a testimonianza dell’ormai crescente fiducia dell’elettorato in tale sistema di votazione.

Sul piano politico, l’influenza del sistema di “*I-voting*” è piuttosto tangibile. Considerando l’orientamento politico, si evidenzia come ben il 37,5% degli “*I-voters*” abbia espresso il proprio sostegno al Partito Reformista – che in questi anni ha portato avanti l’intero processo di digitalizzazione e introdotto l’“*I-voting*” – e solo il 7,7% abbia invece preferito il Partito di Centro⁵².

4.1.1. – Le modalità di funzionamento del sistema di “*I-voting*” e la questione della “sostenibilità” dei rischi

L’intera procedura di “*I-voting*” è disciplinata in maniera dettagliata dalla normativa elettorale per il rinnovo del Parlamento⁵³. Ogni elettore può votare *online* solo se in possesso della *ID-Card* abilitata per l’utilizzo della firma digitale⁵⁴.

La prima fase di votazione è disciplinata secondo il noto sistema della c.d. “doppia busta” che regola, anche in Italia, il voto per corrispondenza. L’elettore, dopo aver inserito la sua “*ID-Card*” nell’apposito lettore, si collega al sito *Web* della Commissione elettorale si identifica e accede alla lista dei candidati per esprimere la propria preferenza⁵⁵. Il voto viene crittografato dal *software* (analogamente a quanto accade con il sistema postale

⁵¹ Con una recente modifica alla legge elettorale è stato introdotto un nuovo sistema di controllo mediante una speciale “*smart card*” che consente di rilevare la presenza – sul dispositivo dell’elettore – di un eventuale *malware* e di bloccare l’invio del voto al *server*. Tale sistema è stato per la prima volta sperimentato con successo in occasione delle elezioni locali del 2013 solo sui dispositivi *Android*. Per le elezioni politiche svoltesi il 1° marzo 2015, tale sistema è stato implementato su tutti i dispositivi mobili.

⁵² Tale formazione partitica rappresenta la forte minoranza russa presente nel Paese (oltre un quarto della popolazione totale). Il suo *leader* Savisaar ha sposato in pieno una politica filosovietica.

⁵³ Cfr. cap. 7¹, del *Riigikogu Election Act*.

⁵⁴ Il *kit* completo per partecipare alle votazione (lettore della *ID-Card* e *software*) viene venduto da una catena specializzata in articoli elettronici. Chi non possiede un proprio *computer* può utilizzare le postazioni pubbliche appositamente allestite.

⁵⁵ Cfr. www.valimised.ee.

di inserimento della scheda votata in una busta senza contrassegni che viene poi sigillata) e poi confermato dall'elettore attraverso l'apposizione della firma digitale (analogamente a quanto accade con l'inserimento della busta anonima contenente la scheda votata all'interno di una seconda busta contenente le generalità dell'elettore).

A questo punto, l'elettore può inviare il proprio voto al *server* che provvede al conteggio dei voti registrati, dopo aver controllato l'autenticità della firma digitale dell'elettore⁵⁶. All'atto del conteggio, la firma digitale (busta esterna) viene rimossa e il voto crittografato (busta interna) viene registrato sul *server* del "seggio virtuale". Al termine del procedimento di convalida del voto, il *server* provvede a darne comunicazione all'elettore. Il voto crittografato rimane custodito nel *server* di archiviazione sino al momento del conteggio dei voti. Atteso che ogni votante può esprimere il proprio voto più volte, il *server* spunta come da "non contare" i voti eventualmente annullati, accordando validità soltanto all'ultimo espresso. La votazione *online* può essere utilizzata dal decimo sino al quarto giorno antecedente alle elezioni e può essere – come già accennato – ripetuto più volte.

Il conteggio dei voti viene fatto il giorno delle elezioni. In questa fase, il *Counting Server* provvede a decriptare i voti e, appunto, al conteggio. Concluso lo scrutinio, i codici identificativi vengono distrutti alla presenza dei membri della Commissione elettorale e degli osservatori, così da preservare la segretezza del voto.

Come previsto dalla legge elettorale, le operazioni di voto sono supervisionate da un apposito *Electronic Voting Committee* composto da sette membri nominati dalla Commissione elettorale nazionale⁵⁷. Il suo compito è quello di organizzare e controllare le operazioni di "I-voting"⁵⁸, dallo svolgimento delle votazioni sino al conteggio dei voti, nonché proporre al Comitato elettorale nazionale la sospensione delle operazioni elettorali qualora la «sicurezza e l'affidabilità del sistema elettronico non possa essere garantita»⁵⁹.

La legge elettorale stabilisce, inoltre, che le fasi di scrutinio devono essere pubbliche e certificate da un'apposita agenzia internazionale di *Auditing*. Le operazioni elettorali sono osservabili da chiunque ne fosse interessato, previo accreditamento presso la Commissione Elettorale. Gli utenti registrati hanno accesso a tutte le riunioni delle commissioni elettorali e possono seguire tutte le operazioni di voto⁶⁰.

⁵⁶ La decrittazione dei voti viene eseguita utilizzando un *Hardware Security Module* (HSM). Le certificazioni del *server* sono basate su specifiche sviluppate dall'*Estonian National Electoral Committee*, mentre l'*Estonian Informatics Centre* è responsabile delle varie operazioni e della fornitura delle connessioni Internet.

⁵⁷ Par. 17 legge elettorale.

⁵⁸ Par. 17.2 legge elettorale.

⁵⁹ Cfr. www.vvk.ee.

⁶⁰ L'intera documentazione relativa alle operazioni di voto è consultabile sul sito Internet della Commissione Elettorale Nazionale (www.valimised.ee).

Accanto a tali elevate misure di sicurezza e trasparenza, il Comitato Elettorale estone ha impiegato risorse ed energie per preparare l'elettorato al sistema di votazione *online*. Al fine di accrescere la fiducia nel sistema di voto *online*, il singolo è stato informato circa il funzionamento dell'intera procedura e circa le modalità di controllo che possono essere azionate dal proprio computer per controllarne la presenza di *malaware* e accertarne la corretta funzionalità. Tecnici e funzionari statali promuovono periodicamente campagne informative sul funzionamento delle chiavi crittografate e sull'autenticità del voto, di modo che l'elettore diventa egli stesso il primo garante della correttezza dell'intera procedura elettorale. Durante il periodo di votazione *online*, sul sito del Comitato Elettorale è possibile visionare in tempo reale la percentuale di “*I-voters*” così da consentire a chiunque di confrontare il numero di “*I-voters*” con il numero di “voti” depositati nelle urne virtuali, garantendo pertanto la più ampia trasparenza.

Nel dicembre del 2010 è stata pubblicata, su iniziativa della Commissione elettorale, un'analisi del sistema di “*I-voting*” estone condotta da un gruppo indipendente di esperti informatici⁶¹. Nel complesso, il documento evidenzia come il sistema presenti adeguate misure di sicurezza, pur nell'ammissione dell'impossibilità pratica di poter, ad oggi, garantire «in absolutely secure system», nella modalità di voto *online* così come nella tradizionale versione cartacea. Nel complesso, l'analisi evidenzia come il sistema offra garanzie di sicurezza e di democraticità che possono essere ritenute più che adeguate e che sono destinate ad incrementarsi in relazione all'incessante progresso tecnologico.

Il sistema di “*I-voting*” continua comunque a richiamare l'attenzione di esperti e osservatori internazionali, suscitando un acceso dibattito per quanto concerne i profili della sicurezza e della sua potenziale vulnerabilità⁶².

In occasione delle elezioni del 2007, l'*Office for Democratic Institutions and Human Rights* dell'OCSE – pur promuovendo nel complesso il sistema estone – ha raccomandato al Governo di rafforzare la trasparenza delle procedure di voto⁶³. A seguito di tale intervento, il Governo estone ha rafforzato la trasparenza dell'intera procedura e ha reso pubblico su “GitHub” il “codice sorgente” del *software* adoperato per gestire le operazioni di voto

⁶¹ Cfr. http://vvk.ee/public/dok/E-Voting_concept_security_analysis_and_measures_2010.pdf.

⁶² Cfr. R.M. Alvarez, T.E. Hall, A.H. Trechsel, *Internet Voting in Comparative Perspective. The Case of Estonia*, in *American Political Science Association*, 2009, vol. 42, pp. 497 ss.

⁶³ Si legge nel documento che «Although the National Election Committee made considerable efforts to minimize the inherent risks, testing and auditing of the system could have been more comprehensive. Furthermore, there appeared to be almost no oversight of the internet Voting process by political parties or civil society. The internet Voting system as implemented appears to have functioned in the Estonian context on this occasion. Yet, unless the above-mentioned factors are effectively addressed, the authorities should reconsider whether the internet should be widely available as a Voting method, or alternatively whether it should be used only on a limited basis or at all» (il documento è consultabile all'indirizzo *Web* http://www.vvk.ee/public/dok/OSCE_report_EST_2007.pdf).

*online*⁶⁴, così da consentire a tutti di poterne verificare le modalità di funzionamento e constatarne la correttezza complessiva⁶⁵.

Nonostante le polemiche e le non poche strumentalizzazioni, resta il fatto che il sistema estone di votazione *online* – come dimostrano anche le recenti elezioni politiche del 1° marzo 2015 – mostra adeguata funzionalità e presenta *standards* di sicurezza che, al momento, non risultano oggetto di attacchi o di violazioni ed è basato su un *corpus* normativo che rappresenta la “spina dorsale” della *Digital Nation*, a partire dalla firma digitale e dalla *ID-Card*, e su cui il sistema di “I-voting” è riuscito ad impiantarsi stabilmente in quanto rivolto ad un elettorato già tecnologicamente preparato e ampiamente coinvolto nel processo di sviluppo del sistema di voto elettronico⁶⁶. E questo dimostra che

⁶⁴ In informatica, il “codice sorgente” indica l’algoritmo iniziale di un processo che porta all’esecuzione del programma da parte dell’*Hardware*.

⁶⁵ Alle elezioni politiche 2009, la questione della sicurezza del voto è assurta agli onori della cronaca a seguito della notizia diffusa da un giovane informatico estone di aver individuato un *malware* in grado di modificare i voti attribuiti ad alcuni candidati (cfr. <http://news.err.ee>). La questione è stata al centro di un aspro dibattito tra il Governo e i partiti dell’opposizione e ha comportato un ricorso dinanzi alla Corte suprema, che ha risolto la questione dichiarandone nella specie l’infondatezza in ragione dell’insussistenza della violazione la quale, appunto, è stata solo annunciata dal ricorrente e non attuata nella pratica e, in linea generale, per il fatto che la sola possibilità teorica di manipolare la piattaforma non può essere ritenuto un motivo sufficiente per mettere in discussione l’intero sistema di votazione *online* (cfr. <http://www.rigikohus.ee>). Più recentemente, in occasione delle elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo del 25 maggio 2014, un gruppo di esperti coordinati da Alex Halderman dell’Università del Michigan ha reso pubblica la notizia relativa alla possibilità – comprovata da esperimenti condotti in laboratorio – che il sistema estone di “I-voting” fosse in realtà privo di adeguati sistemi di sicurezza tale da ripararlo da possibili manipolazioni (cfr. <https://estoniaeVoting.org/team>). Tale tesi è stata apertamente confutata dalla Commissione elettorale estone che ha accusato la stampa inglese – che per prima ha diffuso la notizia (cfr. <http://www.vvk.ee/valimiste-korraldamine/vvk-uudised/vabariigi-valimiskomisiooni-vastulause-the-guardianis-ilmunud-artiklile>) – di non aver richiesto al Governo estone una replica alle accuse mosse dallo studioso, tentando poi di confutare ogni singolo passaggio tecnico del percorso argomentativo dei ricercatori del Michigan, sostenendo che le modalità di attacco replicate in laboratorio erano già note al sistema di sicurezza estone e, dunque, non in grado di nuocere al corretto funzionamento del sistema di votazione (cfr. <https://estoniaeVoting.org/press-release/response-national-election-committees-statement>).

⁶⁶ In concomitanza con l’introduzione del sistema di “I-voting” per le elezioni nazionali, la Fondazione “*Look@World*” ha lanciato la campagna «*Computer Security 2009*». L’obiettivo perseguito è stato quello di aiutare i cittadini estoni a prendere dimestichezza con l’utilizzo dei sistemi in Rete, conoscendone potenzialità e rischi legati alla sicurezza. Sono stati oltre 400.000 i cittadini estoni che hanno compiuto tale efficace percorso formativo di “cittadinanza digitale”. Dall’aprile 2009 al novembre 2011, l’attività della Fondazione si è concentrata sul progetto «*Come Along*», consentendo a oltre 100.000 persone di ricevere gratuitamente assistenza e consulenza per l’utilizzo dei servizi di *e-government*, coinvolgendo oltre 300 consulenti e organizzazioni che hanno svolto percorsi formativi in innumerevoli sedi disseminate sull’intero territorio nazionale. L’obiettivo è quello di favorire una partecipazione collaborativa delle intelligenze dei singoli per implementare sistemi di sicurezza altamente sofisticati e per favorire la costruzione di una rete di conoscenze in tale ambito. Nel 2013 è poi seguito il progetto «*Raising Awareness of the Safe Use of Mobile Phones*» diretto a informare i giovani estoni sul corretto utilizzo dei dispositivi mobili. Il progetto ha avuto un grosso seguito ed è servito per implementare la diffusione e, al contempo, l’utilizzo “*smart*” di tali strumenti. Anche a seguito di tale capillare campagna informativa *bottom-up*, oltre il 93% dei ragazzi estoni “*under 15*”

L'introduzione dell'"*I-voting*" può conoscere buon esito solo se, oltre alla presenza di *software* in grado di offrire comprovate garanzie di esercizio libero ed eguale del voto, vi sia un elettorato informaticamente e culturalmente preparato a concetti quali l'identità digitale, l'autenticazione in Rete, cui deve accompagnarsi una generalizzata – e ben radicata – fiducia nella trasparenza e nella legalità dell'intero apparato statale. In altri contesti – caratterizzati da conflittualità politica o avvezzi a fenomeni diffusi di corruzione elettorale, nonché arretrati sul piano della diffusione delle ICTs – il sistema di "*I-voting*" si presenta del tutto inadeguato a incidere positivamente sulla crescente disaffezione di un elettorato sempre più disilluso, nonché suscettibile di essere strumentalmente attaccato da chi teme che un ampliamento della base democratica possa rimettere in discussione tradizionali e stratificati assetti di potere.

In Estonia, l'"*I-voting*" – lungi dal rappresentare, dunque, una mera sperimentazione condotta solo per ammodernare i tradizionali sistemi di espressione del voto – sembra costituire il punto d'arrivo di un processo diretto a garantire il suffragio universale in una *Digital Nation* e, in quanto tale, segnale di una vera e propria rivoluzione tecnologica in grado di porre in crisi assetti ritenuti ormai stabili e di spostare in avanti gli orizzonti degli attuali assetti democratici.

4.2. – *Open Government* e accesso alle informazioni: l'"*e-Cabinet*" estone

Il sistema di *e-democracy* estone ha, inoltre, trovato modalità di concretizzazione nella scelta di utilizzare le ICTs per favorire l'implementazione di un sistema di governo trasparente incentrato sui principi dell'interazione e della bidirezionalità, al fine di favorire trasparenza, responsabilità, controllo e, non da ultimo, semplificazione del proprio apparato pubblico divenendo, sotto questo aspetto, paradigma di una più evoluta interpretazione del concetto stesso di "partecipazione". Sotto questo profilo, particolare interesse riveste la piattaforma "*e-Cabinet*".

Puntando su un innovativo modello dell'*Open Government* e dell'*Open Access*, a partire dal 2000, l'intera attività del Governo estone è stata resa accessibile, trasparente e interattiva attraverso il sofisticato "*Government Sessions Information System*", comunemente definito "*e-Cabinet*". Lanciato nel 2000 per razionalizzare le riunioni e il lavoro del Consiglio dei Ministri, il sistema – basato su un *multi-user database* – è stato nel tempo implementato, divenendo un vero e proprio punto di riferimento per il complessivo processo di *e-democracy* estone.

utilizza quotidianamente dispositivi mobili nelle attività scolastiche e segue lezioni di programmazione informatica.

Dal punto di vista operativo, il sistema rende disponibili *online*, in tempo reale, tutti i dati riguardanti l'attività del Governo, così da consentire l'accesso alle informazioni in maniera non solo diretta e trasparente, ma anche in modalità interattiva, rendendo il cittadino un vero artefice delle politiche pubbliche.

La documentazione immessa in Rete è consultabile da tutti anteriormente alle riunioni del Consiglio dei Ministri. A ogni singolo Ministro è offerta la possibilità di accedere al sistema e fare osservazioni sui singoli punti, rendendo pubblica la propria posizione sull'argomento, nonché segnalando l'opportunità che il punto sia oggetto di ulteriore discussione in sede di Consiglio. I punti all'ordine del giorno che non registrano osservazioni da parte dei Ministri sono ritenuti approvati senza essere posti in discussione durante la successiva riunione.

L'effetto è stato non solo quello di aver drasticamente ridotto i tempi di durata delle riunioni del Consiglio dei Ministri, ma anche quello di aver contribuito a concretizzare il concetto di *Open Government Data*, consentendo un reale scambio continuo di flussi informativi tra il Governo e cittadini. Quest'ultimo aspetto è stato successivamente rafforzato mediante la realizzazione di un collegamento tra la piattaforma di "*e-Cabinet*" e il sistema di "*e-Consulting*" che consente ai cittadini di seguire le sedute del Consiglio, consultarne la documentazione e interagire con i singoli Ministri.

Quanto alla semplificazione dei processi decisionali, l'utilizzo di un *software we-based* con annesso sistema audio-visivo consente ai singoli Ministri di partecipare alle riunioni anche a distanza e di firmare digitalmente tutti gli atti del Governo mediante il sistema di *ID-Card*⁶⁷.

4.3. – Prove di "*Crowdsourced Lawmaking*": l'Assemblea dei cittadini" (*Rahvakogu*)

Il processo portato avanti dall'Estonia di sviluppo di un sistema di *e-democracy* ha, infine, riguardato anche il livello più elevato di coinvolgimento dei cittadini nella gestione della *res publica*, ovvero quello della formazione delle leggi.

Già nel 2001, il Governo estone ha avviato l'esperienza pionieristica della piattaforma "*Today I Decide – TOM*"⁶⁸, attiva sino al 2008, al fine di consentire ai cittadini di partecipare a consultazioni pubbliche, presentare proposte e petizioni, nonché avanzare critiche alle attività del Governo⁶⁹. E proprio sulla base dell'esperienza di "*Today I Decide*", la

⁶⁷ Cfr. <http://www.riigikantselei.ee>.

⁶⁸ In lingua estone «*Tana Otsustan Mina*».

⁶⁹ Cfr. www.osale.ee.

Commissione europea ha lanciato, nel 2006, “TID+” che consente ai cittadini europei di prendere l’iniziativa in materia di proposizione e di discussione di atti normativi⁷⁰.

Ma il progetto di “*e-participation*” estone al momento più avanzato – implementato sul modello finlandese di “*Open Ministry*”⁷¹ – è legato all’attivazione – avvenuta il 7 gennaio 2013 – di una piattaforma di “*Open Crowdsourced Lawmaking*” (*Rahvakogu*)⁷², che consente ai cittadini di elaborare e proporre disegni di legge in cinque ambiti: a) sistema elettorale; b) *status* dei partiti politici e miglioramento della democrazia interna; c) finanziamento dei partiti politici; d) ampliamento delle forme di partecipazione civica; e) miglioramento della Pubblica Amministrazione⁷³. In poco meno di un mese sono state pubblicate 1.917 proposte, con un numero di accessi che ha superato le 50.000 unità.

Un apposito comitato di esperti ha poi provveduto a selezionare venti proposte, le quali sono state sottoposte – in occasione del “*Deliberation Day*” del 6 aprile 2013 – all’esame e all’approvazione di un’assemblea di 314 cittadini scelti mediante sorteggio, in rappresentanza di tutte le categorie demografiche e sociali del Paese.

L’assemblea dei cittadini ha selezionato 16 proposte che sono state poi presentate in Parlamento dal Presidente della Repubblica. Tali proposte sono state discusse nel *Parliament’s Committee of Constitutional Affairs* e poi sottoposte ad un ulteriore esame nell’ambito di un’udienza pubblica che si è svolta il 3 giugno 2013.

Sette proposte avanzate dal *Rahvakogu* sono diventate leggi, di cui tre nella formulazione originaria e quattro con emendamenti apportati in sede parlamentare. Merita segnalare l’approvazione della legge relativa al finanziamento dei partiti minori e quella riguardante il diritto di petizione, la quale prevede l’obbligatoria presentazione in Parlamento di ogni petizione che abbia raccolto almeno 1000 firme.

Nel complesso, anche se i risultati finali sono stati contenuti rispetto alle attese, l’iniziativa di partecipazione democratica lanciata dal Presidente estone è comunque riuscita a canalizzare il malcontento pubblico in un processo riformatore decisamente costruttivo.

⁷⁰ Cfr. <http://tidplus.net>.

⁷¹ Cfr. www.patamu.com.

⁷² Cfr. <http://www.rahvakogu.ee>

⁷³ L’iniziativa è nata come risposta al caso giudiziario che ha travolto il Paese nell’autunno del 2012 e che ha visto coinvolto, principalmente, il partito *Reformierakond*. La vicenda ha coinvolto gran parte dei suoi affiliati con l’accusa di aver effettuato donazioni al partito con danaro di non chiara provenienza (c.d. caso “*Silvergate*”).

5. – Una lettura in prospettiva: quali sfide per la *Digital nation* estone?

Il processo di costruzione della *Digital Nation* estone sembra inarrestabile, con nuovi e ambiziosi traguardi da raggiungere. In un documento reso noto recentemente, il Governo estone ha lanciato la propria strategia di sviluppo, sintetizzandone gli obiettivi nel documento “*Digital Society Estonia 2020*”⁷⁴. Esso rappresenta un vero e proprio *Constitutional Framework* chiamato a guidare il Paese verso una nuova fase della *Digital Era*. L’obiettivo primario del Governo è quello di costruire ambienti virtuali che rendano i servizi *online* ancora più accessibili, al fine di aumentare la competitività economica, il benessere individuale e l’efficienza dell’azione amministrativa. Tra le misure prioritarie, su cui il Governo sta già lavorando, si segnalano: a) il completamento della banda larga in fibra ottica entro il 2020 con il lancio del progetto “*EstWin*” (“*Estonian Wideband Infrastructure Network*”) che dovrà consentire a oltre il 60% delle famiglie estoni l’accesso ultraveloce (100 Mbit/s); b) la creazione di una Rete di rapporti con altri Paesi europei per contribuire alla realizzazione di servizi di alta qualità⁷⁵; c) lo sviluppo di condizioni tecnologiche e organizzative per migliorare la sicurezza dei dati e accrescere la tutela della *privacy*; d) l’implementazione di servizi digitali sempre più accessibili e disponibili per chiunque e ovunque; f) la garanzia di servizi universali e di qualità nell’ambito dell’assistenza sanitaria e dell’assistenza sociale; g) il rafforzamento dei meccanismi digitali di partecipazione dei cittadini ai processi di *decision-making*.

In questo scenario, le ICTs rappresentano non solo un *medium* di connessione e di comunicazione ma, molto più pervasivamente, un nuovo “spazio” in cui l’Estonia ha deciso di realizzare un innovativo modello di *governance* tecnologico e sociale che sta modificando l’idea “westfaliana” di Stato-nazione, favorendo l’emersione di nuovi assetti organizzativi che danno forza alla richiesta di nuovi diritti e a rinnovate forme di partecipazione.

⁷⁴ Il documento è consultabile all’indirizzo <https://e-estonia.com/nordicday/digitalagendas/>.

⁷⁵ Il governo ha istituito il *Nordic Digital Infrastructure Institute*, un centro di sviluppo internazionale per l’implementazione congiunta di *X-Road*, della “*Mobile-ID*” e altre componenti base del sistema digitale estone.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

**L'evoluzione dei diritti della donna in Marocco. Profili
comparati**

**The evolution of women's rights in Morocco. A
comparative perspective**

Lia Guccione

Abstract

The article focuses on the evolution of the protection of women's rights in Morocco. Firstly, the analysis aims at offering an overview of the condition of the woman in the Islamic law, underlying the different approach to the issue between the Western legal tradition and the Islamic one. Then the focus is on the Moroccan experience, with the introduction of the Moudawana, that considers the woman in the society not only as a wife and mother but as a subject holder of actionable rights. Finally, a comparison is drawn between the Moroccan experience and the ones of neighbouring countries such as Egypt and Tunisia.

Tag: women rights, Islamic law, universalism of human rights, Moudawana, Qur'an



L'evoluzione dei diritti della donna in Marocco. Profili comparati.

di Lia Guccione

SOMMARIO: 1. – Premessa. 2. – I diritti di genere nel quadro della specificità delle “famiglie giuridiche”: prospettive di un nucleo comune di tutela. 3. – Il principio di universalità dei diritti umani nel confronto tra diritto internazionale e diritto islamico. 4. – La figura della donna nei versetti coranici. 5. – Il Marocco e il codice dello statuto personale (Moudawana). 6. – I diritti della donna tutelati dalla Moudawana. 7. – Il nuovo assetto costituzionale del Marocco: un raffronto con le nuove Costituzioni di Tunisia ed Egitto. 8. – Conclusioni.

1. – Premessa

In questa sede si vuole analizzare il sistema di protezione internazionale dei diritti di genere e la ricaduta che tale sistema ha nei confronti di un sistema giuridico “altro” rispetto a quello comune alla *western legal tradition*, quale è quello islamico, alla luce delle recenti riforme di natura privatistica e costituzionale dei Paesi islamici. L'attenzione sarà rivolta in particolare al Marocco, Paese che a cominciare dalla riforma del codice di famiglia, avvenuta nel 2004, fino alla recente entrata in vigore della nuova Costituzione, avvenuta nel 2011, ha mutato il proprio assetto giuridico in ambito privatistico e costituzionale. Analoghe trasformazioni hanno investito, ancora più recentemente, altri Paesi limitrofi quali la Tunisia e l'Egitto ridisegnando così l'ordine politico-costituzionale di questa macro regione del Mediterraneo.

Lo spunto per una riflessione sulla tutela dei diritti di genere non può prescindere dal fenomeno denominato “primavera araba”¹ che ha riguardato i Paesi del Nord Africa e Medio Oriente, investiti, a cominciare dal 2011, da un'ondata di mutamenti che ne ha modificato l'ordine politico con l'inevitabile ricaduta sul piano giuridico.

Di tale fenomeno le donne sono state artefici e protagoniste e le loro rivendicazioni di diritti e parità di genere hanno segnato la modernità di tali rivoluzioni.

La combinazione di tradizioni culturali, giuridiche, politiche e religiose profondamente differenti in ciascuna “famiglia” giuridica segna dunque l'evoluzione del moderno costituzionalismo dei Paesi islamici. Le basi valoriali sottese a questo nuovo assetto costituzionale sono intimamente connesse non solo alla natura sostanziale dei diritti umani ma anche alla salvaguardia che questi Paesi sono in grado di accordare loro.

L'indagine comparata sui diritti di genere, obbliga quindi ad una necessaria premessa circa la concezione stessa dei diritti umani in seno alle cosiddette “famiglie” giuridiche².

Lo studio su diritti umani pone infatti una prima criticità che si ravvisa nella consapevolezza che l'aspirazione ad una applicazione universale di tali diritti si scontra con

¹ Nel linguaggio giornalistico si utilizza il termine “primavera araba” per designare un ampio fenomeno di proteste, scontri ed episodi di guerra civile verificatesi, a partire dal 2011, nelle regioni del Medio Oriente, del Vicino Oriente e del Nord Africa. I Paesi maggiormente coinvolti dalle sommosse sono stati l'Algeria, il Baherin, l'Egitto, la Tunisia, lo Yemen, la Giordania, il Gibuti, la Libia e la Siria, mentre incidenti minori sono avvenuti in Mauritania, Arabia Saudita, Oman, Sudan, Somalia, Iraq, Kuwait e da ultimo nello stesso Marocco. I fattori che hanno portato alle proteste sono numerosi e comprendono, tra le maggiori cause, la corruzione, l'assenza di libertà individuali, la violazione dei diritti umani e le condizioni di vita molto dure, che in molti casi riguardano e rasentano la povertà estrema. Per una ricognizione storico-politica del fenomeno “primavera araba” si vedano AA. VV. *Il grande tsunami. Guerra di Libia, rivoluzione d'Egitto*, in *Limes, Rivista di geopolitica*, I, 2011; D. Quirico, *Primavera araba, la rivoluzione dall'altra parte del mare*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011; M.E. Guasconi, *Declino europeo e rivolte mediterranee*, Torino, Giappichelli, 2012. C. Sbailò, *La riesplorazione del principio ordinatore islamico: riflessioni di metodo comparatistico e di dottrina costituzionale sul fenomeno “primavera araba”*, in Q.R. 2012-3, 801-835. Sul ruolo delle donne nell'ambito di questo fenomeno si vedano del G. Sgrèna, *Rivoluzioni violate. Primavera laica, voto islamista*, Milano, Il Saggiatore, 2014. In tale ottica si veda anche A. Vanzan, *Primavere rosa. Rivoluzioni e donne in medio oriente*, Milano, Libraccio Editore, 2013.

² A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, *La comparazione giuridica*, in *Dig. IV, disc. Priv. vol. III*, Torino, 1988, 48 e ss; G. Gorla, voce Diritto Comparato e Straniero, *Enc. Giur.*, XI, 1989; R. Sacco, *Introduzione al Diritto Comparato*, Torino, Utet, 1992, 187-189; U. Mattei, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, AA. VV. in *Scintillae Juris*, Studi in memoria di Gino Gorla, I, Milano, Giuffrè, 1994, 775-797; L.J. Costantinesco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1996; U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, Cedam, 1997; R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 2004, 378-379. L'Autore offre una prima schedatura delle “famiglie giuridiche”, adottata negli anni '60, contrapponendo i sistemi di *civil law* romano-germanici, ai sistemi imperniati sul *common law* di origine inglese e alle altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto fra cui campeggiano il diritto islamico, i diritti dell'estremo Oriente e i diritti del continente africano. Sul tema della classificazione delle “famiglie” giuridiche si vedano A. Gambaro e R. Sacco, *Trattato Diritto Comparato, Sistemi Giuridici Comparati*, Torino, Utet, 2008, 15.

lo sfasamento, esistente in materia, tra il diritto internazionale e quello delle singole famiglie giuridiche, specialmente quelle estranee alla tradizione giuridica occidentale.

Il perenne sforzo all'interno di ciascuna famiglia giuridica, teso al raggiungimento di un criterio universale di tutela di tali diritti e testimoniato dalle continue riforme operate sia a livello costituzionale che privatistico, ci offre uno spunto di riflessione circa le resistenze, di natura giuridica, politica e sociale, ad implementare i diritti umani negli ordinamenti giuridici dei singoli Paesi.

Occorre dunque analizzare, all'interno di tali famiglie giuridiche, come i diritti umani sono definiti, classificati e tutelati.

È in questa chiave che andranno dunque analizzate le recenti riforme di natura privatistica e costituzionale poste in essere in alcuni Paesi del Nord Africa quali il Marocco, la Tunisia e l'Egitto.

2. – I diritti di genere nel quadro della specificità delle “famiglie giuridiche”: prospettive di un nucleo comune di tutela

A latere della bipartizione, all'interno della *western legal tradition*, tra *civil law* e *common law*, si colloca il diritto islamico³, ossia il complesso delle norme giuridiche che disciplinano la vita e i comportamenti dei fedeli⁴ di religione musulmana, e che costituisce, per diffusione, il terzo grande sistema giuridico mondiale.

³ Per una ricognizione giuridica e storiografica del diritto islamico si vedano F. Castro, *Il diritto Musulmano*, Torino, Utet, 1990; J. Schact, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, Fondazione Giovanni Agnelli, 1997; A. Bausani, *L'Islam*, Milano, Garzanti, 2001; A. Negri, *Islam*, Torino, Utet, 2011.

⁴ I fedeli musulmani si suddividono in sunniti e sciiti. Le origini della frattura che a tutt'oggi divide i musulmani nelle due correnti sciita e sunnita vanno ricercate nelle contrapposizioni apertesi alla morte di Maometto avvenuta nel 632 d.c. Subito dopo la morte del profeta si pose infatti il problema della successione a capo della comunità: una parte dei credenti riconosceva in Ali (cugino e genero di Maometto) il successore designato, ma la maggioranza della comunità riteneva che non ci fosse stata alcuna designazione da parte di Maometto e che spettasse alla comunità l'elezione del “primo califfo”. Da qui la scissione tra le due fazioni: da una parte gli *shī'atūl* Ali (la fazione di Ali) meglio conosciuti come sciiti, e dall'altra i sunniti (elettori del “primo califfo”) così chiamati in virtù della grande importanza attribuita alla *sunna*, la tradizione del Profeta. Secondo l'Islam sciita, il successore del profeta non è il califfo ma l'*imam*, letteralmente “persona che sta davanti”, colui che guida la comunità islamica negli affari spirituali, politici, materiali e sociali, immune dagli errori, perché guidato dalla volontà divina. È proprio sul valore attribuito alla figura dell'*imam* che lo scisma, a sua volta suddiviso in tre nuclei principali (*zayditi*, *ismailiti* e *imamiti*), viene suddiviso in moderato ed estremo. Per i sunniti invece il successore del profeta è il califfo, considerato come il guardiano della *shari'a*, che gode del potere temporale e non di quello spirituale. A differenza degli sciiti che riconoscono all'*imam* valori specifici d'ordine divino

Come è noto esso si caratterizza, al pari di altri diritti a carattere confessionale (ebraico e canonico), per una forte commistione tra principi giuridici e religiosi, che trovano il loro fondamento nel Corano⁵, una scrittura rivelata da Dio a Maometto⁶.

Occorre dunque tenere presente la dicotomia esistente tra la c.d. tradizione giuridica occidentale e il diritto islamico quando si affronta il tema dei diritti umani, poiché essa rappresenta il primo ostacolo al raggiungimento di un criterio uniforme di tutela nel contesto giuridico internazionale. Le norme contenute nelle Convenzioni internazionali, per poter essere implementate nei Paesi che professano la religione islamica, devono poter essere compatibili con la *shari'a*⁷. È la *shari'a* infatti che definisce i limiti entro cui l'attività di governo può essere legittimamente esercitata e i principi che la devono ispirare. Non è

(trasmissibili per via ereditaria), i sunniti riconoscono all'Imam solo il ruolo di colui il quale dirige la preghiera pubblica. Attualmente la maggior parte del popolo islamico, circa il 90%, è rappresentato dai sunniti, mentre gli sciiti, massicciamente concentrati in Iran ed in altri Paesi islamici quali l'Iraq, l'Afghanistan, il Pakistan, lo Yemen e il Libano, sono circa il 9%. Al riguardo si veda M. Oliviero, *I Paesi del mondo islamico*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, Roma-Bari, Laterza, 2009, 555-581. Per ciò che concerne il Marocco, la maggior parte della popolazione è di fede sunnita. All'interno di questa dottrina sono altresì distinguibili quattro scuole di pensiero religioso: la shafeita, l'hambalita, l'hanafita e la malichita. Ognuna di esse attribuisce una differente importanza ai diversi aspetti del culto e prende il nome dai rispettivi fondatori. La hanafita (da Abu Hanifa), diffusa in Turchia, Egitto, India, Pakistan è ispirata ai principi di razionalità e prudenza ed ammette che si possano "ammorbidire" certe proibizioni del Corano. La malikita (da Malik Ibn Anas) diffusa nel Maghreb, è una scuola fedele alle concezioni di Medina e privilegia l'*igma* (il consenso) dei teologi. La shafeita (da El Shafei) è diffusa in Indonesia, Siria e Africa orientale ed ha un'impostazione teorica moderata. La hanbalita (da Ahmed Ibn Hambal) è diffusa in Arabia Saudita ed è una scuola di estremo rigore morale caratterizzata da una piena fedeltà alle fonti scritte dell'Islam. In Marocco prevale la scuola malichita che risulta più tollerante nei confronti dei precetti coranici. Questo è uno dei motivi per il quale l'Islam marocchino non ha assunto le caratteristiche del fanatismo religioso né i sovrani, come vedremo dall'analisi delle recenti riforme propugnate dal Re Mohammed VI, hanno tentato di applicare politiche impositive di rigida osservanza della legge islamica. Si veda B. Ortiz Vidal, *El repudio en el código de familia de marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE.*, in *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Octubre 2014, vol. 6, n.2, 207 e ss.

⁵ Il termine Corano, in arabo *qur'an*, significa proclamazione, ripetizione ad alta voce, recitazione. G. Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, Einaudi, 1996, 52. Formato da 144 capitoli, denominati in arabo *sure*, a sua volta suddivisi in versetti chiamati *ajat*, il Corano contiene 6200 versetti di cui 500 contengono regole giuridiche. Tuttavia non si tratta di un codice di leggi bensì di una raccolta di precetti morali, di esortazioni, di racconti biblici in mezzo alle quali troviamo varie disposizioni di ordine giuridico. R Sacco, A. Gambaro, *Sistemi Giuridici Comparati*, Torino, Utet, 2002, 474 Per i criteri di consultazione e lettura del testo del Corano si rimanda alla nota n. 26 del presente lavoro.

⁶ Nella *sura* 97 si narra il momento della rivelazione divina: secondo la tradizione, l'arcangelo Gabriele, recante in mano un rotolo di stoffa, appare in sogno a Maometto, in ritiro in meditazione sul monte Hira. Da questo momento, Maometto diventa il Profeta: le *sure* del Corano contengono le rivelazioni ricevute da Maometto nell'arco di tutta la sua vita. M. Guzzetti, *Il Corano*, Torino, Ellenici – Leumann, 2008.

⁷ *Shari'a* significa, alla lettera, "la via da seguire", ma si può anche tradurre come "legge divina". Al riguardo M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

riconosciuta la nozione di Stato – Nazione tipica della tradizione giuridica occidentale, che vede nello Stato un'organizzazione politica composta dai classici elementi costitutivi del popolo, del governo e del territorio. Nella visione confessionale dell'Islam, dunque, non trova spazio il concetto di nazionalità inteso come rapporto tra individuo, Stato e un determinato territorio. La legge islamica non si applica su base territoriale, ma personale, ossia in ragione dell'appartenenza dell'individuo alla fede musulmana.

Sappiamo infatti che la salda connessione tra religione e politica impedisce, nei Paesi islamici, una separazione tra aspetti temporali e spirituali del potere⁸. Sappiamo altresì che tale connessione è del tutto estranea alla natura laica del diritto, comune agli ordinamenti giuridici degli Stati non confessionali.

Il legame tra religione e politica è infatti, dal punto di vista del diritto islamico⁹, indissolubile, visto che l'Islam è contemporaneamente una religione, un modello di ordinamento giuridico, un disegno politico e una proposta di società civile. Il messaggio del profeta Maometto, improntato al concetto fondamentale dell'unità, si irradia infatti su tutti i piani del vivere dell'uomo: sul piano religioso un unico Dio, *Allah*; sul piano sociale e politico un'unica realtà, la *umma* ossia la comunità islamica indivisibile; sul piano giuridico un'unica legge, quella ispirata dal Corano, la *shari'a*.

Per comprenderla e contemplarla i musulmani si basano generalmente su una seconda fonte, la tradizione di Maometto (*sunna*)¹⁰ che è l'insieme delle parole, dei fatti e delle approvazioni esplicite o implicite attribuite a Maometto, come riportate nelle tradizioni (*al hadith*)¹¹.

Da queste due fonti i dottori della legge islamica (*fuqaha*) hanno creato, con l'aiuto di un metodo deduttivo e interpretativo dei principi di diritto (*usul al – fiqh*), un sistema

⁸ La *shari'a* considera solo capitoli differenti, ma non situati su piani differenti «le regole della preghiera e di culto e le norme in materia di successione; i principi etici per la salvezza dell'anima e le norme contrattuali; il diritto penale e il digiuno. Questa unitarietà della Legge Islamica, derivante direttamente dal concetto di unicità di Dio, rappresenta il vero punto focale dell'Islam». A. Bausani, *L'Islam*, Milano, Garzanti, 1992, 37 e 67.

⁹ Così come lo definisce R. David, *I grandi sistemi giuridici*, cit., 378: «Il diritto islamico non è una branca autonoma della scienza giuridica. Esso non è altro che uno dei volti della religione dell'Islam».

¹⁰ L'importanza della *sunna* discende dal fatto che Maometto è considerato il modello perfetto di musulmano e l'interprete per eccellenza della volontà divina. Dice il Corano: «Avete, nel Profeta di Dio, un bell'esempio» (33:21, v. anche 53:2-5 e 16:44). Il Corano esige obbedienza a Maometto: «Chi obbedisce al Profeta obbedisce a Dio» (4:59 e 59:7).

¹¹ La parola araba *hadith* significa storia, racconto. Un *hadith* è la trasmissione orale di una testimonianza riguardante un detto, un fatto, un atto, un comportamento del Profeta. Per i musulmani questa parola è giunta a significare specificamente una storia che parla di Maometto o è a lui attribuito. Esistono innumerevoli *al hadith* (*al hadith* è il plurale in arabo) classificati per *isnad* (catena dei trasmettitori). La totalità dei singoli *hadith* costituisce appunto la *sunna*, la seconda fonte della Legge islamica dopo il Corano. Per una ricognizione del concetto di *hadith* si veda Al-Bukhari, *Detti e fatti del Profeta*, a cura di V. Vacca, S. Noja, M. Vallaro, Torino, Utet, 2003.

giuridico costituito da norme che regolano i rapporti tra gli uomini e i rapporti di questi ultimi con Dio.

Il procedimento di astrazione delle regole generali propria del diritto occidentale non ha dunque corrispondenti nel diritto musulmano. La questione fondamentale del diritto musulmano infatti non consiste nell'identificazione dei principi normativi in ordine ai quali costruire un sistema, ma nel comprendere "cosa cerca la *shari'a*" per ogni situazione, caso particolare, permettendo così di adattare, modificare, o derogare se necessario, quanto disposto dalla Legge rivelata.

La concezione islamica dei diritti dell'uomo è dunque influenzata dalla concezione di diritto sopra evidenziata. La legge non è dunque opera dell'uomo ma di Dio e pertanto è superiore ad ogni altro diritto codificato. Da ciò ne discende che i diritti dell'uomo sono subordinati alla *shari'a*.

Sul piano internazionale, invece, i documenti dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, quali le Dichiarazioni e le Convenzioni, sono la fonte principale dei diritti dell'uomo e nessuno di essi fa riferimento a Dio. I diritti dell'uomo ivi riconosciuti non trovano la loro ragion d'essere in un comandamento divino.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nel suo preambolo richiama fra gli scopi perseguiti quelli di realizzare «la più alta aspirazione dell'uomo», che consiste «nell'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godono della libertà di parola e di credo e della libertà dal timore e dal bisogno»; di incoraggiare «lo sviluppo di rapporti amichevoli tra le Nazioni». Essa esprime ciò che è stato considerato il consenso fondamentale di tutti i popoli rispetto ai diritti umani, in relazione a questioni quali la sicurezza della persona, la schiavitù, la tortura, la protezione da parte della legge, la libertà di movimento e di parola, la libertà di religione e di assemblea, nonché i diritti alla sicurezza sociale, al lavoro, alla salute, all'educazione, alla cultura ed alla cittadinanza. L'articolo 1 afferma: «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti». La Dichiarazione esprime chiaramente il concetto che tali diritti umani si applicano egualmente a tutti, «senza distinzione di alcun tipo quale la razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua od altro *status*» (art. 2).

Il tema della tutela dei diritti umani all'interno di famiglie giuridiche eterogenee obbliga ad evidenziare che il riconoscimento di un soggetto "altro"¹² implica, insieme al

¹² Lo studio di U. Mattei e L. Nader, *Plunder when the rule of law is illegal*, Blackwell, Malden, 2008, mette in luce la visione dell'"altro" come "mancanza", intesa come assenza di modernità e di sviluppo, di conoscenza, di cultura della legalità. La tesi enucleata dai due Autori è che l'essenzializzazione dell'"altro" come "mancante" è in realtà funzionale al dominio occidentale sulle culture "altre", tanto da giustificare il saccheggio e lo sfruttamento di risorse dei Paesi economicamente deboli. Attraverso l'indagine diacronica del pensiero giuridico occidentale, tale studio mira a dimostrare come la visione negativa dell'"altro", rispetto ai valori giuridici portanti

riconoscimento della sua pari dignità, il concetto medesimo di alterità che, sul piano giuridico, rappresenta la condizione necessaria per l'attuazione effettiva di un concreto catalogo di diritti definibili fondamentali.

L'impostazione universalistica dei diritti fondamentali, anche di genere, non può però circoscriversi alla contrapposizione tra famiglie giuridiche. Il rispetto della diversità dei sistemi giuridici "altri" non ha nulla a che vedere con la legittima pretesa di uno standard universale di tutela nel campo dei diritti umani. Troppo spesso infatti la prospettiva universalistica in tema di tutela dei diritti umani deve pretestuosamente rispondere alle accuse di occidentalizzazione. Le ragioni dell'etica, della politica e della morale, così eterogenee nelle diverse "famiglie" di diritto di cui i valori giuridici si nutrono, non devono giustificare alcuna limitazione sotto il profilo dei diritti fondamentali.

Di tutto ciò occorre dunque tenere conto quando si affronta il tema della tutela dei diritti umani, non solo con riferimento a specifiche normative sovranazionali ma anche alla luce, ed è questo il nodo gordiano di questa riflessione, delle distinzioni di genere.

3. – Il principio di universalità dei diritti umani nel confronto tra diritto internazionale e diritto islamico

Le basi valoriali su cui poggiano i principi espressi nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo più sopra enunciati, sono le stesse che, in un'ottica di tutela dei diritti di genere, hanno dato vita alla Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention for the Elimination of all forms of Discrimination Against Women*), da qui in poi denominata con l'acronimo di CEDAW.

dell'Occidente, giustifichi la necessità di trasferire modelli di legge occidentale. Diviene allora importante ragionare sulla diversità della percezione stessa del diritto e della visione sostanziale che Oriente ed Occidente ne hanno. Occorre in altri termini riflettere su quelle che possono definirsi le "ragioni non giuridiche" del diritto, ovvero quelle che attengono alle ragioni dell'etica, della politica e della morale, che costituiscono, fin dagli albori della comparazione giuridica, elementi non secondari alla creazione della norma giuridica. Al riguardo si veda anche M. Losano, *Dopo la Primavera Araba: il problema della libertà di religione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLIII, n.1-6-2013, 194. L'Autore si domanda: «Possono l'Egitto, la Libia, l'Algeria, la Tunisia, il Marocco trasformarsi in tempi ragionevoli in Stati dalle strutture che si approssimano a quelle degli Stati democratici, cioè che abbiano elezioni libere e periodiche, Stato di diritto, istituzioni indipendenti e partiti liberi? Questa domanda contiene un duplice veleno. In primo luogo, un veleno etnocentrico. Essa contiene infatti un implicito giudizio di valore positivo da parte degli occidentali sulla superiorità del proprio ordinamento politico. Perché mai la democrazia liberale, che va bene per l'Occidente, deve necessariamente essere ben accetta anche a una popolazione islamica? E poi, questa democrazia liberale è esportabile con successo?».

La CEDAW¹³ è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 con centotrenta voti a favore e dieci astensioni. Il 17 luglio 1980, alla cerimonia speciale della Conferenza mondiale di Copenaghen, firmarono la CEDAW 64 Stati. Il 3 settembre 1981 è entrata in vigore in tempi record rispetto a ogni precedente trattato sui diritti umani.

Tale Convenzione rappresenta il più ampio trattato internazionale sui diritti della donna, spaziando dalle tematiche inerenti i diritti in materia di lavoro, di maternità, di salute, di istruzione e di parità tra i coniugi all'interno del matrimonio.

Con la ratifica della CEDAW gli Stati assumono precisi obblighi perché le donne possano godere in concreto dei loro diritti fondamentali. Essi non solo devono introdurre modifiche normative che rimuovono le situazioni di disuguaglianza ma devono anche e soprattutto promuovere un cambiamento culturale per il riconoscimento della libertà di scelta della donna e della tutela della sua integrità psicofisica. La CEDAW obbliga infatti gli Stati che l'hanno sottoscritta a riconoscere l'uguaglianza giuridica tra uomini e donne, ad abolire le leggi discriminatorie, a contrastare la violenza di genere, ad eliminare gli stereotipi associati ai ruoli tradizionali di uomini e donne nella famiglia e nella società e ad istituire tribunali e istituzioni pubbliche per assicurare una protezione effettiva contro la discriminazione.

La CEDAW ribadisce quindi il principio, contenuto nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che vieta le discriminazioni in base al sesso, e integra in un testo

¹³ Il testo della CEDAW è attualmente reperibile in lingua francese e inglese al sito www.treaties.un.org. Le ratifiche al 2015 ammontano a 187 Paesi. Sullo stato delle ratifiche si veda in www.ohchr.org. È opportuno sottolineare che l'Italia ha ratificato la CEDAW il 10-6-1985 ed ha aderito al protocollo opzionale il 29-10-2002. Il Marocco ha ratificato la predetta Convenzione il 21-6-1993 che è entrata in vigore nel Paese il 21-7-1993. Tra gli Stati membri dell'ONU che non hanno ratificato la Convenzione vi sono alcuni Paesi islamici quali l'Iran, la Somalia e il Sudan. Il dato significativo ed anomalo è rappresentato dalla mancata ratifica della CEDAW da parte degli Stati Uniti d'America. Questo probabilmente perché la dottrina giuridica, che criminalizza l'aborto, cita la Convenzione come causa di ispirazione di leggi per l'interruzione di gravidanza nei Paesi dove è stata ratificata. Ecco perché molte attiviste dei diritti delle donne guardano con preoccupazione al processo di ratifica degli USA alla luce della riserva sull'aborto inserita nel 2002. Probabilmente un Paese come gli USA fatica a garantire per esempio quanto sancito dall'art. 12 della CEDAW: «Gli Stati prenderanno tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nel campo delle cure sanitarie al fine di assicurare loro, in condizioni di parità con gli uomini, i mezzi per accedere ai servizi sanitari, compresi quelli che si riferiscono alla pianificazione familiare. Nonostante quanto disposto nel paragrafo I del presente articolo gli Stati forniranno alle donne, durante la gravidanza, al momento del parto e dopo il parto, i servizi approvati, e, se necessari gratuiti, e un'alimentazione adeguata sia durante la gravidanza che durante l'allattamento». Ciò evidenzia che anche in Nazioni conosciute come socialmente e giuridicamente avanzate, i diritti tutelati dalla CEDAW incontrano tutt'oggi ancora forti ostacoli. Nonostante ciò negli Usa si è da tempo aperto un ampio dibattito circa l'opportunità della ratifica della CEDAW. Al riguardo si veda in www.cedaw2014.org.

organico tutti gli standard giuridici di tutela dei diritti delle donne, già contenuti nei trattati internazionali esistenti all'epoca.

Essa consta di trenta articoli e dalla loro lettura emerge la volontà di garantire le donne da ogni forma di discriminazione in tutti i campi del sociale. Nel suo preambolo si riconosce in primo luogo che nonostante i numerosi sforzi delle Nazioni Unite per promuovere i diritti umani delle donne e l'eguaglianza fra uomini e donne, «le donne continuano ad essere oggetto di gravi discriminazioni». Sempre nel preambolo, si afferma inoltre che: «la discriminazione contro le donne viola i principi dell'eguaglianza dei diritti e del rispetto della dignità umana, ostacola la partecipazione delle donne alla vita politica, sociale, economica e culturale del loro Paese in condizioni di parità con gli uomini, intralcia la crescita del benessere della società e della famiglia e rende più difficile un pieno dispiegarsi delle potenzialità delle donne per il bene del proprio Paese e dell'umanità».

Il principio di uguaglianza tra uomo e donna è sancito nei seguenti articoli: «Gli Stati parti adottano ogni misura adeguata ad eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nella vita politica e pubblica assicurando loro il diritto di voto in tutte le elezioni, di prendere parte all'elaborazione della politica dello Stato (art. 7); di rappresentare i loro governi a livello internazionale (art. 8); di avere a disposizione le medesime condizioni di orientamento professionale, accesso agli studi rispetto agli uomini (art. 10); il diritto ad usufruire della medesima opportunità di impiego, inclusa l'adozione dei medesimi criteri in materia di selezione unitamente al diritto alla parità di remunerazione» (art. 11).

Quasi venti anni dopo l'entrata in vigore della CEDAW, il 15 ottobre 1999, l'Assemblea generale dell'ONU ha adottato il relativo Protocollo facoltativo, entrato in vigore il 22 dicembre del 2000, che ha allineato la Convenzione ai principali testi internazionali in materia di diritti umani e ha fornito più chiare possibilità di ricorso in caso di violazioni. Il Protocollo infatti definisce due diverse procedure di intervento: 1) una procedura di ricorso, utilizzabile sia da singole donne che da gruppi di donne, che permette loro di denunciare al Comitato sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne i casi di violazione delle norme stabilite dalla Convenzione; 2) una procedura d'indagine che conferisce al Comitato il potere di condurre indagini sui casi di violazioni gravi o sistematiche dei diritti umani delle donne nei Paesi che hanno sottoscritto il Protocollo facoltativo.

La CEDAW dimostra che l'elaborazione di norme universali che trascendono barriere culturali, religiose e di genere è una questione precipua. Tuttavia, si deve ricordare che questa Convenzione, pur essendo stata ratificata ad oggi da 187 Stati è stata recepita con un alto numero di riserve. Molti Stati hanno ratificato la CEDAW riservandosi di tener conto nella sua applicazione delle esigenze derivanti dall'esistenza di tradizioni locali, culturali e religiose in contrasto con i principi affermati dalla Convenzione.

I Paesi islamici che hanno ratificato la Convenzione, hanno avanzato la riserva di dare comunque priorità ai principi stabiliti dalla *shari'a*¹⁴.

Infatti, sul piano delle relazioni internazionali, la discussione verte essenzialmente sulla richiesta da parte dell'Occidente di adeguare le legislazioni interne dei Paesi arabo – islamici agli standard internazionali di tutela dei diritti umani. La prima questione controversa riguarda la resistenza da parte degli Stati arabo-islamici ad adottare le norme della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e dei successivi strumenti giuridici, prodotti nell'ambito delle Nazioni Unite, a tutela dei medesimi diritti.

È significativa al riguardo la posizione espressa dall'Arabia Saudita nel Memorandum del 1970, nel quale, in risposta alla richiesta ufficiale dell'ONU circa la situazione dei diritti umani nel Regno Saudita, vengono spiegate le motivazioni del rifiuto alla sottoscrizione della Dichiarazione del 1948 e sottoscrizione dei Patti del 1966. Il testo del Memorandum ribadisce che il rifiuto saudita non esprime indifferenza agli obiettivi di salvaguardia della dignità dell'uomo delle carte internazionali quanto piuttosto «la volontà irremovibile di proteggere, garantire e salvaguardare la dignità dell'uomo in virtù del dogma islamico rivelato da Dio e non in virtù di legislazioni ispirate da considerazioni materialiste e perciò soggette a continui cambiamenti»¹⁵.

Alcune norme e principi dei documenti internazionali sarebbero – secondo i sauditi – in contrasto con la *shari'a* e per questo inaccettabili. Le argomentazioni saudite sul piano teorico tentano di giustificare i temi delle riserve avanzate (libertà di coscienza, diritti della donna, e libertà sindacali), sul piano pratico si limitano a ribadire che l'Islam ha «una concezione diversa dei mezzi con cui assicurare il rispetto della dignità umana»¹⁶. Esse ribadiscono in tal modo uno dei principi che diventeranno centrali nel dibattito con l'Occidente, ossia quello dei diritti alla specificità culturale come difesa della propria identità, in opposizione al principio di universalità dei diritti invocato dalle organizzazioni internazionali.

¹⁴ B. Casalini, *Universalismo e diritti delle donne: il contributo di Martha Nussbaum*, in *Iura Gentium*, 2005.

¹⁵ Il Memorandum del Governo dell'Arabia Saudita concernente la dottrina dei diritti dell'uomo nell'Islam e la sua applicazione nel territorio del regno arabo – saudita indirizzato alle organizzazioni internazionali interessate è riportato in: Dossier Mondo Islamico. *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'Uomo*, Torino, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, 1996, 35. In particolare, sono tre le riserve specifiche avanzate dai sauditi: la possibilità per i musulmani di cambiare religione; il matrimonio di una donna musulmana con un non musulmano (mentre è riconosciuto all'uomo il diritto di formare una famiglia con una donna non musulmana); il diritto di formare sindacati per i lavoratori. In breve, si tratta di tre aspetti che toccano il cuore dei diritti universali dell'uomo: il riconoscimento della libertà di coscienza, la libertà di scelta matrimoniale (art. 16 e 18 della Dichiarazione universale del 1948), la libertà di associazione a difesa dei diritti del lavoratore (art. 8 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966). Non è un dettaglio, alla luce delle richiamate riserve, che l'Arabia Saudita abbia ratificato la CEDAW oltre venti anni dopo la sua adozione da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite ovvero il 7-10-2000.

¹⁶ Memorandum, *ibidem*, 34.

Durante la conferenza islamica internazionale organizzata a Londra dal Consiglio Islamico d'Europa¹⁷ nell'aprile del 1976, si rilevò la necessità di elaborare un documento che definisse i principi fondamentali e le linee generali dell'ordine islamico. Le consultazioni approdarono a un documento denominato Dichiarazione Islamica Universale dei diritti dell'uomo (DIUDU)¹⁸. Pubblicato il 19 settembre 1981 a Parigi presso l'UNESCO contemporaneamente in lingua araba, che costituisce la versione originale, francese e inglese, il documento è estremamente agile in quanto composto da una premessa e sette articoli¹⁹. In questo testo di orientamento morale e politico, le disposizioni di ordine puramente giuridico sono relativamente limitate. L'accento è posto sui principi della fede islamica, sulla crisi della civiltà contemporanea (una critica dei sistemi capitalisti e comunisti) e sulla lotta per l'instaurazione di un ordine islamico (a livello di politica economica, educativa, sociale e difensiva). Infine, la Dichiarazione esalta la cooperazione tra musulmani (art. 5) e l'unità della *umma* (art. 7). Nella premessa alla Dichiarazione si sancisce che essa trova il suo fondamento nel "sacro" Corano e nella *sunna* "incontaminata". Per questa ragione, i principi in essa contenuti non ammettono omissioni, modificazioni, sostituzioni o differenze d'interpretazione in quanto declinazioni di principi eterni ed immutabili contenuti nelle fonti primarie dell'Islam, il Corano e la *sunna*.

Fra le poche disposizioni di natura giuridica ve ne è una che riguarda, però, la condizione della donna. L'articolo 19 sancisce il diritto di fondare una famiglia. I principi affermati in questo articolo affidano al padre l'educazione dei figli e la responsabilità di scegliere la direzione che vuole dare alla loro vita pur riconoscendo che la condizione materna ha diritto di essere circondata da particolari premure da parte di tutta la famiglia.

Negli anni '90 i Paesi arabo – islamici hanno adottato due documenti internazionali riguardanti i diritti dell'uomo: la Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'Islam (DDUI), proclamata al Cairo nel 1990 dalla Organizzazione per la Conferenza Islamica (OCI)²⁰ e la Carta Araba dei Diritti dell'Uomo (CADU) adottata dalla Lega degli Stati Arabi nel 1994.

¹⁷ Il Consiglio Islamico d'Europa (CIE), *Islamic Council of Europe* è un organismo privato con sede a Londra. La Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo edita dalla CIE non riveste quindi alcun carattere di ufficialità a livello internazionale.

¹⁸ Il testo della DIUDU è attualmente reperibile in lingua italiana in www.arabcomint.com.

¹⁹ Il testo in lingua francese dal titolo *Déclaration islamique universelle* è riportato da S. Aldeeb, *Les Musulmans face aux droits de l'homme, religion, droit et politique: études et documents*, Winkler, in *Revue Internationale de droit comparé*, 1995, Vol. 47, 472-80.

²⁰ L'Organizzazione della Conferenza islamica (OCI) è nata nel 1969 a seguito della riunione degli Stati fondatori e della redazione della Carta costitutiva, avvenute nella capitale marocchina di Rabat. I Paesi fondatori dell'organizzazione erano 25, mentre oggi i membri dell'OCI sono 57 – facenti parte di tutti i continenti del globo con la sola eccezione dell'Oceania. Tale numero rende l'Organizzazione la seconda più grande tra gli osservatori delle Nazioni Unite – *status* concesso all'OCI nel 1975. L'organo più rilevante dell'OCI è il *Summit* islamico. Costituito da tutti i capi di Stato dei Paesi membri, il *Summit* si riunisce ogni tre anni e fissa gli scopi e i progetti da perseguire da parte dell'Organizzazione. Accanto a tale organo vi è la Conferenza islamica dei ministri degli esteri dei Paesi membri, la quale si riunisce invece ogni anno per esaminare i progressi fatti nel

Al Cairo il 5 agosto 1990 i Ministri degli Esteri dell'OCI riuniti nella loro XIX Conferenza approvarono la Dichiarazione del Cairo sui diritti dell'uomo nell'Islam. Il testo originale, noto come la Carta di Ta'if, fu discusso per la prima volta nel vertice islamico di Ta'if del 1981. Il testo si compone, oltre che di un breve preambolo, di venticinque articoli che nel complesso ripropongono, attraverso la lettura islamica dei diritti umani, i principali punti controversi del dibattito con l'Occidente. Nel preambolo l'enfasi è posta sulla funzione civilizzatrice della *umma* «la comunità migliore che Dio abbia mai creato»²¹. L'articolo 1, sulla scia della Dichiarazione universale del 1948, sancisce il principio di uguaglianza di tutti gli uomini, il principio di non discriminazione per motivi di razza, colore, lingua, sesso, religione, appartenenza politica, condizione sociale. Più difficile conciliare tali principi dell'articolo 1 con quanto è poi affermato nei successivi articoli. Per esempio, all'articolo 5 si afferma il diritto a contrarre matrimoni senza nessuna restrizione basata sulla razza, il colore, o la nazionalità, omettendo significativamente di citare la religione, o ancora quando si afferma all'articolo 10 che l'Islam è la religione naturale dell'uomo.

Successivamente, con l'adozione, il 15 settembre del 1994²², da parte del Consiglio della Lega Araba²³ della Carta araba dei diritti dell'uomo²⁴ si è cercato di superare le predette incongruenze ponendo l'accento, già nel preambolo, sul pieno riconoscimento del diritto internazionale riaffermando il valore dei principi espressi nella Carta delle Nazioni Unite,

portare avanti gli obiettivi posti dal *Summit*. Iniziativa recente dell'OCI è l'istituzione di un organismo specializzato in “*empowerment*” femminile (*World Development Organization*) negli Stati membri, per l'attivazione del quale si attende il raggiungimento del numero necessario di ratifiche. Si veda in www.oic-oic.org.

²¹ Il testo della Dichiarazione del Cairo dei diritti dell'uomo nell'Islam è pubblicato, in lingua italiana, in Dossier Mondo Islamico. *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, 1996, 221-228.

²² Adottata il 15-9-1994 con Risoluzione n. 5437 del Consiglio della Lega degli Stati Arabi (Lega Araba), è entrata in vigore il 15-3-2008 in virtù delle ratifiche compiute dagli ultimi sette Stati membri della Lega Araba (Giordania, Bahrein, Libia, Algeria, Emirati Arabi Uniti, Palestina, Yemen).

²³ La Lega Araba o Lega degli Stati arabi è un'organizzazione internazionale politica di Stati del Nord-Africa, del Corno d'Africa e del Medio Oriente, nata il 22-3-1945 con sede a Il Cairo. Lo scopo della Lega, secondo l'articolo 2 del trattato costitutivo, è di allestire relazioni più strette fra i Paesi aderenti, coordinando le attività politiche di questi secondo principi di collaborazione, nonché di salvaguardare le rispettive sovranità e indipendenza e considerare in un'ottica generale gli affari e gli interessi dei Paesi arabi. I primi 6 membri furono: Egitto, Iraq, Giordania, Libano, Arabia Saudita e Siria. Attualmente i Paesi che costituiscono la Lega araba sono 22 e sono nell'ordine: Arabia Saudita, Algeria, Egitto, Marocco, Emirati Arabi Uniti, Tunisia, Iraq, Sudan, Siria, Libia, Kuwait, Oman, Giordania, Qatar, Libano Yemen, Bahrein, Mauritania, Palestina, Somalia Gibuti, Comore. Si veda in www.arabeleagueonline.org.

²⁴ Il testo della Carta araba sui diritti dell'uomo è stato elaborato dalla redazione di Lares et Urbs (associazione di ricerca e formazione, www.lareseturb.it) sulla base della versione in inglese ad opera di M.Amin Al-Midani e M. Cabanettes, con la revisione di S.M. Akram, in *Boston University International Law Journal*, XXIV, 2006, 147-164, e di quella in francese curata dall'Alto Commissariato ONU dei diritti dell'uomo, reperibile in http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Arabe/inst_1-chart04.htm.

nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nelle disposizioni dei due Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

Nodali gli articoli²⁵ della Carta che affermano il principio di universalità dei diritti umani, il principio di uguaglianza tra i sessi ed il principio di libertà di pensiero, opinione e religione.

La Carta araba dei diritti dell'uomo si distacca in tal modo dalla dimensione prettamente islamica della Carta OCI, ma senza disconoscerla, affiancando la Dichiarazione del Cairo dei diritti dell'uomo nell'Islam alle fonti giuridiche internazionali pur nel primato accordato alla *shari'a*.

D'altronde non è un dato trascurabile che la maggior parte delle Costituzioni dei Paesi arabi, anche quelle oggetto di recente riforma, come si avrà modo di evidenziare nella parte conclusiva del presente studio, decretano l'Islam la religione di Stato e la *shari'a* la principale fonte legislativa.

²⁵ L'articolo 1 sancisce: «La presente Carta si propone di realizzare le seguenti finalità: collocare i diritti umani al centro degli impegni nazionali degli Stati arabi, quali elevati fondamentali ideali che informano la volontà dell'individuo negli Stati arabi e che lo mettono in condizione di migliorare la propria vita in conformità con nobili valori umani, radicare in profondità il principio che tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi». L'articolo 3 sancisce: «Tutti gli Stati Parti della presente Carta si impegnano a garantire a tutti gli individui che si trovino sul loro territorio soggetti alla loro giurisdizione il godimento di tutti i diritti e libertà riconosciuti nella presente Carta senza distinzioni fondate su razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione, pensiero, origine nazionale o sociale, ricchezza, nascita o disabilità fisica o mentale. b) Gli Stati Parti della presente Carta devono adottare le misure necessarie a garantire l'effettiva uguaglianza nell'esercizio di tutti i diritti e le libertà stabiliti nella presente Carta, in modo da assicurare una protezione contro ogni forma di discriminazione basata su uno dei motivi menzionati nel precedente paragrafo. c) L'uomo e la donna hanno uguale dignità umana, diritti e doveri, nel quadro della discriminazione positiva stabilita a favore della donna dalla *shari'a* islamica e dalle altre leggi divine, dalla legislazione e dagli strumenti internazionali. Di conseguenza, tutti gli Stati Parti della presente Carta devono adottare le misure necessarie a garantire l'effettiva uguaglianza fra uomini e donne». Ed ancora: «Le persone appartenenti a minoranze non saranno private del diritto di godere della propria cultura e di praticare la propria religione» (art. 25). L'articolo 30 rafforza tale principio sancendo la libertà di pensiero, opinione e religione: «Ognuno ha il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione; nessuna restrizione può essere imposta all'esercizio di tale diritto salvo quelle stabilite dalla legge. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo o di praticare la religione, da solo o insieme ad altri, sarà soggetta unicamente alle limitazioni previste dalla legge e necessarie in una società tollerante che rispetta i diritti umani e le libertà, per la protezione dell'incolumità pubblica, dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica o dei fondamentali diritti e libertà degli altri».

4. – La figura della donna nei versetti coranici

L'islam riconosce la parità ontologica tra uomo e donna e riconosce a quest'ultima un ruolo fondamentale nell'armonia dell'universo. Tuttavia diverse disposizioni contenute nei versetti del Corano²⁶ assegnano all'uomo una preferenza.

«Io non permetto che il bene, da chiunque di voi, maschio o femmina sia stato fatto vada perduto. Tutti voi siete uguali» Corano III:195.

«Gli uomini sono preposti alle donne, a causa della preferenza che Allah concede agli uni rispetto alle altre e perché spendono (per esse), i loro beni. Le donne virtuose sono le devote, che proteggono nel segreto quello che *Allah* ha preservato. Ammonite quelle di cui temete l'insubordinazione, lasciatele sole nei loro letti, battetele. Se poi obbediscono, non fate più nulla contro di esse. *Allah* è altissimo, grande» Corano IV: 34.

E ancora: «Credenti! Non vi è lecito essere eredi delle vostre mogli contro la loro volontà. Nemmeno costringerle per strappar loro parte di ciò che avete donato loro, a meno che esse non abbiano commesso una turpitudine manifesta». Nella medesima *sura* al versetto 11, è detto in merito al diritto ereditario dei figli: «Iddio vi raccomanda di lasciare al maschio la parte di due femmine» Corano IV:19.

Il successivo versetto enuncia: «Se alcune delle vostre donne avranno commesso atti indecenti portate quattro testimoni contro di loro, e se questi porteranno testimonianza del fatto, chiudetele in casa finché non le coglierà la morte o fin quando Dio apra loro una via».

La poligamia è lecita e prevista dal Corano per gli uomini con la limitazione: «Se temete di non essere giusti con loro sposatene una sola» Corano IV: 3.

Circa l'obbligo di portare il velo e coprire il volto non c'è alcun versetto che lo prescriva espressamente, tuttavia il versetto 59 della *sura* delle “fazioni alleate” afferma: «Di alle tue spose e alle tue figlie e alle donne dei credenti che si coprano dei loro mantelli, che sono grandi veli che vanno dalla testa ai piedi».

Il principio della superiorità maschile è infine evidenziato anche nel versetto 228 della *sura* denominata “della vacca”: «Le donne divorziate osservino un ritiro della durata di tre cicli, e non è loro permesso nascondere quello che *Allah* ha creato nei loro ventri, se

²⁶ In merito alla citazione delle *sure* e dei versetti coranici si precisa che il numero romano indica la *sura* (talvolta indicata anche con il nome) e quello arabo, subito dopo i due punti, indica i versetti. Talvolta il numero romano indicante la *sura* è sostituito dal numero arabo ma precede sempre i due punti. Inoltre, le *sure*, all'interno del Corano, non sono raccolte cronologicamente ma secondo il criterio della lunghezza, dalla più lunga alla più corta. Per la lettura del Corano si vedano: V. Vacca – S. Noja – M. Vallaro, *Detti e fatti del Profeta raccolti da Al Bihari*, Torino, Utet, 1992; B. Lawrence, *Il Corano*, Roma, Newton Compton, 2007; C.M. Guzzetti, *Il Corano*, Torino, Ellenici-Leumann, 2008.

credono in *Allah* e nell'ultimo giorno. Durante questo periodo la cosa più giusta è che i loro mariti se le riprendano, se desiderano conciliarsi, esse poi si comportino con il marito come i mariti si comportano con loro: con gentilezza, tuttavia gli uomini sono un gradino più in alto. *Allah* è potente, è saggio».

Nel Corano pur essendoci un'uguaglianza di principio tra uomo e donna, testimoniata dal versetto 195 della *sura* III, è altrettanto sussistente, e i versetti sinora citati lo testimoniano, una evidente discrasia tra i diritti fondamentali accordati ad entrambi i sessi. Molto probabilmente possiamo trovare nella Bibbia delle disuguaglianze tra uomo e donna forse più rilevanti. Ciò è da ritenersi normale perché il messaggio di Dio perviene agli uomini secondo il loro linguaggio e la loro mentalità, ma tocca ai credenti e agli studiosi capire qual è l'intento del testo rivelato. Nell'Islam esiste lo stesso principio che consiste nel ricercare "lo scopo della *shari'a*". I musulmani che leggono il Corano come se fosse un testo immutabile, letteralmente applicabile a tutti i tempi e in tutti i luoghi, creano conflitti con altri musulmani, e con chi non lo è. È il loro modo di capire il Corano e di applicarlo in leggi che crea l'incomprensione.

La specificità islamica per ciò che concerne i diritti della donna è sì ancorata ai principi sciaraitici dettati e interpretati dalla fonte suprema che è il Corano, ma è altrettanto vero che tali principi, contestualizzati in singoli Paesi islamici, producono effetti diversi. Ciò che si è esposto in prima battuta in questo lavoro, ovvero che le interazioni crittотipiche immanenti nelle culture di ogni Paese producono ineluttabilmente effetti nella sfera degli ordinamenti giuridici degli stessi, è dimostrato dal caso specifico del Marocco.

5. – Il Marocco e il codice dello statuto personale (Moudawana)

Il Marocco che si è dotato nel 2004²⁷ di un nuovo codice dello statuto personale denominato *Moudawana*, ha introdotto, riguardo al diritto di famiglia, significative riforme in ordine ai diritti della donna non soltanto in riferimento alla sua figura di moglie e madre, ma anche riguardo la sua qualità di soggetto di diritti azionabili in seno alla società.

Il Marocco, è un Paese islamico che applica sul piano giuridico la *shari'a*, la legge ispirata dal Corano, eppure ha saputo interpretare i predetti versetti coranici accordando alla donna quei diritti che almeno sul piano teorico - giuridico, la lettura testuale del Libro le negherebbe. Ciò significa che le specificità storiche, culturali, politiche e sociali concorrono in maniera determinante alla formazione dell'ordinamento giuridico dei singoli Paesi, anche di quelli islamici.

²⁷ Il *dahir* (decreto) n. 1-4-22 del 3-2-2004 ha promulgato la legge n.70-03 riformando la *Moudawana* precedentemente in vigore. Il testo della novellata *Moudawana* in lingua inglese è attualmente reperibile in www.hrea.org.moudawana.htm.

Raggiunta l'indipendenza dal protettorato francese nel 1956²⁸, si è attivato con immediatezza per codificare le regole sciaraitiche in materia di statuto personale. I codici di famiglia o statuti personali sono leggi emanate dai governi dei Paesi di religione islamica che stabiliscono le regole della famiglia, primaria cellula sociale. Il primo codice di famiglia marocchino fu emanato attraverso cinque decreti regi (*dahir*) successivi, adottati tra il 1957 e il 1958²⁹. Il titolo stesso ne indica lo spirito: *Moudawana*, che in arabo significa "raccolta", esprime la volontà del legislatore di mantenersi fedele al diritto di scuola malikita di tradizionale applicazione nel Paese.

La *Moudawana* promulgata nel 1958 è rimasta in vigore, sostanzialmente inalterata, per oltre quarant'anni nonostante l'evoluzione storica e sociale vissuta dal Paese. Il Codice si è trovato tuttavia, fin dagli inizi degli anni '70, al centro di contestazioni e pressioni miranti alla sua riforma, a causa del suo crescente sfasamento rispetto alla realtà sociale e ai principi di uguaglianza e non discriminazione sanciti a livello internazionale per mezzo di Convenzioni i cui contenuti sono stati trattati nei precedenti paragrafi. Si è intrapresa così la strada che condurrà ad una riforma del codice dello statuto personale.

Dall'inizio degli anni '90 si sono susseguite diverse fasi fondamentali sulla strada di una revisione sostanziale del codice dello statuto personale conclusesi con l'intervento diretto del Re Mohammed VI e l'entrata in vigore del nuovo codice di famiglia, il 3 febbraio 2004.

Il 10 ottobre 2003 il Re, in occasione dell'apertura della sessione autunnale del Parlamento, annunciò la sua determinazione a riformare il codice di famiglia e presentò il progetto di riforma del codice al fine di adottare una legislazione più moderna in materia di diritti inerenti lo statuto personale. Il suo orientamento segnò la svolta riformatrice del Paese

²⁸ Il nome ufficiale del Marocco è Al Mamlaka al-Maghrbiya ossia Regno del Marocco. Nel corso della prima metà del settimo secolo (primi decenni della rivelazione dell'Islam) si chiamava Mauritania tengitana; caduta nell'oblio dall'alba del 4° secolo, era una terra dove regnavano confusione e disordini. Il territorio era conteso da poteri riconducibili a tribù locali e, soprattutto a causa di una grave confusione religiosa causata dalla contestuale esistenza di culti naturalisti, tradizioni animiste, divinità romane e bizantine, non esisteva nessun potere centrale che garantisse la stabilità, la coesione e la sicurezza sociale. La disgregazione sembrava essere la via fatale e l'unità sembrava impossibile fino a che una sola dottrina religiosa capace di riunire le menti e codificare i comportamenti degli individui e dei gruppi si impose, l'Islam. B Lewis, *Studies in Classical and Ottoman Islam*, London, Ed. Variorum Reprints, 1970; I.R. Lapidus, *A History of Islamic Societies*, Cambridge University Press, 1988, trad. It. *Storia delle società islamiche. II. La diffusione dell'Islam*, Torino, Einaudi, 2000.

²⁹ La *Moudawana* del 1958 consta di sei libri: libro I del matrimonio; libro II dello scioglimento del matrimonio e dei suoi effetti; libro III della nascita e dei suoi effetti; libro IV del mantenimento; libro V della capacità e la rappresentanza legale; libro VI della successione. I libri I e II furono promulgati con il *dahir* n. 1-57-343 del 6-12-1957; il libro III con il *dahir* n. 1-57-379 del 3-1-1958; il libro IV con il *dahir* 1-58-019 del 7-1-1959; il libro V con il *dahir* n. 158-073 del 7-9-1958; il libro VI con il *dahir* n. 1-5-112 del 3-8-1958.

Nel discorso³⁰ pronunciato quel giorno ai membri del Parlamento, il Re Mohamed VI, succeduto il 30 luglio 1999 al padre Hassan II, presentava le undici riforme fondamentali del nuovo codice di famiglia del Marocco affermando che il suo scopo era quello di garantire la loro conformità all'Islam. Secondo le parole de Re: «Nella mia veste di *Amir Al-Muminin* (comandante dei credenti), non posso rendere lecito ciò che Dio ha proibito, né proibire ciò che Lui ha reso legittimo; è necessario essere consapevoli dell'intento tollerante dell'Islam, che sostiene l'uguaglianza e i rapporti armoniosi, e anche avere fiducia nella coesione del rito malikita e dell'*ijtihad*, grazie ai quali l'Islam è una religione adatta ad ogni tempo e luogo. L'obiettivo è quello di redigere un moderno codice di famiglia che corrisponda allo spirito della nostra magnifica religione. Il codice di famiglia non dovrebbe essere considerato come una legislazione concepita solo per le donne, ma piuttosto un codice per la famiglia: padre, madre e bambini. La legislazione proposta ha lo scopo di liberare le donne dalle ingiustizie che subiscono, oltre a proteggere i diritti dei bambini e salvaguardare la dignità dell'uomo. Questi provvedimenti non dovrebbero essere considerati perfetti, né dovrebbero essere visti in una prospettiva fanatica. Piuttosto, dovrete valutarli con realismo e chiarezza di vedute ricordando che si tratta di un tentativo di *ijtihad*³¹ adeguato per il Marocco in questo momento storico, nel suo sforzo per raggiungere lo sviluppo che sta perseguendo in maniera saggia, graduale e decisiva».

³⁰ Il discorso di Re Mohamed VI e la rassegna stampa seguita al suo discorso sono attualmente reperibili in www.map.co.ma/mapfr/fr.htm nel link *Maghreb arab presse discours royaux* (10/10/2003) e in www.maec.gov.ma/mudawana/reac-Nationale.htm.

³¹ *L'ijtihad*, è il fondamento teorico del ragionamento giuridico. Letteralmente significa interpretazione, sforzo interpretativo, la cui radice è anche alla base della parola *jihad* – sforzo su se stesso. *Ijtihad* è l'esercizio del giudizio legale indipendente che poggia su fonti primarie nel diritto islamico, in contrapposizione a *taqlid*, dipendenza o imitazione di un precedente legale. Applicare i principi di *ijtihad* islamica è necessario se si vuole stare al passo con ciascuna delle innovazioni dell'epoca e con i rapidi sviluppi in ogni campo della vita. Questo è il principio dinamico dell'Islam. Come disse Maometto: «Se la vita è in costante movimento, lo spirito di questo moto è *ijtihad* che lo rinnova continuamente». Sono state le stesse associazioni femminili che hanno promosso questo approccio, come dimostra il seminario organizzato dall'Associazione Jousour sul tema *Question féminine et rôle de l'ijtihad dans l'Islam*, tenutosi il 19 e 20-2-1999 a Rabat, e che ha significato un punto di svolta nella riflessione su questo tema. Durante il dibattito seminariale, secondo i sostenitori della riforma, perché la *Moudawana* possa adattarsi alle esigenze della famiglia marocchina contemporanea, il legislatore deve abbandonare la fedeltà al *fiqh* malikita, concepito dagli uomini in un contesto storico-sociale determinato, e attraverso l'interpretazione (*ijtihad*), risalire alla concezione originaria dell'Islam per quanto riguarda i rapporti tra coniugi. Il movimento femminile, gli intellettuali e i religiosi ad esso vicini affermano che le fonti della *shari'a* sostengono l'uguaglianza intellettuale e fisica dell'uomo e della donna. L'Islam può diventare strumento di liberazione e di emancipazione: a tal fine si devono superare le interpretazioni restrittive che nel corso dei secoli si sono affermate sacralizzando il *fiqh* e trasformando il Corano e la *sunna* in strumenti di asservimento della donna. In quest'ottica, l'interpretazione deve essere in grado di adattare il contenuto profondo dei testi sacri alle mutate condizioni sociali. Diverse ragioni spiegano l'impegno del movimento femminile marocchino nel senso del rinnovamento dell'*ijtihad* in tema di statuto personale. In primo luogo il ricorso al referente religioso, seppur rinnovato e modernizzato, ha privato i gruppi islamisti e conservatori del loro principale strumento di critica, che consisteva nell'accusare i fautori della riforma di violazione delle norme dettate dall'Islam e di importazione di modelli culturali stranieri a

Il *dahir* n. 1.04.22 del 3 febbraio 2004, che ha promulgato la legge n. 70.03, ha profondamente modificato la *Moudawana*³² precedentemente in vigore. La nuova *Moudawana* consta di quattrocento articoli ripartiti, come la precedente, in sei libri riguardanti, nell'ordine: il matrimonio, la dissoluzione del patto coniugale e i suoi effetti, la nascita e i suoi effetti, la capacità e la rappresentanza legale, il testamento e, infine, le successioni.

Prima di analizzare analiticamente i punti essenziali del novellato Codice, occorre premettere che nel mondo islamico il diritto di famiglia è storicamente avverso a modernizzazioni, questo per due ordini di ragioni. La prima risiede nella natura endogena della tradizione giuridica islamica poiché la fonte della materia matrimoniale risiede direttamente nel Corano ed è pertanto percepita come intangibile ed immutabile. La seconda ragione emerge per il suo carattere esogeno, rispetto alla società musulmana, che valica, per sua natura, i confini nazionali. I Paesi colonizzatori, infatti, non hanno mostrato un intento riformatore rispetto a materie che regolano lo statuto personale lasciando così che queste fossero disciplinate dalle regole sciaraitiche.

Tuttavia, lo sviluppo economico e sociale ha profondamente mutato il paradigma sociale tradizionale fino a giungere al processo di codificazione che ha rappresentato, alla luce della novella marocchina, lo strumento di un processo di modernizzazione per ciò che concerne i rapporti personali e patrimoniali degli individui.

Il dato codicistico da porre in rilievo è che la *Moudawana* ha, per la prima volta, adottato il principio di uguaglianza tra i coniugi prevedendo pari diritti e doveri. Ciò nonostante, permangono, in ordine alla disciplina di specifiche materie, evidenti discrasie tra i diritti accordati ad entrambi i sessi.

Per esempio, per quanto riguarda le disposizioni inerenti la rappresentanza legale del minore³³, la *Moudawana* stabilisce che questa debba essere esercitata *in primis* dal padre³⁴,

scapito dell'identità arabo-islamica propria del Marocco. In secondo luogo, ancorare la riforma della *Moudawana* alla rilettura dei testi sacri ha permesso di far accogliere il messaggio riformista a una fascia più ampia della popolazione. A. Dialmy, *Pour de nouvelles règles de l'ijtihad. Vers une ijtihad féministe*, in *Question féminine et rôle de l'ijtihad dans l'Islam*, Rabat, Jousour, 2000, 124-126.

³² La traduzione della *Moudawana* in lingua francese è reperibile nel testo di O. Mounir, *La Moudawana, le nouveau droit de la famille au Maroc: présentation et analyse*, Rabat, Marsam, 2005.

³³ Si intende per rappresentante legale: «1) il tutore legale (il padre, la madre o il giudice); 2) il tutore testamentario designato dal padre o dalla madre; 3) il tutore dativo, designato dal tribunale. Egli ha il compito di vigilare sugli affari personali del minore assicurandogli un'educazione religiosa e una formazione, preparandolo ad affrontare la vita facendosi carico della gestione corrente dei suoi beni. A pena di assunzione di responsabilità, egli deve informare il giudice dell'eventuale esistenza di tutti i beni di valore appartenenti al minore. Tali beni sono depositati su ordinanza del giudice, al fine di preservarli, su un conto intestato al minore ed aperto dopo accertamento pubblico. Il tutore è sottoposto, nell'esercizio del suo compito a sorveglianza giudiziaria» (art. 235).

³⁴ Il padre è di diritto il tutore legale dei propri figli finché non interviene una decisione giudiziaria che revochi l'esercizio di tale diritto. In caso di impedimento del padre, il dovere di tutela degli interessi preminenti del bambino spetta alla madre (art. 236). Il padre può designare un tutore

successivamente, in assenza del padre o in seguito alla perdita da parte di quest'ultimo di tale capacità, dalla madre³⁵. Nel caso in cui anche quest'ultima non sia in grado di esercitarla, sono chiamati nell'ordine: il tutore testamentario designato dal padre, il tutore testamentario designato dalla madre ed infine il tutore dativo designato dal tribunale (art. 231). Il tutore testamentario e il tutore dativo devono godere di piena capacità, essere diligenti, risoluti e onesti³⁶.

Per ciò che concerne il tema della filiazione paterna questa viene definita: «il legame legittimo che unisce il padre al proprio figlio e che si trasmette di padre in figlio» (art. 150). La filiazione paterna si stabilisce per una forte presunzione e non può essere disconosciuta da una decisione giudiziaria (art. 151). Al riguardo l'articolo 144 precisa che: «la filiazione paterna è legittima nei casi in cui sussista uno dei motivi di tale filiazione indicati nell'articolo 152»³⁷.

Dunque, dal momento che la filiazione è stabilita in seguito al riconoscimento paterno, *istihlak*³⁸, o in seguito ad una decisione giudiziaria, gli effetti giuridici che ne derivano per il

testamentario per il figlio minorenne anche se tale tutela testamentaria non è obbligatoria ed è revocabile in qualsiasi momento (art. 237). A seguito del decesso del padre l'atto di tutela testamentaria è sottoposto al vaglio giudice che ne verifica la validità.

³⁵ La madre può esercitare la tutela dei propri figli a condizione che: «1) sia maggiorenne, 2) che il padre, a seguito di decesso, assenza, perdita di capacità o per qualunque altro motivo, non possa assumerla».

³⁶ La tutela testamentaria o dativa infatti non può essere affidata: «1) alla persona condannata per furto, falso o qualsiasi reato afferente la moralità; 2) alla persona che ha con l'interdetto una pendenza giudiziaria o una vertenza familiare suscettibile di causare danni agli interesse dell'interdetto (art. 247). Il tribunale può designare un sostituto tutore con il compito di verificare gli atti del tutore testamentario o dativo consigliando quest'ultimo nell'interesse del minore. Egli deve ugualmente informare il tribunale nel momento in cui constata una negligenza nella gestione del tutore o se teme una dilapidazione dei beni dell'interdetto» (art. 248).

³⁷ L'articolo 152 stabilisce che la filiazione paterna deriva da: 1) rapporti coniugali; 2) riconoscimento paterno; 3) coabitazione. Questo articolo ha limitato le cause di esistenza della filiazione alla coabitazione coniugale (*al firach*), al riconoscimento paterno (*istihlak*) e alla cosiddetta "relazione per errore", ovvero per presunzione. Precisa tuttavia l'articolo 158 che: «la filiazione paterna è stabilita per *al firach*, riconoscimento del padre, la testimonianza di due notai, la prova fondata "per notorietà" e tramite tutti i mezzi di prova legalmente previsti compresa la perizia giudiziale».

³⁸ *Al istihlak* è, come precedentemente detto, il riconoscimento di paternità così come previsto dal combinato degli articoli 147 e 160. L'ultimo comma dell'art. 147 stabilisce che la filiazione materna è legittima nei casi in cui risulta: da un matrimonio, dalla "relazione per errore" o da una violenza. Ciò senza pregiudizio alcuno del principio contenuto nell'articolo 143 il quale, stabilendo che la filiazione materna e paterna è legittima fino a prova contraria, rende palese la comunanza di legittimità di entrambi i genitori. L'articolo 160 enuncia invece le condizioni che devono sussistere al momento del riconoscimento paterno. Va premesso che il padre può riconoscere il figlio al sussistere delle seguenti condizioni: «1) il padre che procede al riconoscimento deve godere delle piene facoltà mentali; 2) il bambino, nei confronti del quale si effettua il riconoscimento non deve essere di filiazione conosciuta; 3) le dichiarazioni dell'autore del riconoscimento di paternità non devono essere smentite dalle circostanze e dalla verosimiglianza; 4) il bambino riconosciuto deve dare il suo assenso, se è maggiorenne, al momento del riconoscimento di paternità. Se questo

bambino riconosciuto sono gli stessi di quelli risultanti da una filiazione legittima sia in riferimento agli impedimenti matrimoniali, sia riguardo la religione e l'eredità. Solo il padre può stabilire la filiazione di un bambino per riconoscimento di paternità³⁹. Mentre la filiazione legittima tenta di equiparare, perlomeno formalmente, diritti e doveri dei genitori⁴⁰, la filiazione illegittima non produce alcuno degli effetti della filiazione legittima nei confronti del padre (art. 148).

Più improntato ai principi di uguaglianza per ciò che concerne la sfera genitoriale, parrebbe la disciplina dell'istituto della custodia (*hadana*) del bambino. Questa spetta al padre e alla madre fin tanto che il legame coniugale sussiste (art. 164) e permane, sia per il maschio che per la femmina, fino al raggiungimento della maggiore età legale (fissata al compimento dei diciotto anni sia per i maschi che per le femmine). Dal momento in cui la relazione coniugale cessa, il minore che ha raggiunto l'età di quindici anni compiuti, ha il diritto di scegliere quale dei suoi genitori assumerà la sua custodia⁴¹. Diversamente, se il minore ha meno di quindici anni la custodia è attribuita in primo luogo alla madre, poi al padre, e successivamente alla nonna materna del bambino. In assenza dei soggetti appena menzionati il tribunale decide attribuendo la custodia al parente prossimo più idoneo ad assumerla assicurando al minore l'obbligo al suo mantenimento.

Se nessuno dei possibili titolari del diritto di custodia accetta di assumerla o, pur accettandola, non soddisfa i requisiti richiesti dalla legge⁴², gli interessati o il pubblico

riconoscimento ha avuto luogo prima del compimento della maggiore età, egli ha il diritto di intentare un'azione giudiziaria mirante al disconoscimento della filiazione paterna. Dal momento in cui il soggetto che riconosce la paternità designa la madre del bambino la madre stessa può opporsi procedendo al disconoscimento di maternità, producendo le prove stabilenti il difetto di veridicità del riconoscimento paterno. Chiunque ne ha interesse può formulare un ricorso contro la veridicità dell'esistenza delle condizioni del riconoscimento di paternità precitato, finché l'autore di questo riconoscimento è vivente».

³⁹ Il riconoscimento di paternità è stabilito per atto autentico o tramite dichiarazione autografa e non equivoca della persona che la compie (art.162).

⁴⁰ A questo proposito è interessante evidenziare la definizione che l'articolo 4 della *Moudawana* riformata dà del matrimonio. Il matrimonio è, secondo il predetto articolo, un contratto legale per il quale un uomo e una donna consentono ad unirsi in vista di una vita coniugale comune e durevole. Esso ha per fine la fedeltà, la purezza, e la fondazione di una famiglia stabile sotto la direzione di entrambi gli sposi conformemente alle disposizioni di questo codice. È importante notare come la formula contenuta nell'articolo 1 della precedente *Moudawana* «sotto la direzione del marito», sia stata sostituita dalla formula «sotto la direzione degli sposi».

⁴¹ La scelta deve essere effettuata nel rispetto del seguente ordine: «1) tra il padre e la madre, ad esclusione di tutte le altre persone a meno che essi non siano più viventi; 2) in assenza del padre e della madre, il bambino può scegliere uno dei suoi parenti più prossimi così come sancito nell'articolo 171, in questo caso la nonna materna ha la priorità nei confronti degli altri parenti, diversamente si opta per il parente prossimo più adatto a rivestire il ruolo». In questo ultimo caso, devono sussistere due condizioni: «1) la scelta non deve essere incompatibile con l'interesse del bambino; 2) il rappresentante legale deve dare, al riguardo, il suo assenso».

⁴² I requisiti di attribuzione della custodia sono, così come previsto dall'articolo 173, i seguenti: «1) il compimento della maggiore età legale per le persone che non siano il padre o la madre del

ministero si rivolgono al tribunale, il quale sceglie la persona più adatta tra i parenti più prossimi. In difetto di ciò, il tribunale opta per una delle istituzioni abilitate a questo scopo⁴³. L'obbligo di mantenimento sorge dunque in virtù del matrimonio o della parentela fermo restando che nessuno è obbligato a soddisfare i bisogni altrui se non nella misura in cui riesca a soddisfare i propri (art. 187).

Dunque il principio coranico secondo il quale l'uomo non è obbligato ad agire che nel quadro delle sue possibilità materiali, investe anche la regola relativa all'obbligo di mantenimento⁴⁴. Questa comprende, oltre gli obblighi meramente alimentari, le spese mediche, quelle relative all'istruzione del minore ed in genere ogni spesa abitualmente considerata come indispensabile. La valutazione della loro entità si effettua tenendo conto del reddito della persona obbligata al pagamento, del costo della vita, degli usi e costumi propri del contesto sociale nel quale il bambino vive (art. 189).

Per quanto riguarda i criteri di attribuzione del mantenimento, vi è un obbligo, in tal senso, del marito nei confronti della moglie derivante dalla mera consumazione del matrimonio. Il medesimo diritto al mantenimento è riconosciuto alla moglie che acconsente alla consumazione del matrimonio, indipendentemente della conclusione dell'atto (art. 194).

È inoltre stabilito che il padre deve provvedere ai bisogni dei propri figli fino al raggiungimento della maggiore età o fino al compimento dei venticinque anni nel caso di coloro che proseguono gli studi. Il padre deve continuare a provvedere ai bisogni dei figli che presentino handicap tali da rendere loro impossibile il reperimento delle risorse necessarie al proprio mantenimento (art. 198). Qualora il padre sia, totalmente o parzialmente, incapace di provvedere al soddisfacimento dei bisogni dei propri figli e la madre al contrario sia benestante, quest'ultima deve assumersi l'onere del loro mantenimento. Se l'incapacità del padre è totale la madre deve provvedere interamente al mantenimento, diversamente, se l'incapacità del padre è parziale, la madre provvede per l'ammontare della parte che il padre è nell'impossibilità di assumere (art. 199).

La ricognizione sin qui effettuata circa i singoli istituti riformati dalla *Moudawana* mostra chiaramente che, pur in presenza di precise disposizioni codicistiche che accordano pari diritti e doveri dei coniugi all'interno del matrimonio, ne permangono ancora altre che per

bambino; 2) la rettitudine e l'onestà; 3) la capacità di crescere il bambino, salvaguardandolo e proteggendolo sul piano religioso, fisico, morale adoperandosi perché abbia un'istruzione».

⁴³ Il tribunale può richiedere l'ausilio di un assistente sociale in vista dell'elaborazione di un rapporto mirante a determinare se la persona investita della custodia è in grado di soddisfare i bisogni di prima necessità, materiali e morali del bambino (art. 172).

⁴⁴ «Il ricco manterrà la donna dalla quale ha divorziato secondo la propria fortuna, altrettanto farà il povero nel limite dei suoi mezzi. Dio non impone a ciascuno che degli obblighi proporzionali alle sue risorse». Corano, LXV: 7. Al riguardo si veda S. Frojo, *Il Corano: nuova traduzione di una scelta di surate versione italiana*, Bari, Laterza, 1928.

esempio, in tema di rappresentanza legale dei figli, accordano la preminenza, nell'esercizio di tali diritti, al padre.

6. – I diritti della donna tutelati dalla Moudawana

Come si è detto, la novellata *Moudawana* ha, per la prima volta, adottato il principio di uguaglianza tra i coniugi accordando loro pari diritti e doveri ed introducendo significative innovazioni rispetto alla *Moudawana* precedentemente in vigore. La parità è riconosciuta nella responsabilità congiunta dei due sposi in seno al nucleo familiare mentre, nel codice precedentemente in vigore, la famiglia era posta sotto l'unica responsabilità del marito. È stata inoltre eliminata la regola dell'obbedienza al marito da parte della moglie poiché non esistono più doveri propri della moglie o del marito, ma obblighi reciproci che comprendono il dovere di concertazione per le decisioni concernenti la famiglia, i figli e i progetti familiari.

L'età legale per contrarre matrimonio è stata modificata ed è fissata, come previsto dall'articolo 209, per entrambi i sessi a diciotto anni, mentre in precedenza era di diciotto anni per il maschio e di quindici anni per la femmina. Questa disposizione è una delle più controverse e meno applicate della *Moudawana* perché culturalmente difficile da accettare. Infatti, i matrimoni precoci legalmente autorizzati⁴⁵ sono tutt'oggi assai diffusi nel Paese.

La poligamia non è stata abolita, ma diviene quasi impossibile praticarla poiché è sottoposta all'autorizzazione preventiva del giudice. A tal fine, l'uomo deve fornire "un'argomentazione oggettiva eccezionale". Il giudice deve assicurare che non esista alcuna presunzione di disparità tra le spose ed essere sicuro della capacità del marito di trattare la seconda sposa e i suoi figli allo stesso modo della prima, oltre a garantire loro le stesse condizioni di vita. Il marito che vuole sposarsi una seconda volta deve comunicare alla prima moglie le sue intenzioni e deve avvisare la seconda del suo stato matrimoniale, sapendo che la prima moglie può invocare la sussistenza delle seconde nozze del marito per chiedere il divorzio. In tal senso il nuovo codice dà alla donna il diritto di condizionare il proprio matrimonio al momento della firma dell'atto matrimoniale, richiedendo l'impegno da parte del marito a non prendere altre mogli in futuro.

Per ciò che concerne il divorzio, nella nuova procedura esso diventa un diritto esercitato congiuntamente dal marito e dalla moglie sotto il controllo del giudice (art. 78). La riforma istituisce dunque il divorzio consensuale il quale, precedentemente, era una

⁴⁵ Il fenomeno delle giovani spose continua a crescere in Marocco. Secondo quanto riporta il sito informativo marocchino 'Lakome (www.lakome.com), le ultime statistiche diffuse dal ministero della Giustizia di Rabat denunciano un pericoloso aumento del numero di matrimoni di uomini adulti con ragazze minorenni. Se nel 2008 si erano raggiunti i 30.685 casi e nel 2009 33.253, nel 2010 si è toccata la cifra record di 34.000 matrimoni.

prerogativa esercitata in maniera discrezionale solo dal marito ed avveniva in seguito al ripudio verbale.

Il termine ripudio non scompare dalla terminologia giuridica poiché resta una modalità possibile di separazione. Essa infatti assume praticamente la forma di un divorzio giudiziale in virtù del fatto che è sottoposto all'autorizzazione preliminare del tribunale. Non solo, il divorzio non può essere convalidato se non dopo il fallimento di una procedura di conciliazione (artt. 79 – 87).

In caso di divorzio, il genitore che ottiene la tutela dei figli conserva il domicilio familiare ed ha diritto a ricevere gli alimenti. La tutela viene accordata, come detto precedentemente, alla madre, poi al padre ed infine alla nonna materna. La tutela dei diritti del minore è attestata anche dal diritto della madre di conservare la custodia dei figli anche dopo un nuovo matrimonio, o il trasferimento in una località diversa da quella di residenza dell'ex marito.

Le nuove norme del codice garantiscono altresì una maggiore protezione della moglie in caso di abusi, maltrattamenti, abbandono senza mezzi di sussistenza, o nel caso in cui venga meno una sola delle condizioni stipulate nell'atto di matrimonio.

L'articolo 102 prevede, infatti, che la moglie possa richiedere il divorzio, previa dimostrazione della sussistenza delle predette circostanze. Nel medesimo articolo viene introdotto il divorzio per "rottura dell'unione coniugale". Si consente, dunque, alla donna di porre fine all'unione coniugale invocando il semplice venir meno dell'*affectio maritalis*.

Il dato che emerge dalle nuove disposizioni codicistiche è che la loro applicazione aumenterebbe considerevolmente i costi materiali che gli uomini dovrebbero affrontare qualora decidessero di praticare il ripudio o la poligamia. Questo scoraggia inevitabilmente l'esercizio di tali prerogative a vantaggio di una maggior tutela sia dei figli minori che delle loro madri⁴⁶.

Il nuovo codice dello statuto personale ha dunque introdotto cambiamenti importanti che riguardano la sfera sociale e familiare così sintetizzabili: 1) la libertà nel rapporto coniugale che si fonda su una scelta reciproca tra *partners*; 2) il rapporto coniugale si fonda sull'uguaglianza, il consenso, la reciprocità dei diritti e dei doveri; 3) le restrizioni alla poligamia sono anche un rafforzamento della relazione coniugale; 4) il divorzio, per la

⁴⁶ Zhor Lhor, la prima donna giudice in Marocco, nominata al Tribunale di El Jadida nel 1979, che ha fatto parte della commissione consultiva per la revisione del vecchio codice, ha affermato come alcuni uomini, venuti a conoscenza della nuova legge, abbiano cambiato opinione sulla richiesta di poligamia o di ripudio: «Nel 2004 a Casablanca, trenta dossier di ripudio sono stati ritirati da coloro che li avevano depositati evitando così ai bambini di trovarsi abbandonati e privi di mezzi di sussistenza». M.Daif. e H. Hamdani, *Un an après la Moudawana à l'épreuve du réel*, in www.mediterraneas.org.

donna, diviene un diritto; 5) marito e moglie hanno reciproci diritti successori; 6) il riconoscimento dell'autonomia e dell'emancipazione dei membri della famiglia; 7) si fa strada il concetto di famiglia nucleare lontano dalla logica, cara al diritto tradizionale, di famiglia allargata.

La famiglia, così come emerge dalle riforme introdotte dalla *Moudawana*, ha configurazioni eterogenee racchiuse da un lato, nello sforzo riformista e dall'altro, nella difficoltà a superare retaggi culturali prima ancora che religiosi, estremamente radicati. I suoi limiti e la sua composizione sono vari, come pure l'ambiente socio-politico nel quale sarà sempre più destinata ad inserirsi. Il pieno successo della *Moudawana* esige, tuttavia, che congiunturali misure sociali, politiche, educative ed economiche siano adottate affinché la vigente normativa possa dimostrarsi pienamente efficace e validamente operante nel sistema giuridico marocchino.

La prassi infatti, come risaputo, offre scenari differenti rispetto l'effettiva applicazione della normativa succitata. Lo dimostra un evento che nel 2012 ha scosso il Marocco mettendo sotto i riflettori una delle disposizioni giuridiche del codice penale più inique e violente nei confronti delle donne. In seguito ad una violenza sessuale subita da un'adolescente marocchina di sedici anni, Amina Filali, la famiglia della giovane sporgeva denuncia ma il giudice anziché condannare lo stupratore gli offriva la possibilità di sposare la sua vittima così come previsto dal codice penale marocchino. Una proposta accolta favorevolmente dalla sua famiglia per salvare l'onore della ragazza e quello della stessa famiglia. Tuttavia il 10 marzo del 2012 Amina si è uccisa ingerendo del veleno per topi.

Matrimoni del genere sono consentiti dal codice penale marocchino che, al secondo comma dell'articolo 475⁴⁷, prevede che le azioni penali contro un violentatore sono annullate se questo acconsente di sposare la sua vittima ancorché minorenni. Il caso ha suscitato l'indignazione sociale superando i confini nazionali e divenendo un caso internazionale emblematico di violazione dei diritti della donna tanto da condurre all'abrogazione della predetta norma⁴⁸.

⁴⁷ «Quiconque, sans violences, menaces ou fraudes, enlève ou détourne, ou tente d'enlever ou de détourner, un mineur de moins de dix-huit ans [176], est puni de l'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 200 à 500 dirhams. Lorsqu'une mineure nubile ainsi enlevée ou détournée a épousé son ravisseur, celui-ci ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes ayant qualité pour demander l'annulation du mariage et ne peut être condamné qu'après que cette annulation du mariage a été prononcée». Il testo del codice penale è reperibile in www.adala.justice.gov.ma.

⁴⁸ In ordine al processo politico – giuridico che ha condotto all'abrogazione di una norma tanto aberrante si veda L. Guccione, *Marocco. Abrogazione dell'articolo 475 del codice penale che consentiva il "matrimonio riparatore" tra l'autore di uno stupro e la sua vittima*, in questa rivista sezione cronache on-line, n. 2 - 2014.

È sin troppo agevole porre in evidenza come tale norma del codice penale marocchino risulti in contrasto sia con la nuova Costituzione⁴⁹ laddove questa sancisce, al richiamato articolo 19, la parità e l'uguaglianza tra uomo e donna, sia con la *Moudawana* che, al pari della nuova Costituzione, adotta in seno alla famiglia il principio di uguaglianza tra i coniugi. La piena identità tra il profilo teorico e quello pratico della norma giuridica è dunque l'approdo mancato del piano di riforme attuato nel Paese e certamente la sfida che quest'ultimo dovrà accettare al fine di rendere validamente operanti, sul piano teorico, quelle riforme che la prassi sconfessa.

7. – Il nuovo assetto costituzionale del Marocco: un raffronto con le nuove Costituzioni di Tunisia ed Egitto

Il rapporto tra Islam e ordinamento giuridico, che trova nella Costituzione lo strumento applicativo di un credo religioso omnicomprensivo, è complesso ed in continuo divenire.

Notoriamente i Paesi islamici, anche grazie al retaggio coloniale, non hanno disdegnato i modelli costituzionali occidentali⁵⁰, tuttavia alla luce delle recenti riforme con cui alcuni di questi Paesi si sono dotati di nuove Costituzioni, la sfida rimane quella dell'adozione di una Costituzione che sia non solo apparentemente pluralista⁵¹, ma anche realmente applicabile. L'impegno ad ancorare la tutela dei diritti umani e di genere a standard internazionali di tutela sanciti nei Trattati e nelle Convenzioni parrebbe enunciato nel preambolo⁵² della

⁴⁹ Il 1 luglio 2011 è entrata in vigore la nuova Costituzione che consacra, almeno in principio, l'uguaglianza tra i due sessi poiché sancisce all'articolo 19 che: «L'uomo e la donna godono di uguali diritti di libertà civile, politica, economica, sociale, culturale e ambientale». Il nuovo testo della Costituzione marocchina è reperibile in www.parlement.ma/fe/. Cfr. Centre d'études internationales (sous la direction de), *La Constitution marocaine de 2011. Analyses et commentaires*, Paris, LGDI, 2012.

⁵⁰ Con il raggiungimento dell'indipendenza – per la gran parte dei Paesi arabi avvenuta dopo la seconda guerra mondiale – gli ordinamenti dei nuovi Stati si dotano di proprie Costituzioni, formalmente derivate da modelli occidentali ma che sono caratterizzate «dalla finalità generale di modernizzazione che tendenzialmente privilegiano forme di concentrazione di potere e hanno connotazione essenzialmente non democratica». G. De Vergottini, *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, Cedam, 1987, 681-682.

⁵¹ Si veda A. Di Gregorio, *I processi di trasformazione politico-costituzionale ai confini dell'Unione europea: riflessioni sull'espansione del modello democratico e i suoi limiti*, in Q.R. n. 3-2014.

⁵² «État musulman souverain, attaché à son unité nationale et à son intégrité territoriale, le Royaume du Maroc entend préserver, dans sa plénitude et sa diversité, son identité nationale une et indivisible. Son unité, forgée par la convergence de ses composantes araboislamique, amazighe et saharo – hassanie, s'est nourrie et enrichie des ses affluents africains, andalou, hébraïque et méditerranée. La prééminence accordée à la religion musulmane dans la référentiel national va de pair avec l'attachement du peuple marocain aux valeurs d'ouverture, de modération, de tolérance et de dialogue pour la compréhension mutuelle entre toutes les cultures et les civilisations du monde. Mesurant l'impératif de renforcer le rôle qui lui revient sur la scène mondiale, le Royaume du Maroc, membre actif au sein des organisations internationales, s'engage à souscrire les principes, droits et

nuova Costituzione marocchina. In esso viene enunciato che, pur nella preminenza accordata alla religione musulmana, il Marocco si impegna a sottoscrivere, in qualità di membro attivo delle organizzazioni internazionali, i principi enunciati nelle Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani. Infatti, nei riguardi dei Trattati internazionali, il Marocco, sempre nel preambolo della nuova Costituzione, annuncia un impegno a sottoscriverli però «nel rispetto della sua identità nazionale immutabile»⁵³.

La supremazia dell'Islam è tuttavia sancita nell'articolo 1 della Carta costituzionale: «La nazione si appoggia nella vita collettiva nella costante unificante di un'Islam moderato».

Premine l'articolo 3, che sancisce la natura confessionale del Paese: «L'Islam è la religione di Stato che garantisce a tutti il libero esercizio dei culti».

La natura statica ed invariabile di Stato confessionale è resa dall'articolo 175: «Nessuna revisione può essere apportata alle disposizioni relative alla religione musulmana, alla forma monarchica dello Stato o in materia di libertà e diritti fondamentali scritti nella presente Costituzione».

In un'ottica di parità e uguaglianza di genere il già citato articolo 19 enuncia testualmente: «L'uomo e la donna godono ugualmente dei diritti umani e delle libertà di carattere civile, politico, economico, sociale, culturale e ambientale enunciate in questo titolo, nelle altre disposizioni della Costituzione, e nelle Convenzioni internazionali debitamente ratificate dal Marocco».

Il dettato costituzionale che traspare da quest'ultima disposizione è fondamentale. Il richiamo alle Convenzioni internazionali ratificate dal Marocco, il riferimento alla CEDAW è di chiara intuizione, sottolinea l'intento di accordare alla tutela dei diritti di genere standard maggiormente aderenti a quelli scolpiti nelle Convenzioni internazionali seppur nel primato accordato all'Islam.

obligations énoncés dans leurs chartes et conventions respectives, il réaffirme son attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus, ainsi que sa volonté de continuer à oeuvrer pour préserver la paix et la sécurité dans le monde». La nuova Costituzione marocchina è entrata in vigore l'1-7-2011 a seguito del *dahir* n. 1-11-1991 che ha promulgato il nuovo testo. Il testo è attualmente reperibile in lingua araba e francese in www.parlement.ma/fe.

⁵³ Sul punto si veda ancora M. Losano, *Dopo la Primavera Araba: il problema della libertà di religione*, Materiali per una storia della cultura giuridica, XLIII, n.1-6-2013, 220. L'autore la definisce una dichiarazione di buona volontà ma nulla di più. È infatti realistico credere che, attualmente, il nuovo assetto costituzionale possa inciampare in una prassi giuridico-politica fortemente ancorata ad un retaggio culturale stratificato negli anni.

In una prospettiva comparatistica, altri Stati⁵⁴ di questa macro regione del Mediterraneo hanno provveduto ad attuare riforme che ne hanno ridisegnato l'assetto costituzionale.

Tuttavia, appare doveroso premettere che, pur in presenza di un nuovo quadro costituzionale dall'approccio modernista, il problema del conflitto esistente tra modelli giuridico – politici di derivazione positivista e modelli nei quali la *shari'a* precede lo Stato⁵⁵, permane.

Ad esempio la nuova Costituzione Tunisina⁵⁶, entrata in vigore nel gennaio 2014, instaura, nel suo preambolo un regime repubblicano democratico nel quale la sovranità appartiene al popolo che la esercita sulla base dell'alternanza garantita da libere elezioni e dal principio della separazione e dell'equilibrio dei poteri. Gli articoli 1 e 2 della Costituzione precisano il carattere dello Stato: «La Tunisia è uno Stato libero, indipendente e sovrano, l'islam è la sua religione, l'arabo la sua lingua e la repubblica il suo regime» (art.1). La disposizione successiva sancisce che: «La Tunisia è uno Stato a carattere civile basato sulla cittadinanza, la volontà del popolo ed il primato del diritto» (art. 2).

Per ciò che concerne la religione il preambolo del testo costituzionale tunisino riconosce l'attaccamento del popolo agli insegnamenti dell'Islam ed alle sue finalità caratterizzate dall'apertura e dalla moderazione, dai nobili valori umani e dai principi dei diritti universali dell'uomo. Allo stesso tempo uno degli aspetti introdotti dalla Costituzione è il riconoscimento della libertà di credo e di coscienza (art. 6) che limita la possibilità di essere perseguiti per apostasia.

Per ciò che concerne i diritti e le libertà personali la Costituzione tunisina enuncia tale catalogo a cominciare dal principio di uguaglianza dei diritti e dei doveri dei cittadini e delle cittadine (art. 21). Vengono altresì sanciti il diritto alla vita (art. 22); la protezione della dignità della persona e il conseguente divieto di tortura (art. 23); il diritto alla vita privata e

⁵⁴ Circa il processo politico-sociale, ancora in atto, che mira all'approdo di una stabilizzazione costituzionale, alla luce delle recenti riforme avvenute in Tunisia ed Egitto si veda: C. Sbailò, *Stabilizzazioni formali e dinamiche costituzionali in Tunisia ed Egitto*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2014, 443-446. L'Autore enuclea la contrapposizione politica, all'interno di entrambi i Paesi, tra i partiti islamici integralisti che considerano l'Islam come la soluzione a quella che viene definita la crisi dell'occidentalizzazione forzata del mondo arabo, ed i partiti laici che hanno rinunciato ad insistere sulla collocazione dei principi sciaraitici al vertice delle fonti. Le nuove Costituzioni di entrambi i Paesi non possono che essere evidentemente il difficile risultato di un equo bilanciamento tra questi differenti orientamenti politici. Per quanto riguarda più specificamente l'Egitto si veda D. Pioppi, *Fratelli musulmani e potere nell'Egitto del post-Mubarak*, in *Rivista di politica*, n.2, 2014, 65-73. Per quanto concerne invece la Tunisia si veda F. Cavatorta, S.M. Torelli, *Il salafismo in Tunisia*, in *Rivista di politica*, n. 2, 2014, 85-93.

⁵⁵ Sull'analisi comparativa dell'elaborazione teorica del concetto di Stato islamico e sulla centralità dell'uomo all'interno di questo Stato si veda: P. Longo, A. Santilli, *Tunisia: modelli di Stato islamico a confronto*, in *Storia del pensiero politico*, n. 3, 2014, 399-422.

⁵⁶ Il testo della nuova Costituzione è disponibile nel sito dell'ONG tunisina Al Bawsala/Al-Marsad (in arabo ed in francese) www.marsad.hn.

alla riservatezza della corrispondenza e dei dati personali (art. 24); il diritto ad un equo processo nel quadro del riconoscimento della presunzione di innocenza (art. 27); la libertà di pensiero, opinione, espressione, informazione e pubblicazione (art. 31); il diritto d'accesso all'informazione ed alle reti di comunicazione (art. 32); la libertà di costituire partiti politici, sindacati e associazioni (art. 36); la libertà di riunione e di manifestazione pacifica (art. 37).

Con specifico riguardo ai diritti di genere la Costituzione tunisina, nel suo articolo 34, obbliga lo Stato a garantire la rappresentatività delle donne nelle assemblee elette. L'articolo 40 afferma che entrambi i sessi hanno diritto al lavoro ed ad un'equa remunerazione a parità di condizioni.

Infine, l'articolo 46 enuncia il principio di uguaglianza e di lotta contro la violenza nei confronti delle donne: «Lo Stato si impegna a tutelare i diritti acquisiti delle donne, sostiene e lavora per migliorarli. Lo Stato garantisce pari opportunità tra donne e uomini ad assumersi responsabilità in tutte le aree. Lo Stato sta lavorando per raggiungere la parità tra donne e uomini nei consigli eletti. Lo Stato adotta le misure necessarie per sradicare la violenza contro le donne».

L'ultima Costituzione adottata di questa macro-area del Mediterraneo è quella egiziana⁵⁷. Il suo articolo 1 dichiara che l'Egitto è uno Stato democratico repubblicano, indivisibile, che si basa sullo stato di diritto. Tuttavia, l'articolo 2 proclama l'Islam religione di Stato e la *shari'a* principale fonte legislativa: «l'Islam è la religione di Stato, l'arabo la lingua ufficiale. I principi della *shari'a* islamica sono la fonte principale della legislazione».

Il primato accordato alla *shari'a* islamica quale fonte principale di diritto marca la differenza con la Costituzione Tunisina. In quest'ottica infatti, la Costituzione egiziana attribuisce ad Al-Azhar⁵⁸ il potere di affiancare il potere legislativo e giudiziario nell'interpretazione del diritto islamico: «Al-Azhar è un'istituzione islamica indipendente. È il riferimento principale per le scienze religiose la loro diffusione così come, per la diffusione della lingua araba in Egitto e in tutto il mondo» (art. 7). In tale contesto appare nebuloso comprendere quale sia la tutela della libertà religiosa.

Circa la tutela dei diritti di genere l'articolo 11 della Costituzione egiziana sancisce che: «Lo Stato deve garantire il raggiungimento della parità tra donne e uomini nell'ambito dei diritti civili, politici, economici, sociali, e culturali in conformità con le disposizioni di questa Costituzione. Lo Stato inoltre garantisce il diritto di accesso alle cariche pubbliche

⁵⁷ Il testo della nuova Costituzione entrata in vigore il 18-1-2014, da cui sono tratti gli articoli citati, è reperibile in lingua inglese in www.sis.gov.eg.

⁵⁸ L'Università coranica al-Azhar è il più antico istituto accademico religioso del mondo islamico sunnita. Le specializzazioni dell'ateneo, vanno da *ulūm dīniyya* (scienze religiose) a Giurisprudenza (basata soprattutto sull'insieme delle discipline giuridiche che fanno riferimento alla *shari'a*). Le attività e gli insegnamenti dell'ateneo sono consultabili in www.azhar.edu.eg.

senza discriminazione delle donne. Lo Stato deve proteggere le donne contro ogni forma di violenza e garantire alle donne di trovare un equilibrio tra responsabilità familiari e le esigenze di lavoro. Lo Stato deve fornire assistenza e tutela della maternità e dell'infanzia». Il dettato costituzionale sancisce dunque l'impegno dello Stato a garantire il raggiungimento della parità, tra uomini e donne, nel campo dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali e a proteggere le donne contro ogni forma di violenza garantendo loro un equilibrio tra responsabilità familiari ed esigenze di lavoro.

8. – Conclusioni

Si tratta dunque di capire se, al di là delle specificità storico-culturali che definiscono e plasmano quelle giuridiche dei singoli Paesi, vi è una ragionevole e concreta possibilità di applicazione di un modello giuridico su scala globale di tutela dei diritti, anche con specifico riferimento alla questione di genere.

La dottrina sviluppata all'interno di ciascuna famiglia giuridica è criticamente indotta a ragionare secondo schemi giuridici immanenti alla "propria" tradizione giuridica, culturale, storica. Lo sforzo offerto da molti Paesi di tradizione islamica, attraverso la ratifica delle Convenzioni internazionali a tutela dei diritti della donna e le relative riforme giuridiche in seno ai propri ordinamenti nazionali è, di fatto, una dimostrazione tangibile di una comune sensibilità al tema.

Al contempo, la natura confessionale che traspare dal nuovo assetto costituzionale dei Paesi islamici presi in esame può ragionevolmente costituire un ostacolo al raggiungimento di un criterio universalmente adottabile in tema di diritti di genere. Questo perché, il cosiddetto "Islam radicale", ossia quella corrente di attivismo politico e teoretico che si richiama esplicitamente ai valori fondanti dell'Islam delle origini dati dalla interpretazione letterale dei precetti coranici, rifiuta la tradizione ininterrotta prodotta in secoli di lavoro esegetico dei testi sacri.

Il superamento di tale ostacolo è possibile ed è affidato ad una interpretazione dell'Islam in chiave moderna che riesca a neutralizzare gli estremismi e a raggiungere un equilibrio tra i principi tradizionali immanenti nei testi sacri e i principi secolari di derivazione occidentale incorporati negli strumenti internazionali a difesa dei diritti di genere.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

**Alcune particolarità della forma di governo della
Repubblica Islamica dell'Iran da Khomeini a Rohani**
**Some peculiarities of the form of government of the
Islamic Republic of Iran from Khomeini to Rohani**

Ali Reza Jalali

Abstract

The Constitution of the Islamic Republic of Iran is a model between democracy and Islamic theocracy. The Iranian state is a unique model in the Islamic world, maybe for the reason that Iran is a Muslim Shia country, in which there is a partial balance of powers and an independent parliament and a direct-elected President. But the central point of this “constitutional theocratic” model is the role of the Supreme Leader who is the guarantee of the application of Islamic law in the system. The real source of this unique model is the theory of “Velayate faqih” founded by Ayatollah Khomeini in 1979.

Tag: Islamic State, Velayate faqih theory, constitutional theocracy, Sharia, Supreme Leader



Alcune particolarità della forma di governo della Repubblica Islamica dell'Iran da Khomeini a Rohani

di Ali Reza Jalali

SOMMARIO: 1. – Lo “Stato islamico” in Iran dal 1979. 2. – La forma di governo della Repubblica Islamica. 3. – La teoria del “governo del giurisperito islamico”. 4. – Un “modello ibrido” tra Islam e democrazia.

1. – Lo “Stato islamico” in Iran dal 1979

La Repubblica Islamica dell'Iran, questo il nome ufficiale dello stato sorto dopo la rivoluzione del 1979 sulle ceneri dell'allora Regno d'Iran guidato dallo Shah, ha ormai alle spalle più di 30 anni di storia. Non che lo stato attuale abbia completamente scisso i propri legami col passato persiano e monarchico, in quanto si potrebbero trovare diversi concetti che caratterizzano la storia iraniana lungo i secoli e millenni, in un continuum che non si è mai arrestato, nemmeno oggi. In ogni caso, e sarebbe inutile negarlo, l'attuale stato iraniano ha cercato in tutti i modi di smarcarsi dal suo passato, soprattutto da quello più legato al regime monarchico e al nazionalismo persiano, abbracciando una logica di internazionalismo islamico-repubblicano. L'Iran degli ultimi 35 anni, ovvero, come dice anche il titolo del mio intervento, “l'Iran da Khomeini a Rohani”, si caratterizza per alcuni aspetti di continuità col suo passato, ma da altri punti di vista tende a differenziarsi.

L'attuale sistema costituzionale,¹ istituzionale e politico iraniano deriva da un violento strappo, da una rivoluzione,² caratterizzata, caso raro se non unico nella storia contemporanea, da una leadership religiosa, non secolarizzata, Khomeini³ e i suoi stretti collaboratori appunto, spesso giovani chierici, alcuni dei quali anche con un periodo di formazione in Europa, che propagandava apertamente l'unione tra politica e Islam. La laicità in Occidente è un fenomeno consolidato, a nessuno oggi verrebbe in mente qui in Europa di tornare al Medio Evo, caratterizzato dall'unione tra Stato e Chiesa. In Iran invece, nel bel mezzo del XX secolo, a due secoli dalla “Rivoluzione del Lumi”, vi era chi ancora parlava di stato religioso, anche se da edificare col consenso popolare. Già da qui quindi sorge un dilemma, una ambivalenza che distingue nettamente il modello iraniano da quelli occidentali, ovvero la volontà di far coabitare due concetti apparentemente antitetici: democrazia e Islam. Infatti, la Carta costituzionale iraniana, pur ribadendo il diritto islamico come fonte dell'ordinamento dello stato, e pur sottolineando la legittimazione divina dell'ordine costituito, non nega la democrazia e la partecipazione popolare alla gestione della cosa pubblica. D'altro canto bisogna sottolineare come in realtà, coi termini “democrazia” o “partecipazione popolare”, il Costituente iraniano del 1979, non intendeva istaurare una democrazia propriamente detta, così come possiamo giudicarla noi in Europa. Infatti, in base ai canoni del costituzionalismo europeo, un sistema democratico a livello concettuale, ancor prima che pratico, si legittima grazie alla volontà dei consociati (“legittimazione democratica”). In quest'ottica, non è assolutamente concepibile una intromissione di un sistema normativo “rivelato”, “divino”, “religioso”, che faccia da freno alla volontà dell'uomo. Un sistema democratico-liberale non concepisce limiti di questo genere, l'unico vero discrimine è la volontà del popolo, dalla quale scaturisce la legge dell'ordinamento secolare. Tra i miti politici – così come li chiama Antonio Cassese in I diritti umani nel mondo contemporaneo – che fondano la cultura giuridica e costituzionale del mondo occidentale infatti, vi è quello legato al concetto di Legge. “L'art. 6 della Dichiarazione francese [dei diritti dell'uomo] annuncia che essa è l'espressione della volontà generale: concetto ovviamente rousseauiano, sussunto nella Dichiarazione con tutti gli equivoci e le mistificazioni che in esso si annidavano. La Legge, essendo espressione del popolo, non può errare. Dunque, è alla Legge che va rimesso il compito di definire i limiti

¹La Costituzione della Repubblica Islamica dell'Iran è stata approvata verso la fine del 1979, dopo la delibera dell'Assemblea costituente che venne messa a referendum e avallata dal corpo elettorale. La Carta ha subito una modifica importante nel 1989. Sulla Costituzione iraniana vedi A. Schirazi, *The Constitution of Iran. Politics and the State in the Islamic Republic*, I.B. Publishers, London, 1997. In italiano si veda P. L. Petrillo, *Iran*, Mulino, Bologna, 2008. In Italia l'argomento non è molto approfondito e a oggi il lavoro del prof. Petrillo è l'unico libro in lingua italiana che affronta in modo diretto e con un approccio giuridico-pubblicista il tema. Inoltre recentemente è stato pubblicato anche il seguente volume: L. De Grazia, *Fonti del diritto e fattore religioso. Aspetti di diritto costituzionale comparato. Israele, Iran, Città del Vaticano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

²La rivoluzione iraniana, comunemente nota come “rivoluzione islamica”, ha trionfato nel febbraio del 1979, abbattendo il regime monarchico-costituzionale in vigore dai primi del Novecento.

³Per comprendere il pensiero politico e giuridico di Khomeini, uno dei principali giuristi islamici in Iran nel Novecento, vedi R. Khomeini, *Il Governo Islamico o l'autorità spirituale del giuriconsulto*, Prefazione di F. Cardini, traduzione dal persiano di A. Cancian. Rimini, Il Cerchio, 2006.

della libertà di ciascuno”⁴ e non alla religione. Evidentemente anche la religione, in questo caso islamica, ha le sue norme, ma almeno in linea di principio non sono emanate dal popolo, ma da Dio. Nel sistema repubblicano islamico invece, così come instaurato in Iran dal '79 in poi, in base a quelle che furono le direttive di Khomeini stesso, poi avallate dalla Costituente, la democrazia doveva trovare dei limiti chiari, in base ai canoni del diritto islamico, e non in base a una legge emanata dai consociati o dai suoi rappresentanti. A salvaguardia di tale principio, veniva sovraordinato al parlamento eletto a suffragio universale, come nelle democrazie propriamente dette, un organo particolare, il “Consiglio dei Guardiani della Costituzione” (in persiano *Shoraye Negabhane Qanune Asasi*). Questo organo, composto da 12 membri, metà nominati dal Capo dello stato, la Guida della Rivoluzione, fino al 1989 Khomeini stesso, e oggi il suo successore, l'ayatollah Khamenei, e l'altra metà nominata in combinazione tra magistratura e parlamento, doveva approvare o meno, le scelte del parlamento; in pratica, la democrazia, ovvero la volontà del popolo espressa dai propri rappresentanti, viene così limitata da un organo che deve valutare il rispetto del diritto islamico da parte delle leggi parlamentari. Senza l'approvazione di questo organo, una norma non può divenire effettiva. Non a caso, la Costituzione iraniana, all'art. 4 dispone: “Tutte le leggi ed i regolamenti riguardanti la sfera civile, penale, finanziaria, economica, amministrativa, culturale, militare, politica o altro si fondano sui principi islamici. Le disposizioni del presente articolo valgono per la presente Costituzione e per tutte le altre leggi e regolamenti. I giuristi del Consiglio dei Guardiani decidono la conformità delle leggi e dei regolamenti al presente articolo.” Quindi, in Iran, con l'avvento della Repubblica Islamica, si è cercato di instaurare un modello che alcuni studiosi hanno definito “democrazia islamica” o “democrazia religiosa” (in persiano *mardomsalariye dini*). Per il costituzionalista iraniano, o almeno per una parte di essi, lo stato non è legittimato dal popolo, ma i consociati hanno in ogni caso il diritto di esprimere attraverso le elezioni, la propria opinione. Il punto è che fino a quando la volontà del popolo non è in contraddizione con la “volontà di Dio”, in questo caso, col diritto islamico, non sorgono problemi; ma nel momento in cui ci fosse un disaccordo tra la volontà popolare e il diritto islamico, quest'ultimo prevale, in base alle direttive della Carta costituzionale iraniana. La volontà del popolo è assoluta solo nel momento dell'edificazione dello stato islamico, ovvero il popolo può decidere in assoluta libertà se volere o no la Repubblica Islamica; una volta scelto il modello islamico però, il popolo deve allinearsi ai principi islamici. Infatti in Iran il tipo di regime e la Costituzione sono stati approvati nel 1979 grazie a dei referendum plebiscitari. Questo modello di stato è quindi per metà democratico e per metà islamico, senza dimenticare il ruolo particolare ricoperto dal Capo dello stato, che non è il Presidente, oggi Hassan Rohani, ma è la Guida, attualmente Khamenei. Il Presidente in Iran è il Capo del governo, come i primi ministri in Europa. La Guida, secondo l'ottica islamica-scita, così come emerge dalla Costituzione iraniana, non solo è il Capo dello stato, ma è anche il rappresentante dell'Imam Mahdi, il Messia dell'Islam scita,⁵ con un potere di

⁴A. Cassese, I diritti umani nel mondo contemporaneo, Laterza, Roma-Bari, 1988, 21.

⁵Per uno studio dell'Islam scita e della figura dell'Imam Mahdi si vedano i seguenti testi pubblicati in Italia: H. Corbin, *Nell'Islam Iranico. Aspetti spirituali e filosofici. 1. Lo shi'ismo duodecimano*, Mimesis, Milano, 2012. P. F. Ronconi, *Un altro Islam. Mistica, metafisica e cosmologia*, Irradiazioni, 2012. A.

veto molto ampio su ogni aspetto della vita politica del paese. L'art. 5 della Costituzione iraniana infatti dispone: “Durante l’Occultamento dell’Imam Mahdi (che Dio ne affretti l’apparizione), la nazione della Repubblica Islamica dell’Iran sarà guidata da un giurista giusto, virtuoso, buon conoscitore del mondo contemporaneo, coraggioso e che sia un amministratore efficiente.” La Guida quindi svolge le veci del Messia, che secondo gli sciiti tornerà alla fine dei tempi per sconfiggere le ingiustizie. Fino ad allora, il Capo della Repubblica Islamica può, per il bene della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi islamici, abrogare in modo unilaterale anche delle norme islamiche. Questo tipo di potere speciale ovviamente, è in palese contraddizione coi più basilari principi della democrazia occidentale, basata sulla separazione dei poteri e sulla laicità dello stato. Questo modello evidentemente si allontana dai modelli europei; una visione superficiale potrebbe ritenere che sia una visione in antitesi anche col modello monarchico iraniano, vigente prima del 1979. Ciò deriva dalla convinzione, in parte corretta, che il regime dello Shah avesse intrapreso un processo di occidentalizzazione in vari ambiti, anche dal punto di vista istituzionale. Ma in questo ragionamento si sottovaluta un aspetto di continuità nella storia iraniana, da più di 2000 anni a questa parte, compresi anche gli ultimi 35 anni di Repubblica Islamica. In Iran, o in Persia, che dir si voglia, il Capo dello stato ha sempre incarnato una certa ambivalenza. Lo Shah, il sovrano monarchico, l'imperatore di epoca achemenide o sasanide, fino ai sovrani di epoca safavide, hanno tutti rappresentato due anime, quella “umana” e quella “divina”. Lo Shah storicamente ha sempre rappresentato una sorta di vicario di Dio in terra. La religione, magari con sfumature diverse, ha sempre rappresentato, anche nella cultura politica e istituzionale iraniana, anche da un'ottica costituzionale, un limite per l'operato del potere politico; la Costituzione iraniana, anche prima della Repubblica Islamica, prevedeva l'impossibilità di emanare norme in contraddizione col diritto islamico. A salvaguardia di tale principio, si richiedeva l'approvazione delle norme parlamentari a un consiglio del clero in seno al parlamento stesso. Senza l'avvallo dei chierici-parlamentari, non poteva essere emanata alcuna norma.⁶ Lo Shah stesso doveva, al momento dell'incoronazione, giurare fedeltà alla religione ufficiale del paese, l'Islam sciita, e tra i suoi compiti vi era anche il “proselitismo islamico-sciita”. Come vediamo dunque, vi sono dei tratti riconducibili a una netta cesura col passato monarchico, con l'istaurazione di un modello repubblicano islamico, una terza via tra democrazia e teocrazia classicamente intesa, ma non mancano elementi di continuità col passato, riscontrabili a una cultura che ha sempre fatto molta fatica a dividere in modo netto religione e politica.

Tabatabaei, *Compendio della dottrina islamica*, Associazione mondiale Ahl ul-Bayt, Qom (Iran), 1999. Inoltre un elenco completo di pubblicazioni sul tema dell'Islam sciita in italiano è consultabile sul sito internet dell'Associazione Islamica Imam Mahdi “Islam Shia”.

⁶L'art. 2 della Costituzione del Regno d'Iran del 1906-1907, dopo una introduzione di tipo marcatamente religiosa dove si richiamava la figura dell'Imam Mahdi, disponeva: “A salvaguardia di tale disposizione (ovvero del rispetto dei principi islamici da parte del potere legislativo, n. d. r.) devono sempre essere presenti in parlamento cinque esperti di diritto islamico, e l'approvazione di una norma deve sottostare al voto favorevole della maggioranza assoluta dei giuristi suddetti. In caso contrario l'approvazione del parlamento non è valida.”

2. – La forma di governo della Repubblica Islamica

Questa situazione particolare ha evidentemente un impatto sulla forma di governo in vigore in Iran. Nell'ambito dello studio della Costituzione iraniana e della sua forma di governo infatti, è molto difficile applicare concetti che riguardano principalmente i paesi europei e tutti gli ordinamenti del mondo che dall'Europa hanno preso spunto. Questa affermazione è di facile comprensione visto che il punto di partenza dell'ordinamento della Repubblica Islamica iraniana è antitetico rispetto agli ordinamenti costituzionali dell'Occidente. Nel primo caso abbiamo la legittimazione divina dello Stato, nel secondo modello invece la legittimazione deriva dal popolo. Questa divergenza fondamentale ovviamente ha delle ripercussioni su tutto quello che deriva dalla legittimazione e principalmente la forma di governo, ovvero l'insieme dei rapporti tra i poteri dello stato e tra lo stato e la società. Lo stesso dicasi per il ruolo dei partiti e delle associazioni dei cittadini. L'Occidente ha conosciuto negli ultimi secoli le seguenti forme di governo: la monarchia costituzionale, il governo parlamentare, il presidenzialismo e il semipresidenzialismo. La monarchia costituzionale nasce dopo le rivoluzioni del 1649 e del 1688 in Inghilterra. In Francia l'embrione della monarchia costituzionale si ha con le rivolte della fine del Settecento e poi nel 1814, mentre in Italia possiamo citare lo Statuto Albertino del 1848. Questa forma di governo si caratterizza per la netta separazione dei poteri tra il Re e il parlamento, a capo ognuno del potere esecutivo e di quello legislativo. Il governo parlamentare invece si caratterizza per l'autonomia del governo dal Capo dello stato, Re o Presidente che sia, e un rapporto fiduciario tra il parlamento e il governo. Nel Novecento, con l'avvento dei partiti di massa, si ha un'ulteriore evoluzione della forma di governo con il cosiddetto sistema dei partiti che porta all'affermazione delle forme di governo parlamentare (monarchica o repubblicana), presidenziale e semipresidenziale. La forma di governo parlamentare contemporanea ha diverse varianti che vanno dal cancellierato alla tedesca con l'istituto della sfiducia costruttiva, in base alla quale il parlamento può votare la sfiducia al premier solo se contestualmente ne sceglie uno nuovo, al modello maggioritario bipolare sul modello inglese, fino alla forma di governo compromissoria come l'Italia prima del 1994.⁷ In ambito presidenziale l'esempio classico è il sistema statunitense, che prevede un Capo dello stato che è anche a capo del governo e i suoi ministri non hanno bisogno del voto di fiducia del parlamento. Per ciò che riguarda il modello semipresidenziale possiamo citare il caso francese, basato sull'elezione diretta del Capo dello stato e della sua coabitazione col premier, vicino ai partiti di maggioranza del parlamento (governo bicefalo). Questo tipo di suddivisione è anche supportata da Giovanni Sartori, il quale, confermando la tripartizione tra presidenzialismo, semipresidenzialismo e parlamentarismo, indica alcuni canoni per comprendere meglio l'argomento. Secondo Sartori un sistema può essere definito "presidenziale se, e soltanto se, il capo dello Stato

⁷Interessante notare che di fatto, ormai da qualche anno a questa parte, il modello "compromissorio" sia tornato in auge in Italia, con governi di larghe intese e coalizioni che di fatto si formano in parlamento dopo le elezioni politiche. Gli ultimi tre governi, presieduti rispettivamente da Monti, Letta e Renzi, di fatto si distanziano dal modello bipolare che si era affermato dal '94.

(presidente) i) risulta da una elezione popolare, ii) non può essere sfiduciato durante il suo mandato prestabilito da un voto parlamentare, e iii) presiede o altrimenti dirige i governi da lui nominati.”⁸ Per ciò che concerne il sistema semipresidenziale Sartori dice che questo modello si estrinseca attraverso il seguente principio: “il presidente deve condividere il potere con un primo ministro; il primo ministro, a sua volta, deve contare su uno stabile sostegno parlamentare.”⁹ Lo studioso quindi delinea come condicio sine qua non per definire una forma di governo come semipresidenziale il rapporto “duale, una configurazione a due teste. Qualsiasi costituzione semipresidenziale deve pertanto stabilire in qualche modo, una diarchia tra un presidente, il capo dello Stato, e un primo ministro che guida il governo.”¹⁰ “I sistemi parlamentari” - dice ancora Sartori - “devono il loro nome al loro principio fondante: il parlamento è sovrano. Pertanto, i sistemi parlamentari non consentono una separazione di poteri tra parlamento e governo: essi sono tutti basati sulla condivisione del potere tra legislativo e esecutivo. Conseguentemente, in tutti in tutti i sistemi che chiamiamo parlamentari i governi devono essere insediati, sostenuti e, eventualmente, sfiduciati dal voto del parlamento.”¹¹ Ovviamente possono esserci diverse forme di parlamentarismo. Possiamo poi diversificare i parlamentarismi su vari criteri: uno, molto interessante, sottolineato dal prof. Sartori è quello riconducibile al rapporto tra primo ministro e i membri del governo. Ad esempio nel modello inglese abbiamo un premier sopra ineguali, in quanto egli può sostituire i ministri a suo piacimento, in un vero e proprio rapporto di subordinazione dei dirigenti dei vari dicasteri nei confronti del capo del governo. D'altronde sarà diverso il rapporto di un premier che non può licenziare a suo piacimento i ministri, come può avvenire in Italia.¹² Per confrontare la forma di governo iraniana con quelle elencate dobbiamo innanzi tutto vedere il rapporto tra potere legislativo ed esecutivo in Iran. L'Assemblea islamica (parlamento) è l'organo più importante del sistema politico e costituzionale in Iran e rappresenta il potere legislativo; i suoi membri sono scelti direttamente dal popolo. Attualmente hanno diritto di voto tutti i cittadini e le cittadine che nel giorno delle elezioni abbiano compiuto diciotto anni. Il sistema elettorale è abbastanza complesso, perché vige un maggioritario a doppio turno, con collegi sia uninominali che plurinominali. Per essere eletti al primo turno bisogna acquisire la maggioranza assoluta dei voti in quel collegio, altrimenti, avendo raggiunto una quota minima di voti nei collegi plurinominali, si accede al ballottaggio (mentre nei collegi uninominali è ovvio che accedono al secondo turno i due candidati che abbiano preso più voti).¹³ Le elezioni si svolgono ogni quattro anni, e partecipano come candidati i cittadini e le cittadine che riconoscano i valori della Costituzione, non abbiano procedimenti penali pendenti o non abbiano subito condanne. I candidati che si vedano preclusa la possibilità di partecipare alle elezioni, possono fare ricorso alle autorità competenti (Corte costituzionale e comitati locali responsabili del regolare svolgimento delle elezioni, dipendenti dal

⁸Giovanni Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata*, Mulino, Bologna, 1995, 98.

⁹G. Sartori, *op. cit.*, 135.

¹⁰G. Sartori, *op. cit.*, 136.

¹¹G. Sartori, *op. cit.*, 115.

¹²G. Sartori, *op. cit.*, 116 ss.

¹³Per i collegi uninominali vige un sistema simile al doppio turno “alla francese”.

Ministero dell'interno). I candidati possono partecipare al voto come indipendenti o come membri di liste elettorali e partiti. Il sistema politico iraniano, non essendo un regime partitocratico, lascia spazio aperto ai candidati che non si riconoscano nei vari partiti o movimenti politici. Ed è per questo che la maggior parte dei candidati sono indipendenti. I partiti più rappresentativi oggi presenti nel panorama politico iraniano, sono quelli che danno vita alle coalizioni dei conservatori (o tradizionalisti) e dei riformisti, eredi i primi della cosiddetta destra, cioè di quei movimenti che all'indomani della Rivoluzione Islamica avevano posizioni più liberali, moderate e liberiste, e i secondi eredi dell'allora sinistra, cioè dei rivoluzionari che avevano idee più improntate al nazionalismo in economia e all'intransigenza in politica estera (i termini destra e sinistra andrebbero valutati al di là della concezione europea, cioè di liberal-conservatorismo e socialdemocrazia).¹⁴ Tornando invece al discorso prettamente tecnico, il parlamento iraniano è formato da una sola camera. I membri dell'Assemblea islamica sono duecentonovanta. Le minoranze religiose, ebrei, cristiani e zoroastriani, hanno diritto ad avere dei rappresentanti. Nella prima seduta di ogni legislatura i membri del parlamento devono prestare giuramento; il quorum costitutivo di ciascuna seduta è di due terzi della camera. I parlamentari eleggono ogni anno un Presidente dell'Assemblea, che può essere rieletto anche per più mandati consecutivi. L'Assemblea ha tra i vari compiti, quello di concedere la fiducia ai Ministri e al Consiglio dei Ministri, ed eventualmente, di sfiduciarli. Il Presidente della Repubblica invece, non ha bisogno del voto di fiducia, essendo stato eletto direttamente dal corpo elettorale, ma può essere destituito, anche se la parola finale spetta alla Guida. Di fatto però, sembra improbabile un'opposizione della Guida suprema nei confronti del parlamento in questo ambito, perché un Presidente che non gode della fiducia dei parlamentari, non può portare avanti la propria linea politica, non avendo il governo potere legislativo. Su questo argomento permane in ogni caso qualche dubbio. Le proposte di legge possono essere presentate direttamente dai parlamentari, dal Presidente del potere giudiziario (massimo esponente della magistratura iraniana), dall'Alto Consiglio delle Regioni (organismo che riunisce gli enti locali) e dal governo. Di gran lunga più importanti sono le proposte del governo, che sono presentate in aula, dopo l'approvazione del Consiglio dei Ministri. Le proposte sono di tre tipi: ordinarie, speciali e prioritarie. Le proposte di legge ordinarie, vengono in primo luogo analizzate dalle commissioni parlamentari competenti, poi valutate in aula per eventuali modifiche, riproposte alle commissioni (seconda lettura) e definitivamente presentate in aula per l'approvazione. Le proposte ordinarie vengono valutate in ordine cronologico, rispetto alla loro presentazione all'Assemblea islamica. Le proposte speciali vengono affrontate in una sola lettura, mentre quelle prioritarie devono essere analizzate in un brevissimo tempo. Nel sistema costituzionale iraniano, dopo l'approvazione del parlamento, una legge per diventare applicabile, ha bisogno del parere

¹⁴Oggi gli schemi si sono ribaltati e i gruppi conservatori sono quelli più legati ad una visione intransigente, che ha anche dei risvolti per quello che riguarda la visione costituzionale. Infatti questi gruppi tendono a mettere molta enfasi sul lato "islamico" dell'ordinamento, a discapito di quello repubblicano-democratico. Per i riformisti invece vale l'inverso; alcuni gruppi e intellettuali riformisti parlano apertamente di "legittimazione democratica", anche per quello che riguarda il ruolo della Guida.

favorevole del Consiglio dei Guardiani,¹⁵ omologo della Corte costituzionale in Italia.¹⁶ Il Consiglio interviene solo nell'iter legislativo e non negli atti di nomina del parlamento, come la scelta della metà dei giuristi della Corte stessa. Il compito fondamentale del Consiglio dei Guardiani è quello di evitare l'approvazione di una norma in contrasto con i valori islamici e costituzionali. La Consulta della Repubblica Islamica decide a maggioranza assoluta dei propri membri sui temi riguardanti la Costituzione, e a maggioranza assoluta dei giuristi esperti di diritto islamico sui temi che riguardano i valori islamici. Infatti, la composizione della Corte costituzionale iraniana è la seguente: sei giuristi esperti di diritto islamico, scelti dalla Guida, e sei giuristi esperti di altri rami del diritto, scelti di comune accordo tra il parlamento e il potere giudiziario. I membri del Consiglio rimangono in carica per sei anni, in base alla Costituzione. Se le leggi approvate dall'Assemblea vengono confermate, il Presidente della Repubblica firma il decreto col quale entrano in vigore.¹⁷ In caso di non conferma da parte della Corte costituzionale, la legge torna in parlamento per le eventuali modifiche. Nei primi anni della rivoluzione islamica, capitava spesso di vedere vere e proprie crisi istituzionali, quando parlamento e Corte costituzionale erano in disaccordo. Nel momento in cui la Consulta respingeva una legge del parlamento infatti, i membri dell'Assemblea si impuntavano, e riproponevano lo stesso testo senza modifiche. Per risolvere queste crisi allora, fu istituito un organo, denominato Consiglio per l'Interesse del Sistema (in persiano *Shoraye tashkhis-e maslahate nezam*),¹⁸ avente il compito di giudicare in modo definitivo, le controversie tra parlamentari e giuristi del Consiglio dei Guardiani, in alcuni casi denominato anche Consiglio di Vigilanza. In parole povere, il Consiglio per

¹⁵Gli articoli seguenti della Costituzione iraniana del 1979 riformata nel 1989 trattano il tema del Consiglio dei Guardiani: 4, 91-99, la maggioranza quindi si trovano nel capitolo sesto, dedicato al potere legislativo. Ad esempio l'articolo 91 dedicato alla formazione della Corte dispone: "Al fine di tutelare le norme dell'Islam e della Costituzione e a provvedere affinché le deliberazioni del *Majles* (parlamento, n. d. r.) non siano in contrasto con esse, viene costituito un Consiglio denominato Consiglio dei Guardiani che risulta composto come segue: 1. sei giuristi religiosi (esperti di diritto islamico, n. d. r.) di provata equità e consapevolezza delle esigenze del tempo e delle questioni attuali nominati dalla Guida; 2. sei giuristi specializzati nei diversi rami del diritto eletti dal *Majles* tra i giuristi musulmani proposti dal Capo del potere giudiziario."

¹⁶Alcuni tendono a paragonare il Consiglio dei Guardiani a una sorta di "camera alta", piuttosto che ad una Consulta. Il paragone può essere comprensibile in quanto normalmente le Corti in Europa hanno sindacato successivo rispetto all'entrata in vigore delle norme e non preventivo come avviene in Iran.

¹⁷Questa prerogativa del Presidente sembra del tutto simbolica, e non, come negli Stati Uniti, un vero potere di veto, anche se forse il parallelismo non calza in quanto il Presidente della Repubblica in Iran è al vertice dell'esecutivo, mentre negli States il Presidente è sia a capo dell'esecutivo, sia Capo dello stato.

¹⁸La Costituzione iraniana dedica al Consiglio per l'Interesse del Sistema l'art. 112: "Il *Majma'-e-Tashkhis-e-Maslahat-e-Nezam* (il nome persiano del Consiglio, n. d. r.) si riunisce su richiesta della Guida per decidere in ordine agli interessi del regime nei casi in cui il Consiglio dei Guardiani ritenga che una decisione del *Majles* sia in contrasto con i principi della Sharia (legge islamica, n. d. r.) o della Costituzione e il *Majles* in relazione agli interessi dell'Ordinamento non è in grado di soddisfare il Consiglio dei Guardiani; si riunisce inoltre per esaminare questione ad esso deferite dalla Guida e per assolvere alle altre funzioni ad esso attribuite dalla presente legge. I membri permanenti e di turno del *Majma* vengono nominati dalla Guida. Le disposizioni riguardanti il *Majma* vengono elaborate e approvate dai membri del *Majma* stesso e sono ratificate dalla Guida."

l'Interesse del Sistema, o propone la legge così come è emanata dal parlamento al Presidente della Repubblica per la firma, o rigetta definitivamente le pretese dei parlamentari dando ragione al Consiglio di Vigilanza, in base ad una motivazione ragionevole, considerando l'interesse della Repubblica Islamica nel suo complesso.¹⁹ I membri del Consiglio per l'Interesse del Sistema, sono scelti dalla Guida, tra personalità di rilievo che rappresentino diverse categorie della società e del mondo politico iraniano. Un altro dei compiti molto importanti del Consiglio per l'Interesse del Sistema è quello di essere organo consultivo della Guida, per ciò che riguarda le politiche più importanti del paese. Per quello che concerne il potere esecutivo poi, possiamo dire che in base all'art. 113 della Costituzione iraniana, il Presidente è la più alta carica nelle istituzioni, dopo la Guida. Il Presidente della Repubblica²⁰ ha due compiti fondamentali: mettere in atto i principi costituzionali e dirigere il potere esecutivo. Le responsabilità del capo dell'esecutivo sono: nominare i ministri, dell'operato dei quali è responsabile, firmare le leggi per la loro entrata in vigore, come anche per i referendum, firmare le credenziali dei diplomatici esteri in Iran e di quelli iraniani all'estero, coordinare i programmi del governo, concedere le onorificenze nazionali. Il Presidente della Repubblica è anche Presidente dell'Alto Consiglio per la Sicurezza Nazionale e membro dell'assemblea per la riforma costituzionale. Il parlamento può votare la sfiducia al Presidente, ma quest'ultimo inizia il proprio mandato senza bisogno del voto di fiducia dell'Assemblea islamica, essendo stato eletto dal popolo direttamente. Le elezioni per la carica presidenziale si svolgono ogni quattro anni e non può essere eletto un Presidente che sia rimasto in carica per due mandati consecutivi (almeno per un turno). Possono partecipare alle elezioni come candidati, personalità di rilievo della società iraniana, che riconoscano i valori della Costituzione. Normalmente si iscrivono per la candidatura centinaia di iraniani, ma la Corte costituzionale conferma solo le candidature dei personaggi più famosi, che abbiano un minimo di esperienza politica ad alti livelli, oltre le valutazioni "politiche" e "ideologiche", spesso prevalenti, che portano all'esclusione di candidati in antitesi coi "valori rivoluzionari". Non possono candidarsi i condannati e coloro che abbiano procedimenti penali in corso, ma in alcuni casi vi sono delle motivazioni "politiche" o "ideologiche" nascoste, non palesate al grande pubblico, per estromettere i candidati, vicenda che getta qualche ombra sull'operato di questo organo in materia elettorale. Hanno diritto di voto tutti i cittadini iraniani che nel giorno delle elezioni

¹⁹ Prevale quindi una valutazione di tipo politico piuttosto che giuridico. Il sistema iraniano si caratterizza spesso per un tipo di approccio riconducibile più a una sorta di "diritto politico" che non di diritto costituzionale propriamente detto. Ciò emerge con chiarezza affrontando i libri e i trattati di diritto costituzionale iraniano scritti dai costituzionalisti del paese mediorientale. Vi è in quei testi un costante richiamo non tanto alle norme, che ovviamente vengono richiamate, ma come ultima e più alta fonte interpretativa viene richiamata la figura del fondatore della Repubblica Islamica, Ruhollah Khomeini. I suoi scritti e i suoi discorsi sono citati come un costituzionalista italiano citerebbe la Consulta, sottolineando appunto questo carattere politico del sistema, anziché giuridico. Verrebbe a questo proposito fare un parallelismo con quelli che erano gli ordinamenti socialisti dell'Europa orientale tra il 1945 e il 1990. In quei contesti si parlava appunto anche di diritto politico per identificare il diritto costituzionale.

²⁰ Il nono capitolo della Costituzione iraniana è dedicata al potere esecutivo. In particolare si occupano di delineare le prerogative e l'organizzazione del Consiglio dei Ministri e dell'esecutivo gli articoli 113-142.

abbiano compiuto diciotto anni (suffragio universale). Il Presidente della Repubblica viene eletto al primo turno se raggiunge la maggioranza assoluta dei consensi; in caso contrario accedono al ballottaggio i due candidati che abbiano raggiunto il numero più alto dei voti (fino a oggi, solo nelle elezioni presidenziali del 2005 c'è stato bisogno del secondo turno per eleggere il Presidente). I vari presidenti eletti fino ad oggi nella Repubblica Islamica, hanno avuto diversi orientamenti politici e storie molto diverse. I primi due, Bani Sadr e Rajai, non sono riusciti a concludere il loro mandato quadriennale. Il primo perché sfiduciato dal parlamento,²¹ il secondo per essere stato vittima di un attentato terroristico dell'organizzazione dei Combattenti del Popolo, di ispirazione islamico-marxista. Gli altri, Khomeini, attuale Guida, Rafsanjani, attuale Presidente del Consiglio per l'Interesse del Sistema e Khatami,²² hanno governato per otto anni. Ahmadinejad, il penultimo presidente, di orientamento radicale, è stato eletto nel 2005 e rieletto per il secondo mandato nel 2009. Oggi, dal giugno del 2013, è Capo del governo il moderato Hassan Rohani. Il governo è formato dal Presidente della Repubblica, dai vari ministri, sottosegretari e consiglieri del

²¹La vicenda della sfiducia al primo Presidente della Repubblica Islamica dell'Iran, ovvero Abol-Hassan Bani Sadr, è l'esempio concreto di come funziona il modello iraniano per la messa in stato d'accusa del Capo dell'esecutivo. Il Presidente viene prima chiamato in aula dai deputati per rispondere delle accuse promosse contro di lui: se non riesce a convincere l'aula il Presidente viene sfiduciato, ma la decisione finale spetta alla Guida. Nel caso di Bani Sadr egli fu reputato incapace di condurre la politica militare, infatti nel settembre del 1980 l'Iraq aveva invaso l'Iran e il primo anno di guerra, in concomitanza con la presidenza Bani Sadr, stava procedendo in modo fallimentare per la Repubblica Islamica. Inoltre Bani Sadr aveva preso delle nette posizioni in antitesi rispetto alle politiche della maggioranza parlamentare e della stessa Guida, allora Khomeini. Tutto ciò portò nel giugno del 1981 alla sua destituzione. Poco tempo dopo Bani Sadr fuggì in Francia per evitare la cattura e un processo penale "rivoluzionario", dove vive ancora oggi. Il Testo costituzionale sul procedimento di messa in stato d'accusa del Presidente, all'art. 89 comma 2 dispone: "Se almeno un terzo dei rappresentanti del *Majles* mettono in stato di accusa il Presidente in relazione alle modalità con cui ha assolto alle sue funzioni di gestione del potere esecutivo e lo svolgimento degli affari esecutivi dello stato, il Presidente deve comparire dinanzi al *Majles* entro il termine di un mese dalla data della presentazione dei capi di imputazione per fornire esaurienti spiegazioni in relazione alle questioni sollevate. Se in seguito alle dichiarazioni dei rappresentanti favorevoli e di quelli contrari e alla replica del Presidente la maggioranza dei due terzi dei rappresentanti vota a favore dell'incompetenza del Presidente, l'Onorevole Guida viene informato delle condizioni che regolano l'applicazione del paragrafo 10 dell'articolo 110 della presente Costituzione." Quest'ultimo a sua volta dispone quanto segue: "[La Guida] destituisce il Presidente della Repubblica, tenendo in considerazione gli interessi del paese in seguito all'emissione da parte della Corte suprema di una sentenza di violazione, da parte del Presidente, delle funzioni attribuitegli per legge o in seguito al voto di incompetenza del *Majles* espresso ai sensi dell'articolo 89 della presente Costituzione." Infatti oltre al parlamento anche la Corte suprema, la Cassazione della Repubblica Islamica, può giudicare il Presidente per tradimento dei valori costituzionali e delle sue prerogative legali, condannandolo. Anche in questo caso l'ultima parola spetta alla Guida.

²²Mohammad Khatami, Presidente dell'Iran dal 1997 al 2005, è considerato uno dei più importanti politici nonché giuristi e intellettuali del cosiddetto movimento riformatore iraniano, che ha provato e prova ancora oggi, con risultati altalenanti, ad istaurare un vero processo di democratizzazione nel paese mediorientale; un processo che potremmo definire di "costituzionalismo islamico-sciita" in quanto, Khatami propone una visione democratica, ma sempre all'interno di uno stato islamico. In Italia è stato pubblicato un libro che raccoglie una serie di saggi, discorsi e interviste all'ex Presidente iraniano, con prefazione di Luciano Violante. Al riguardo vedi M. Khatami, *Religione, libertà e democrazia*, Laterza, Bari, 1999.

Presidente. Quest'ultimo sceglie un Vicepresidente, che ha l'obbligo di sostituire il capo dell'esecutivo in caso di viaggio all'estero, dimissioni, malattia, morte o destituzione. Il Vicepresidente della Repubblica sostituisce il Presidente, con il consenso della Guida, in caso di morte, dimissioni o destituzione, per un periodo limitato, nel quale un consiglio speciale e provvisorio, deve organizzare nuove elezioni in non più di cinquanta giorni.²³ Il Consiglio dei ministri è formato dal Presidente (in sua assenza dal suo vice) e dai ministri. Questi ultimi devono avere la fiducia del parlamento, altrimenti non possono esercitare le funzioni stabilite dalla legge. I consiglieri invece non hanno bisogno della fiducia, come anche il Vicepresidente della Repubblica. I ministri nominano anche i vertici delle aziende pubbliche di loro competenza. Bisogna notare infine che il Presidente della Repubblica è il capo del governo non il Capo dello Stato, autorità che è di competenza della Guida. Da ciò emerge con chiarezza che l'Iran non è un sistema parlamentare visto che il capo del governo non è emanazione della maggioranza parlamentare, essendo il Presidente della Repubblica, che come dicevamo è il capo dell'esecutivo, eletto direttamente dal corpo elettorale. Può dunque succedere che un Presidente sia vicino ai tradizionalisti, o conservatori, che dir si voglia, e il parlamento controllato dalla sinistra islamica (riformisti) o viceversa, come capitò al Presidente Khatami (riformista) nell'ultimo anno del suo mandato, con un parlamento eletto nel 2004, a maggioranza conservatrice. Questo fenomeno porta il parlamento e il governo ad una collaborazione forzata, altrimenti si rischia lo stallo istituzionale. D'altronde il sistema della Repubblica Islamica non è un presidenzialismo, visto che i ministri devono avere il voto di fiducia del parlamento, mentre negli USA, paese modello del presidenzialismo propriamente detto, tale istituto non è previsto. Non si può nemmeno parlare di semipresidenzialismo visto che il capo del governo può essere svincolato inizialmente dal voto di fiducia parlamentare, essendo direttamente eletto dal corpo elettorale. Per quel che riguarda il sistema dei partiti: l'Iran storicamente è un paese in cui i partiti politici, almeno nella loro forma consolidata di stampo europeo, non hanno mai fatto breccia nella società, principalmente per motivi culturali, visto che l'iraniano medio quando si reca alle urne non guarda il partito del candidato, ma il candidato stesso. Un esempio clamoroso di come i partiti non abbiano un vero potere ed una presa non solo sugli elettori, ma sugli stessi aderenti ai partiti stessi è la difficile collaborazione e coabitazione tra il secondo governo Ahmadinejad e l'ottava legislatura parlamentare. Sia il governo che il parlamento erano di ispirazione tradizionalista riconducibile alla destra islamica e conservatrice, ma le tensioni sono state tali da far credere che i due poteri dello stato fossero in antitesi. Questo dimostra che anche tra persone che si trovano nello stesso partito o coalizione c'è molto disaccordo. I partiti quindi in Iran non

²³Art. 131 Cost.: "Il Primo Vicepresidente assume i poteri e le competenze del Presidente, previo parere positivo della Guida, in caso di morte, destituzione, dimissioni, assenza o malattia del Presidente superiore a un periodo di due mesi o se il mandato del Presidente è scaduto, ma il nuovo Presidente non è stato ancora eletto a causa di determinati ostacoli o altri avvenimenti. Un Consiglio composto dal Presidente del *Majles*, dal Capo del potere giudiziario e dal Primo Vicepresidente devono provvedere all'indizione delle elezioni del nuovo Presidente entro e non oltre cinquanta giorni."

riescono a trovare la propria identità, per cui il sistema dei partiti in Europa è completamente diverso da quello iraniano.

3. – La teoria del “governo del giurisperito islamico”

Tale affermazione come si sarà notato vale anche per la forma di governo che è di difficile decifrazione, rappresentando un modello unico al mondo. Ciò è confermato anche da Pier Luigi Petrillo. Secondo il comparatista infatti “La Costituzione dell’Iran definisce un assetto dei rapporti tra i poteri statali del tutto originale se confrontato sia al complesso mondo islamico sia alle democrazie liberali.”²⁴ Secondo il prof. Petrillo “La forma di governo delineata dalla Costituzione iraniana” si caratterizza per una serie di “pesi e contrappesi” e da “reciproci controlli e veti incrociati tra i poteri dello Stato”.²⁵ Ma al centro del sistema emerge in modo netto il ruolo della Guida suprema. “Chiunque pertanto voglia comprendere le dinamiche interne al sistema istituzionale iraniano” e soprattutto gli obiettivi e gli scopi delle politiche generali dell’Iran è “alla Guida suprema che deve porre attenzione.”²⁶ Il ruolo centrale della Guida emerge principalmente per due motivi: il diritto islamico come fonte del sistema istituzionale e la teoria del *Velayate faqih*. Sul primo punto scrive Luciana De Grazia: “L’ordinamento iraniano si caratterizza per la forte interposizione del fattore religioso nella relazione tra autorità e libertà. Si tratta di un ordinamento teocratico in cui vi è una immedesimazione della sfera religiosa con quella civile che si evidenzia, in particolare, con la ricezione integrale all’interno della Costituzione delle fonti religiose. In tal modo quindi, le fonti normative dell’ordinamento iraniano si assoggettano ai principi religiosi che assumono carattere supracostituzionale.”²⁷ Queste “fonti religiose” sono evidentemente quelle del diritto islamico, nella sua variante sciita. Il secondo punto è quello della teoria del *Velayate faqih*, ovvero del governo del giurisperito islamico, teorizzata da Khomeini tra gli anni ’60 e ’70 del secolo scorso. Infatti, per il fondatore della Repubblica Islamica, non basta che sia in vigore il diritto islamico, ma deve esserci un ruolo attivo dei sapienti religiosi nell’attuazione e nella supervisione a tale principio. Khomeini stesso in una epistola all’Assemblea costituente iraniana nel 1979 scrive: “La determinazione della conformità delle leggi alla sharia (la legge islamica) è la prerogativa degli scienziati religiosi.”²⁸ Il sommo tra questi scienziati religiosi che devono controllare la corretta applicazione del diritto islamico in seno alle istituzioni costituzionali è appunto la Guida. Proprio da qui deriva il suo potere di veto potenziale su ogni aspetto della vita istituzionale del paese persiano. Per questa coabitazione quindi tra principi

²⁴P. L. Petrillo, *Iran*, Mulino, Bologna, 2008, 61.

²⁵P. L. Petrillo, *op. cit.*, 62.

²⁶P. L. Petrillo, *op. cit.*

²⁷L. De Grazia, *Il diritto islamico nel sistema delle Fonti dell’ordinamento iraniano*, in questa Rivista, 2011, 309 ss.

²⁸P. Abdolmohammadi, *La Repubblica Islamica dell’Iran: il pensiero politico dell’Ayatollah Khomeini*, De Ferrari, Genova, 2009, 185.

costituzionali e teocratici la studiosa Luciana De Grazia ha definito il modello iraniano come una “teocrazia costituzionale” differenziandola dalla “teocrazia pura”, proprio per il fatto che vi sono delle “figure secolari che operano all’interno di confini stabiliti in un testo costituzionale”²⁹ come potrebbero essere gli esponenti dell’esecutivo, del legislativo o della magistratura, non tutti necessariamente legati al clero. Anzi, uno dei dati salienti che caratterizzano la storia della Repubblica Islamica è proprio il costante ridimensionamento del clero nelle istituzioni. In ogni caso questo ridimensionamento non è tale al momento per poter escludere l’ipotesi del modello della “teocrazia costituzionale”. L’Iran degli ultimi 35 anni, questo Iran edificato da Khomeini, e che ha visto susseguirsi al potere, come Capo dello stato e come Capi di governo, personaggi come Khamenei, Rafsanjani, Khatami, Ahmadinejad e ora Hassan Rohani, ognuno col proprio orientamento politico-religioso, tra riformismo e conservatorismo, tra moderazione e radicalismo, tra realismo e idealismo, ha cercato, malgrado tutto e con alti e bassi, di trovare una via islamica alla modernità, una via islamica al costituzionalismo e alla democrazia. L’Iran post-rivoluzionario quindi, incarna concretamente il dibattito su come democrazia e Islam possano convivere, anche se tra mille problemi e negazioni clamorose dei diritti individuali.

4. – Un “modello ibrido” tra Islam e democrazia

E’ possibile parlare allora di vero costituzionalismo? Al riguardo vi sono molti scetticismi, molte opinioni critiche, espresse anche da noti studiosi italiani, come il prof. Renzo Guolo. Egli si chiede se l’Islam è davvero compatibile con la democrazia, sottolineando che una democrazia intesa come mero processo elettorale o allargamento della partecipazione politica è cosa ben diversa da un tessuto politico, giuridico, culturale, sociale fatto di diritti individuali e collettivi, eguaglianza tra i generi, separazione tra i poteri, pluralismo e affermazione del diritto positivo. In pratica il dilemma sarebbe tra una democrazia islamica-illiberale o una democrazia liberale, per usare categorie care allo studioso americano Fareed Zakaria.³⁰ Nella prima ipotesi non paiono esservi ostacoli insormontabili. Processi gradualisti di apertura del sistema politico islamico sono in corso, anche in Iran, soprattutto se paragoniamo l’epoca attuale con il primo decennio della Repubblica Islamica. Ma senza l’acquisizione diffusa dei capisaldi della democrazia liberale, prosegue il Prof. Guolo nel suo ragionamento, il rischio, assai elevato, è che in quel contesto culturale e politico possano nascere “democrazie senza democratici”. Ovvero,

²⁹L. De Grazia, *Il diritto islamico nel sistema delle Fonti dell’ordinamento iraniano*, in questa Rivista, 2011, 309 ss.

³⁰Fareed Zakaria è un accademico statunitense che si è occupato delle tematiche della globalizzazione e dei processi di democratizzazione e costituzionalizzazione nei paesi in via di sviluppo, arrivando a sottolineare come le società arretrate prima di intraprendere processi democratici debbano essere “educate” alla libertà. Senza l’educazione alla libertà individuale e sociale i processi costituzionali sono destinati a fallire e a regredire in forme di autoritarismo, cosa che spesso accade e il mondo islamico in ciò è un esempio lampante. Al riguardo vedi F. Zakaria, *Democrazia senza libertà in America e nel resto del mondo*, Rizzoli, Milano, 2003.

sotto il nuovo dominio della “tirannia della maggioranza”, si possano instaurare, in assenza di istituti di garanzia e, soprattutto, di una cultura politica che li alimenti, nuove forme di autoritarismo. Nella seconda ipotesi la questione si presenta assai più problematica: il ruolo della religione come fonte del diritto, la disuguaglianza codificata tra i sessi, la tradizionale gerarchia ordinativa religione-società-stato, la delega piena al potere politico e l'assenza di controlli, le modalità di risoluzione dei conflitti secondo la logica amico/nemico e il concetto di libertà, sono solo alcuni dei nodi da affrontare perché la democrazia liberale possa affermarsi. Da questo punto di vista la strada che il mondo musulmano in generale e l'Iran in particolare devono percorrere sembra ancora molto lunga.³¹ Tra gli aspetti sostanziali nella vita delle democrazie pluralistiche, quello riguardo al quale l'Islam è più frequentemente chiamato in causa poi, non solo a livello accademico, ma anche sul piano della propaganda popolare e dei luoghi comuni, è quello dei diritti umani. Questo in ragione soprattutto del fatto che alcuni aspetti del problema, come i diritti delle donne o quelli delle minoranze religiose, in senso alla cultura giuridica islamica, hanno un significato molto diverso da quella che è la sensibilità occidentale. Si comprende quindi la complessità dell'argomento, e anche l'andamento non lineare della cosiddetta “primavera araba”, un fondamentale esperimento questo, forse non riuscito alla perfezione, per capire come le forze islamiche o islamiste, non riescano a ben conciliarsi completamente con gli standard della democrazia moderna. Ora che è più chiaro il concetto di Islam al quale si riferivano i fondatori della Repubblica Islamica, bisogna vedere se un termine come “Repubblica” non sia in contraddizione con un regime islamico che è legittimato da Dio, essendo il sistema repubblicano legittimato normalmente dal popolo. La “Repubblica” di cui si parla in Occidente è sicuramente in antitesi con uno Stato islamico, ma il punto fondamentale è che per i costituenti iraniani “Repubblica” vuol dire semplicemente la possibilità che i cittadini possano scegliere i propri governanti, senza però che vi sia una “legittimazione democratica” dell'ordine costituito. Attraverso una forzatura si può affermare che “Repubblica Islamica” vuol dire “uno Stato teocentrico nel quale vigono le elezioni”. Nella forma classica dello Stato islamico, ovvero quella sorta di monarchia “islamocentrica” dei vari califfi e sultani (l'Impero ottomano, l'Impero safavide ecc.) non c'era posto per le elezioni e il popolo era passivo nei confronti della classe dirigente. Nella Repubblica Islamica dell'Iran invece, il popolo elegge i governanti, senza però rinnegare il ruolo fondamentale del diritto islamico. Se il garante dell'“islamicità” del sistema è la Guida, il garante della “democrazia teocentrica” è il popolo stesso, attraverso la partecipazione alle elezioni. Dal 1979 ad oggi, in Iran si sono svolte circa 30 elezioni (la media è di circa una tornata elettorale all'anno) tra politiche, amministrative, presidenziali e referendum. Lo stato iraniano quindi non è una Repubblica laica in senso occidentale, in quanto la legge di Dio è comunque sovraordinata alla legge dell'uomo, ma non è nemmeno una teocrazia classica nella quale i cittadini non hanno voce in capitolo. In questo tipo di sistema evidentemente vi è uno squilibrio a favore dell'Islam e a discapito della democrazia e del

³¹Su questi temi vedi il testo della relazione del Prof. Guolo, esperto di religioni, soprattutto per quello che riguarda il rapporto tra Islam e politica, dell'Università di Padova, in una conferenza tenutasi all'Università di Urbino il 24 maggio 2008 (Vedi il sito internet dell'Università di Urbino). Vedi anche R. Guolo, *La via dell'Imam. L'Iran da Khomeini a Ahmadinejad*, Laterza, Bari, 2007.

costituzionalismo. Le discussioni riguardo alla forma di governo iraniana ovviamente non si sono mai concluse e negli ultimi anni hanno visto in modo sempre più chiaro due orientamenti contrapposti: il modello "tradizionalista" e quello "riformatore". Gli intellettuali e i giuristi vicini al primo punto di vista ritengono come buona l'idea della legittimazione divina del Capo dello stato islamico, la Guida, personificazione del "governo del giurisperito islamico", ovvero di quella teoria su cui si fonda tutta la struttura statale iraniana dal 1979. Questo modello fu pensato da Khomeini (in persiano *Velayate faqih*)³² a salvaguardia dell'Islam in una epoca in cui l'occidentalizzazione della società iraniana procedeva in modo spedito sotto il regime monarchico che voleva modernizzare, anche istituzionalmente, il paese mediorientale, a scapito della componente tradizionalista che si sentiva, a ragione o torto, minacciata. Attraverso questa teoria basata su uno stato islamico che non esclude la partecipazione democratica, ma mette a disposizione di un "sommo sacerdote" al vertice dell'ordinamento un potere di veto (in persiano *Hokme bokumati*, letteralmente "Ordine dello stato") su ogni aspetto istituzionale, come emerge chiaramente anche dalla Costituzione iraniana del '79, che prevede enormi poteri per il Capo dello stato in tutti gli ambiti, in palese contraddizione quindi col principio della separazione dei poteri.³³ Questa interpretazione è quindi prevalsa, non a caso sono proprio gli ambienti più tradizionalisti che affermano il ruolo di magistrato supremo come appannaggio del dottore della legge, che deve dirimere le controversie tra i poteri dello stato. In base alla tradizione sciita, solo l'Imam immacolato successore del profeta Muhammad è in grado di guidare la comunità, ma nel periodo dell'"assenza" o "occultazione" del Messia, il giurisperito islamico, sempre grazie alla legittimazione divina, guida la comunità dei credenti (in arabo

³²Le tesi sostenute nel volume (vedi R. Khomeini, *Il Governo Islamico o l'autorità spirituale del giuriconsulto*, Prefazione di F. Cardini, traduzione dal persiano di A. Cancian. Rimini, Il Cerchio, 2006, n. d. r.) erano certamente dirompenti sul piano dottrinale; in esso venivano criticate le idee tradizionali del quietismo politico, e si sosteneva che era compito dell'autorità religiosa, in particolare dei giurisperiti, assumere un ruolo guida nell'ambito politico (come avevano fatto Maometto e i suoi immediati successori); inoltre egli attaccava l'istituzione della monarchia, definita come istituzione non islamica, e propugnava la creazione di una repubblica popolare islamica, diretta e gestita dal giurisperito religioso, in quanto vero conoscitore della legge islamica." (G. Sale, *Stati islamici e minoranze cristiane*, Jaka Book, Milano, 2008, 77).

³³Sui poteri e prerogative della Guida vedi gli artt. 107-112 Cost. Ad esempio l'art. 107 Cost. richiama il modo in cui deve essere scelta la Guida: "Dopo la scomparsa dell'Autorità religiosa e grande Guida della Rivoluzione universale islamica e fondatore della Repubblica Islamica dell'Iran, il Grande Ayatollah Imam Khomeini (che Dio lo benedica), riconosciuto e accettato come capo religioso e politico dalla maggioranza del popolo, la Guida viene indicata dagli Esperti eletti dal popolo. L'Assemblea degli Esperti (organo eletto dal corpo elettorale ogni otto anni tra le principali autorità e giuristi islamici dell'Iran, n. d. r.) prende in esame e discute in merito a tutti i *foqaha* (plurale di *faqih*, giurisperito islamico) rispondenti ai criteri di cui all'articolo 5 e all'articolo 109 della presente Costituzione. Se essi individuano in uno dei giurisperiti islamici un autorità superiore in materia religiosa e nelle questioni della giurisprudenza islamica o nelle questioni politiche e sociali, o che gode di popolarità o si è particolarmente distinto in una delle qualità menzionate nell'articolo 109 della presente Costituzione, tale giurista viene nominato Guida. In mancanza essi scelgono uno tra loro e lo dichiarano Guida della rivoluzione. La Guida così scelta dagli Esperti esercita il *Velayate Amr* (ovvero l'autorità assoluta del giurisperito islamico su ogni aspetto istituzionale del paese, n. d. r.) e tutte le relative competenze. La Guida di fronte alle legge è uguale a tutti i cittadini del Paese."

Ummah, in persiano *Ommat*). Ovviamente il *Vali*, la guida, non è immacolato ed infallibile, come lo era secondo la dottrina sciita il Profeta o i suoi legittimi successori, denominati Imam, ma il ruolo ricoperto è lo stesso. Il Profeta era a capo dello Stato e della Chiesa, come si direbbe in Europa, ed anche la Guida è il detentore del potere spirituale e politico. Uno degli intellettuali e giuristi più rappresentativi della corrente tradizionalista è l'Ayatollah Mohammad Mesbah Yazdi, che in un saggio scrive: “Senza ombra di dubbio la legittimazione dello stato islamico è divina e tutti gli organi dello stato, dal parlamento al governo, sono legittimati perché la Guida li approva, altrimenti non avrebbero nessuna giustificazione. E la Guida è tra gli esseri umani quello più vicino al Messia, quindi la legittimazione della Guida stessa è divina”.³⁴ A questa idea si contrappone, con varie sfumature, il movimento riformatore, che nega la legittimazione divina dello stato e sostiene invece la legittimazione democratica. Questi intellettuali affermano che la Guida stessa, essendo eletta da un consiglio di esperti religiosi, a loro volta eletti dal corpo elettorale, sarebbe soggetto al popolo, quindi legittimato da esso. La corrente riformista afferma che se la legittimazione della Guida fosse divina, non avrebbe senso parlare di “elezione” della Guida e nemmeno di “destituzione” (ex. Art. 111 Cost. primo periodo),³⁵ infatti la Costituzione iraniana, prevede l'istituto della destituzione della Guida, in vari casi, tra i quali la possibilità che il Capo dello stato islamico si dimostri incapace di adempiere alle proprie prerogative. Uno degli intellettuali che apertamente si è detto sostenitore del principio della legittimazione democratica dello stato islamico è l'ex Presidente iraniano Akbar Hashemi Rafsanjani, che in un discorso disse apertamente di condividere la tesi “democratica”, in contrasto con quella “divina”. Tutte queste discussioni, a prescindere da quale sia quella giusta, sono la dimostrazione che la società iraniana e le sue istituzioni non sono assolutamente monolitiche, visto che in esse convivono idee molto contrapposte e la dialettica politica è all'ordine del giorno, nei limiti di quelli che sono gli spazi concessi da un sistema che si distanzia notevolmente dalla democrazia liberale. Il modello iraniano quindi, dal 1979 ad oggi ha dimostrato concretamente la possibilità della convivenza tra Islam, tradizione e mondo contemporaneo, senza cadere nella solita imitazione acritica dell'Occidente, vizio diffuso in tutto il cosiddetto Terzo Mondo. “La Repubblica Islamica dell'Iran rappresenta dunque un delicato sistema costituzionale che affianca, in maniera inedita, i meccanismi della democrazia parlamentare a quelli di matrice religiosa sciita”,³⁶ questo è un modello sui generis, un ibrido, forse riuscito parzialmente, tra istanze costituzionali e regime islamico puro.

³⁴M. Mesbah Yazdi, *Negahi gozara be nazariye velayate faqih* (trad. *Uno sguardo rapido alla teoria del governo del giurisperito islamico*), Qom (Iran), 2009, 116.

³⁵“Se la Guida non è in grado di assolvere alle funzioni attribuitegli per legge o perde uno dei requisiti di cui agli articoli 5 e 109, o se emerge che fin dall'inizio egli non possedeva alcuni requisiti richiesti, egli viene revocato dalla carica.”

³⁶M. Papa, L. Ascanio, *Sharia. La legge sacra dell'islam*, Mulino, Bologna, 2014, 98.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

**La riforma legislativa in materia di violenza sessuale
in India: profili giuridici e sociologici**

**The legislative reform in the field of sexual assault in
India: a legal and sociological outline**

Chiara Correndo

Abstract

The brutal gang rape occurred in Delhi in 2012 shed light on the problem of violence against women in India, gender discrimination and traditional prejudices. As the existing legislation had proved to be ineffective, the Indian Government set up the Verma Committee in charge of submitting proposals of amendment to the Penal Code, the code of criminal procedure and the Evidence Act. The findings of the Committee formed the starting point of the subsequent Amendment Act issued in 2013. This essay intends to analyze the key points of the document, also in the light of the sociological analysis of the situation of women in India.

Tag: sexual assault, gender discrimination, principle of equality, legislative reform, Verma Committee



La riforma legislativa in materia di violenza sessuale in India: profili giuridici e sociologici

di Chiara Correndo

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Il rapporto Verma. 3. – Il rapporto Verma e le prospettive di riforma. 4. – Il rapporto Verma e le forme diverse di violenza a sfondo sessuale. 5. – Il sistema sanzionatorio. 6. – Il rapporto Verma e l’assistenza alle donne. 7. – La riforma del 2013. 8. – La violenza di genere e le prospettive future.

1. – Introduzione

Lo stupro di Nirbhaya, una studentessa di ventitré anni, a Delhi, morta a seguito dei traumi riportati, ha brutalmente acceso i riflettori sul problema della violenza contro le donne in India; i dati del *National Crime Records Bureau* evidenziano come tale fenomeno non solo sia diffuso in tutto il Paese, con allarmanti picchi nella zona di Delhi, ma sia anche in crescita.

Ogni giorno, infatti, in India, 93 donne vengono stuprate e i casi riportati nel 2012, 24923, sono drammaticamente saliti nel 2013 a 33707¹, facendo balzare l'India alle prime posizioni della classifica dei Paesi con i più alti tassi di violenza sessuale. Si tratta, oltretutto, di stime parziali basate sul numero di denunce presentate presso le stazioni di polizia che non tengono conto degli innumerevoli casi di violenza sessuale passati ogni giorno sotto silenzio dalla vittima stessa, dalla sua famiglia o dalla comunità per questioni di onore, timore e vergogna.

Il 16 dicembre 2012 Nirbhaya, il nome di fantasia che la stampa ha scelto per questa giovane donna, stava tornando a casa dopo una serata al cinema in una zona a sud di Delhi, quando le porte dell'autobus su cui si trovava all'improvviso si chiusero ed i sei uomini che viaggiavano con lei, dopo aver aggredito il suo accompagnatore, la violentarono². La morte della donna, avvenuta due settimane dopo in un ospedale di Singapore a causa delle gravi lesioni subite, suscitò dolore e rabbia in tutto il Paese e diede inizio ad una serie di accese proteste di piazza e rivendicazioni da parte della popolazione che chiedeva leggi più restrittive, un sistema di sicurezza e di polizia più efficiente ed un più generale cambiamento di mentalità e attitudini verso la donna. Una condanna forte arrivò anche dalle Nazioni Unite³ che intimarono al governo indiano di implementare le leggi esistenti, dare un giro di vite al problema della violenza sessuale in India ed affrontare ad ampio spettro la questione della violenza sulle donne, in quanto materia di diritti umani e non semplicemente di genere.

Il percorso indiano di riforma della legislazione in materia di violenza di genere è lungo e frammentato ed i primi interventi sulla normativa esistente furono effettuati negli anni '80, periodo di feconde proteste scatenate dai gruppi femministi contro la pratica della dote e la violenza. La miccia fu accesa dai processi che seguirono allo stupro di Mathura, una giovane lavoratrice sedicenne, che fu violentata da due agenti in una stazione di polizia nel marzo del 1972. I medici che effettuarono l'esame dopo la violenza non rivelarono segni di lotta o resistenza e sottolinearono come la giovane avesse già avuto rapporti sessuali; questi rilievi costituirono il punto nodale sulla base del quale la difesa intese la sua strategia e che portò il tribunale di primo grado alla decisione di assolvere gli imputati. L'Alta Corte di Bombay ribaltò la sentenza sostenendo come la sottomissione passiva per paura o sotto minaccia non poteva essere interpretata come consenso all'atto sessuale; di conseguenza inflisse una pena detentiva ai due agenti.

¹ C. Mathew Philip, *93 women are being raped in India, NCRB data show*, in *The Times of India*, 1 luglio 2014, <http://timesofindia.indiatimes.com/india/93-women-are-being-raped-in-India-every-day-NCRB-data-show/articleshow/37566815.cms> (consultato il 16 ottobre 2014).

² G. Harris, *Charges filed against 5 over rape in New Delhi*, in *The New York Times*, 3 gennaio 2013, http://www.nytimes.com/2013/01/04/world/asia/murder-charges-filed-against-5-men-in-india-gang-rape.html?hp&_r=1& (consultato il 19 ottobre 2014).

³ Note di biasimo giunsero in particolare da Anne Stenhammer, Regional Programme Director, UN Women South Asia, il cui intervento si può trovare qui riassunto: <http://www.unwomensouthasia.org/2012/un-women-condemns-gang-rape-of-delhi-student-2/> (consultato il 19 ottobre 2014).

La Corte Suprema⁴, di fronte al ricorso dei due condannati, assunse una posizione del tutto diversa, ritenendo che l'assenza di segni di resistenza indicasse consenso e che la prova di passate relazioni sessuali ("*habituated to sexual intercourse*") deponesse a sfavore di Mathura, la cui testimonianza fu completamente screditata. Questo scatenò l'indignazione non solo dell'ambiente accademico più progressista (famosa è la lettera indirizzata alla Corte da quattro eminenti giuristi e contenente parole di acuta critica alla sentenza), ma anche dei movimenti femministi che chiesero che l'onere delle prova fosse spostato sull'imputato, che lo stupro in stato di custodia fosse inserito nella legislazione e che la storia sessuale della donna non avesse rilievo nel processo. Il Parlamento riformò, quindi, parzialmente la legge in materia attraverso il *Criminal Law (Amendment) Act 1983* inserendo tra le forme già contemplate nel codice penale, il *custodial rape* come stupro aggravato e prevedendo a carico dell'accusato l'onere di provare il consenso.

L'interpretazione del fraseggio della legge (che descriveva lo stupro come penetrazione senza consenso o con consenso viziato o indipendentemente dal consenso, qualora la vittima avesse avuto meno di quindici anni) da parte delle corti, tuttavia, è sempre stata molto restrittiva e ciò ha portato all'esclusione di fatto di numerose forme di violenza di natura sessuale che si discostavano dalla penetrazione con pene in vagina e all'indebolimento dell'efficacia della normativa.

Diversi anni dopo, nel 2003, furono emendate le regole per la presentazione delle prove all'interno del processo (in particolare, fu abolito il quarto paragrafo della Sezione 155 dell'*Indian Evidence Act*, che prevedeva la possibilità di considerare il "*general immoral character*" della donna nella decisione) e furono vietate, durante la *cross-examination*, domande specificamente vertenti sulle abitudini e la storia sessuale della donna.

Tali modifiche non si rivelarono, tuttavia, sufficienti; i casi di stupro riportati sono aumentati rispetto ai primi anni '70, segno questo di una maggiore sicurezza delle vittime e conoscenza della legge in vigore, ma la percentuale di processi risolti (nettamente inferiore rispetto a quarant'anni fa) è la dimostrazione di un malfunzionamento del sistema giuridico e di polizia. Il caso Nirbhaya mise bruscamente a nudo tutte le fragilità e le lacune di una normativa vecchia, frammentata e scarsamente protettiva che necessita di urgente revisione; a seguito, quindi, dei fatti di Delhi e spinto dalle pressioni nazionali ed internazionali, il Governo indiano creò un Comitato *ad hoc* guidato dal giudice Jagdish Sharan Verma, affiancato da altri due membri ufficiali e supportato dal lavoro di giovani avvocati, studenti e accademici.

Il Comitato produsse, nel tempo record di 29 giorni, un rapporto dettagliato sullo stato della legislazione in materia di violenza di natura sessuale, prendendo in considerazione lo stupro e altre forme di violenza che il legislatore aveva affrontato fino a quel momento in modo disorganico e superficiale. Lo studio condotto dal Verma Committee, che elaborò

⁴ (1979) 2 SCC 143

più di 80000 segnalazioni e raccomandazioni, si snoda ad ampio raggio tra gli aspetti legislativi e quelli sociali della questione, proponendo soluzioni di riforma non solo normativa, ma anche sociale per rispondere in modo efficace e profondo al problema della violenza contro le donne.

2. – Il rapporto Verma

Il rapporto Verma si apre con un'ampia introduzione sulle basi costituzionali dell'uguaglianza di genere e di opportunità; i redattori del documento, ponendo un'enfasi speciale sul dettato costituzionale, auspicano un ripristino della continuità tra i valori espressi nel documento fondamentale e la normativa in questione. È possibile, infatti, che tali valori siano stati oscurati nel corso del tempo da legislatori poco accorti o da sistemi tradizionali imbevuti di pregiudizio e patriarcato che hanno ostacolato l'efficacia delle leggi e favorito la fioritura e il persistere di sistemi paralleli fortemente discriminatori (basti pensare alla giurisdizione dei *khap panchayats* nei villaggi).

L'idea di “repubblica” e di “repubblicanesimo” devono ispirare l'azione delle parti politiche e della società e i poteri dello Stato devono agire in conformità alla Costituzione, i cui diritti fondamentali non possono essere violati o aggirati. L'idea della *governance under the Constitution*, esplicitata in India all'interno della sentenza *Ram Jawaya Kapur v. State of Punjab*⁵, ha suscitato in dottrina un ampio dibattito, come riportato all'interno del rapporto Verma⁶; da un lato, infatti, si sosteneva che lo Stato dovesse semplicemente astenersi da qualsiasi violazione dei diritti contenuti in Costituzione e dall'altro si riteneva che, accanto alla considerazione dei diritti come *injunctions* contro lo Stato, essi fossero anche obblighi positivi di agire per assicurare le condizioni per la realizzazione di questi diritti. Quest'ultima posizione considera, quindi, il documento costituzionale come proattivo e si allaccia all'idea di repubblicanesimo come idea ispiratrice dell'azione statale. Alla base dei concetti di democrazia e repubblica il Comitato pone l'eguaglianza, che la Costituzione declina in termini di eguaglianza formale e sostanziale. L'articolo 14 innalza a principio fondamentale l'uguale tutela delle leggi e l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, proteggendoli da leggi arbitrarie e dall'arbitraria applicazione delle stesse ed assicurando che l'azione statale non sia discriminatoria (disposizione esplicitamente inserita nel primo comma dell'articolo 15). A questo impianto si affianca, poi, il terzo comma dell'articolo 15, baluardo dell'eguaglianza sostanziale, che permette allo Stato l'emanazione di disposizioni speciali a tutela di particolari categorie di persone ritenute più deboli (donne e bambini). Tale articolo non si riduce ad una mera autorizzazione, ma, se letto in combinato disposto con l'articolo 14 che si prefigge di assicurare l'uguaglianza a tutti i cittadini, diventa una vera

⁵ AIR 1955 SC 549

⁶ Report of the Committee on Amendments to Criminal Law (Verma Report), 23 gennaio 2013, p.26.

e propria disposizione cogente per lo Stato, obbligato a prendere iniziativa (da ciò emerge nuovamente l'aspetto proattivo della trama costituzionale indiana). Il Comitato stesso specifica che il richiamo al *republicanism* e all'uguaglianza necessita di normative concrete ed iniziative pratiche nell'ambito dell'educazione e della sicurezza per non restare una semplice dichiarazione ed incidere effettivamente sul territorio.

Il ruolo dello Stato in materia di violenza contro le donne non deve essere, quindi, meramente punitivo nei confronti dei colpevoli, ma anche preventivo; tale compito si esplica, appunto, nel predisporre un ambiente sicuro per le donne e misure legislative all'avanguardia, che non si riducano ad un semplice palliativo o ad una risposta propagandistica ed estemporanea non supportata da uno studio preventivo approfondito.

Accanto alla strutturazione di tale sistema legislativo, è necessario che lo Stato si occupi della sua effettiva implementazione sul territorio per evitare che resti lettera morta e dello studio dell'impatto di tali normative sulla società. Il Comitato acutamente sottolinea come “*‘institutional virtuosity’ by itself is not enough without ‘individual virtuosity’*”⁷; il ruolo dell'individuo nel processo di trasformazione e riforma è visto come essenziale ed il rimando giustificativo di tale essenzialità è nuovamente al testo costituzionale, in particolare all'articolo 51A, in cui si esprime il dovere di ogni cittadino di rispettare gli ideali della Costituzione e, alla clausola e), di rinunciare ad atti che offendano la dignità della donna⁸.

Alla radice della situazione di subordinazione delle donne in India, il Comitato vede principalmente tre fattori, ossia la disuguaglianza percepita *in primis* dalle donne stesse, la disuguaglianza *de facto* e la mancanza di potere, affiancata dalla difficoltà ad accedere alle risorse, ai servizi e all'autorità su un piano di parità con gli uomini. L'inefficacia di leggi obsolete diventa, inoltre, un ulteriore ostacolo al godimento dell'uguaglianza garantita in Costituzione; le leggi non sono chiare, inficiando così il processo comunicativo, e l'emanazione di nuove disposizioni non è generalmente affiancata da “*adequate dissemination of implementing the spirit of the legislation as a part of human normative conduct*”⁹. Tale compito pertiene allo Stato in quanto in possesso delle risorse utili per imprimere una nuova direzione ai programmi educativi nelle scuole e alle modalità di trasmissione dei contenuti da parte dei media.

⁷ Verma Report, pag.5.

⁸ L'articolo 51A della Costituzione indiana, introdotto con il 42° emendamento, costituisce, da solo, la nuova parte IV A dedicata ai doveri fondamentali dei cittadini. Il contenuto dell'articolo è piuttosto ricco e articolato e dispone, tra gli altri doveri, di rispettare la Costituzione e i suoi ideali, di promuovere l'armonia e lo spirito di fratellanza fra cittadini, coltivare la compassione tra gli esseri viventi e puntare all'eccellenza in qualsiasi attività per far progredire l'India (per un approfondimento circa i contenuti dell'articolo e su come questo riproduca, secondo alcuni autori, il modello dharmico di responsabilità individuale, si veda D. Francavilla, *Il diritto nell'India contemporanea- Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010, p.86).

⁹ Verma Report, p.51.

3. – Il rapporto Verma e le prospettive di riforma

L'approccio innovativo seguito dal Comitato è visibile anche nell'impostazione data alla sezione relativa all'emendamento dell'impianto legislativo esistente in materia di violenza. Il taglio seguito è onnicomprensivo e si suggerisce di riportare all'interno del codice penale, in modo organico, una serie di reati affrontati, fino a quel momento, in modo frammentario, ma riconducibili alla più ampia categoria della violenza di natura sessuale.

Ampio spazio è dedicato all'analisi della normativa sullo stupro; la Sezione 375 dell'*Indian Penal Code* (IPC) lo definisce come "*sexual intercourse with a woman*" (ai fini del quale è sufficiente la penetrazione), in presenza di una qualsiasi delle circostanze indicate:

- contro la sua volontà
- senza il suo consenso
- con il suo consenso ottenuto per timore circa la propria o altrui vita o dietro minaccia di tortura, per errore sull'identità della persona, per infermità di mente o intossicazione dolosamente provocata
- con o senza il suo consenso, se la donna ha meno di sedici anni.

In merito all'ultimo punto, la legislazione prevedeva che se la vittima fosse stata la moglie e la stessa avesse già compiuto i quindici anni, non vi sarebbe stato stupro.

La giurisprudenza passata chiari la differenza tra volontà e consenso, affermando che nel primo caso "*intercourse was done by a man with a woman despite her resistance and opposition*" mentre il secondo "*would comprehend an act of reason accompanied by deliberation*"¹⁰.

È chiaro, però, come questa vaga formulazione fosse aperta ad abusi e strumentalizzazioni; tali falle furono segnalate all'interno dell'84° rapporto della *Law Commission* (1980) che analizzò approfonditamente la questione del consenso e delle forme di stupro previste dal codice.

All'interno del documento si segnalava innanzitutto la necessità di includere la violenza sessuale avvenuta sotto custodia ad opera di agenti di polizia, sovrintendenti di istituti e direttori di ospedale (tale suggerimento fu accolto nell'emendamento del 1983 al codice penale). In secondo luogo, si raccomandò una precisazione delle situazioni in cui il consenso potesse essere estorto o viziato; la formulazione della legge era infatti troppo generica e non coglieva le infinite sfumature di consenso che potevano emergere da una data situazione. In ultimo, fu richiesto un innalzamento dell'età minima a diciotto anni, al di sotto della quale, a prescindere dal consenso, ci sarebbe stato stupro.

¹⁰ *State of UP v. Chottey Lal*, (2011) 2 SCC 550, citata a pag.72 del rapporto Verma.

Diversi anni dopo, nel dicembre del 2012, il Parlamento indiano vagliò una proposta di emendamento al codice che contemplava misure di riforma particolarmente importanti; il nodo centrale della modifica risiedeva nella sostituzione del termine “*rape*” con un più ampio e *gender-neutral* “*sexual assault*”, che, tuttavia, restava limitato alla sola penetrazione, per quanto il significato ne fosse stato espanso. Alle altre forme di violenza diverse dalla penetrazione erano riservate un’analisi più superficiale e sanzioni inadeguate. Tale impostazione si inseriva, tuttavia, nelle linee segnalate dalle Nazioni Unite nell’*Handbook for Legislation on Violence Against Women* 2009, in cui si suggeriva agli Stati di sostituire il termine stupro con l’offesa di “*sexual assault*”, graduata a seconda del danno e la cui definizione proposta (*sexual assault* come violazione dell’integrità fisica e dell’autonomia sessuale) era molto più ampia di quella suggerita nella proposta di legge indiana.

Il Comitato si esprime, nel suo rapporto, sulla desiderabilità di tale approccio, sostenendo che, se da un lato ci si sgancia dalla complessa definizione di “penetrazione” che sarebbe sempre, invariabilmente, restrittiva, dall’altro, eliminando il termine “stupro”, si rischia di togliere forza e mordente all’impatto della legge, diluendone la portata di condanna morale.

Di riflesso, il percorso opposto, ossia mantenere il reato di stupro, inserendolo in un più ampio gruppo di offese di natura sessuale, ha specularmente lati positivi e negativi; si conserverebbe la forza che il termine *rape* porta con sé, ma si scivolerebbe nel campo minato della definizione di “penetrazione”, rendendo potenzialmente più complicato provare l’avvenuto stupro.

Il Comitato prende posizione relativamente alla scelta effettuata nel *Criminal Law (Amendment) Bill, 2012* affermando che la realtà indiana ha bisogno di una condanna forte ed esplicita nei confronti dello stupro e, pertanto, il reato va mantenuto come tale nel codice e non appiattito sotto un generico “*sexual assault*”. Si noti che il termine *rape* non è *gender-neutral* e che, in base alla definizione proposta, solo un uomo può commettere stupro e solo una donna può esserne vittima. Per controbilanciare la decisione di conservare il reato di stupro, si rende necessaria l’adozione di disposizioni specifiche che sanzionino altre forme di *sexual assault* non consensuali, di natura sessuale e *non-penetrative* in modo più incisivo di quanto non abbia previsto finora il codice, che fa un vago riferimento all’“*outraging the modesty*” di una donna nelle Sezioni 354 e 509, di cui si raccomandano, rispettivamente, l’emendamento e l’abolizione.

In ultimo, il Comitato chiede l’abolizione dell’eccezione del *marital rape* dalla formulazione del codice; secondo il collegio, opporre il rapporto coniugale come giustificazione per uno stupro non è ammissibile, né tale relazione può implicare consenso implicito al rapporto sessuale o costituire un’attenuante del reato.

4. – Il rapporto Verma e le forme diverse di violenza a sfondo sessuale

Il rapporto prende in considerazione, inoltre, forme diverse di violenza a sfondo sessuale, con la raccomandazione di inserire, all'interno del codice penale, specifiche disposizioni che ne regolino le sanzioni e le caratteristiche. Lo studio effettuato dal comitato si pone come obiettivo l'analisi delle nuove forme di violenza che la donna deve subire, in modo tale da porsi come specchio della realtà al passo con i tempi ed offrire risposte efficaci.

La Corte Suprema, già nel 1997 in occasione del processo d'appello ad una sentenza emanata dall'Alta Corte del Rajasthan, aveva evidenziato l'importante lacuna della legislazione indiana in materia di molestie sessuali sul luogo di lavoro. Prima di tale data, la vittima di molestie e violenza sul posto di lavoro poteva fare unicamente riferimento alle suddette disposizioni in materia di oltraggio al pudore della donna (sezioni 354 e 509), consapevole della tutela parziale e generica che queste avrebbero offerto. L'occasione per la revisione di tale impianto di tutela fu data, appunto, dal processo innescato a seguito dello stupro di Bhanwari Devi; la donna, in qualità di dipendente del Women Development Programme, cercò di impedire un matrimonio fra minori nel villaggio in cui operava e, per tale atto di affronto, fu punita dai potenti della comunità con lo stupro. L'organizzazione Vishaka, indignata dal proscioglimento degli imputati pronunciato dall'Alta Corte del Rajasthan, portò il caso di fronte alla Corte Suprema¹¹ la quale, rimarcando l'assenza di specifiche disposizioni in materia, ne tracciò *ex novo* alcune, da rispettare fino all'emanazione di una normativa *ad hoc* da parte del Parlamento.

La Corte, nel costruire tali linee guida, fece perno sulle disposizioni costituzionali in materia di uguaglianza, da leggere in combinato disposto con l'articolo 42, in base al quale lo Stato deve garantire condizioni di lavoro giuste e umane, e l'articolo 19(1)g che dispone che ogni cittadino ha il diritto di praticare liberamente qualsiasi professione e lavoro e gestire affari. L'uguaglianza di genere, sottolineò la Corte, si raggiunge anche attraverso la protezione dalle molestie sessuali sul luogo di lavoro e la tutela del diritto a lavorare e a lavorare con dignità; le corti, in questo caso, diventano un importante strumento di garanzia della protezione dei diritti fondamentali e di monitoraggio dell'attività statale.

Il Parlamento ha raccolto l'eredità delle *Vishaka Guidelines* rielaborando nel *Sexual Harassment of Women at the Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Bill, 2012* la dottrina e le raccomandazioni in materia.

Il Comitato Verma passa al vaglio tale proposta di legge, sottolineando l'assenza di disposizioni specifiche relative a università, scuole e collegi e criticando la soluzione conciliativa proposta per risolvere i conflitti. Tale metodo, funzionale nelle dispute in materia contrattuale, non risulta, invece, adatto alle situazioni che contemplano violenza,

¹¹ AIR 1997 SC 3011

molestie e dignità della donna: un procedimento di tipo conciliativo rappresenterebbe soltanto un'ulteriore umiliazione per la vittima e non raggiungerebbe lo scopo di piena implementazione della legge e tutela della donna.

Nell'auspicare, infine, una maggiore adesione alle *Vishaka Guidelines* nella versione finale della legge (“*it is clear from a reading of the said Bill that the spirit of the judgement in Vishaka is not adequately reflected*”¹²), il collegio chiede che il concetto di “*unwelcome*”, usato per caratterizzare lo stato d'animo della vittima nei confronti della condotta di natura sessuale che deve subire, sia chiarito.

Nell'ambito della molestia sessuale, un reato di particolare gravità è il cosiddetto *eve-teasing* (ossia la molestia fisica o verbale che avviene in spazi pubblici ai danni della donna), che viola il principio di uguaglianza e il diritto costituzionalmente garantito a vivere con dignità. Il collegio raccomanda l'inserimento di disposizioni specifiche nell'IPC per contrastare tale offesa le cui denunce, al momento della redazione del rapporto, sono ancora registrate *ex* sezioni 294 (“*Obscene acts and songs*”) e 509 IPC.

Tra i vari aspetti della violenza sulle donne affrontati all'interno del rapporto Verma (si ricordano l'abuso su minori e il traffico di donne e bambini), particolarmente interessante è la previsione dell'azione criminosa di attacco con l'acido, gettato sulla donna o somministrato, per causarne la morte o infliggere lesioni permanenti. Tale offesa assume una specifica dimensione di genere in India e necessita, pertanto, di una sezione autonoma all'interno del codice penale (sezione che, peraltro, non era stata prevista dal *Criminal Law Amendment Bill, 2012*).

5. – Il sistema sanzionatorio

Nei casi di reati di natura sessuale, la sanzione si configura come un elemento essenziale non solo per il suo carattere deterrente e punitivo del caso specifico, ma anche per il messaggio morale che porta con sé; riservare pene miti o concedere attenuanti ai colpevoli può, infatti, avere ripercussioni deleterie sul sistema di giustizia e sulla società stessa. Le sanzioni generalmente comminate per reati sessuali sono di due tipi, pena detentiva di qualche anno o carcere a vita, a cui si aggiunge, in situazioni estreme, la pena di morte.

Nel caso dello stupro, la pena minima prevista dall'IPC è di sette anni estensibile fino al carcere a vita; per i casi di stupro aggravato, invece, la normativa parte da un minimo di dieci anni. L'India prevede ancora la possibilità di infliggere la pena capitale per certi reati particolarmente gravi; tale disposizione, tuttavia, è stata mitigata nel corso degli anni dalla

¹² Verma Report, p.129.

giurisprudenza che si è pronunciata per restringere l'ambito di applicazione di questa pena. In *Bachhan Singh v. State of Punjab*¹³ e successivamente in *Macchi Singh v. State*¹⁴ si specificano i criteri da adottare per capire quando la situazione sia qualificabile come “*rarest of the rare*” e quindi richieda l'applicazione della pena di morte. In particolare, si fa riferimento alle modalità di commissione dell'illecito (particolarmente brutali o rivoltanti), al movente, alla natura anti-sociale del crimine, alla grandezza del crimine (ad esempio, l'uccisione di tutti i membri di una famiglia) e alla personalità della vittima come criteri per stabilire se il caso abbia una portata giuridica e sociale tale da giustificare un rimedio estremo come la pena di morte.

Nonostante esistano casi di violenza sessuale particolarmente gravi e tali da poter rientrare in una delle categorie elencate per la qualificazione della situazione come *rarest of the rare* (basti pensare allo stupro di gruppo a cui segue la morte della vittima o uno stato vegetativo permanente), il collegio ritiene che si debba evitare di ricorrere alla pena di morte. Per la fattispecie appena citata come esempio, il Comitato richiede pene più aspre rispetto al minimo previsto e richiede l'inserimento di una sezione *ad hoc* nel codice. Si consiglia di abbandonare gradualmente lo strumento della pena capitale in quanto non conforme alle prescrizioni internazionali e sostanzialmente inutile, dal momento che l'effetto di massima deterrenza insito nel proposito di comminare la pena di morte non è mai stato raggiunto ed i crimini per i quali è prevista continuano ad essere commessi.

Una simile posizione di condanna viene assunta anche nei confronti della castrazione chimica, di cui si raccomanda il non inserimento nella legislazione indiana. Tale metodo, invalso e praticato in diversi Stati degli Stati Uniti, sarebbe, infatti, incostituzionale e contrario ai trattati internazionali sui diritti umani, in base ai quali nessuno può essere sottoposto a trattamenti medici potenzialmente pericolosi senza aver prestato preventivamente il consenso.

6. – Il rapporto Verma e l'assistenza alle donne

In questo contesto, è chiaro come un sistema di polizia efficace e trasparente sia fondamentale per l'implementazione delle leggi ed il corretto funzionamento della macchina processuale; compito dello Stato, inoltre, è predisporre misure di sicurezza per ridurre il rischio di crimini in determinate zone. Basti pensare alla mancanza di servizi igienici nelle zone rurali, che obbliga le donne ad uscire di notte, esponendole al pericolo di subire violenza, o all'assenza di agenti di polizia per le strade o sui mezzi pubblici. Si raccomanda, a tal proposito, l'installazione di telecamere sui mezzi di trasporto e la

¹³ (1980) 2 SCC 684

¹⁴ (1983) 3 SCC 470

presenza di un agente in determinate ore notturne per garantire maggiore sicurezza ai passeggeri.

Accanto ad un'azione di tipo preventivo del crimine, il Comitato chiede che lo Stato porti avanti anche programmi che intervengano sulle situazioni venutesi a creare a seguito della commissione di un crimine. La donna che subisce violenza in India è, infatti, esposta ad un doppio trauma, ossia la violenza in sé e, il più delle volte, anche l'abbandono e l'emarginazione da parte della propria comunità di origine e spesso della propria famiglia. Tali donne si ritrovano senza un posto in cui vivere e senza alcuna prospettiva matrimoniale (dal momento che una donna "disonorata" non è più considerata appetibile dai futuri sposi) o lavorativa, diventando, quindi, una categoria di soggetti vulnerabili a rischio di potenziali, ulteriori abusi e per la quale si rendono necessari interventi specifici.

Il collegio chiede che vengano effettivamente rese operative le *shelter homes*, già previste sulla carta, ossia luoghi sicuri destinati ad ospitare donne vittime di violenza, disabili o lavoratrici senza tetto, assicurando loro supporto e protezione. Il problema degli *shelters* già esistenti è che sono centri di scarsa qualità e trascurati e la maggior parte delle donne ritiene che sia poco dignitoso viverci, preferendo piuttosto tollerare la violenza in famiglia o l'emarginazione della comunità anziché trasferirsi. Lo Stato deve, quindi, farsi carico dell'ammodernamento e del miglioramento di questi centri, prevedendo all'interno supporto medico e psicologico, corsi professionalizzanti e spazi sicuri.

L'obiettivo della sicurezza si realizza anche potenziando il sistema di polizia ed intervenendo sui punti deboli e sulle falle operative che ostacolano la protezione delle vittime e l'implementazione della legge.

Complessivamente parlando, si è assistito ad un processo di marginalizzazione delle questioni di violenza, di oggettivizzazione della donna e di discriminazione, a cui si aggiunge il timore di molte vittime nel rivolgersi alla polizia per la lunga storia di violenza che ne ha caratterizzato (e ne caratterizza) l'operato. Diversi sono gli ostacoli psicologici che possono bloccare una persona vittima di violenza dal farne denuncia; *in primis*, spicca l'assenza di una rete di sostegno, istituzionalizzata o familiare, a cui la persona possa appoggiarsi dopo aver denunciato il fatto, in secondo luogo vi è la possibilità di subire abusi all'interno delle stazioni di polizia stesse o di scontrarsi con un muro di indifferenza. Spesso, infatti, le denunce di violenza vengono accantonate o sottovalutate dagli agenti di polizia; la negligenza nel raccogliere le prove rapidamente deperibili o nell'inviarle al magistrato rallenta il processo e priva la vittima di preziosi strumenti di difesa. Ciò non sempre è dovuto ad un atteggiamento scientemente discriminatorio e moralizzante dell'agente; talvolta, infatti, può essere imputato ad una scarsa formazione sulle questioni di genere e sulla gravità della violenza come violazione di diritti umani o all'incapacità dell'operatore nel gestire casi di violenza.

Il regolare funzionamento del sistema di polizia si aggancia alla tutela costituzionale dei diritti fondamentali; assicurare al cittadino che l'operato della polizia sia informato a criteri di parità e non vi siano trattamenti arbitrari equivale, infatti, a tutelare la democrazia, l'uguaglianza e il *rule of law*.

È, quindi, necessario dotare la polizia di tutti gli strumenti pratici e teorici per affrontare nel modo più efficiente possibile casi di violenza contro le donne; il Comitato suggerisce percorsi di *training* mirati alla sensibilizzazione sulle questioni di genere, l'aumento del personale femminile nelle stazioni di polizia e una presenza più massiccia di agenti a pattugliare le strade.

Come acutamente rimarca il collegio, «(t)he protection of women from harassment and threats of a sexual nature as well as all other sexual offences is dependent on the quality of policing in our country. The people trust the police for prevention and investigation of sexual offences. It is necessary to make systemic changes as suggested. This would inculcate Constitutional values in the police force and the moral vision required for the performance of its statutory duties in a Republican democracy; where the political sovereignty ultimately vests in the people»¹⁵.

7. – La riforma del 2013

Sulla scia delle proteste di piazza suscitate dalla morte di Nirbhaya e a seguito della redazione del rapporto Verma, il Parlamento indiano emanò nel 2013 la legge di emendamento al codice penale, all'*Indian Evidence Act* e al codice di procedura penale in materia di offese di natura sessuale.

Sono stati incorporati all'interno del codice penale nuovi reati, che prima erano affrontati in modo disorganico in altre leggi o non erano del tutto previsti; si segnala, innanzitutto, l'inserimento di alcune disposizioni relative all'attacco con l'acido e al tentato attacco, in cui si precisa il significato di "acido" e l'irrelevanza del requisito dell'irreversibilità delle lesioni causate. Dal fraseggio della legge, si deduce che tale reato possa configurarsi come *gender neutral* e che la vittima possa essere anche un uomo.

Al contrario, le sezioni inserite dopo la 354 non possono definirsi tali e la vittima può essere solo una donna; la sezione 354A è dedicata al reato di molestia sessuale e seguono nuove disposizioni sui reati di *stalking* e *voyeurism*. Nonostante le raccomandazioni del rapporto Verma in merito alla molestia sessuale, non si specifica nella sezione la portata di "unwelcome", lasciando la formula piuttosto generica.

¹⁵ Verma Report, p.339.

Dopo aver disposto l'emendamento della sezione 370 relativa al traffico di donne e bambini alla luce del Protocollo di Palermo sul traffico di esseri umani, il Parlamento optò per la modifica della sezione 375 in materia di stupro.

In conformità alle segnalazioni del rapporto Verma e contrariamente a quanto previsto nel *Bill 2012*, si conservò la terminologia *rape*, senza tenere in considerazione le molestie e le violenze sessuali che avrebbero potuto subire gli uomini.

Ampio spazio è dedicato nella sezione al concetto di “penetrazione”, in modo tale da ricomprendere la più ampia gamma di situazioni; si specifica, inoltre, cosa si intenda per *consent* (la cui presunzione viene vietata in assenza di segni visibili di resistenza) e si innalza a diciotto anni l'età minima al di sotto della quale si ha stupro indipendentemente dal consenso. Viene, però, mantenuta inalterata la previsione dello stupro coniugale, punibile solo se ai danni della moglie minore di quindici anni. Quest'ultimo aspetto ha suscitato lo sdegno di studiosi e attivisti che sottolineano il paradosso di una legge che criminalizza lo stupro di una donna di età inferiore ai diciotto anni, ma che dà il proprio implicito avallo se tale violenza avviene nell'ambito del rapporto coniugale sulla moglie di età compresa tra i quindici ed i diciotto anni¹⁶.

L'innalzamento dell'età minima per aversi consenso al rapporto sessuale criminalizza *in toto*, inoltre, i rapporti tra adolescenti consenzienti, dimostrandosi una formulazione forse frettolosa, obsoleta e scarsamente lungimirante. Diversi giuristi hanno suggerito, in merito a questo problema, l'inserimento di una clausola che specifichi le situazioni in cui non si possa parlare di stupro, consentendo, ad esempio, i rapporti sessuali tra un minore di età compresa tra sedici e diciotto anni e una persona di qualche anno più grande¹⁷.

La sezione 376 sulle pene previste per i casi di stupro viene integrata da una nuova sezione 376A che impone una pena minima di vent'anni (estensibile al carcere a vita, ossia fino alla morte del detenuto) per gli autori di uno stupro a cui ha fatto seguito la morte della vittima o una sua caduta in stato vegetativo permanente; la stessa pena è prevista, alla sezione 376D, per gli autori di uno stupro di gruppo.

Nonostante gli emendamenti tecnici alla legge, resta, tuttavia, un punto nodale importante che ancora ostacola i processi ed il raggiungimento di una sentenza equa, ossia il pregiudizio implicito nella mente del giudice.

¹⁶ Per un commento sulle posizioni più recenti assunte dalla Corte Suprema in materia di *marital rape*, si veda D. Nelson, *Rape in marriage not a crime, Indian court rules*, in *The Telegraph*, 12 maggio 2014, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/india/10824964/Rape-in-marriage-not-a-crime-Indian-court-rules.html> (consultato il 19 ottobre 2014).

¹⁷ Si veda in merito l'opinione di K. Nundy, *Explaining India's new anti-rape laws*, in *BBC News India*, 28 marzo 2013, <http://www.bbc.com/news/world-asia-india-21950197> (consultato il 19 ottobre 2014).

Uno studio del professor Mrinal Satish¹⁸ della National Law University di Delhi condotto su un campione di sentenze in materia di stupro ed aggiornato al 2013 evidenziava come, in tutti i casi in cui dal documento medico era emersa un'attività sessuale passata della vittima di stupro, le pene comminate fossero inferiori. Nel 2014 il governo ha emanato nuove linee guida sulla conduzione dell'esame medico della vittima di stupro¹⁹, proprio per evitare che tale informazione filtrasse nel processo ed influenzasse implicitamente il giudizio dei giudici. In particolare, la rilevazione di una precedente rottura dell'imene ed il discusso “two-finger test” sulla dilatabilità della vagina, volti sulla carta a provare l'avvenuta penetrazione ma di fatto utilizzati per evidenziare la passata attività sessuale della donna, sono stati aboliti in quanto non scientifici.

Dallo studio emergono altri dati allarmanti in materia di pregiudizi che intervengono nella formulazione del verdetto finale e di cui il legislatore non si è occupato; Satish riporta che se lo stupro, ad esempio, è avvenuto su una donna nubile (che, quindi, avrà più difficoltà a trovare marito a causa dell'onore “irrimediabilmente leso”), le pene sono generalmente più severe, mentre se avvenuto ai danni di una donna sposata (e, quindi, non più in cerca di un marito) tendono ad essere più miti. Sanzioni meno aspre vengono anche imposte se la vittima, nubile all'inizio del processo, si è sposata nel frattempo, segno del fatto che lo stupro non ha inficiato le sue possibilità di trovare marito (si veda, a tal proposito, *Baldev Singh v. State of Punjab*²⁰).

Alla luce di queste problematiche, la riforma del 2013 si pone, a mio parere, come un tentativo scarsamente ponderato del legislatore di porre rimedio ad una questione molto più vasta; l'ampiezza della stessa è stata evidenziata magistralmente dal rapporto Verma che adotta una struttura multiforme ed affronta la situazione da un punto di vista non meramente giuridico, ma anche medico e sociale. Il legislatore indiano raccoglie soltanto alcune delle indicazioni del collegio, dando vita ad una normativa “bidimensionale” ciecamente punitiva che perde di vista punti importanti. Tali punti, come l'analisi del sistema educativo e tradizionale e l'impatto che questi hanno in termini di pregiudizio e attitudine verso le donne, se inseriti, avrebbero con ogni probabilità contribuito a rendere la riforma più “tridimensionale”, organica ed efficace.

Lavanya Sankaran, in un acuto e pungente articolo pubblicato su *The Guardian*, fa riferimento alla tendenza tutta indiana di emanare leggi, senza poi curarsi della corretta implementazione, su cui invece si gioca, specialmente in materia di stupro, l'effettivo

¹⁸ M. Satish, *Chastity, Virginity, Marriageability, and Rape Sentencing in Law and Other Things*, <http://lawandotherthings.blogspot.it/2013/01/chastity-virginity-marriageability-and.html> (consultato il 16 ottobre 2014).

¹⁹ PTI, *Govt issues fresh guidelines on medical care to rape victims, ends two-finger test*, in *The Times of India*, 4 marzo 2014, <http://timesofindia.indiatimes.com/india/Govt-issues-fresh-guidelines-on-medical-care-to-rape-victims-ends-two-finger-test/articleshow/31393118.cms> (consultato il 19 ottobre 2014).

²⁰ AIR 2011 SC 1231

successo della normativa. *“This is the ultimate Indian irony”,* scrive l’autrice, *“an obsession with pronouncing upon human behaviour and codifying it in official edicts, sometimes hurriedly, not always wisely or compassionately, frequently for political expediency – in a country that makes a mockery out of following the law.*

*In India, we have a regrettable tendency to treat laws as mere suggestions, like worthy advice from a grandmother – to be followed in theory and ignored in practice. If the law suits our interests, we follow it. If not, there are many ways of working our way around it”*²¹. Questo corrobora quanto raccomandato dal Comitato, ossia un approccio a tutto tondo per incidere sulle radici profonde del problema ed assicurare, quindi, che la legge non resti un mero pezzo di carta.

8. – La violenza di genere e le prospettive future

La violenza contro donne e bambine è un fenomeno universale la cui rilevanza su scala globale è documentata da agenzie internazionali e dall’OMS la quale denuncia, in uno studio del 2013, come il 35% delle donne di tutto il mondo abbia subito violenza fisica o sessuale²².

La violenza di genere rappresenta una delle violazioni dei diritti umani più diffuse ed è un ostacolo fondamentale al raggiungimento dell’uguaglianza di genere: oltre a procurare un danno fisico ed emotivo alla vittima di violenza, tale fenomeno si ripercuote sull’intera società, avendo implicazioni di vasta portata per le generazioni future e configurandosi come una questione essenziale di sviluppo e salute pubblica.

Lo Stato è obbligato a garantire alle donne uguaglianza formale e sostanziale, assicurando alle stesse accesso ad educazione, impiego e servizi sanitari e deve predisporre un sistema legislativo e giudiziario efficiente che tuteli i diritti delle donne in conformità alla normativa internazionale. Gli Stati hanno, infatti, il duplice dovere di astenersi dal commettere violazioni dei diritti dell’uomo e prevenirle, predisponendo anche una risposta efficace alle violenze. Lagarde sostiene che vi sia “violenza istituzionale” ogniqualvolta le autorità omettano di attivarsi, siano negligenti nella ricerca dei colpevoli, ne favoriscano

²¹ L. Sankaran, *Can India’s new laws stop rape?*, in *The Guardian*, 3 aprile 2013, <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/apr/03/indias-new-laws-stop-rape> (consultato il 16 ottobre 2014).

²² L’informazione è riportata in UN Women, *Facts and figures: ending violence against women*, <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures#notes> (consultato il 16 ottobre 2014).

l'impunità o neghino alle donne e alle loro famiglie l'accesso alla giustizia, non adempiendo all'obbligo dello Stato di garantire loro il diritto ad una vita integra e sicura²³.

Il legislatore dovrà tenere conto della società in cui tali leggi andranno ad operare e del livello di disponibilità della stessa a ricevere una normativa a volte in contrasto con secolari tradizioni. Secondo Sally Engle Merry, *"law's power to shape society depends not on punishment alone but on becoming embedded in everyday social practices, shaping the rules people carry in their head"*²⁴.

Indhrani Sridharan cita il caso dell'India come indicativo dell'esistenza di un *"perceptible gap between law and practice"*: i diritti garantiti sulla carta dalla Costituzione non vengono, di fatto, messi in pratica a causa del prevalere di tradizioni e consuetudini incompatibili con lo spirito moderno ed egualitario del fraseggio costituzionale²⁵. Secondo l'autrice, infatti, mentre la cultura materiale della nazione si è modernizzata, la cultura comportamentale e sociale della stessa è rimasta legata alle tradizioni ed è, quindi, più resistente al cambiamento²⁶.

La donna indiana vive, di fatto, in una situazione difficile e ostile, in cui l'affermazione di sé si scontra con un'impostazione patriarcale che caratterizza ogni aspetto della società, dalle istituzioni statali al nucleo familiare, e che ne impedisce la piena realizzazione.

Verso la fine del XIX secolo nacquero, in India, i primi movimenti per la tutela dei diritti umani che propugnavano, tra le altre rivendicazioni, maggiori diritti per le donne e uguale possibilità di accesso al sistema educativo e proprietario. L'inizio del secolo successivo fu segnato dalle campagne di disobbedienza civile e non-cooperazione del *Nationalist Movement*; tale organizzazione ebbe il merito di aprire le porte della lotta civile e della politica alle donne, infondendo in loro nuovi sentimenti di forza ed indipendenza. Le proteste e le rivendicazioni delle donne influenzarono anche la redazione della Costituzione dell'India indipendente; è incluso nel Preambolo e citato altrove nella carta costituzionale il principio dell'uguaglianza di status e opportunità come obiettivo da raggiungere e come strumento per promuovere l'unità nazionale, la dignità del singolo e la lotta alle discriminazioni basate su casta, razza e sesso.

L'adozione di diversi provvedimenti legislativi mirati al potenziamento e alla tutela della condizione femminile portò l'opinione pubblica a ritenere che la parità fosse ormai stata raggiunta, o prossima, ma, come sottolinea Robinson, *"there was no recognition that there might be a chasm between the constitutional principle of women's equality and the unequal condition of*

²³ M. Lagarde in B. Spinelli, *Femminicidio- Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp.44-45.

²⁴ S. Engle Merry, *Human rights and gender violence: translating international law into local justice*, Chicago e Londra, The University of Chicago Press, 2006, p.3.

²⁵ I. Sridharan, *Practising human rights- A feminist perspective* in C. J. Nirmal (cur.), *Human Rights in India: historical, social and political perspectives*, Nuova Delhi, Oxford University Press, 2000, pp.106-107.

²⁶ *Ibidem*, p.94.

women'²⁷. Le condizioni sociali, gli squilibri economici e le influenze religiose furono fattori extra-giuridici determinanti nel rendere le donne "cittadini di seconda classe"²⁸. Le risultanze del rapporto governativo *Towards Equality* indicavano che il cambiamento sociale auspicato non c'era stato e l'accesso a risorse e servizi era ancora sbilanciato a favore degli uomini.

Esplosero, verso la metà degli anni '70, diversi movimenti di lotta sociale femminista che portarono l'attenzione su temi scottanti come la violenza sulle donne, i diritti di successione e proprietà, il diritto al lavoro e lo stupro. Tali movimenti posero l'accento sulla necessità di analizzare la condizione femminile in India attraverso la lente della tradizione e del patriarcato, che permeano la vita quotidiana delle persone e sopravvivono anche in consuetudini discriminatorie e pericolose, come il matrimonio infantile, la dote e l'infanticidio femminile.

Pur assumendo questi connotati culturali specifici, le diverse forme di violenza, in India come nel resto del mondo, si fondano sul medesimo assunto, ossia che siano nutrite da un più o meno marcato squilibrio di potere che pone in questo caso l'uomo nella posizione di poter piegare la categoria femminile più debole ai propri desideri ed intemperanze²⁹.

Una forma di violenza che attualmente sta animando il dibattito pubblico in India è quella dello stupro; secondo la tradizione patriarcale indiana, infatti, la donna è considerata "*carrier of (perceived) honour*"³⁰ e un oltraggio al suo pudore e alla sua integrità sessuale viene percepito come un'offesa all'intera famiglia e comunità³¹. Da ciò discende la drammatica

²⁷ C. A. Robinson, *Tradition and Liberation: the Hindu tradition in the Indian women's movement*, Richmond, Curzon, 1999, pp.161-162.

²⁸ I. Sridharan, *Practising human rights*, p.103. Prosegue l'autrice sostenendo che "*Jana Matson Everett identified five specific factors responsible for the low status of women in India, both in the family and in the society: the Hindu religion, the caste system, the joint family system, Islamic rule and British colonialism. The values of Hinduism held the males superior to females, 'tradition' holds the key to many of the problems relating to women and their development. This is because the roles women play in society and the images we have of them have not developed simply from exigencies of biology and social situations but are rather deeply rooted in the myths, legends, religion and culture. (...) This tradition has gained significance and come to be accepted as the unwritten law of the land, so that any effort to modify this accepted status of women sounds not only alien but even repugnant to women themselves*".

²⁹ "*Any individual or group facing the threat of coercion or being disciplined to act in a manner required by another individual or group is subject to violence*" (fonte: N. Desai, M. Krishnaraj, *Women and Society in India*, Delhi, Ajanta Publications, 1987, p.255).

³⁰ Verma Report, p.48.

³¹ È interessante, da questo punto di vista, notare l'atteggiamento della tradizione indiana nei confronti della sessualità femminile; la figura della donna è sempre stata letta attraverso un'ambivalente chiave interpretativa che la vede come donatrice feconda di vita e, al contempo, come forza sessuale dirompente, corrompente e pericolosa. Da ciò discende, come inevitabile corollario, il desiderio di dominarne e controllarne la sessualità, assicurandone la verginità al momento del matrimonio (requisito essenziale per la conclusione di molte unioni) e limitandone la libertà di azione e spostamento. Lo stupro, dato questo *background* culturale, si tinge di toni tradizionali che fanno sì che la violenza sulla donna si riverberi sull'intera famiglia della stessa, che non riuscirà più a darla in sposa e diventerà oggetto di scherno da parte della comunità.

conseguenza del possibile allontanamento della donna dal nucleo familiare, in quanto portatrice di disonore e stigma.

Il Comitato Verma sottolinea la necessità di sganciare lo stupro da questioni relative all'onore; soltanto in questo modo *“rape will still be horrible, but it will be a personal, and not a societal, horror”*³².

All'interno del rapporto viene dedicato ampio spazio all'indagine sociologica sulle motivazioni che stanno dietro alla violenza sessuale ai danni delle donne, poiché *“strange behaviour ‘always has a context’”*³³; si riporta, in particolare, un articolo pubblicato da Praveen Swami su *The Hindu*, in cui si individuano cinque contesti che possono essere considerati la base di tale disfunzione comportamentale dell'*urban-male* indiano.

Innanzitutto, Swami nota come, con le trasformazioni avvenute alla *urban economy* negli ultimi decenni, i giovani uomini si siano trovati senza prospettive e a dover lottare per un posto in un mercato che offre perlopiù lavori precari e saltuari. Per avvalorare la sua tesi cita l'analisi di Jon Wolseth a proposito della violenza giovanile diffusasi in Honduras negli anni '80. Le risultanze di tale indagine possono essere facilmente applicate alla situazione indiana descritta da Swami; Wolseth sosteneva, infatti, che le cause dell'insorgere di episodi violenti fossero da ricercare nelle politiche neoliberiste abbracciate dal Paese che avevano portato ad allargare la forbice tra ricchi e poveri, diminuire gli spazi pubblici e di aggregazione e bloccare l'accesso alla politica a buona parte della popolazione.

L'assenza di spazi ricreativi (o l'assenza di spazi ricreativi accessibili dalla maggior parte della popolazione) in cui sfogare l'aggressività e trovare stimoli per incanalare positivamente le energie viene evidenziata anche nell'articolo di Swami. La strada diventa, quindi, la scena principale *“for acting out adulthood, through substance abuse and violence”*³⁴ e la povertà estrema inasprisce situazioni già di per sé complesse, inducendo, ad esempio, bambini cresciuti in comunità senza il supporto di una famiglia alle spalle a maturare aggressività e disagio.

In ultimo, vi è un'attitudine particolare verso le donne che porta a considerarle da un lato come *“status-enhancing commodities”*³⁵ e dall'altro a temerne la libertà sessuale e quindi a cercare di controllarla, ricorrendo anche a meccanismi violenti. Dati questi presupposti, lo stupro deve essere analizzato in un'ottica più ampia, muovendo dai meri presupposti sessuali e “passionali” per giungere ad un'interpretazione della violenza come strumento di espressione del potere di un gruppo su un altro.

³² Verma Report, p.95.

³³ Ibidem, p.217.

³⁴ Ibidem, p.218.

³⁵ Ibidem, p.219.

L'India appare, quindi, come una realtà complessa in cui la corsa alla modernizzazione si mescola ad importanti elementi tradizionali che impongono alla società e al singolo una vita “a due velocità”. Proprio per questo motivo la legislazione non può limitarsi agli aspetti punitivi, ma deve tenere in considerazione quali elementi interverranno nel funzionamento quotidiano della legge e prevenire eventuali ostacoli allo stesso.

Come osserva Sankaran, “*real change in India begins and ends with social pressure. This is the force that must be harnessed for true change. Mindsets are impossible to legislate for or against – but they can be altered*”³⁶; incidere sulle mentalità e le tradizioni è un processo indubbiamente lungo, ma che deve avere inizio ed il miglior punto di partenza è l’educazione delle nuove e delle vecchie generazioni. È compito delle istituzioni educative abbattere gli stereotipi, promuovendo un concetto nuovo di mascolinità, depurata dall’idea di aggressività come espressione di virilità, ed insegnare a gestire e riconoscere certe emozioni, andando ad incidere su quello che Ruth Hartley definisce *process of socialisation* o *gender indoctrination*³⁷. Oltre ad evitare discriminazioni all’interno degli spazi scolastici e prevedere un *training* specifico per i docenti, si raccomanda che i programmi includano corsi di educazione sessuale, intesa ad ampio spettro come educazione al genere, al rispetto e alla valorizzazione delle differenze e alla sessualità *tout court*.

Accanto all’educazione delle nuove generazioni, è essenziale prevedere corsi di formazione professionalizzanti per le donne, in modo tale da fornire loro strumenti spendibili sul mercato del lavoro, e, più in generale, convogliare, anche e soprattutto attraverso i media, un’immagine nuova di donna. Le donne stesse devono lavorare sulla percezione che hanno di sé e del loro ruolo all’interno della società; come sostiene Amartya

³⁶ L. Sankaran, *Can India's new laws stop rape*.

³⁷K. Bhasin, *Understanding gender*, Nuova Delhi, Women Unlimited, 2003, pp.13-14. La prima fase del processo prende il nome di *manipulation* e consiste nel gestire e trattare i bambini in modo diverso a seconda del sesso: il maschio viene generalmente trattato come una creatura forte ed autonoma dall’inizio, mentre alla femmina viene tendenzialmente riservato un trattamento più protettivo, contribuendo a costruire differenti percezioni di se stessi nei bambini come esseri più o meno forti.

Il secondo *step*, definito *canalisation*, prevede l’orientamento dei bambini verso oggetti e passioni ritenuti “caratteristici” del loro genere (bambole, vasetti e utensili da cucina, piuttosto che armi, tecnologia, ecc.), canalizzando i loro interessi affinché sviluppino, in un secondo tempo, capacità, attitudini ed aspirazioni conformi all’ambito verso cui sono stati indirizzati.

La terza fase si fonda invece sulle *verbal appellations* rivolte ai bambini: secondo la Hartley, infatti, il modo in cui ci si rivolge ai bambini, i toni e le parole usate contribuiscono a costruire la loro identità di uomini e donne, irrigidendo i confini entro cui si muoveranno poi da adulti.

La quarta ed ultima fase prevede l’esposizione ad attività tipiche del genere a cui i bambini appartengono (*activity exposure*): sin da piccole, ad esempio, le bambine nel Sud-est asiatico vengono impiegate nella gestione della casa e dei fratelli più piccoli, costrette a lavorare con gli stessi ritmi di una persona adulta, spesso malnutrite o ammalate, ma convinte, tuttavia, della necessità ed immutabilità di questo ruolo in quanto bambine e future donne.

Tale divisione del lavoro, implicita spesso nelle società patriarcali, conduce a disuguaglianze e disequilibri all’interno del nucleo familiare; il lavoro femminile, infatti, non viene valutato né ricompensato nello stesso modo in cui viene riconosciuto il contributo economico apportato all’uomo nell’economia della famiglia.

Sen, percezioni più forti del proprio contributo conferiscono posizioni negoziali e pretese sociali più solide³⁸. A ciò, però, deve fare sempre da necessario contorno un contesto adeguato che permetta alle donne di esprimere tali richieste e di essere tutelate.

Il comitato Verma ribadisce l'importanza di un'educazione delle donne al loro ruolo, in quanto esse sono le prime ad interiorizzare i meccanismi patriarcali, accettandoli e addirittura trasmettendoli ai loro figli come inevitabili e giusti.

È solo scardinando dalle fondamenta pregiudizi e atteggiamenti discriminatori che l'uguaglianza costituzionale potrà essere realmente assicurata e le leggi potranno esplicare in pieno la loro efficacia.

³⁸ A. Sen in R. Patel, *Hindu women's property rights in rural India: law, labour and culture in action*, Aldershot, Inghilterra, Ashgate, 2007, p.3.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

**La tecnica di riproduzione assistita in Spagna.
Regolamentazione giuridica e giurisprudenza
costituzionale**

**The technique of assisted reproduction in Spain.
Legal regulation and constitutional case law**

Ugo Adamo

Abstract

The article is aimed at analysing the legislative provisions of assisted reproduction together with its compliance with the Spanish Constitution, as it has been confirmed by the Spanish Constitutional Tribunal. The Court has delivered few but important decisions on the issue. Spain has been one of the first European countries to legislate on the matter and has amended the legislation several times in order to better respond to the critics of constitutional scholars and to ethical concerns.

Tag: assisted reproduction, Constitutional Tribunal, in vitro fertilization, post mortem fertilization, donor



La tecnica di riproduzione assistita in Spagna. Regolamentazione giuridica e giurisprudenza costituzionale

di Ugo Adamo

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Un breve riferimento alla *exposición de motivos delle leyes sobre técnicas de reproducción asistida*. 3. – La regolamentazione giuridica in concreto. 4. – La giurisprudenza del Tribunal Constitucional e la conformità dell’apertura ai trattamenti di procreazione assistita. 5 – Conclusioni.

1. – Introduzione

«La regolamentazione degli effetti della [procreazione medicalmente assistita] di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone ... in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell’esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto

effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole»¹.

L'ampia citazione appena riportata è tratta dalla sentenza della Corte costituzionale, del 18 giugno 2014, n. 162, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità della normativa inerente il divieto della pratica medica della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; essa trae spunto dalla constatazione di ciò a cui sono costrette le migliaia di coppie che annualmente intraprendono viaggi duri, faticosi, dispendiosi (e tutte quelle che pur volendo non hanno avuto le possibilità economiche per farlo) in luoghi al di là del confine nazionale, allo scopo di rendere concreto il “desiderio”² di avere dei figli propri. Meta di questi viaggi – noti, con qualche cinismo, come “viaggi procreativi”³ – è la Spagna, paese eurounitario dove la pratica della *reproducción humana asistida* (d'ora in avanti RHA) è disciplinata fin dal 1988⁴.

Scopo del presente scritto è quello di indagare la disciplina legislativa e la sua conformità a Costituzione accertata dalla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional de España* (d'ora in avanti TC), che ha avuto modo di pronunciare poche ma assolutamente rilevanti decisioni sul tema oggetto della presente analisi.

La Costituzione spagnola, così come la maggior parte delle Carte costituzionali scritte nella seconda metà del secolo scorso, è carente di una disciplina esplicitamente inerente il biodiritto ed in modo particolare la tematica inerente la procreazione assistita. La mancanza di una previsione positiva *ad hoc* non significa, d'altronde, che non si ritrovino delle previsioni costituzionali tali da conformare la costituzionalità di previsioni disciplinanti la materia *de qua* ed in generale la normativa che disciplina il rapporto tra scienza e diritti della persona in tutte le fasi biologiche della vita stessa, dalla nascita alla morte, e che saranno parametro utilizzato dal *Tribunal* allorquando giudicherà (come conforme a Costituzione) la legislazione all'uopo prodotta. Come vedremo, infatti, anche se non si rinviene una

¹ Corte cost., sent. 162/2014, p.to 14 cons. dir.

² Dovendosi parlare piuttosto di diritto: I. Rivera, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, C. Tripodina, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, entrambe in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2/2014. La Prima parte della Rivista è dedicata a *Quel che resta della legge n. 40*, dal titolo dell'editoriale di A. D'Aloia che apre il fascicolo.

³ Si è dinanzi a quel fenomeno descritto da S. Rodotà come «turismo dei diritti, al quale si ricorre per recuperare diritti negati nel paese d'origine ... di fronte a limitazioni riguardanti la possibilità di decidere liberamente della propria vita»; di tale turismo, però, «si possono avvantaggiare solo gruppi di privilegiati». È di pochi la possibilità di accedere al “turismo” procreativo (ma anche matrimoniale, eutanasi, etc.) il che riafferma un ritorno alla «cittadinanza censitaria», che si basa sulla stretta relazione tra reddito e godimento effettivo di un diritto. D'altra parte – come fa notare l'A. – tale turismo produce «un effetto benefico che fa percepire socialmente l'inaccettabilità delle proibizioni, e può spingere a rimuovere per tutti ostacoli e divieti ingiustificati», così S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, 56-57.

⁴ Per riproduzione assistita si intende, abitualmente, il complesso delle pratiche di manipolazione di gameti e di embrioni che avviene fuori dal corpo.

specifica positivizzazione di una disciplina costituzionale in tema di RHA, i parametri di riferimento sono, fra gli altri⁵, l'art. 10, c. 1,⁶ e l'art. 15⁷.

La Spagna, come dicevamo, è stata uno dei primi paesi europei a regolamentare con legge ordinaria la RHA. La fonte a cui ci si riferisce è la legge n. 35 del 22 novembre 1988, (*sobre técnicas de reproducción asistida*)⁸, che sarà poi modificata con la legge n. 45 del 21 novembre 2003 (*por lo que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida*)⁹. Entrambe sono state abrogate dalla *Disposición derogatoria única* contenuta dalla legge n. 14 del 26 maggio 2006 (*sobre técnicas de reproducción humana asistida*)¹⁰, ma da questa sostanzialmente riprodotte, in alcuni casi anche formalmente, con le dovute modifiche ed aggiornamenti.

⁵ L'art. 17, 18 e 39 della *CE*, ed anche l'art. 9, c. 2 della *CE*. Cfr. F.J. Díaz Revoiro, *Bioética y valores constitucionales en el comienzo de la vida humana*, in M. Gascón Abellán, M^a. D.C. González Garrasco, J. Cantero Martínez, *Derecho Sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 816.

⁶ «La dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale».

⁷ «Tutti hanno diritto alla vita e all'integrità fisica e morale ...», ciò che rileverà è soprattutto l'interpretazione che il TC ha avanzato con riguardo allo *status* giuridico dell'embrione. Cfr. C.M. Romeo Casabona, *El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas bio-tecnologías*, in AA.VV., *El derecho a la vida* (Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional), Madrid, Dykinson, 2003, 31 ss.

⁸ Sicuramente questa (delle tre) è la legge più annotata dalla dottrina spagnola (ed anche molto criticata A.F. Pantaleón Prieto, *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, in AA.VV., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Guadalajara, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 1989, 641-670; AA.VV. (cur.), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988), anche se non mancano studi che la precedono (fra i moltissimi, almeno, J. Vidal Martínez, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988; L. Zarraluqui, *Procreación asistida y derecho fundamentales*, Madrid, 1988; F. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1988), si v., almeno, Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994; M. Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcellona, J.M. Bosch, 1995; L. Martínez-Calcerrada, *Derecho tecnológico. La nueva inseminación artificial (Estudio ley 22 de noviembre 1988)*, Madrid, Central de Artes Gráficas, 1989; J. I. Benítez Ortúzar, A. M. Vega Gutiérrez, J. Vial Martínez (cur.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Editorial Comares, 1998; I. Alkorta Idiákez, *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003.

⁹ Cfr. A. Díaz Martínez (cur.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, 2006, 197-208; Y. García Ruiz, *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Comares, 2004, 146 ss.

¹⁰ Con l'ATC 147/2009, del 12 maggio, il *Pleno*, proprio a seguito di tale sostanziale e formale modifica ha dichiarato concluso, per mancanza dell'oggetto, il *recurso de inconstitucionalidad* presentato dal *Parlamento de Andalucía* avverso alcuni disposti della l. 45/2003. La legge ha poi conosciuto parziali modifiche con la l. 26/2011, del 1 agosto (*de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*). Cfr. F. Lledó Yagüe, C. Ochoa Marieta, O. Monje Balmaseda, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Dykinson, 2007; F. Abellán, *Reproducción humana asistida y responsabilidad médica. Consideraciones legales y éticas sobre prácticos*, Granada, Comares, 2001; M. Atienza, *Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida*, in *Rev. bioética y derecho*, 14/2008, 4-9.

Il presente lavoro ha lo scopo di fare il punto sulla legislazione relativa alla RHA nell'ordinamento spagnolo¹¹ cercando di porre in risalto i “miglioramenti” che si sono succeduti nel corso degli anni proprio al fine di dare risposte alle criticità che venivano via via sollevate dalla scienza, dai casi concreti, dalla dottrina (in special modo civilistica, oltre che costituzionalistica), ed anche dalle crescenti pressioni provenienti da una società civile sempre più presente nei dibattiti che, anche al di là dei Pirenei, vengono appellati come “eticamente sensibili”.

2. – Un breve riferimento alla *exposición de motivos delle leyes sobre técnicas de reproducción asistida*

Prima di richiamare la disciplina legale, si vuole ripercorrere, questa volta in senso inverso rispetto al richiamo legislativo (che prenderà le mosse dalla *ley* più recente), lo sviluppo normativo (dalla *ley* meno recente) attraverso le *exposiciones de motivos de las leyes*, vale a dire dalle motivazioni poste alla base della produzione della fonte ordinaria¹², per rilevare la volontà di aggiornare la disposizione alla luce delle più aggiornate acquisizioni scientifiche.

Le tecniche moderne di riproduzione assistita vengono “offerte” dalla scienza alla libera disponibilità per un loro impiego durante gli anni ‘70 del secolo scorso e da allora è (potenzialmente) possibile superare i problemi di sterilità da cui sono interessate migliaia di persone in ogni parte del globo; in tal modo, la scienza riesce a dare risposte a problemi che la natura lascia irrisolti. Nasce quindi la necessità di produrre una legislazione specifica che regolamenti l'utilizzo della tecnica e le conseguenze giuridiche conseguenti al suo impiego.

Come si accennava già in fase di introduzione, la prima disciplina in ambito europeo che cerca di dare una risposta alle problematiche appena richiamate è stata, nel 1988, la Spagna, stante anche il fatto che quattro anni prima si era registrata la prima nascita (quella

¹¹ Fra i contributi della dottrina italiana, non si può che non rinviare a S. Penasa, *La procreazione medicalmente assistita: due modelli a confronto*, in C. Casonato, E. Camassa (cur.), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, 2005, 93-135; M. Iacometti, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. Casonato, T. E. Frosini (cur.), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, 37-91; L. Isolani, *Procreazione medicalmente assistita: Spagna ed Italia a confronto*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (cur.), *Dalla provetta alla Corte. La nuova legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, Giappichelli, 2008, 127-131; S. Penasa, *La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs procedimiento*, in *Rev. bioética y derecho*, 18/2010, 17-25. Si v. anche C. Guerreo Picó, *Spagna*, in P. Passaglia (cur.), *Procreazione medicalmente assistita*, in www.cortecostituzionale.it.

¹² Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, la *questio* della forma dell'atto (ordinario o organico) ha avuto una certa rilevanza, almeno fino alla *sentencia del Tribunal Constitucional* (d'ora in avanti *STC*) n. 116/1999, la decisione più rilevante sul tema oggetto delle nostre analisi.

di V. A. S. P. a Barcellona) a seguito dell'impiego della tecnica della fecondazione *in vitro* (a cui avevano fatto seguito almeno cinquanta altre nascite), e che l'istituzione della prima Banca del Seme risaliva al 1978¹³.

Il legislatore già a metà degli anni '80 è consapevole, quindi, della circostanza che i progressi e le più moderne scoperte scientifiche e tecnologiche nel campo della biomedicina e della biotecnologia permettono oramai l'utilizzo di tecniche riproduttive (procreazione omologa ed eterologa, fecondazione *in vitro*, trasferimenti di embrioni, ...) per le coppie sterili «inimmaginabili fino a poco tempo prima» e che esse «stanno producendo aspettative e speranze nel trattamento della sterilità quando altri metodi sono inadeguati e inefficaci»¹⁴. Il legislatore, quindi, registra non solo un avanzamento delle acquisizioni scientifiche, ma anche una accettazione sociale nell'utilizzo di tecniche che si percepiscono ormai come sicure, affidabili, perché conosciute, pur se i problemi etici che il loro utilizzo pone (e quindi le conseguenze ad esso legate) sono tali da produrre, nella medesima popolazione, anche una non trascurabile dose di «inquietudine ed incertezza» per il forte impatto che esse producono sulle concezioni tradizionali dell'umano. Ciò è indubbio, com'è d'altronde certo che la ricerca scientifica e tecnologica «deve continuare il suo avanzamento verso il progresso ed essa non deve essere limitata, se non in base a criteri fondati e ragionevoli tali da evitarne il contrasto con i diritti umani e con la dignità degli individui [...], così come non si deve mai interrompere il fecondo dialogo tra] la società e la scienza». La scelta da compiersi dovrà, quindi, essere conforme ad una «etica ... che corrisponda al sentire della maggioranza e ai contenuti costituzionali [in modo tale] da poter essere assunta senza tensioni sociali ed essere utile al legislatore per adottare regole e norme».

Poste tali premesse, il legislatore spagnolo (*rectius* la sua maggioranza)¹⁵ è cosciente del fatto che la legge non pretende di «coprire tutte ed ognuna delle multiple implicazioni che possono derivare dall'uso di queste tecniche, né sembra necessario né richiesto che sia così, e si conforma in ciò alla realtà e a ciò che questa riflette e identifica come urgente, orientando le grandi linee dell'interpretazione legale, per lasciare ai regolamenti che si produrranno o al criterio dei giudici la valutazione dei problemi o gli aspetti più sottili, delle richieste di utilizzo da parte delle persone e delle concrete situazioni che si verificheranno stante l'inevitabile dinamismo della scienza, della tecnologia e della stessa società che a sua volta aprirà percorsi per nuove risposte etiche e giuridiche».

¹³ Cfr. il I p.to dell'*exposición de motivos* della l. 35/1988.

¹⁴ Nel p.to I delle ampie motivazioni della pubblicazione della legge consultabili in www.boe.es: le citazioni avanti nel testo si riferiscono allo stesso p.to.

¹⁵ Anche in Spagna, quindi, non si è riuscito a trovare quell'accordo il cui raggiungimento è quanto meno da considerarsi come opportuno quando si norma su tali materie.

Se il legislatore italiano ha tardato a legiferare, come è noto, proprio richiamandosi alla materia dell'eticamente sensibile¹⁶, quello spagnolo ha invece voluto "accettare la sfida" di controllare il fenomeno scientifico (con il più ampio rispetto delle scelte individuali), pur con la consapevolezza che la materia può essere solo parzialmente giuridicizzata, stante la natura intrinsecamente mutevole dell'oggetto che si cerca comunque di regolamentare¹⁷, il quale è alla base di un fisiologico «asincronismo fra la scienza e il diritto che origina da un vuoto giuridico con riguardo a problemi concreti»¹⁸ e nel quale hanno trovato un primo utilizzo le tecniche di procreazione artificiale.

Che questo fosse qualcosa di più di un semplice pronostico lo si constaterà formalmente quindici anni più tardi quando, alla luce di significativi sviluppi nell'ambito della tecnica e della pratica medica della fecondazione assistita, si sono considerate come superate le previsioni contenute nella legge 35/1988; il trascorrere del tempo «ha palesato l'esistenza di alcune limitazioni nella norma, che hanno dato luogo a situazioni di una certa insicurezza giuridica e a considerevoli problemi etici e sanitari»¹⁹ fra i quali, il più delicato, come vedremo, è stato quello di risolvere il grave ed urgente problema dell'accumulo dei pre-embrioni soprannumerari, dovuto al fatto che la legge dell'88 non indicava il numero di pre-embrioni che potevano prodursi ed essere trasferiti nella donna, affidando la scelta all'autonomia scientifica del medico. Nelle motivazioni della legge 45/2003, infatti, traspare l'esigenza di rispondere positivamente agli sviluppi che la ricerca scientifica aveva prodotto sulle cellule staminali embrionali e, quindi, ad un sempre crescente interesse per un utilizzo dei pre-embrioni soprannumerari ai fini della ricerca scientifica, ma allo stesso tempo per la riduzione di una loro produzione. Dalla lettura delle motivazioni traspare una maggiore attenzione ai dati scientificamente rilevanti, alle conseguenze giuridiche poste nel corso degli anni e al mutamento del quadro giuridico internazionale con, in quest'ultimo caso, un esplicito riferimento alla Convenzione di Oviedo del 1997. Si lascia sullo sfondo la percezione sociale (data per acquisita) dell'utilizzo ormai ventennale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Lo stesso può dirsi per le motivazioni che aprono il lungo articolato della legge 14/2006 che continua nell'opera di risoluzione dei problemi giuridici posti dallo sviluppo

¹⁶ A dire il vero, soprattutto nel diritto costituzionale, è difficile trovare materie che non siano eticamente sensibili: dal diritto al lavoro, alla retribuzione dignitosa, al diritto all'ambiente salubre ..., l'elenco potrebbe continuare senza soluzione di continuità. Ciò che si vuole dire è che se il richiamo all'*eticamente sensibile* (è ovvio che la materia lo è, come riconosciuto dalla nostra stessa Corte con la sent. 162/2014, p.to 5 cons. dir.) ha il fine di far arrestare la discussione sulla materia da disciplinare, tale modo di procedere è da considerarsi non solo scorretto ma soprattutto infondato.

¹⁷ P.to IV dell'*exposición de motivos*.

¹⁸ P.to II dell'*exposición de motivos*.

¹⁹ P.to I dell'*exposición de motivos*.

della produzione artificiale che la legge 45/2003 aveva cercato di offrire, anche se in un modo che nel tempo si era dimostrato «parziale»²⁰.

Nei *motivos* si dà conto di quali erano le criticità delle leggi previgenti e delle ragioni per cui bisognava sottoporle a riforma e, soprattutto, della circostanza che la legge del 2006 è seguente (*rectius* conseguente) al contenuto dei pareri predisposti dall'organo tecnico-sanitario istituito presso il Ministero della Salute, vale a dire la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*. Quindi, fra le modifiche più significative, viene meno il limite, previsto dalla *ley* 45/2003, che fissava la produzione di «un massimo di tre ovociti per ogni ciclo riproduttivo, rendendo problematica la pratica ordinaria delle tecniche di riproduzione assistita, con l'impedire l'utilizzazione di tutti i mezzi atti a raggiungere il maggior successo con il minimo rischio per la salute della donna», rimettendo la decisione esclusivamente alle indicazioni mediche fondate sul caso concreto. Inoltre, si apre alla ricerca sui pre-embrioni, in modo generalizzato rispetto a quanto fino ad allora previsto. Fra le novità rispetto alla normativa previgente – che si anticipano sempre nei *motivos* – si ricordano la definizione del concetto legale di pre-embrione («intendendosi l'embrione *in vitro* costituito da un gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocito da quando è fecondato fino a 14 giorni»²¹) nonché il passaggio da una lista chiusa contenente le tecniche di RHA da potersi praticare ad un modello più flessibile, in quanto «la nuova legge segue un criterio molto più aperto per enumerare le tecniche che, secondo lo stato della scienza e la pratica clinica, possono essere realizzate [evitando, però] la *pietrificazione normativa*»²². In ultimo, si anticipa che è stata prodotta una notevole evoluzione ed applicazione delle tecniche aventi il fine di evitare nascite caratterizzate da malattie incurabili, attraverso procedure di diagnosi genetica pre-impianto.

3. – La regolamentazione giuridica in concreto

Nel maggio del 2005, su proposta del Ministero della Salute – la cui bozza era stata interessata dal parere favorevole della *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*²³ –, il Governo ha presentato il conseguente disegno di legge che fu poi approvato e promulgato il 26 maggio del 2006. L'articolato della legge 14/2006, che abroga le precedenti leggi – pur mantenendone l'impianto complessivo – al fine di predisporre un testo normativo unico ed

²⁰ P.to I dell'*exposición de motivos*.

²¹ P.to II dell'*exposición de motivos*.

²² P.to II dell'*exposición de motivos*, corsivi non nostri.

²³ La Commissione nazionale per la procreazione umana assistita è un organo del Ministero della Salute e svolge funzioni di carattere consultivo per la predisposizione di decisioni inerenti l'utilizzo delle tecniche di riproduzione umana assistita e per contribuire all'attualizzazione e diffusione delle conoscenze scientifiche legate a tale materia ed anche per contribuire alla realizzazione di criteri funzionali e strutturali dei centri e dei servizi dove questi si realizzano. La Commissione di cui in parola fu istituita con regio decreto del 21 marzo 1997, n. 415; a seguito della pubblicazione della l. 14/2005, l'atto normativo fu modificato con il regio decreto del 16 gennaio 2010, n. 42.

aggiornato, consta di 28 articoli, ai quali devono aggiungersi, oltre l'appena richiamata *Disposición derogatoria única*, anche 5 disposizioni addizionali e 3 disposizioni finali.

L'art. 1 riguarda l'oggetto e l'ambito di applicazione della legge. L'oggetto appare subito molto ampio, proponendosi di disciplinare l'applicazione e la regolazione delle tecniche di riproduzione assistita che sono «accreditate scientificamente ed indicate clinicamente», come anche l'applicazione delle tecniche della riproduzione umana assistita nella prevenzione e nel trattamento di malattie di origine genetica, la disciplina dei presupposti e dei requisiti per l'utilizzo di gameti e di pre-embrioni umani crioconservati²⁴.

²⁴ L'art. 1, c. 2 dà una definizione legale di pre-embrione, dovendosi esso intendersi come «l'embrione *in vitro* composto da un gruppo di cellule risultante dalla divisione progressiva dell'ovocito da quando è fecondato fino ad un tempo massimo di 14 giorni». Come è noto, il termine pre-embrione rappresenta una finzione giuridica, che trova le sue origini in quanto scritto in un rapporto commissionato dal Parlamento inglese nel 1984 e che compare in quello che è noto come Rapporto Warnock, dove si utilizza il termine suddetto per indicare l'ovulo fecondato fino ai 14 gg. seguenti e che può essere trasferito nell'utero della donna al fine di annidarsi in esso e continuare a svilupparsi fino alla nascita. È chiaro che aver posto la differenza tra pre-embrioni ed embrioni (distinzione scientificamente non apprezzabile: M^a Cruz Díaz de Terán Velasco, *El diagnóstico preimplantatorio en la ley 35/1998, de 22 noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida*, in *Derecho y Salud*, 11/2003, 75-76) fa sì che con maggiore "facilità" si accetti (dal punto di vista etico) la possibilità di condurre ricerche scientifiche (oltre che di accedere alla crioconservazione) su ciò che non è ancora (neanche potenzialmente) vita. Molto critico sul punto è C. M. Díez Soto, *La modificación de la ley de técnicas de reproducción asistida por la ley 45/2003, de 21 de noviembre. ¿Una reforma suficiente? Panorama de nuevos cambios legales*, in A. Díaz Martínez (cur.), *Régimen*, cit., 206-207. La legislazione spagnola, inoltre, presenta un'altra dicotomia che interessa lo stato del pre-embrione che può essere "vitale" o "non vitale"; la differenza starebbe nel fatto che solo i pre-embrioni "vitali" possono pienamente svilupparsi, mentre quelli "non vitali" sono destinati a non svilupparsi, essendo incapaci di creare vita e quindi inidonei a procreare. Dunque, "applicando ad un embrione umano, la caratterizzazione di "non vitale" ci si riferisce concretamente alla sua incapacità di svilupparsi fino a dar luogo ad un essere umano, a una "persona" nel riferimento di cui all'art. 10 CE. Sono così, per definizione, gli embrioni o feti umani abortiti, nel senso più profondo dell'espressione, cioè, frustrato già rispetto a quella dimensione che fa dello stesso un "bene giuridico la cui tutela incontra in questo precetto costituzionale (art. 15 CE) fondamento costituzionale" (STC 53/1985, FJ 5), non costituendo essi beni la cui tutela rientra nel diritto alla vita come diritto fondamentale". Questa differenza, ripresa nella giurisprudenza del TC (si v. le SSTC 216/1996, FJ 5, e 116/1999, FJ 8) a cui le parti precedentemente riportate tra virgolettate si riferiscono, è stata posta con la l. 35/1988 per consentire la ricerca e la sperimentazione piena solo per i primi, e limitata ai soli fini diagnostici, terapeutici o preventivi solo per i secondi, fermo restando il divieto di modificarne il patrimonio genetico. La l. 14/2006 non ripropone tale distinzione permettendo la sperimentazione su tutti i pre-embrioni. Non limitandoci a riportare solo parti parziali di una decisione, si ricorda che il TC ha anche fondato la sua decisione di rigetto sull'assunto che la differenza che intercorre tra pre-embrioni vitali e non vitali fonda la legittimità della ricerca scientifica. Il venir meno di questa differenza si pone, quindi, in contrasto con questa giurisprudenza, anche se, va detto, non ci pare di dubitare della costituzionalità della scelta compiuta dal legislatore nel 2003 e, soprattutto, nel 2006, stanti la più significativa giurisprudenza sui pre-embrioni (soprannumerari), il loro non ricadere nella "piena" tutela dell'art. 15 CE e la richiesta (che è anche un interesse) di «permettere progressi nella ricerca per il trattamento di gravi malattie che minano in modo molto serio la salute di milioni di persone», così M. Pérez Manzano, C. Tomás-Valiente Lanuza, *Artículo 15*, in M.E. Casa Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-

L'oggetto si giudica ampio perché – se si tiene a mente quello della legge 35/1988 che si apriva proprio con l'indicazione delle tecniche regolate²⁵ – in esso non viene fatto alcun richiamo alle pratiche procreative rinviando ad uno specifico allegato alla legge che potrà essere aggiornato dal Governo, con la conseguenza che viene meno il ricorso allo strumento legislativo²⁶. Il Governo, con regio decreto e previo parere della Commissione Nazionale per la Riproduzione Umana Assistita, potrà attualizzare il contenuto di cui n allegato dinanzi ad avanzamenti scientifici e tecnici per includervi quelle tecniche sperimentali che hanno dimostrato, con sufficiente certezza, la loro generalizzata applicazione, comprovata attraverso un accreditamento scientifico e clinico delle tecniche medesime. Se quindi da un lato si permette, attraverso il venir meno di una formale riserva di legge, l'utilizzo di uno strumento normativo più flessibile, dall'altro rimane seria la critica a tale modo di procedere, stante la più che potenziale ingerenza su beni ed interessi costituzionali essendo in tali casi, invece, più che opportuno il riferimento alla sola fonte legislativa²⁷, anche constatando che, se è pur vero che la scienza procede con tempi veloci e frenetici, i suoi risultati non si presentano mai all'improvviso, come assoluta novità, senza poter riconoscere al legislatore il tempo di «riflettere politicamente» sul loro utilizzo; senza dimenticare, inoltre, che il legislatore si avvale di organi tecnico-scientifici, che, proprio al fine di limitare il *gap* – che abbiamo definito fisiologico – tra la scienza e il diritto, gli assicurano costanti Rapporti informativi.

Già durante la redazione della legge 45/2003 (e a maggior ragione della legge 14/2006) si era deciso di non riprodurre l'avverbio *fundamental* prima indicato nella legge 35/1988 e che era riferito all'utilizzo delle tecniche di riproduzione assistita, allorquando veniva specificato che esse avevano la finalità «fondamentale di un intervento medico dinanzi alla sterilità umana per facilitare la procreazione quando altre terapie fossero state scartate, in quanto inadeguate o inefficaci»²⁸.

L'utilizzo dell'avverbio aveva dato adito ad un notevole dibattito accademico tra coloro i quali consideravano la tecnica della riproduzione come una terapia da utilizzarsi esclusivamente dinanzi ad una malattia (la sterilità)²⁹ e coloro i quali, invece, ne parlavano

Ferrer, M. Pérez Manzano (cur.), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Thomson Civitas, 2008, 315.

²⁵ L'inseminazione artificiale (omologa ed eterologa), la fecondazione *in vitro*, il trasferimento di embrioni e il trasferimento intratubarico di gameti.

²⁶ Si precisa, comunque, che il Governo non è del tutto libero nelle sue “valutazioni scientifiche” dovendo seguire i pareri predisposti dall'organo tecnico-scientifico.

²⁷ In tal senso C. Lesmes Serrano, *Control administrativo de la actividad científica y protección de datos en la reproducción humana asistida*, in C. Pérez del Valle (cur.), *Legislación sobre reproducción asistida. Novedades*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial – Centro Documentación, 2006, 188-189.

²⁸ Si v. il Bollettino Ufficiale dello Stato (BOE) del 26 novembre e non quello di due giorni prima corretto per errore meramente materiale (*Corrección de errores de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Publicado en BOE núm. 284, de 26 de noviembre de 1988*).

²⁹ Il termine “sterilità” non compare mai nell'articolato legislativo, se ne fa un fugace accenno nelle motivazioni che aprono la legge, si v., quindi, il p.to II.

come di una tecnica che permetteva la procreazione a prescindere dalla sterilità³⁰ della coppia o di uno dei suoi componenti. L'utilizzo concreto delle tecniche in parola ha dimostrato come la procreazione medicalmente assistita in Spagna sia considerata (differentemente da quanto continua ad avvenire in Italia) come una forma alternativa di procreazione³¹, mediante il riconoscimento legale³² dell'assai dibattuto "diritto a procreare"³³; infatti, coerentemente a questa ricostruzione, possono accedere alle tecniche riproduttive non solo le coppie sposate eterosessuali, ma anche le coppie eterosessuali non sposate, nelle quali nessuno dei componenti sia "affetto" da sterilità, le coppie lesbiche³⁴, sposate o meno, ed anche le donne sole³⁵. Quindi, in conformità a quanto prescritto in tutti

³⁰ Sulla possibilità che la sterilità sia considerata condizione di malattia, cfr. M. Iacometti, *op. cit.*, 49 e l'ampia dottrina ivi citata.

³¹ C. Lema Añon, *Dilemas ético-jurídicos de la reproducción humana: el caso de la reproducción humana asistida*, in M. Gascón Abellán, M^a. D.C. González Garrasco, J. Cantero Martínez, *Derecho Sanitario*, cit., 852-856.

³² La *Legge organica* 2/2010, del 3 marzo, inerente la legislazione sull'aborto all'art. 3, c. 2 sancisce il «diritto alla maternità liberamente scelta», quasi a voler generalizzare tale diritto in seno all'ordinamento, in tal senso F.J. Jiménez Muñoz, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, Reus, 2012, 45, nota 74.

³³ Le posizioni in dottrina possono essere rappresentate riportando due tesi antitetiche fra di loro. La prima è di Y. Gómez Sánchez, *op. cit.*, 58 «nell'Ordinamento giuridico spagnolo esiste un diritto alla riproduzione integrato, per una parte, nel diritto fondamentale alla libertà, con fondamento, inoltre, nel valore di libertà, nella dignità umana, nel libero sviluppo della personalità (art. 1, c. 1 e 10, c. 1 della Cost.), e, per l'altra parte, protetto con il diritto all'intimità personale e familiare (art. 18, c. 1 della Cost.) che non può essere ristretto arbitrariamente o senza giustificazione sufficiente; per ultimo, il diritto alla riproduzione ritrova una manifestazione di rango legale nel riconoscimento del diritto a fondare una famiglia raccolto nei testi internazionali dei diritti incorporati nel nostro Ordinamento giuridico». La seconda è quella di F. Pantaleón Prieto, *Contra la Ley*, cit., 659: «è indubitabile che ogni persona abbia un diritto fondamentale a pianificare la propria riproduzione senza ingiustificate interferenze da parte dello Stato. Però anche che tale diritto non possa andare più in là dei suoi limiti normali: finisce con la morte del soggetto. È sicuro, con l'art. 18 della CE nella mano, che il legislatore non potrebbe proibire ad una coppia l'attività di procreazione naturale, anche quando, essendo il coniuge in fin di vita, si fosse praticamente sicuri che non sopravvivrebbe alla nascita del figlio (ciò non significa in alcun modo, si noti bene [il riferimento va alla fecondazione *post mortem*], che si dia valore positivo al fatto che vengano al mondo figli postumi). Però in ogni caso mi pare certo che le tecniche di riproduzione assistita rimangano fuori dall'ambito costituzionalmente protetto del diritto all'intimità personale e familiare».

³⁴ Escluse sono le coppie omosessuali di uomini, per ovvie ragioni sia fisiologiche che giuridiche essendo vietata la maternità surrogata (potendosi dubitare anche la conformità al principio di eguaglianza e rispetto alle coppie non omosessuali che si vedono riconoscere pienamente il diritto ad avere figli, v. nt. 33); in spagnolo si usa l'espressione di donna in affitto (*madres de alquiler*).

³⁵ Questo è uno dei passaggi forse più criticato dalla dottrina, in quanto la norma (già la l. 35/1988) consente di non tutelare l'interesse dei figli ad avere un padre (biologico) e di sbilanciare tale "interesse" (che non è un diritto) a favore di un (presunto) diritto a procreare (E. Roca Trías, *Filiación asistida y protección de derechos fundamentales*, in *Derecho y Salud*, 7/1994, 3; A.F. Pantaleón Prieto, *Técnicas de reproducción asistida y Constitución*, in *Rev. Centro Estudios Const.*, 15/1993, 130; C. Lasarte, *Derecho de familia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 354;) e ciò anche perché, nel caso, il diritto a procreare è della coppia e non solo della donna (sola o accompagnata in modo non stabile): M. D. Vila-Coro, *La reproducción asistida en la mujer sola*, in *Rev. gen. Derecho*, 572/1992, 30912; F. Lledó Yagüe, *Acciones de filiación*, Madrid, La Ley, 1987, 228-230 La possibilità che la tecnica di riproduzione fosse utilizzata dalle coppie omosessuali era esplicitamente esclusa da quello che è

gli ordinamenti nazionali ed internazionali, e da ultimo dall'art. 3, c. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si proibisce la clonazione di esseri umani a fini riproduttivi³⁶.

stato il più prossimo antecedente della l. 35/1988, vale a dire l'*Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación artificial humana, del 10 de abril de 1986*, più noto come *Informe Palacios*, dal nome del suo presidente; si v. la raccomandazione n. 10. Sull'iter legislativo, e non solo, cfr. M. Palacios Alonso, *Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88) de 1988 a 2005*, in I.F. Benítez Ortúzar, L. Morillas Cueva, J. Peris Riera (cur.), *Estudios Jurídico-penales sobre Genética y biomedicina. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Madrid, Dykinson, 2005, 33-67; M. Iacometti, *op. cit.*, 45-48; J.A. Souto Paz, *El Informe palacios y la ley de reproducción asistida*, in A. Díaz Martínez (cur.), *Régimen*, cit., 187-196; C.M. Romeo Casabona, *El derecho y la bioética antes los límites de la vida humana*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Arece, 1994, 225-230; L. González Morán, *De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte*, Madrid, Dykinson, 2006, 620-622. In dottrina, a favore dell'utilizzo della tecnica anche per le donne sole, Y. Gómez Sánchez, *op. cit.*, 71 ss.; A. de León Arce, *La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana*, in AA.VV (cur.), *La filiación*, cit., 412-414; M. Cárcaba Fernández, *op. cit.*, 131 ss. Per M. Olaya Godoy, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Madrid, Dykinson, 2014, 346, «A differenza del nato da fecondazione eterologa che ha un padre legale, il concepito da gameti di un donatore e nato da donna sola manca di una figura paterna di riferimento e non ha nessuno verso cui reclamarla».

³⁶ Continua il divieto assoluto della maternità per surrogazione ex art. 10 essendo vietato il ricorso a tale pratica ed assumendo che la filiazione dei figli nati con una gestazione surrogata sarà comunque determinata dal parto, ferma restando la possibilità di un'azione di riconoscimento della paternità da parte dei genitori biologici. Per tutti, e fra le prime, E. Roca Trías, *La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, in AA.VV (cur.), *La filiación*, cit., 45-47. Da segnalare a tal proposito una recente giurisprudenza della Corte EDU (*Menesson c. Francia*, e *Labassee c. Francia*, entrambe del 26 giugno 2014, annotate T. Trinchera, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 luglio 2014) per cui lo Stato è tenuto a riconoscere il rapporto di filiazione che si è formato validamente all'estero (come avviene nel caso concreto in diversi ordinamenti degli Stati Uniti) tra la coppia di genitori che ha fatto ricorso alla surrogazione di maternità e il bambino nato dalla madre surrogata, che si deve per la tutela del diritto di tali minori al rispetto della propria identità. Che della costituzionalità dell'art. 10 (al momento) la magistratura non dubiti, lo si comprende da una recente sentenza (in distonia con la giurisprudenza convenzionale) del *Tribunal Supremo* depositata lo scorso 6 febbraio (*Sala Primera*, n. 835/2013), che sulla base del brocardo che *mater semper certa est* non ha considerato legittima la richiesta di trascrizione nel registro civile e quindi il riconoscimento di una decisione straniera (Stato della California) nella quale si riconosce la filiazione ad una coppia omosessuale maschile di un bambino nato attraverso la tecnica di riproduzione della surrogazione. La decisione presa con una minima maggioranza è accompagnata da un'opinione dissenziente (sottoscritta da quattro giudici) nelle cui motivazioni, fra l'altro, si dissente anche dagli argomenti che solitamente si pongono a sostegno della fondatezza della scelta legislativa avverso la liceità della surrogazione e fatti propri dalla maggioranza del *TS* (violazione della dignità umana della gestante e del bambino mercificando la gestazione e la filiazione), rispondendo che la tecnica della surrogazione, invece, rappresenta «una manifestazione del diritto di procreare, particolarmente importante per coloro che non possono avere un figlio geneticamente proprio; non può essere semplicemente sottovalutata la capacità di dare il consenso della madre in stato di gravidanza; il consenso della madre si formalizza dinanzi all'autorità giudiziaria, che controlla perché esso venga dato in modo libero ed informato delle conseguenze, e, trattandosi di un accordo volontario e libero, difficilmente se la si sfrutta e la si trasforma in oggetto andando contro la sua libertà ed autonomia e in nessun caso pregiudica l'interesse del minore che nasce in una famiglia amorevole. È al bambino che si dà una famiglia e

Senza seguire in modo pedissequo il testo di legge, è opportuno riferirsi fin da subito all'art. 6, c. 1, che si riferisce ai soggetti che possono richiedere (e ricevere) il trattamento sanitario in questione³⁷. Questa rappresenta forse la peculiarità del regime spagnolo in tema di procreazione medicalmente assistita, costituendo un *unicum* a livello europeo. Infatti, la tecnica sanitaria non è limitata, come dicevamo, alle sole coppie sposate eterosessuali³⁸, ma, prescindendo dall'esistenza di un vincolo matrimoniale e non anche dalla piena capacità di agire, è riconosciuta ad «ogni donna maggiorenne ... indipendentemente dal suo stato civile e dal proprio orientamento sessuale». Nell'art. 6, c. 2 (ultima parte), disciplinando la materia del consenso informato, si prescrive che esso deve essere conseguente alle informazioni mediche che devono riguardare gli stessi problemi che possono derivarsi dal portare avanti una maternità in una «età clinicamente inadeguata». Da ciò deriva che non esiste alcun limite (precostituito) per l'utilizzo del trattamento, il quale dipenderà dalla valutazione del medico responsabile della procedura; anche in questo caso, come si può notare, si dà ampio spazio alla ricerca del desiderio della maternità.

La massima apertura riconosciuta dalla legge non prescinde – è quasi ovvio dirlo – dall'obbligo di alcune regole corrispondenti, tra l'altro, al rispetto della tutela del diritto, di natura costituzionale, al consenso informato³⁹, che riceve una protezione molto stretta. La

non alla famiglia un bambino ed è lo Stato che dovrebbe fornire un quadro giuridico per proteggerlo», p. 3. Inoltre, avendo a mente la pratica della donazione, le problematiche legate alla riduzione a merce del frutto del concepimento potrebbero essere superate dalle previsioni di un mero indennizzo ovvero della gratuità del compimento della gravidanza da parte della gestante. In riferimento alla recente giurisprudenza del TS e della CEDU si v. M.Á. Presno Linera, P. Jiménez Blanco, *Libertad, Igualdad, ¿Maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea*, in *Rev. Esp. Der. Eur.*, 51/2014, 9-44.

³⁷ Cfr., oltre a nota 33, anche L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual*, in A. Díaz Martínez (cur.), *Régimen*, cit., 146-153.

³⁸ La precisazione è d'obbligo se si ricorda che nel 2012 è stata depositata la STC 198/2012, del 6 novembre (*Pleno*) che ha riconosciuto la costituzionalità del matrimonio omosessuale e quindi che era già vigente la l. 13/2005 che era pur sempre successiva alla l. 35/1988. La precisazione è ancora più opportuna se si ricorda che il TC, con la stessa decisione, ha anche riconosciuto la legittimità della previsione dell'adozione da parte di coppia omosessuale.

³⁹ A differenza di quanto avviene in Italia dove legislativamente manca una normativa *ad hoc* sul consenso informato – presente, come riferimento, nelle vari disposizioni legislative che trattano di materia sanitaria –, la *ley* 41/2002 tratta in generale il tema del consenso informato, che, per come vedremo nel testo con riguardo alle tecniche riproduttive, conosce delle precise specificazioni. La l. 41/2002 si apre proprio con il riconoscimento del consenso informato, inteso come diritto del paziente fondato sul rispetto della dignità della persona e dell'autonomia della propria volontà ed intimità. Proprio per questo, si sancisce, con carattere generale, che il previo consenso del paziente ad un trattamento sanitario deve essere prestato al medico solo dopo aver ricevuto da questi una «informazione adeguata» (art. 2) a seguito della quale il consenso che è «libero e volontario» (art. 8, c. 1) dovrà essere dato in «forma scritta nelle circostanze previste dalla legge» (art. 2, c. 2), stante la regola generale del consenso nella forma verbale. Per la legge, un'informazione per essere adeguata deve rendere note le varie opzioni cliniche allo stato delle conoscenze disponibili e il paziente è libero di dare il consenso ad una sola di queste, dissentendo dalle altre (art. 2, c.3 e 8, c. 1). Se il consenso può essere dato in forma orale o scritta a seconda del trattamento accettato, la revoca, che può evidentemente sempre essere avanzata dal paziente, deve avere esclusivamente la forma scritta (art. 8, c. 5). L'art. 4 regola il diritto all'informazione assistenziale del paziente, come normale

legge è molto minuziosa sul punto e cerca di prevedere tutte le ipotesi in cui deve essere esplicitato il consenso informato⁴⁰ al trattamento sanitario. Intanto, è esclusa la forma orale dovendo il consenso essere scritto; si specifica che esso non solo deve essere (con)seguito ad una informazione proporzionata alla donna, ma che deve includere anche l'informazione su tutti i possibili rischi in cui si incorre sottoponendosi al trattamento in generale, e alla gravidanza in particolare (art. 6, c. 2). Se la donna che richiede il trattamento è sposata, la legge esige anche il consenso del marito, e lo stesso vale anche nel caso della coppia di fatto. In tali casi, il consenso del coniuge dovrà anch'esso essere frutto di una espressione libera, cosciente e formalizzata (art. 6, c. 3). Tra l'altro, ricade sugli operatori sanitari l'obbligo di informare sia la donna, che l'eventuale donatore, sugli aspetti biologici, giuridici, etici ed anche su quelli inerenti le «condizioni economiche del trattamento», in modo che tutte queste informazioni siano adeguate alla concreta comprensione delle persone a cui si riferiscono (art. 3, c. 3). Il consenso richiesto al marito non ha il fine di «autorizzare la donna a ricorrere alle tecniche (come se esistesse una sorta di diritto del coniuge sul corpo e sulla capacità procreativa della sua compagna), ma è volto, piuttosto, a riconoscere la filiazione come legittima, specie nel caso in cui siano utilizzati gameti di donante»⁴¹ ovvero di garantire la successiva filiazione.

modalità per aiutare quest'ultimo a prendere le decisioni che siano maggiormente rispondenti alla propria e libera volontà (alleanza terapeutica), ricadendo, quindi, sul medico (art. 10), e più in generale sugli operatori sanitari, tale opera informativa. Così come è avvenuto in Italia (Corte cost., sent. n. 438/2008), anche il *Tribunal* ha avuto modo di interrogarsi sulla natura del diritto al consenso informato; la decisione a cui bisogna fare riferimento è la *STC 37/2011*, del 28 marzo, pronunciata all'unanimità dalla *Sala Segunda, FFJJ 4 e 5*. Anche se l'art. 15 *CE* non contiene un riferimento testuale al consenso informato, ciò non comporta – a dire del *TC* – che tale istituto non rientri comunque nella previsione costituzionalmente positivizzata del diritto fondamentale dell'integrità fisica e morale e questo per due ordini di motivi. Il primo, di ordine generale e di teorica dei diritti fondamentali, secondo il quale «i precetti costituzionali relativi ai diritti fondamentali e alle libertà pubbliche non esauriscono il loro contenuto nel riconoscimento degli stessi [... potendo anche contenere altri] beni giuridici costituzionalmente protetti» e che possono essere implementati anche dal legislatore; su di questo, infatti, cade non solo il divieto di violare i diritti in Costituzione consacrati, ma anche l'onere (valenza positiva) di «contribuire all'efficacia di tali diritti» con la predisposizione di meccanismi rivolti alla loro effettività. Poste queste premesse, il *TC* afferma – non appaia troppo lunga la citazione – che «l'informazione previa, che ha dato luogo a quello che è stato definito consenso informato, può essere considerata, allora, come un procedimento o un meccanismo di garanzia per l'effettività del principio di autonomia della volontà del paziente e, pertanto, dei precetti che riconoscono i diritti fondamentali che possono essere interessati da atti medici e, segnatamente, come conseguenza implicita e obbligata della garanzia del diritto alla integrità fisica e morale, pervenendo così ad una rilevanza costituzionale che determina che la sua omissione o difettosa realizzazione possano supporre una lesione del proprio diritto fondamentale». Con particolare attenzione alla materia qui trattata, cfr. V. L. Montés Penadés, *El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana*, in AA.VV. (cur.), *La filiación*, cit., 171-200; C.M. de Aguirre, *Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida*, in X. Abel Lluçh (cur.), *op. cit.*, 247-302.

⁴⁰ Riferimenti anche nell'art. 11, c. 6 e 7, con riguardo al destino dei pre-embrioni soprannumerari.

⁴¹ M. Iacometti, *op. cit.*, 52-53. Per la dottrina spagnola non si può che rinviare a Y. Gómez Sánchez, *op. cit.*, 96-101; F.J. Jiménez Muñoz, *op. cit.*, 45, 74-76.

L'art. 6 si chiude con un'altra previsione per le ipotesi di fecondazione eterologa, che ha fatto molto discutere, vale a dire l'anonimato del donatore. L'ultimo comma dell'articolo, infatti, richiama la disciplina sull'anonimato di cui all'art. 5. Tale disposto ripropone il contenuto della legge 35/1988 e riafferma che la donazione di gameti e di pre-embrioni deve realizzarsi attraverso un contratto a titolo gratuito fra il donante e il centro autorizzato e solo per le finalità indicate dalla legge. La donazione – tale specificazione mancava nella l. 35/1988 – è nella piena e libera disponibilità del donatore naturalmente fino al momento in cui l'oggetto del dono sia ancora disponibile. La norma tende anche a salvaguardare con forma piena la volontà del donatore, che si vede venir meno il limite che era previsto dall'art. 5, c. 2 della l. 35/1988 – dell'autorizzazione della revoca solo nel caso di sopravvenuta infertilità⁴². Questa previsione pare più rispettosa del più generale principio del consenso informato che può sempre essere revocato e che è nella piena disponibilità del donatore, potendo apparire l'eventuale richiesta finanche come ingiustificata⁴³. Nel caso di revoca si procederà alla restituzione delle «spese effettuate dal centro». In effetti, la donazione genera un mero indennizzo nei confronti del donatore⁴⁴. Si parla di indennizzo, differentemente da quanto fa il disposto normativo, per ridurne (cosa che del resto fa anche la legge) il più possibile la finalità commerciale, in quanto la donazione non può avere alcun carattere lucrativo o commerciale. La «compensazione risarcitoria economica» deve compensare «strettamente» i «disagi» fisici, i costi dello «spostamento» e quelli «lavorativi» che sono conseguenti alla donazione, mentre essa non potrà generare alcun tipo di incentivo economico. La previsione di tale disposizione è logica e ragionevole fondandosi concettualmente il dono su basi di tipo altruistico.

Veniamo ora al profilo dell'anonimato del donatore. Il comma 5 continua a prescrivere che la donazione dovrà essere anonima e dovrà garantire la sicurezza dei dati di identità dei donanti con le bio-banche. Anche se il principio che regola la normativa è retto dall'anonimato, ciò non significa che esso sia di tipo assoluto, essendo soggetto a flessibilità così come riconosciuta proprio dalla legge 14/2006.

Il disposto, infatti, riconosce (come eccezione) il diritto dei figli (o dei loro rappresentanti legali) ad ottenere – nei casi, ad esempio, di fecondazione eterologa – «informazioni generali dei donatori»⁴⁵ esclusa, però, la loro identità. Le deroghe al principio generale dell'anonimato sono tassativamente positivizzate e quindi dalla stretta interpretazione: «solo *eccezionalmente*, in circostanze *straordinarie* tali da comportare un *rischio certo* per la *vita* e la *salute* del figlio ...[,] potrà essere rilevata l'identità dei donanti, sempre

⁴² Questa limitazione era stata criticata da quanti ne rilevarono una violazione dell'integrità morale dei donatori e alla loro dignità, perché “ridotti” a mere macchine di riproduzione, cfr., quindi, M^a del Pilar Cámara Aguila, *Sobre la constitucionalidad de la ley de técnicas de reproducción asistida*, in *Der. Privado y Constitución*, 13/1999, 131; A.F. Pantaleón Prieto, *Técnicas*, cit., 135.

⁴³ Nello stesso senso A. Díaz Martínez, *Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados*, in Id. (cur.), *Régimen*, cit., 90. Propende per una interpretazione più stretta, invece, F.J. Jiménez Muñoz, *op. cit.*, 28.

⁴⁴ Si utilizza l'espressione di F.J. Jiménez Muñoz, *op. cit.*, 29, nota 43.

⁴⁵ Cfr. l'art. 5, c. 6 della l. 14/2006.

che ciò sia *indispensabile* per evitare il rischio» (art. 5, c. 5, corsivi nostri). Il riferimento alla salute del figlio, che si aggiunge alla tutela (sempre nel caso di rischio certo) della sua vita, rappresenta una delle novità che si devono alla novella del 2006; la possibilità della conoscenza dell'identità, verificatesi (sole) tali circostanze, escluso, quindi, il “diritto” a conoscere il padre biologico, chiaramente non permette che con l'avvenuta conoscenza della discendenza biologica si instaurino dei legami giuridici quali il reclamo della paternità.

I donatori devono essere maggiorenni, in buono stato di salute e possedere la piena capacità di agire e di possedere quelle caratteristiche fenotipiche e psicologiche richieste dalla scienza e dalla tecnica per dimostrare la loro adeguatezza al trattamento e non essere, evidentemente, affetti da malattie genetiche, ereditarie, ovvero da infezioni trasmissibili con la discendenza, condizione prevista anche nel caso dei donatori stranieri.

L'articolo si chiude con il comma 7 che fissa in 6 il numero massimo di persone generate attraverso la tecnica della fecondazione (eterologa)⁴⁶ con gameti di uno stesso donatore e questo per evitare che «possano esistere molte persone con caratteristiche simili e che ... si produca un rischio eccessivo di unioni incestuose fra fratelli che disconoscano l'esistenza di tale vincolo, o, persino, tra lo stesso donatore e i figli biologici»⁴⁷.

In ultimo, e per concludere questa disamina delle previsioni normative più rilevanti della legislazione spagnola, si richiama un altro disposto legale che, insieme alla possibilità generalizzata di ricorrere alla tecnica della fecondazione eterologa, costituisce una peculiarità del sistema iberico, ovvero la fecondazione *post mortem*, vale a dire di quella tecnica che permette alla donna di utilizzare dopo la morte del marito il suo seme raccolto quando era ancora in vita, avvenendo la fecondazione *post mortem* del donatore. L'articolo da prendere in considerazione – e che ha ricevuto aspre critiche soprattutto per l'indubbio precipitato etico che porta con sé⁴⁸ – è il nono, che si apre con una norma relativa al regime della filiazione per la quale «Non potrà determinarsi legalmente la filiazione né riconoscersi effetto o relazione giuridica fra il figlio nato con l'applicazione delle tecniche disciplinate in questa legge e il marito deceduto quando il suo materiale riproduttivo non si trova nell'utero della madre prima della morte del marito» (c. 1). Tale disposto non costituisce un limite alla possibilità, riconosciuta al marito, di prestare il proprio consenso (che potrà essere revocato in qualsiasi momento), con testamento biologico, affinché il suo seme

⁴⁶ Per il rispetto di tale limite è sancito che i donatori dovranno dichiarare ad ogni donazione se ne hanno già fatte altre, fermo restando il controllo che sarà effettuato sotto la responsabilità del centro in cui si dona il seme, che, se rileverà il superamento del limite, procederà con la distruzione dell'oggetto delle donazioni.

⁴⁷ F.J. Jiménez Muñoz, *op. cit.*, 40-41.

⁴⁸ Fra i tanto, almeno, M. Gámiz Sanfeliu, *Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, in *Actualidad Civil*, 10/2009, F. Lledó Yagüe, *Reflexiones personales en torno a la fecundación «post mortem» y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica*, in A. Díaz Martínez (cur.), *Régimen*, cit., 155-171; E. Serrano Alonso, *El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación «post mortem»*, in AA.VV. (cur.), *La filiación*, cit., 365-386.

riproduttivo possa essere utilizzato nel termine di 12 mesi dalla sua morte al fine di fecondare la moglie (c. 2). Il termine di 12 mesi è appunto il doppio rispetto a quello previsto dalla legge 35/1988 che lo stabiliva in 6 mesi. Le ragioni di tale prolungamento del termine non sono specificati dal legislatore nei motivi che accompagnano la legge, quindi le motivazioni possono essere duplici sia perché il previgente termine era eccessivamente breve, stante il fatto patologico che non «tutti i giorni sono spendibili per la fecondazione ...», e che la condizione mentale dopo la morte del marito o del compagno, ovvero altre circostanze fisiche o di salute, possano impedirlo»⁴⁹ sia perché la donna dovrebbe scegliere «in un momento in cui sarebbe particolarmente fragile ed affranta per la morte del marito [...], che non le consentirebbe di porre in essere] una decisione così impegnativa non solo per la donna, ma, specialmente, per il frutto del concepimento»⁵⁰.

Prima di concludere, pare opportuno richiamare l'esigenza (tale è stata ritenuta dal legislatore) di produrre un'altra modifica della l. 35/1988, al fine di dare una risposta al problema del “che fare”⁵¹ con i pre-embrioni soprannumerari, *id est* quelli non impiantati, limitando anche il ripetersi di tali accumulazioni nel futuro. L'extra-produzione di pre-embrioni era conseguenza anche della mancata indicazione di un limite numerico su quanti ovuli potessero essere fecondati, prescrivendo la legge solo che «il numero di pre-embrioni considerato scientificamente come il più adeguato ad assicurare ragionevolmente la gravidanza» (art. 4) poteva essere trasferito nell'utero della donna. Gli embrioni non impiantati, dunque, erano crioconservati per cinque anni e poi distrutti (nella l. 35/1988, invece, non era previsto cosa si dovesse fare dopo tale termine). Si riconosceva, quindi, ampio potere decisionale del medico. Tale “discrezionalità” fu limitata (parzialmente) con la l. 45/2003, che intanto consentiva l'impiego a fini di ricerca dei pre-embrioni crioconservati e che fissava il limite di un massimo di tre ovociti per ogni ciclo produttivo. Rifiutando, comunque, limiti fissati in modo aprioristico, si veniva a stabilire un «massimo» di tre ovociti e la possibilità di derogare a tale limite nel caso questo sia impedito dalla «patologia di base dei genitori». A sua volta, la l. 14/2006 ha fatto venir meno il limite del numero massimo di ovociti da fecondare per ciclo, ma non anche il numero «massimo» di tre embrioni da trasferire in utero.

⁴⁹ F. Rivero Hernández, *Aspectos jurídicos privados más relevantes de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de la reproducción asistida*, in *Bol. Inform. Min. Just.*, 1517/1989, 575.

⁵⁰ M. Iacometti, *op. cit.*, 55. Tale “costrizione psicologica della libertà di scelta” è stata anche rilevata da chi ha scritto che “le manifestazioni di volontà predisposte dall'uomo poi deceduto sul destino dei suoi gameti ... possono essere interpretate come un dovere morale tale da condizionare la volontà della donna”, così M. Olaya Godoy, *op. cit.*, 338.

⁵¹ Si v. il Parere della *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. ¿Qué hacer con los embriones sobrantes? II Informe*, aprile 2000, in www.cnb.uam.es.

4. – La giurisprudenza del Tribunal Constitucional e la conformità dell’apertura ai trattamenti di procreazione assistita

Ripercorsa la regolamentazione giuridica sulla materia della procreazione medicalmente assistita, bisogna ora analizzare la giurisprudenza costituzionale del *Tribunal* che ha risolto (almeno giuridicamente) alcuni dei punti più controversi della legislazione finora vista e che, infatti, è stata riproposta nella legge 14/2006 proprio perché la legge 35/1988 era passata indenne al vaglio del *TC*. Il supremo organo della giustizia costituzionale spagnola ha, infatti, giudicato su diversi passaggi della legislazione come quelli inerenti proprio l’utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la possibilità della sospensione del trattamento, il trasferimento degli embrioni, l’anonimato del donatore e la sua donazione di gameti e di embrioni, l’accesso alla fecondazione eterologa non limitata alle coppie eterosessuali sposate.

La prima decisione da ricordare è del 1985 in quanto definisce la portata dell’art. 15 *CE* e del suo riferimento a «tutti», *id est* ai soggetti a cui è riconosciuto il diritto alla vita: «da vita del nascituro, in quanto incarna un valore fondamentale – la vita umana – garantito dall’art. 15 della Costituzione [... non potendosi in alcun modo dedurre che] al nascituro corrisponda anche la titolarità del diritto alla vita», in quanto ancora non nato⁵².

La decisione del *TC* che segna un punto importante su tutta la legislazione in tema di riproduzione assistita è la *STC* 116/1999, del 17 giugno (*Pleno*)⁵³, pronunciata a seguito⁵⁴ della presentazione di un ricorso di incostituzionalità promosso dai Deputati appartenenti al gruppo parlamentare di centro-destra dei Popolari avverso la totalità della legge 35/1988.

I motivi che costituiscono il *thema decidendum* sono sia di ordine formale che sostanziale.

⁵² Così la *STC* 53/1985, dell’11 aprile, (*Pleno*, *FFJJ* 5 e 7). Per continuare la citazione di questa importante decisione: «la protezione che la Costituzione assicura al nascituro implica per lo Stato due obbligazioni di carattere generale: quella di astenersi dall’interrompere o dall’ostacolare il processo di gestazione naturale, e quella di stabilire una disciplina giuridica per la difesa della vita che conduca ad una protezione effettiva della stessa. Questo non significa che tale protezione debba rivestire un carattere assoluto; dunque, come accade in relazione a tutti i beni e diritti costituzionalmente riconosciuti, in determinati casi può e deve essere soggetta a limitazioni», *FJ* 7.

⁵³ La decisione è annotata, fra gli altri, da G. Arruego Rodríguez, R. Chueca Rodríguez, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina (Reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de Junio)*, J. Vidal Martínez, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 376/89 contra la ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, entrambi in *Rev. der. gen. hum.*, 12/2000, 91-140; M^a. del Pilar Cámara Aguila, *Sobre la constitucionalidad de la ley*, cit. 117-148.

⁵⁴ Anche se la decisione era stata “anticipata” dalla *STC* 212/1996, del 19 dicembre (*Pleno*) (annota da L. González Morán, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre de 1996 (Prima y Segunda Parte)*, in *Rev. der. gen. hum.*, 9/1998, 183-194, 10/1999, 157-194), si ricorda che la *sentencia* 166 si è fatta attendere per ben dieci anni e questo, dal punto di vista degli “effetti politici” delle sentenze del giudice costituzionale (sui quali A. Ruggieri, *Gli “effetti politici” delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi*, in *www.giurcost.org*), sicuramente avrà avuto un suo peso.

Partiamo dal primo. Come si è visto nel paragrafo precedente, si è sempre parlato della legge come della fonte del diritto che ha disciplinato la materia della riproduzione assistita; la questione posta dai ricorrenti è che trattandosi di materia dalle evidenti ricadute sulla disciplina dei diritti fondamentali, essa doveva avere la forma della legge organica (e quindi seguire un particolare procedimento di formazione dell'atto), stante la prescrizione contenuta nell'art. 81, c. 1 della *CE* «Sono leggi organiche quelle relative alla regolamentazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche». I diritti fondamentali disciplinati, quindi, con una fonte diversa da quella richiesta dal testo costituzionale sarebbero stati *in primis* l'art. 10 (dignità umana), l'art. 15 (diritto alla vita) e l'art. 39, c. 1 (in tema di filiazione). Risolto subito il riferimento a tale ultimo parametro, in quanto non contiene un diritto fondamentale, per quanto riguarda la dignità dell'uomo, il *TC* afferma che neanche essa è coperta dalla riserva *ex art.* 81, c. 1, in quanto la dignità costituisce il «fondamento dell'ordine politico e della pace sociale» e non certo un diritto fondamentale; viene anche dichiarato infondato il riferimento al diritto alla vita, in quanto, se l'art. 15 *CE*⁵⁵ riconosce il diritto fondamentale alla vita «a tutti», e quindi ai nati, lo stesso non può dirsi per il nascituro, che gode di un bene giuridico⁵⁶, ma non certo di un proprio diritto fondamentale alla vita⁵⁷ e quindi, dal momento che la legge oggetto di scrutinio regola le tecniche di riproduzione che riguardano la fase di formazione dell'embrione umano, non viene in rilievo il diritto fondamentale alla vita così come tutelato dalla Costituzione, non richiedendosi, per tanto, il ricorso all'adozione della legge organica⁵⁸.

I profili sostanziali, come dicevamo, sono plurimi e riguardano l'intera legge 35/1988 e quindi (come vedremo, stante il dispositivo di infondatezza) conformano a Costituzione (in gran parte) anche la legge del 2006, che pur se ha abrogato la legge 53 ne ha riprodotto, ampliandoli, i medesimi contenuti.

Il primo profilo riguarda la possibilità di utilizzare a fini di ricerca i gameti e i pre-embrioni⁵⁹, ponendo in violazione l'oggetto con l'art. 15 *CE*. Il *TC* inizia a rilevare che la finalità della ricerca è quella di prevenire e trattare le malattie di origine genetica o ereditaria

⁵⁵ *STC* 53/1985, dell'11 aprile, (*Pleno*, FJ 5). La decisione è annotata, fra gli altri, da F. Martínez Vázquez, *Interrupción voluntaria del embarazo. Derecho a la vida*, in A. Dorrego de Carlos, L. Martí Mingarro, *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007, 65-72; A. López Moreno, C.M. García Miranda, J. A. Seoane Rodríguez, *La estimativa jurídica en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto*, in *Cuadernos de bioética*, 17-18/1994, 38-48; G. Díaz Pintos, *La concepción «totémica» del «nasciturus» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Persona y derecho*, 54/2006, 185-212.

⁵⁶ «La vita umana in formazione [è riconosciuta] come un bene che costituzionalmente richiede protezione» nella *STC* 75/1984, del 27 giugno (*Sala Segunda*, FJ 6).

⁵⁷ «Nel caso della vita del nascituro, non siamo dinanzi allo stesso diritto fondamentale [, *id est* il diritto alla vita], ma ... dinanzi ad un bene giuridico costituzionalmente protetto come parte del contenuto normativo dell'art. 15 *CE*», così la *STC* 212/1996, del 19 dicembre (*Pleno*, FJ 3).

⁵⁸ Cfr. la *STC* 116/1999, FJ 3.

⁵⁹ Cfr. la *STC* 116/1999, FJ 6.

e che il legislatore risponde positivamente al limite conformativo dell'art. 44, c. 2 della CE⁶⁰, secondo il quale «i pubblici poteri promuoveranno la scienza e la tecnica per il benessere dell'interesse generale».

Come è noto, anche nella giurisprudenza costituzionale spagnola, così come in quella italiana, è posto il confine tra giudizio di legittimità e quello di merito politico segnato dal problematico giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità; ed infatti il *Tribunal*, prima di sindacare la ragionevolezza della scelta legislativa compiuta, ha cura di affermare che non rientra tra le sue funzioni quella di «stabilire criteri o limiti in punto di determinazioni che [... solo il legislatore può fissare] in una materia soggetta a continua evoluzione e perfezionamento tecnico, sempre, è evidente, che le determinazioni legali non collidano con limiti e valori costituzionali»⁶¹.

Poste queste premesse, il *TC* dichiara infondate quasi tutte le questioni presentate, a partire da quella della violazione della protezione giuridica dei nascituri. L'art. 14 della legge 35/1988, nel disciplinare la ricerca su gameti e pre-embrioni non a fini riproduttivi, avrebbe comportato un attentato al diritto alla vita di questi ultimi. Per il *TC*, invece, la ricerca scientifica o la sperimentazione su gameti, vale a dire ovuli e spermatozoi, che ancora non hanno fecondato, non costituisce alcun attentato al diritto alla vita e il divieto di creazione di pre-embrioni tutela la dignità umana, e il carattere della ricerca deve essere esclusivamente rivolto a finalità diagnostiche, terapeutiche e preventive⁶².

Infondata è anche la questione sul diritto riconosciuto alla donna a cui si rivolge la tecnica della riproduzione assistita di decidere «in qualunque momento» la sospensione della sua realizzazione⁶³. La minoranza parlamentare ricorrente considerava tale disposto incostituzionale, nella misura in cui la richiesta di sospensione delle tecniche di riproduzione assistita implicherebbe la morte del frutto del concepimento realizzata *in vitro*, a prescindere che sia avvenuto già il trasferimento nel corpo della donna (costituendo una nuova causa di aborto non riconosciuta) o che esso non si sia già prodotto.

⁶⁰ Si potrebbe altresì ricordare anche l'art. 20, c. 1, lett. b): Sono riconosciuti e tutelati i diritti «alla produzione e creazione letteraria, artistica, scientifica e tecnica», corsivi nostri. In dottrina, almeno, R.L. Chueca Rodríguez, *El derecho fundamental a la investigación científica*, in *Revista electrónica del Dep. Derecho Univ. La Rioja*, 6/2008, 5-15; Id. (cur.), *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada, Comares, 2012.

⁶¹ Cfr. la *STC* 116/1999, FJ 6.

⁶² La l. 14/2006 ribadisce la finalità investigativa non a fini riproduttivi, infatti, oltre a prevedere la disciplina del consenso al trattamento di pre-embrioni da parte dei donatori, afferma, nel suo art. 14, c. 2, che «I gameti utilizzati nella ricerca o sperimentazione non potranno essere utilizzati per un loro trasferimento nella donna, né per originare pre-embrioni per fini procreativi». In particolare, il consenso sull'utilizzo dei pre-embrioni crioconservati può avere tre fini, quello dell'utilizzo per la propria coppia, quello della donazione a fini riproduttivi ovvero a fini di ricerca. Non è richiesto il consenso per quei pre-embrioni che trascorso il termine ultimo stabilito per la crioconservazione non potranno essere più utilizzati.

⁶³ Cfr. la *STC* 116/1999, FJ 10.

Il TC – accogliendo la tesi dell’Avvocatura dello Stato – ricorda che la lettera della legge è chiara nel riconoscere la possibilità della sospensione del trattamento fino al momento del trasferimento degli embrioni nell’utero materno, o fino al momento dell’inizio della gestazione, cadendo tutte le questioni poste dai ricorrenti. La qual cosa, in effetti, vale anche con riguardo all’inseminazione artificiale, prima, quindi, che i gameti siano trasferiti nel corpo della donna.

Proseguendo con queste argomentazioni, il TC rifiuta anche la richiesta d’incostituzionalità del disposto che permette di trasferire (solo ed esclusivamente) i pre-embrioni nel numero che la scienza considera come più adeguato al fine di assicurare ragionevolmente la gravidanza. Il TC, anche se non parla in modo esplicito della tutela della salute della donna, ha cura di sottolineare che non tutti i pre-embrioni devono essere trasferiti nell’utero della donna per il sol fatto di essere stati creati, anche se ciò procurerà la conseguenza che risulteranno esservi pre-embrioni soprannumerari, che saranno crioconservati nelle Banche autorizzate. Tale ultima pratica (la crioconservazione), inoltre, costituisce l’unico modo di evitare fecondazioni non necessarie (e questo è un «fatto scientificamente inevitabile»), e quindi la previsione in oggetto di scrutinio non è incompatibile con la dignità della persona, anche e soprattutto per la semplice ragione che i pre-embrioni non impiantati e i semplici gameti non sono persona umana, non impedendosi, così, la riduzione a cosa del frutto del concepimento, così come argomentato dai ricorrenti⁶⁴. Come abbiamo visto⁶⁵, questa normativa ha conosciuto diverse modifiche legislative.

Altra questione controversa, criticata da quanti argomentavano sulla riduzione a merce dell’individuo frutto del concepimento, è quella riguardante la donazione di gameti e di pre-embrioni, la previsione dell’anonimato del donatore, nonché quella del pagamento di una quota di denaro da parte delle strutture che ricevevano la donazione.

Non fondata è ritenuta la questione inerente il contrasto con l’art. 15 CE, stante il fatto che la legge non patrimonializza certo alcuno, evento che sarebbe chiaramente incompatibile con la dignità della persona, anzi la normativa, escludendo qualsiasi forma lucrativa, che infatti è espressamente vietata, si pone a garanzia che i pre-embrioni e i gameti non possano essere considerati alla stregua di beni oggetto di commercio⁶⁶.

I ricorrenti erano anche convinti che la ricerca orientata ad individuare malattie ereditarie (attraverso la diagnosi preimpianto) determini la selezione del solo pre-embrione sano, determinando, così, una depenalizzazione del delitto di aborto illegale. Che non sia così è dovuto al fatto che «i pre-embrioni *in vitro* non godono di una protezione

⁶⁴ Cfr. la STC 116/1999, FJ 11.

⁶⁵ Cfr. *retro* nt. 40 ed anche nt. 19.

⁶⁶ Cfr. la STC 116/1999, FJ 11.

equiparabile a quelli già trasferiti nell'utero materno», dovendo riconoscersi che la decisione ultima non può che essere della donna⁶⁷.

Altro capitolo più che interessante è quello che riguarda l'utilizzo (costituzionalmente legittimo) delle tecniche procreative anche da parte di donne non sposate. Il TC richiama l'istituto dell'adozione, che determina la circostanza per cui dei soggetti terzi si integrano e costituiscono una famiglia, dove i genitori legali non corrispondono a quelli biologici, e ricorda che tale circostanza è tutelata direttamente dal testo costituzionale dove – e questo a differenza del disposto costituzionale italiano – il concetto di famiglia non si riduce solo a quello matrimoniale⁶⁸. Del resto, come abbiamo evidenziato già in fase di premessa, l'utilizzo delle tecniche procreative si sgancia dall'unico utilizzo delle stesse per superare i problemi legati all'infertilità della coppia, e tale ampio utilizzo è legittimo perché ha il fine di «rendere possibile la fecondazione e, così, la creazione o la crescita della famiglia come unità fondamentale ed essenziale della convivenza»⁶⁹.

Ultima questione risolta dal *Tribunal* è quella che riguarda la previsione per cui «la donazione sarà anonima» e il suo lamentato contrasto con l'art. 39, c. 2 quando sancisce che «La legge consentirà l'accertamento della paternità»⁷⁰. La garanzia del segreto dell'identità del donatore⁷¹ così come assicurata dalla legge occulterebbe il padre biologico, ponendosi in violazione con la più che precisa ultima parte della disposizione costituzionale appena ora

⁶⁷ Cfr. la *STC* 116/1999, FJ 12: «per questo [stante la differenza tra i pre-embrioni nel testo ora ricordata], devono essere considerate come sufficienti le garanzie che nella disposizione si adottano [malattie ereditarie gravi, che non possono essere curate alla luce delle conoscenze scientifiche attuali]: in primo luogo, quella della malattia ereditaria rilevata deve essere trattata laddove sia possibile; e in secondo luogo, la disposizione solo permette ai professionisti che intervengono sul trasferimento». La l. del 2006, che amplia quella del 2003, sancisce *ex art.* 12, c. 1, che «l'applicazione delle tecniche di diagnosi prenatale ... dovrà essere comunicata all'autorità sanitaria corrispondente, che informerà di essa la commissione Nazionale di Riproduzione Umana Assistita», dalla quale si dovrà avere un parere favorevole.

⁶⁸ «*Nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio*», così la nota *STC* 222/1992, dell'11 dicembre, FJ 5. Il fatto che la famiglia non trovi origine esclusivamente nel vincolo matrimoniale ha fatto sì che in Spagna sia legittima l'adozione individuale anche (ed evidentemente) da parte di omosessuali. In dottrina cfr., per tutti, J. L. Martínez López-Muñiz, *La familia en la Constitución española*, in *Rev. esp. der. const.*, 58/2000, 11-43; G. Cámara Villar, *Familia y Constitución*, in *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 14/2002, 47-84; V. Ferreres Comella, *El principio de igualdad y el «derecho a no casarse». A propósito de la STC 222/1992*, in *Rev. esp. der. const.*, 42/1994, 163-196; Y. Gómez Sánchez, *Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución*, in *Revista derecho pol.*, 36/1992, 207-223; M. Iacometti, *La tutela della famiglia in Spagna*, in questa *Rivista*, II-2010, 613-643.

⁶⁹ Cfr. la *STC* 116/1999, FJ 13.

⁷⁰ Corsivi nostri.

⁷¹ In tema fra gli ultimissimi, cfr. N. Igareda González, *El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos*, in *Rev. derechos y libertades*, 31/2014, 227-249.

richiamata, e con il principio di eguaglianza rispetto ai figli nati in modo naturale, che non vedrebbero ostacolata in alcun modo la possibilità di ricercare l'identità paterna⁷².

Il TC fornisce una interpretazione del testo costituzionale che fa salva la norma legale impugnata⁷³. Infatti, procedendo attraverso una interpretazione di tipo letterale, la Costituzione fa ricadere in capo al legislatore un vincolo tendente a “consentire” la ricerca della paternità, ma ciò non significa che la disposizione costituzionale consacri un diritto incondizionato in favore dei cittadini avente ad oggetto «l'accertamento, in ogni caso e prescindendo dal concorso di legittime ragioni per non farlo, dell'identità dei genitori»⁷⁴. Detto in altro modo, la disposizione costituzionale sarebbe violata da una legge che avesse impedito la ricerca della paternità senza essere fondata da alcuna «ragionevole ragione», e non è questo il caso.

Il TC ricostruisce l'azione di ricerca e di riconoscimento della paternità *ex art.* 39, c. 2 come quella attivata al fine di costruire un vincolo giuridico (con connesso precipitato di diritti e doveri) tra i soggetti coinvolti, al fine di completare, in tal modo, la relazione giuridica figlio-padre. La qual cosa, come detto, non rientra nella disciplina della procreazione medicalmente assistita nella quale al donante è riconosciuto (in modo ragionevole, dunque) l'anonimato, che è, come abbiamo visto *supra*, di tipo “relativo”⁷⁵, potendo il figlio conoscere, seppur come eccezione alla regola posta, i dati biogenetici del donante al fine della tutela della propria salute, e questo, a maggior ragione dopo la riforma complessiva del 2006. Il TC ha quindi risolto in questo modo la questione bilanciando a favore della madre, che ha il diritto a procreare, e a detrimento del diritto del figlio a conoscere le sue origini biologiche. Quest'ultima tematica è stata posta con grande

⁷² Argomenti sull'incostituzionalità della disposizione sono stati avanzati anche da varia ed autorevole dottrina: J. Vidal Martínez, *Las nuevas formas*, cit., 36; F. Rivero Hernández, *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial*, in AA.VV. (cur.), *La filiación*, cit., 155 ss.; J. Delgado Echeverría, *Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde*, M. Carbajo González, *El principio de verdad biológica y las relaciones de filiación derivadas de la inseminación artificial y la fecundación in vitro: el anonimato dal dador*, entrambi in AA.VV. (cur.), *La filiación*, cit., e rispettivamente a 201-230 e 404-405; A.F. Pantaleón Prieto, *Técnicas*, cit., 138; Y. Gómez Sánchez, *op. cit.*, 116; J. Vidal Martínez, *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*, in *Rev. gen. derecho*, 600/2004, 17; M^a. Corona Quesada González, *El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1994, 290; R.J. De Estéfani, *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, 672 (che parla di «deseo caprichoso de maternidad»); R. Durán Rivacoba, *El anonimato del progenitor*, in *Aranzadi Civil*, 1/2004, 2081-2120; F.J. Jiménez Muñoz, *op. cit.*, 37-39; A. Romero Pareja, *La reproducción humana asistida, desarrollo legal y jurisprudencial*, in G. Ruiz-Rico Ruiz, M^a. L. Moreno-Torres Herrera, N. Pérez Sola (cur.), *Principios y derechos constitucionales de la personalidad: su proyección en la legislación civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; Á. Ruiz Sáenz, *El anonimato del donante en los supuestos de reproducción humana asistida*, in *Der. y Salud*, 23/2013, 152-156.

⁷³ Argomenti per la costituzionalità della normativa in F. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial*, cit., 123; A. Nieto Alonso, *El principio de prevalencia El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida*, in A. Díaz Martínez (cur.), *Régimen*, cit., 21-60; L.I. Arechederra Aranzadi, *La paternidad del donante*, in *La Ley*, 3/2005, 1800-1802.

⁷⁴ Così la STC 116/1999, FJ 15.

⁷⁵ In ultimo, si v. F.J. Jiménez Muñoz, *op. cit.*, 39.

insistenza dalla dottrina, ma nella *sentencia* esaminata essa non viene ritenuta eccessivamente meritevole, in quanto per il *TC* la previsione di un anonimato “relativo” tende comunque ad assicurare una forma di protezione per i figli in relazione alla salute). Il *TC* è quindi ben consapevole del fatto che l’ambito della tutela del diritto all’anonimato del donatore condiziona concretamente il soddisfacimento della contrapposta aspirazione del figlio alla conoscenza delle proprie origini, e viceversa, trattandosi di interessi difficilmente bilanciabili tra di loro.

Inoltre, viene valutato come ragionevole il limite legislativo, in quanto rispondente alla necessità di «permettere l’ottenimento di gameti e pre-embrioni che possono essere trasferiti nell’utero materno ed essenziali per l’attuazione di queste tecniche di riproduzione assistita ..., con il diritto all’intimità dei donatori, contribuendo così a promuovere l’accesso a queste tecniche di riproduzione artificiale, mentre si trova in un campo medico nel quale per diverse ragioni – da quelle culturali ed etiche, a quelle derivanti dalla stessa novità tecnologica di questi mezzi di fecondazione – può risultare particolarmente difficoltoso ottenere il materiale genetico necessario per realizzarle»⁷⁶. Tale *obiter*, essendo stata la questione già risolta, proprio in quanto tale non è risolutivo, in quanto per ovvie ragioni la ricerca di una maggiore facilità nell’ottenere donazioni non può porsi in violazione dei diritti fondamentali.

5. – Conclusioni

La ricostruzione della giurisprudenza del *TC* ci permette di svolgere alcune considerazioni più generali sul ruolo svolto dalle Corti costituzionali (limitatamente ai casi spagnolo e italiano) quando sono chiamate ad occuparsi di ciò che va sotto il nome di “biodiritto”. La giurisprudenza costituzionale spagnola è posta in comparazione a quella italiana – che è stata richiamata, seppur incidentalmente⁷⁷, all’inizio di questo scritto – perché in quest’ultima si rinviene un passaggio, nelle motivazioni che sorreggono il dispositivo della sent. n. 162/2014, che ci pare meritevole di attenzione e che ci permette di arrivare a delle conclusioni che prescindono dalla “concretezza” del giudizio *de quo*.

La Corte costituzionale italiana si è quasi sempre trovata dinanzi a normative che ponevano limiti forti all’autodeterminazione dell’individuo e all’autonomia e alla responsabilità del medico, a differenza di quanto – come si è visto – è accaduto al *Tribunal Constitucional*, che ha giudicato scelte legislative che non solo riconoscevano tali principi, ma che riuscivano anche “a stare al passo” (modificando periodicamente la normativa) con il

⁷⁶ *STC* 116/1999, FJ 15.

⁷⁷ E riportando l’argomentazione sull’irrazionalità della legge, che è forse quella più debole; ampiamente sul punto C. Tripodina, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. Cost.*, 3/2014, 2600.

progresso medico-scientifico, e, quindi, a regolamentarlo in un testo di legge (fino al punto di riconoscere un diritto alla procreazione grazie all'utilizzo della tecnica come nel caso sottoposto alla nostra attenzione). Stante tale *modus procedendi*, il TC “si è limitato” a riconoscere la conformità a Costituzione della legislazione portata al suo scrutinio senza dover produrre quella giurisprudenza – invece molto nota in Italia – che si fonda sulla c.d. ragionevolezza scientifica delle leggi⁷⁸. Scopo del richiamo della sent. n. 162 del 2014, quindi, non è quello di giudicarne la fondatezza argomentativa⁷⁹ o meno⁸⁰, quanto piuttosto quello di inquadrarla (e questo anche perché lo fa la Corte medesima) nel filone giurisprudenziale appena richiamato.

La decisione numero 162 del 2014, pur se con essa la Corte pare abbia compiuto un salto “qualitativo” di una certa rilevanza rispetto alla sua pregressa giurisprudenza⁸¹,

⁷⁸ In dottrina, almeno, S. Penasa, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, 817-842; G. Silvestri, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2004; R. Bin, *La Corte e la scienza*, G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, entrambi in A. D'Aloia (cur.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Seminario del Gruppo di Pisa tenutosi a Parma il 19 marzo 2004*, Torino, Giappichelli, 2005, 6-10; P. Veronesi, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 3/2009, 591-618; G. D'Amico, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino, Giappichelli, 2001, 444-446.

⁷⁹ S. Penasa, *La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in www.forumcostituzionale.it; C. Casonato, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu; G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it.

⁸⁰ Su tutti A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in www.giurcost.org; C. Tripodina, *Il “diritto al figlio”*, cit., 2593-2560; M.G. Rodomonte, *È un diritto avere un figlio?*, in www.confronticostituzionali.eu; A. Ruggeri, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu*, in www.forumcostituzionale.it; G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in www.giurcost.org; V. Tigano, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁸¹ Secondo il giudice delle leggi, i limiti all'utilizzo della tecnica procreativa c.d. eterologa incidono su due beni costituzionali: la scelta della coppia di procreare e di formare una famiglia che abbia anche dei figli (espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi) e la tutela del diritto alla salute psichica. L'incostituzionalità del divieto assoluto di ricorrere alla eterologa discende dal fatto che esso non poggia su alcun fondamento costituzionale e quindi la Corte rileva l'irragionevolezza della normativa che vieta in modo assoluto il ricorso alle tecniche procreative di tipo eterologo, in quanto i limiti posti per l'utilizzazione della tecnica medica, “anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di *ordine etico*, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto [...], a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale”. Il divieto, *id est*, non è sorretto dall'esigenza “di garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame” (p.to 6 cons. dir). La Corte non rileva alcun rischio per l'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali che è quello della persona nata dalla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in quanto non sussiste il rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale né la violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica. Nel *caso de quo*, il legislatore decideva di non consentire il ricorso ad una precisa tecnica medica (procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo), a differenza dei casi in cui, pur decidendo di basarsi su cognizioni tecnico-scientifiche, lo

richiama diversi e significativi precedenti e li consegna così all'interprete e al legislatore che deve sempre tener presente⁸² che nessuna scelta legislativa, negli ambiti dove rileva il trinomio scienza-tecnica-diritti, può (*rectius* potrà) prescindere dal fatto che “un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela”⁸³, dal “consenso espresso dai soggetti coinvolti” e quindi dalla salvaguardia dell'autonomia e della “responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali, fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali”⁸⁴.

Il TC poche volte è stato chiamato a pronunciarsi su tali tematiche, vale a dire su leggi dall'alto “contenuto” tecnico, e quindi poche volte ha giudicato sull'utilizzo (o meno) di una determinata tecnica da parte del legislatore e ciò anche per la presenza del *recurso de amparo*, che lascia sullo sfondo (anche numericamente) il giudizio “astratto” incidentale. Quando pure è stato chiamato a giudicare sulla legittimità della legge, il *Tribunal* aveva comunque di fronte un atto legislativo che “permetteva”, che “riconosceva” anziché “vietare” e che decideva di regolamentare la conoscenza tecnica (per l'evidente precipitato che essa produce sui diritti delle persone e ciò si coglie bene dall'analisi delle motivazioni che reggono le scelte legislative) operando in modo “mite”.

In via di conclusioni, dunque, si può affermare che la giurisprudenza del TC e la legislazione che interessa la RHA sono una dimostrazione del modo in cui sarebbe doveroso normare in tema di biodiritto, vale a dire consentendo e non impedendo (stesse indicazioni arrivano dalla giurisprudenza costituzionale italiana) tramite una regolamentazione il più possibile leggera⁸⁵ aperta, *id est*, al riconoscimento ampio del

faceva in modo errato, disconoscendole in modo arbitrario. La Corte, però, afferma che “la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere *incoercibile*, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera” (p.to 6 cons. dir., corsivi nostri).

⁸² S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, entrambi in www.forumcostituzionale.it; S. Agosta, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, in *Biolaw Journal*, 2/2014, 103. Cfr. anche e nella medesima rivista M. D'Amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, 13-36.

⁸³ Sent. n. 162/2014, p.to 7 *cons. dir.*, che implicitamente richiama la sent. n. 282/2002, p.to 5 *cons. in dir.* Ma si v. anche la ancora più recente sent. n. 274/2014, p.to 6 *cons. dir.*

⁸⁴ Sent. n. 162/2014, p.to 7 *cons. dir.*, che richiama la sent. n. 151/2009, p.to 6.1. *cons. dir.*

⁸⁵ Una produzione legislativa «mite», «elastica», «leggera», «tollerante» o «flessibile», così deve essere per autorevole dottrina (S. Rodotà (cur.), *Questioni di bioetica*, Bari, Laterza, 1993, VIII e 430) al fine

principio di autodeterminazione – fuggendo da una matrice chiaramente ideologica e quindi divisiva – e che si aggiorni continuamente quando si palesano le criticità insite in ogni regolazione che vuole giuridicizzare il fatto scientifico. Solo così, del resto, si può “superare” il noto paradosso⁸⁶ della lentezza della legge che è “fisiologicamente” in ritardo rispetto alla velocità del fatto tecnologico-scientifico, che sempre più difficilmente si fa governare, pur producendo effetti importanti sulla natura soggettiva non meno che sulle relazioni intersoggettive della modernità sociale. Tali effetti sono valutabili (nel caso sottoposto alla nostra attenzione) considerando le pratiche di scomposizione e ricomposizione del processo riproduttivo che si realizzano con la procreazione assistita, la quale comporta la separazione della vita biologica da quella biografica; nel caso specifico della fecondazione eterologa, poi, si realizza addirittura la separazione dell’atto generativo dalla paternità e del patrimonio genetico dalla linea genealogica.

Una regolamentazione “leggera”, dunque, per diminuire la forza di una normazione di stampo repressivo ed autoritario intorno alla disciplina giuridica delle funzioni biologiche e riproduttive del corpo, assecondando (pur regolandole)⁸⁷ le opportunità sempre più ampie benché pervasive del sapere medico e tecnologico scientifico.

di non imporre autoritativamente valori non condivisi (Id., *La vita e le regole*, cit., 201). Cfr., anche, i significativi interventi raccolti in M. Luciani, R. Romboli (coord.), *Il Forum – Bioetica e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1996, e in AA.VV., *Forum: Law and the life sciences*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 1/2014, 5-86.

⁸⁶ In dottrina, per tutti, C. Casonato, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2012.

⁸⁷ A tal proposito la sent. n. 162/2014 non dichiara l'irragionevolezza del divieto all'utilizzo dell'eterologa, quanto piuttosto il suo carattere assoluto. Da questo punto di vista le regolamentazioni vigenti in Italia e in Spagna (tranne che per il caso della c.d. maternità surrogata) continuano ad essere incomparabili.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

**Il baluardo dell'immunità degli Stati dall'esercizio della
giurisdizione civile come limite all'affermazione
dell'international constitutionalism: isolamento
o consapevolezza della Corte costituzionale italiana?**

**The stronghold of States' immunity in the civil jurisdiction
as a limit to the affirmation of an international
constitutionalism: isolation or awareness of the Italian
Constitutional Court?**

Graziella Romeo

Abstract

The paper is aimed at discussing the decision 238/2014 of the Italian Constitutional Court in the frame of the European and American case law and doctrine in the field of States' immunity in civil jurisdiction. The reason of such analysis has to be traced back to the need of bringing back the attention to the substance that lays at the basis of the decision, mainly outlining the close connection between constitutional and international law when coming to the protection of fundamental rights (and human rights in particular), leaving behind the problem of the relationship between legal orders.

Tag: States liability, human rights infringements, customary international law, international constitutionalism, civil jurisdiction



Il baluardo dell'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile come limite all'affermazione dell'international constitutionalism: isolamento o consapevolezza della Corte costituzionale italiana?

di Graziella Romeo

1. – Sul terreno del diritto comparato, la sentenza della Corte costituzionale, n. 238 del 2014 rappresenta un interessante esercizio intellettuale. Per un verso, si presta ad essere analizzata sotto il profilo del rapporto tra il diritto internazionale e il diritto costituzionale, per l'altro si offre a riflessioni che attengono più immediatamente al profilo del riconoscimento, sul piano del diritto domestico, di quella specifica norma di diritto internazionale consuetudinario che è rappresentata dall'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile anche nell'ipotesi di violazione grave dei diritti umani.

Una parte della dottrina americana si è affrettata ad avvicinare la pronuncia della Consulta alla giurisprudenza della Corte Suprema, rivendicando addirittura la diretta influenza di quest'ultima sull'indirizzo giurisprudenziale della prima¹. Dal canto suo, la dottrina domestica sembra isolare la prospettiva del giudice costituzionale da quella degli omologhi di altri Paesi, almeno nell'ambito della cd. *Western Legal Tradition* e con l'ovvia – dalla prospettiva europea generalmente più sensibile al dato internazionale – eccezione degli Stati Uniti, tradizionalmente restii ad accettare la prevalenza delle norme del diritto internazionale su quelle di diritto interno.

¹ E. Kontorowich, *Italy adopts Supreme Court's view of ICJ authority*, in *The Washington Post*, 28 Oct. 2014, disponibile all'indirizzo Internet <http://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/10/28/italy-adopts-supreme-courts-view-of-icj-authority/>.

La dottrina americana, peraltro, si spinge sino ad affermare che perfino uno Stato europeo, con approccio sostanzialmente monista al diritto internazionale, riconosce finalmente la sovranità statale nel dare seguito alle pronunce della Corte internazionale di giustizia, quasi che la sent. 238/2014 possa essere interpretata quale segnale rivelatore di una tendenza emergente nel senso del ridimensionamento della capacità del diritto internazionale di penetrare nell'ordinamento domestico².

Più in generale, la dottrina internazionalistica collega alla pronuncia in commento questo genere di effetto demolitorio delle potenzialità del trasformatore automatico contenuto nell'art. 10, Cost.

A questa prospettiva di analisi, che pone al centro dell'attenzione gli effetti per così dire sistemici e fattuali della decisione della Consulta³ più ancora che il percorso argomentativo della sentenza, se ne aggiunge una ulteriore – generalmente lasciata sullo sfondo – che attiene alla norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile. In questo specifico ambito, la dottrina internazionalistica segnala la singolarità della ricostruzione del giudice delle leggi, rimarcandone l'incoerenza rispetto all'impianto generale delle relazioni che caratterizzano il diritto internazionale.

Proprio quest'ultimo è, invece, il piano di analisi su cui intendono muoversi queste riflessioni, le quali mirano essenzialmente a collocare la pronuncia della Corte nell'ambito della giurisprudenza e della dottrina europee e americane in materia di immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile. E per questa via provare a comprendere il portato della sentenza della Corte costituzionale.

La ragione per la quale si ritiene opportuno affrontare il tema da questa prospettiva di analisi è riconducibile alla necessità di riportare l'attenzione sul piano della questione sostanziale che è posta alla base della pronuncia, evidenziando, da questo punto di vista, lo stretto legame che essa sembra voler innestare tra il diritto costituzionale e il diritto internazionale nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali (e in specie dei diritti umani).

Queste riflessioni, in altri termini, lasciano volutamente sullo sfondo il problema del rapporto tra ordinamenti, argomento oggetto di molte e approfondite analisi⁴, pur nella consapevolezza che tale prospettiva di studio è per molti versi la più adeguata a cogliere i riflessi della pronuncia tanto sul versante domestico quanto su quello internazionale. Al contempo, però, la visuale di chi studia il rapporto tra ordinamenti è focalizzata sulla riconduzione della sentenza agli schemi dei meccanismi di interazione tra il diritto interno e

² Kantorowich sostiene infatti «it may be part of what internationalist commentators like the most – a “global judicial dialogue,” in which Europe is beginning to listen to America».

³ Sul punto v. A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014 e F. Fontanelli, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, disponibile all'indirizzo Internet www.diritticomparati.it/2014/10/i-know-its-wrong-but-i-just-cant-do-it-right-first-impressions-on-judgment-no-238-of-2014-of-the-italianconstitutional.html.

⁴ V. P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

quello internazionale più che sul dato della decisione sostanziale assunta dalla Corte costituzionale. Il profilo sostanziale però appare essenziale per comprendere la decisione n. 238/2014 e il problematico rapporto che essa sembra voler intrattenere con il diritto consuetudinario internazionale.

Allo stesso modo, neppure si indagheranno – sotto il profilo comparato – gli altri profili di sostanza e di metodo che emergono dalla pronuncia e che sono stati compiutamente analizzati, in chiave domestica, dalla dottrina italiana⁵: il sindacato su norme consuetudinarie preesistenti alla Costituzione, la dichiarazione di inesistenza di una norma come conseguenza della violazione di principi costituzionali fondamentali, l'utilizzo di una tecnica decisoria che produce effetti sistemici in luogo di una diversa che avrebbe contenuto tali effetti e, in particolare, evitato di produrre l'annullamento di una norma contenuta nella legge che ratifica lo Statuto delle Nazioni Unite.

La prospettiva di elezione è specificamente quella dei diritti, nel tentativo di portare alla luce il significato della sentenza nel senso della valorizzazione della dimensione costituzionale del diritto internazionale, nel senso cioè dell'*international constitutionalism*⁶. Queste riflessioni, dunque, guardano alla tecnica di limitazione del potere statale più che alla vocazione (nel senso di apertura) internazionale del diritto costituzionale.

2. – Se si volge lo sguardo alle altre esperienze nazionali di ambito europeo, è facile constatare come la norma che afferma l'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile sia generalmente interpretata come operativa anche nelle ipotesi di violazione grave dei diritti umani. Al contempo, emergono tuttavia almeno due tendenze: per un verso, quella di circoscrivere puntualmente le ipotesi di ricorso allo strumento dell'immunità giurisdizionale; per l'altro, quella di evidenziare l'esistenza di una accresciuta sensibilità della comunità internazionale al tema dei diritti umani e, in particolare, della loro giustiziabilità.

2.1. – In questa prospettiva, per esempio, ragiona il *Bundesverfassungsgericht*⁷ che riconosce l'immunità dalla giurisdizione per tutte le condotte *iure imperii*, quand'anche esse consistano in violazioni dei diritti umani commesse dal regime dal *Reich*. In una pronuncia

⁵ V. A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consultaonline*, 2014 e Id., *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali possibili "seguiti" della 238 del 2014?*, in *Consulta on line*, 2015, disponibile all'indirizzo Internet www.giurcost.org/studi/ruggeri45.pdf e M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, scritto destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*. V. inoltre P. Passaglia, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, disponibile all'indirizzo Internet www.diritticomparati.it/2014/10/una-sentenza-auspabilmente-storica-la-corte-limita-l-immunit%C3%A0-degli-stati-esteri-dalla-giurisdizion.html.

⁶ V. A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law*, in 47 *Harvard Int'l L.J.*, 223 (2006).

⁷ Cfr. 2 BvR 1476/03, del 15 febbraio 2006.

del 2006, infatti, il Tribunale costituzionale federale ha affermato che il riconoscimento della *State immunity* non solleva problemi di compatibilità con la Legge Fondamentale dal momento che l'art. 135a, c. 1, n. 1 deve essere interpretato nel senso che l'obbligazione risarcitoria debba essere esaminata sulla base del diritto vigente al momento in cui i fatti lesivi sono stati compiuti. In altri termini, come il Tribunale aveva già avuto modo di rilevare⁸, l'evoluzione del diritto internazionale e, in particolare, dei diritti umani con il conseguente riconoscimento della soggettività internazionale del singolo non possono determinare un mutamento di prospettiva e dettare una conclusione diversa. D'altra parte, l'art. 3 della IV Convenzione de L'Aja, che statuisce la responsabilità risarcitoria della parte belligerante che violi le norme convenzionali, non costituisce una norma *self-executing* e dunque non attribuisce al singolo un diritto soggettivo azionabile in giudizio.

In altri termini, le azioni di risarcimento del danno devono essere indirizzate dai cittadini stranieri al loro Stato di appartenenza, il quale potrebbe regolare le responsabilità storiche sulla base di trattati bilaterali. Peraltro, secondo i giudici costituzionali ciò non si pone in violazione dell'art. 25 della Legge Fondamentale, che colloca le regole generali del diritto internazionale in cima alla gerarchia delle fonti primarie del diritto, dal momento che non è ritenuta esistente una norma generalmente riconosciuta nel diritto internazionale che obbliga gli Stati ad assicurare parità di trattamento tra cittadini e non cittadini.

La tesi è poi ribadita con riferimento alla responsabilità della Repubblica federale di Germania per l'omicidio e la violazione dell'integrità fisica di civili durante la guerra del Kosovo⁹. I giudici costituzionali affermano che non esiste, nel diritto internazionale, una norma generalmente riconosciuta che ammetta l'azione individuale di risarcimento del danno per violazione del diritto internazionale umanitario avverso allo Stato responsabile. Al contrario, è lo Stato di appartenenza del singolo che può agire contro lo Stato ritenuto colpevole della violazione¹⁰.

La giurisprudenza della Corte di cassazione francese¹¹, invece, si concentra più specificamente sulla necessità di circoscrivere le nozioni di *acta iure imperii* e di *acta iure gestionis*. In particolare, in una pronuncia del 2003, la Corte ha individuato i primi ricorrendo al criterio della partecipazione dell'atto all'esercizio della sovranità statale, così chiarendo che l'invocazione dell'immunità deve essere ricollegata al compimento di un atto che esprime la dimensione sovrana, cioè le prerogative di potere pubblico dello Stato. Ne consegue che lo scudo immunitario non possa essere fatto valere di fronte ai casi in cui lo Stato agisce come soggetto privato¹².

L'argomentazione svolta dalla *Court de cassation* resiste anche nelle ipotesi in cui i ricorrenti lamentino la violazione delle convenzioni internazionali a tutela dei diritti

⁸ Cfr. 2 BvL 33/96, del 13 maggio 1996.

⁹ 2 BvR 2660/06/2 BvR 487/07, del 13 agosto 2013.

¹⁰ La tesi è peraltro costantemente seguita dalla giurisprudenza di merito di tutti i gradi: cfr. Corte distrettuale di Bonn, I 0358/95, del 23 giugno 1997; Corte d'Appello di Colonia, III ZR 245/98 dell'8 agosto 1998.

¹¹ Cfr. Cour de cassation, Ch.. mixtes, sent. n. 00-45.630 del 20 giugno 2003.

¹² Cfr. Cour de cassation, Ch. mixtes, sent. n. 20 giugno 2003, cit.

umani¹³. La non applicazione dell'immunità può discendere semmai dall'esistenza di un trattato bilaterale che escluda il ricorso all'immunità da parte del Paese responsabile della violazione produttiva di un danno risarcibile¹⁴. La posizione della Corte, del resto, non muta neppure quando in questione vi sia una condotta di stampo terroristico. Così, nell'azione di risarcimento del danno intentato dagli aventi causa delle vittime dell'attentato del settembre 1989 al volo in servizio da Brazaville-Parigi, i giudici francesi hanno riconosciuto l'immunità giurisdizionale della Libia, ritenuta alla stregua di una norma consuetudinaria di radicata applicazione nel diritto internazionale non eludibile dalla natura di *ius cogens* della norma violata¹⁵.

L'orientamento della Corte di cassazione francese è spiegato da alcuni autori¹⁶ sulla base della tendenza del giudice di legittimità a inquadrare il tema dell'immunità degli Stati attraverso l'impiego del criterio oggettivo o formalista ovvero del criterio finalista. Nel primo caso, la condotta sarebbe classificabile sulla base della natura intrinseca dell'atto impugnato e della procedura relativa alla sua formazione. Nel secondo caso, invece, la riconduzione alla categoria degli atti *iure imperii*, coperti da immunità, dipende dall'accertamento dell'obiettivo perseguito dall'autore dell'atto, il quale deve qualificarsi come compiuto nell'interesse del servizio pubblico. La commissione di un atto terroristico, così come di atti in aperta violazione dei diritti umani è difficilmente inquadrabile nelle categorie menzionate e, secondo parte della dottrina, tale circostanza spinge la Corte di cassazione ad assumere decisioni ambigue in cui il conflitto tra due norme del diritto internazionale, l'una di *ius cogens* e l'altra di diritto consuetudinario, è risolto con un'affermazione generica delle prerogative della sovranità statale.

2.2. – Se con riferimento alle immunità dall'esercizio della giurisdizione penale il Regno Unito ha affermato che gli atti di tortura, al pari degli altri atti consistenti nella commissione di crimini internazionali, non possano essere inquadrati nella categoria degli atti coperti da immunità funzionale del Capo dello Stato¹⁷, il tema delle immunità dall'esercizio della

¹³ Cour de cassation, 1° Ch. civile, sent. n. 03-41851 del 2 giugno 2004.

¹⁴ Cour de cassation, 1° Ch. civile, sent. n. 02-45961 del 16 dicembre 2003 e 1° sez. civile, n. 04-47504 del 3 gennaio 2006.

¹⁵ Cour de cassation, 1° Ch. civile, n. 09-14.743 del 9 marzo 2011. Invero, allo Stato Libico non era imputata la commissione dell'atto, quanto la sua facilitazione, determinata dalla circostanza per cui esso aveva rinunciato ad accertare e perseguire le responsabilità.

¹⁶ Sul p.to v. in particolare O. Bachelet, *Droit d'accès au juge (art. 6 §1 CEDH): immunité de juridiction civile des Etats et terrorisme*, in *La Revue des Droits de l'Homme, CREDOF-Paris Ouest Nanterre-La Défense*, 2011, disponibile all'indirizzo Internet <http://revdh.org/2011/03/19/droit-d-accés-au-juge-art-6-§-1-cedb-immunite-de-jurisdiction-civile-des-etats-et-terrorisme/>. Secondo l'A., la posizione della Corte si pone «à contre-courant de l'évolution récente du droit international public». Inoltre, la soluzione patrocinata deve essere censurata in ragione della contraddizione insita nell'affermare contestualmente da un lato, che lo Stato libico non poteva essere ritenuto responsabile per la commissione di un illecito e, dall'altro, che esso ne aveva però consapevolmente agevolato la commissione.

¹⁷ Cfr. le sentenze relative al caso Pinochet: *House of Lords: Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet (Pinochet I)*, 3 W.L.R. 1456 (H.L. 1998), del 25 novembre

giurisdizione civile sembra caratterizzarsi assai diversamente. L'argomentazione della House of Lords nel noto caso *Jones*¹⁸ si muove lungo binari affini a quelli della Corte di cassazione francese. Sebbene riconoscano la natura di *ius cogens* delle norme relative alle violazioni in contestazione (divieto di tortura e di atti inumani e degradanti), i *Law Lords* ritengono che la *State immunity* rappresenti un ostacolo procedurale insuperabile all'azionabilità in giudizio, nel foro dello Stato estero, della responsabilità civile per risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto umano. Tali violazioni, dunque, devono trovare forme di compensazioni in sedi diverse da quella giudiziale¹⁹.

Dall'altra parte dell'Oceano, la categoria degli atti coperti dall'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, pur coincidendo in via generale con quella elaborata dalle Corti europee, si presta a sviluppi in parte diversi, in buona parte determinati dall'espresso riconoscimento della dimensione politica delle decisioni in questo ambito del diritto. Così, in Canada lo *State Immunity Act*²⁰ consente la non applicazione della regola sull'immunità dello Stato straniero responsabile di azioni od omissioni che abbiano determinato danni personali o materiali, nel caso in cui tali danni si siano prodotti in territorio canadese²¹. L'interpretazione di questa norma è stata al centro della decisione *Estate of the Late Zahra Kazemi, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.*²². Il caso concerne la vicenda di una giornalista e fotografa di cittadinanza canadese arrestata e torturata in Iran dagli agenti di pubblica sicurezza che la trattenevano in custodia. Il figlio adisce una corte canadese per ottenere la condanna al risarcimento del danno delle autorità iraniane responsabili delle violenze e, in ultimo, della morte della madre. La *Court of Appeal* dell'Ontario esclude la non applicazione della regola sull'immunità sulla base della circostanza per cui gli eventi lesivi si sono prodotti al di fuori dai confini canadesi²³. Al contrario, la *Superior Court of Quebec*²⁴, con una pronuncia poi confermata dalla *Court of Appeal of Quebec*²⁵, accoglie il ricorso del figlio per il fatto che i danni morali a suo carico si sono prodotti in Canada, ove egli risiedeva al momento della morte della madre.

1998; *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet II)*, 2 W.L.R. 272 (H.L. 1999), del 15 gennaio 1999; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet*; *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet (Pinochet III)*, 2 W.L.R. 827 (H.L. 1999), del 24 marzo 1999.

¹⁸ *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and another (Secretary of State for Constitutional Affairs and others)*; *Mitchell and others v. Al-Dali and others*, [2006] UKHL 26, del 14 giugno 2006.

¹⁹ Del resto, anche dal diritto vivente emergeva tale orientamento. Infatti, le corti di merito (v. *Queen's Bench Div., Sulaiman Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others (No. 2)*, [1995] 103 ILR 420 del 3 maggio 1995 e *Court of Appeal, Civ. Div., Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others (No. 2)* [1996] 107 ILR 536 del 29 marzo 1996) avevano interpretato lo *State Immunity Act 1978* nel senso di non prevedere l'esclusione dell'immunità statale nelle ipotesi di violazione di norme di *ius cogens*.

²⁰ R.S.C. 1985, c. S-18.

²¹ Cfr. art. 6.1 *State Immunity Act*, 1985.

²² V. 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176 del 10 ottobre 2014.

²³ Bouzari et al. V. Islamic Republic of Iran, del 30 giugno 2004.

²⁴ Kazemi v. Islamic Republic of Iran, del 25 gennaio 2011.

²⁵ *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, del 15 agosto 2012.

La Corte Suprema accoglie la tesi della Court of Appeal ed esclude che la norma sull'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile per gli atti *iure imperi* possa essere disapplicata nell'ipotesi di violazione del divieto di tortura. Il ragionamento della Corte si articola su due livelli. Il primo attiene al riconoscimento del carattere di *ius cogens* del divieto di tortura, che ripugna all'ordinamento internazionale e a quello nazionale, come testimoniato dal tenore della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e dall'adesione canadese alla Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura. Il secondo invece attiene all'operatività di questo divieto posta la coesistenza, nell'ordinamento giuridico internazionale, di norme che consentano agli Stati di avvalersi di "procedural bar" rispetto all'esercizio della giurisdizione e, soprattutto, in ragione dell'espressa scelta politica contenuta nello *State Immunity Act*. In modo non dissimile dai *Law Lords*, infatti, i giudici supremi canadesi insistono sul tenore letterale della legge e concludono nel senso che il legislatore non abbia inteso riconoscere l'eccezione alla regola sull'immunità nel caso di violazione dei diritti umani. Al contrario, il libero apprezzamento del Parlamento si è orientato nel senso di consentire l'attivazione del blocco procedurale delle azioni di risarcimento del danno intentate contro uno Stato straniero anche per ragioni legate alle scelte di politica estera dello Stato²⁶. Il Collegio rispetta tale scelta pur nel riconoscimento da un lato della natura di *ius cogens* delle violazioni in contestazione e, dall'altro, dell'impegno canadese ad affermare i valori sottesi al divieto di tortura²⁷. In altri termini, spetta al legislatore chiarire se la tortura possa essere qualificata come "unofficial act" che consente l'attivazione di una giurisdizione universale, dai potenziali ed evidenti effetti sulle relazioni internazionali del Canada²⁸.

Le corti di merito statunitensi mostrano un approccio più articolato²⁹. Infatti, accanto ai casi di riconoscimento del risarcimento del danno, reso esecutivo da un apposito *order* presidenziale³⁰, coesiste un orientamento giurisprudenziale incline a riconoscere l'operatività della *State Immunity*³¹. Nondimeno, siffatto riconoscimento dipende quasi sempre dall'esistenza di un provvedimento legislativo che disponga il risarcimento del

²⁶ V. p.to 46 della sent. citata nel testo: «Canada has made a choice to uphold state immunity as the oil that allows for the smooth functioning of the machinery of international relations».

²⁷ Cfr. p.ti 46-53 della sent. citata nel testo.

²⁸ Nelle parole del giudice redattore Le Bel: «Parliament has given no indication whatsoever that Canadian courts are to deem torture an "unofficial act" and that a universal civil jurisdiction has been created allowing foreign officials to be sued in our courts. Creating this kind of jurisdiction would have potentially considerable impact on Canada's international relations. This decision is to be made by Parliament, not the courts».

²⁹ Forse anche in ragione dell'influenza della dottrina dei cd. *Constitutional Torts*, su cui v. K. Cooper Stephenson, *Theoretical Underpinning for Reparations. A Constitutional Tort Perspective*, in 22 *Windsor Y. B. Access Justice*, 3 (2003).

³⁰ V. Court of Appeal for the District of Columbia, *Hill v. Republic of Iraq*, 175 F. Supp. 2d 36 (D.D.C. 2001).

³¹ V. Court of Appeal for the District of Columbia *Acree v. Republic of Iraq*, 370 F.3d 41 (D.C.C. 2004). La Corte applica l'immunità giurisdizionale al governo iracheno, escludendone il ricorso per i soli dipendenti, ufficiali ed agenti del governo straniero.

danno per violazione dei diritti umani³² ovvero dalla conclusione di un accordo internazionale di esclusione della giurisdizione domestica³³. In altri termini, l'applicazione della norma relativa all'immunità degli Stati è tendenzialmente oggetto di una valutazione articolata che prende in esame l'esistenza di rimedi alternativi a disposizione delle vittime di violazioni dei diritti umani.

La Corte Suprema, dal canto suo, ha precisamente delimitato l'ambito di applicazione del *Foreign Sovereign Immunities Act*³⁴, la legge che disciplina l'immunità degli Stati stranieri. Nella decisione nel caso *Samantar v. Yousuf*³⁵, infatti, il Collegio ha chiarito che una lettura teleologicamente orientata del provvedimento legislativo esclude che possa attribuirsi al legislatore la volontà di estendere l'applicazione dell'immunità giurisdizionale dallo Stato ai suoi ufficiali ed agenti. Nel silenzio della legge, occorre dunque fare riferimento ai principi del *common law* che governano i casi in cui la contestazione delle vittime di violazioni dei diritti umani siano dirette ad individui, che hanno ricoperto posizioni apicali in governi stranieri, residenti negli Stati Uniti. In altri termini, i giudici supremi istituiscono un regime binario in cui l'immunità degli Stati è regolata compiutamente dalla legge, mentre l'immunità degli individui trova le sue fonti di regolamentazione nel *corpus* del *common law*. Peraltro, la Corte non è andata oltre, rimandando interamente al giudice di Distretto l'apprezzamento circa l'esistenza di un principio di *common law* che escluda la giurisdizione anche rispetto alla posizione del convenuto-persona privata.

La pronuncia è stata interpretata da parte della dottrina come la manifestazione d'esordio di una teoria articolata dell'immunità degli Stati che tenderebbe a non proteggere dall'esercizio del potere giurisdizionale coloro che abbiano perpetrato serie violazioni dei diritti umani, eccetto che nei casi in cui tale esercizio interferisca pericolosamente con gli indirizzi o gli obiettivi di politica estera dell'esecutivo³⁶. Altra parte della dottrina³⁷ si mostra invece meno ottimista e ritiene che la pronuncia possa solo generare l'effetto di lasciare le corti di merito nell'incertezza sui principi di diritto applicabili e, soprattutto, di consentire il richiamo selettivo all'interno del *common law* di quei principi che ammettono la protezione immunitaria anche dei singoli rispetto all'esercizio della giurisdizione civile e penale.

L'ambiguità della soluzione, in effetti, emerge dall'assenza di una disamina dei principi di *common law* in materia di immunità, in assenza della quale le corti inferiori potrebbero

³² V. District Court for the District of Columbia, *Flatow v. Iran*, 999 F. Supp. 1 (D.D.C. 1998). In dettaglio, si tratta *Victims of Trafficking Violence Protection Act 2000*, Publ. L. 106-386.

³³ V. Court of Appeal for the District of Columbia, *Roeder v. Islamic Republic of Iran*, 333 F.3d 228 (D.D.C. 2003).

³⁴ 28 U.S.C. Part IV, Ch. 97, § 1602-1611.

³⁵ 130 S. Ct. 2278 (2010). Su cui v. M. Gutman, *Foreign Sovereign Immunity: Is the FSIA Ineffective, or is It Politics as Usual?*, in 23 *Fla. J. Int'l L.* 125 (2011).

³⁶ S.B. Shinerock *Samantar v. Yousuf: Recent Developments in the Laws Governing Civil Torture Claims in U.S. Courts*, in 17 *Buff. Hum. Rts. L. Rev.* 155 (2011) e, sulla stessa linea di pensiero, v. inoltre A. Edmonds, *No More Free Passes: Yousuf v. Samantar and the Foreign Sovereign Immunities Act*, in 88 *N.C. L. Rev.* 1448 (2009-2010).

³⁷ T.E. Donahue, *Samantar v. Yousuf: A False Summit in American Human Rights Civil Litigation*, in 34 *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 29 (2011) e S. Knuchel, *Samantar v Yousuf: Narrowing the Prospects for Human Rights Litigation against Foreign Officials?*, in 11 *Hum. Rts. L. Rev.* 152 (2011).

sviluppare soluzioni contraddittorie in un ambito del diritto statunitense tradizionalmente costellato di indirizzi incoerenti. La ragione risiede, con ogni probabilità, nella consapevolezza che la Corte mostra di possedere circa la natura ineludibilmente politica del tema della *State Immunity*³⁸. Esiste, in altri termini, un evidente legame tra l'invocazione dell'esclusione della giurisdizione civile da parte di uno Stato straniero e l'opportunità politica – il cui apprezzamento resta prerogativa del potere esecutivo, rispetto al quale le corti non possono che mostrare *deference* – del suo riconoscimento. Tale connessione spiega, al contempo, l'atteggiamento ondivago delle corti di merito e la cautela mostrata dalla Corte Suprema.

3. – Resta da chiedersi come si inquadrino, nel contesto del diritto comparato, la sentenza della Corte costituzionale con cui è resa inoperativa nell'ordinamento italiano la norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile nelle ipotesi di violazioni dei diritti dell'uomo. La pronuncia non si segnala solo per l'originalità del risultato, ovvero il ribaltamento delle conclusioni che le altre Corti europee traggono dall'analisi del diritto internazionale. Essa esprime soprattutto "l'ambizione" di contribuire al mutamento del diritto internazionale consuetudinario nella convinzione che la norma che riconosce l'immunità degli Stati – e che beneficia di un'accezione ampia della nozione di *acta iure imperii* – manifesti una visione parziale e superata dell'ordinamento internazionale³⁹.

Ora, questo profilo non è affatto secondario per almeno due ragioni. In primo luogo, tale "ambizione" intercetta una diffusa consapevolezza della giurisprudenza di rilevanza costituzionale europea e nordamericana⁴⁰ circa le conseguenze che la codificazione dei

³⁸ Sul punto v. L. Manns, *An Unusual Separation of Power Episode: Samantar v. Yousuf and the Need for the Executive Branch to Assert Control over Foreign Official Sovereign Immunity Determinations*, in 20 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 956 (2011-2012).

³⁹ Cfr. Corte Cost. sent. 238/2014, cons. dir. 3.3: «La norma internazionale consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, in origine assoluta in quanto comprensiva di tutti i comportamenti degli Stati, in tempi meno remoti, ossia nella prima parte del secolo scorso, è stata oggetto di un'evoluzione progressiva dovuta alla giurisprudenza nazionale della maggior parte degli Stati, fino alla individuazione di un limite negli *acta iure gestionis*, formula di immediata comprensione». Sull'interpretazione della norma sull'immunità degli Stati nel periodo che precede la seconda guerra mondiale v. H. Lauterpacht, *Règles générales du droit de paix*, in *Recueil de cours de l'Académie de droit international*, IV, vol. 62, 95 ss. e A. Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, in 31 *Am. J. Int'l L.*, 571 (1937).

⁴⁰ Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvR 1476/03, cit. *supra* nt. 7; Corte suprema canadese, *Estate of the Late Zabra Kazemi, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.*, cit. *supra* nt. 22.; House of Lords, *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, cit. *supra* nt. 18. A cui si aggiungono naturalmente le sentenze delle corti italiane, tra le quali devono essere menzionate: Corte cass., Sez. unite, sent. n. 50444 dell'11 marzo 2004, *Ferrini*; Sez. unite, sent. n. 14201 del 19 maggio 2008, *Mantelli*. Cfr. inoltre Corte cass., sent. n. 14199 del 29 maggio 2008, *Repubblica Federale di Germania c. Amministrazione regionale della Vojota*, con la quale la Suprema Corte dichiara l'efficacia della sentenza della Corte di cassazione greca che aveva condannato la Germania al pagamento delle spese processuali in relazione alla domanda di indennizzo proposta dagli eredi delle vittime di un eccidio di civili compiuto dalle forze armate tedesche nel territorio greco durante la seconda guerra mondiale,

diritti umani⁴¹ e, soprattutto, la loro giustiziabilità presso i fori internazionali specializzati dovrebbe produrre sull'ordinamento internazionale nel suo complesso, non solo nel senso dei suoi radicati sistemi di funzionamento, ma più ancora sui meccanismi di rilevazione del diritto internazionale applicabile. In secondo luogo, essa coglie e valorizza le aperture della giurisprudenza della Corte EDU che, pur confermando l'applicazione della *State Immunity*, aveva interpretato la norma consuetudinaria come materia particolarmente sensibile e soggetta a costante evoluzione⁴².

La posizione della Corte costituzionale, dunque, è isolata ma non “chiusa” o non dialogante rispetto alle altre istanze, nazionali e sovranazionali. L'isolamento nasce soprattutto dalla scelta di far seguire alla constatazione della non generalizzata accettazione della norma sull'immunità assoluta degli Stati la declaratoria di incostituzionalità della norma che rispecchia la consuetudine internazionale.

Quando cioè si tratta di verificare la violazione dell'art. 24, Cost. la Corte argomenta assai sinteticamente il bilanciamento operato tra la compressione del diritto e gli altri interessi costituzionalmente rilevanti. Al contrario, interpreta l'applicazione della norma sull'immunità degli Stati come una negazione totale (potremmo dire un'inammissibile deroga) al diritto al ricorso giurisdizionale, senza menzionare possibili soluzioni alternative per garantire un'adeguata riparazione dei danni subiti in seguito alla violazione dei diritti umani.

Diversamente detto: la scelta sembra essere stata quella di non percorrere la strada di contemperamento tra diritti fondamentali e interessi costituzionalmente rilevanti, tra i quali deve essere annoverato quello di preservare le buone relazioni internazionali dello Stato italiano⁴³, rivolgendo eventualmente un monito al Parlamento nel senso di adottare provvedimenti legislativi in grado di dare soddisfazione alla pretesa risarcitoria vantata dalle parti.

L'eccezionalità della decisione non risiede nell'evidenziare la contraddittorietà della norma sulla *State immunity* rispetto all'impianto complessivo del diritto internazionale del secondo dopoguerra, quello influenzato dal costituzionalismo e dal movimento dei diritti umani.

L'isolamento della Corte è semmai nella scelta di utilizzare l'arma dei “controlimiti”, cioè di determinare ripercussioni sul piano dei rapporti tra ordinamenti e, allo stesso tempo, sul piano delle fonti, predicando l'inesistenza di una consuetudine internazionale che entra (o dovrebbe entrare) nell'ordinamento attraverso il trasformatore permanente contenuto nell'art. 10, Cost. Infatti, la decisione dei giudici costituzionali si radica nella violazione dell'art. 24, inammissibilmente sacrificato dall'operare della barriera procedurale

⁴¹ V. su questo aspetto: C. Whytock, *Foreign State Immunity*, in 93 *Boston Univ. L. Rev.*, 2033 (2013).

⁴² Cfr. *Jones e al. v. UK*, App. n. 34356/06 e 40528/06, del 14 gennaio 2014.

⁴³ Sul p.to v. l'intervento di V. Onida nell'ambito del volume A. Bardusco, M. Cartabia, M. Frulli, G.E. Vigevani, *Immunità costituzionali e crimini internazionali*, Milano, Giuffrè, 2008, 251.

dell'immunità, ma “dimentica” il legislatore⁴⁴ a cui spetterebbe il compito di assicurare, per altra via, la garanzia dell'effettività del diritto al risarcimento del danno vantato dalle vittime⁴⁵.

4. – L'intera vicenda dell'applicazione della norma sull'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile rivela la collisione tra due concezioni del diritto internazionale e, in particolare, della sua relazione con la *human rights theory*.

L'una incentrata sull'idea per cui il diritto internazionale si indirizza agli Stati e aspira a regolare i rapporti sovrani nell'ottica del mantenimento dell'ordine internazionale; l'altra incline a riconoscere la vigenza di norme superiori, espressione di valori condivisi nella comunità internazionale, capaci di determinare la disapplicazione anche delle consuetudini ad esse contrarie.

Quest'ultima concezione coincide con il cd. *International Constitutionalism*⁴⁶, espressione con la quale si intende sintetizzare la verticalizzazione del diritto internazionale⁴⁷ nel senso del riconoscimento, nella comunità internazionale, di elementi che consentono di predicare una gerarchizzazione delle norme che compongono questo ordinamento giuridico.

La teoria dei diritti umani produce, insomma, un mutamento nel diritto internazionale⁴⁸ in due diverse prospettive. Per un verso, modifica i meccanismi di rilevazione del diritto, ridimensionando il peso della prassi statale nell'accertamento delle consuetudini e valorizzando il dato della condivisione di valori e principi all'interno della comunità degli

⁴⁴ Su questo p.to v. M. Luciani, *Op. cit.*, 15, il quale rileva come la Corte sembri identificare l'effettività dei diritti con la loro giustiziabilità in concreto. Da questo punto di vista, la Consulta pare aderire alla nozione di “diritto” propria della dottrina anglosassone: cfr. B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto*, 2001, 1 ss.

⁴⁵ Come del resto è avvenuto rispetto ad altre violazioni sistematiche dei diritti umani, perpetrate dalle forze armate di Paesi stranieri durante il secondo conflitto mondiale, in particolare nel caso delle cd. “marocchine”, i crimini compiuti nel Lazio meridionale dalle forze franco-marocchine nel maggio del 1944: sul p.to v. G. Speciale, *Il risarcimento dei perseguitati politici e razziali: l'esperienza italiana*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, ES, 2012, 117. La riparazione dei danni morali e materiali subiti dai perseguitati da parte del regime fascista è stata affidata alla legislazione ordinaria e, in particolare, alla cd. legge Terracini (l. n. 96 del 10 marzo 1955). Sul punto v. S. Falconieri, *Riparare e ricordare la legislazione antiebraica: la reviviscenza dell'istituto della discriminazione (1944-1950)*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit., 139 ss. Su questi aspetti sia consentito rinviare a G. Romeo, *Looking back in anger and forward in trust: the complicated patchwork of the damages regime for infringements of rights in Italy*, in E. Baginska (ed.), *The damages regimes for infringements of human rights*, Berlin, Springer, 2015, in corso di stampa.

⁴⁶ Sull'originaria elaborazione di questa teoria v. A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law*, cit., 223 e C. Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, in 281 *Recueil des Cours* 10, 25 (1999).

⁴⁷ In questo senso v. R. Pisillo Mazzeschi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 277.

⁴⁸ Cfr. B. Simma, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. IV.2, 1993, 155 ss.

Stati. Per l'altro, la teoria dei diritti dell'uomo modifica le metodologie impiegate per lo studio del diritto internazionale, sia nel senso della teorizzazione del metodo del bilanciamento dei valori anche nella giurisprudenza delle corti internazionali, sia nel senso della concettualizzazione della gerarchia delle norme del diritto internazionale⁴⁹.

L'*International Constitutionalism*, insomma, impiega il linguaggio e le tecniche del diritto costituzionale per evidenziare tre elementi di "costituzionalizzazione" del diritto internazionale: a. il ricorso a norme condivise con la finalità essenziale di limitare il potere degli Stati; b. la definizione di un gruppo di norme e principi superiori; c. la compresenza del principio di sovranità (libera ed eguale) degli Stati e del principio di legittimazione del potere statale⁵⁰.

La posizione espressa dalla Corte costituzionale sembra coerente con questa concezione del diritto internazionale, che assume la protezione dei diritti umani come finalità dell'ordinamento delle Nazioni. In altri termini, è congruente rispetto alle tesi di chi sostiene l'opportunità di risolvere le antinomie tra il diritto consuetudinario classico e il diritto dei diritti umani nel senso del non confinamento di questi ultimi nei sistemi normativi cd. *self-contained*, isolati e non comunicanti rispetto alle altre norme del diritto internazionale generale⁵¹.

Soprattutto, essa sembra porsi in una linea di continuità con le tesi di Tomouchat e von Bogdandy che interpretano la codificazione internazionale dei diritti umani come un evento in grado di scuotere dalle fondamenta l'edificio del diritto internazionale classico, determinando la necessità di incardinare le norme prodotte all'interno di questo ordinamento giuridico nella *Grundnorm* costituita dai valori condivisi dalla comunità internazionale.

Tuttavia, questa teoria nell'applicazione di una Corte costituzionale finisce necessariamente per risolversi nello strumento dei controlimiti, nel rifiuto cioè per l'ingresso di una norma consuetudinaria che pretende di derogare alla garanzia effettiva dei diritti. Non potendo evidentemente operare un raffronto tra la norma consuetudinaria e lo *ius cogens*, non potendo cioè risolvere l'antinomia tra due fonti esterne all'ordinamento interno in termini diversi da quelli impiegati dalla Corte internazionale di giustizia⁵², la Consulta non può far altro che rifiutare l'ingresso della norma consuetudinaria alla luce dei principi costituzionali. Insomma, se la gerarchia all'interno delle norme del diritto

⁴⁹ Su questi aspetti v. più diffusamente: R. Pisillo Mazzeschi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, cit., 275 ss.

⁵⁰ La tesi non è condivisa da ampia parte della dottrina internazionalistica: *ex multis* v. M. Koskenniemi, *International Law in Europe: Between Tradition and Renewal*, in 16 *Eur. J. Int'l. L.* 116, 121 (2005).

⁵¹ V. R. Pisillo Mazzeschi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, cit. 279 ss.

⁵² Com'è noto la Corte internazionale di giustizia risolve l'antinomia chiarendo che non può prodursi un contrasto tra una norma (quella di natura consuetudinaria sull'immunità degli Stati) di tipo procedurale e una di tipo sostanziale (quella di *ius cogens*), operando le due norme su terreni distinti. Cfr. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, 99 ss., p.to 93.

internazionale non funziona, se cioè non funziona la tendenza delle corti internazionali ad articolare un sistema inter-costituzionale⁵³, le soluzioni domestiche rischiano di chiudere la porta al diritto internazionale nello stesso momento in cui tentano di evidenziarne la mancata piena realizzazione.

D'altra parte, sebbene i teorici dell'*International Constitutionalism* sottolineino l'importanza della dimensione costituzionale dei diritti umani, radichino cioè la costruzione di un diritto internazionale nuovo sulla pratica democratica degli Stati che compongono la comunità internazionale, il ruolo delle istituzioni internazionali resta, da questa prospettiva di ricerca, essenziale e non surrogabile dalle Corti domestiche⁵⁴.

Così, l'effetto propulsivo, nelle dinamiche di evoluzione del diritto internazionale, della sentenza della Consulta è dimezzato per un verso dalla diversa impostazione delle corti internazionali, tra cui soprattutto la Corte EDU, per l'altro per l'apertura di uno squarcio nei rapporti inter-ordinamentali, con effetti a cascata tendenzialmente imprevedibili.

Se il diritto comparato è in grado di suggerire qualcosa in un *hard case* come quello in commento è, dunque, che una soluzione pragmatica sarebbe stata, forse, più efficace.

⁵³ V. A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivistaaic*, 2013, reperibile all'indirizzo *Internet* <http://www.rivistaaic.it/salvaguardia-dei-diritti-fondamentali-ed-equilibri-istituzionali-in-un-ordinamento-intercostituzionale.html>.

⁵⁴ Cfr. A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law*, cit., 229 ss.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

Nota a Corte cost. 238/2014 - Il coraggio della Corte costituzionale nella sentenza n. 238 del 2014 crea un'ipotesi di rinvio "à la carte?"

Comment to the decision no. 238/2014. - Does the courage of the Italian Constitutional Court in the decision 238/2014 create a sort of referral "à la carte"?

Roberta Calvano

www.dpce.it

Abstract

The article provides for a comment to the decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court. The Court ruled on the constitutionality of the norm of adaption to international customary law introduced in the Italian legal system through Article 10(1) of the Constitution, as interpreted by the International Court of Justice in 2012, following an approach of the Court of Cassation aiming at disregarding the custom itself. The norm deprived the nation judge of the jurisdiction on acts of *iure imperii* of other States, in the case at issue of the Third Reich Germany.

Tag: human rights' protection, State's sovereignty, State's liability, international customary law, conflict of rules,



Nota a Corte cost. 238/2014 – Il coraggio della Corte costituzionale nella sentenza n. 238 del 2014 crea un’ipotesi di rinvio...”à la carte?”

di Roberta Calvano

1. – La sentenza n. 238 del 2014 non necessiterebbe quasi di introduzioni che ne illustrino i contenuti, essendo una delle decisioni che hanno prodotto probabilmente il maggior numero di iniziative seminariali di discussione negli ultimi anni, oltre ad una ricca messe di commenti tra gli studiosi delle diverse discipline coinvolte. Si tratta per molti versi di una decisione importantissima, e non solo dal punto di vista giuridico, ma anche perché essa ha molto a che fare con la storia, e con il ricordo dei drammatici eventi della seconda guerra mondiale. Per questo motivo, alcuni passaggi più discutibili, su cui si tornerà tra breve, non possono che essere letti in connessione con la grande responsabilità che il giudice costituzionale non può non aver avvertito. Si può parlare in proposito di responsabilità, sia ritenendo che la Corte abbia voluto dare finalmente un segnale di giustizia a chi da tanto lo attendeva, ma anche, in prospettiva ben più negativa, circa le possibili conseguenze sul piano internazionalistico di una sentenza che non potrà che produrre ripercussioni sui rapporti dello Stato italiano con la Germania e con la Corte internazionale di giustizia (d’ora in poi CIG).

Tra i tanti livelli di lettura possibili, per i costituzionalisti la prospettiva del rapporto tra Corti è invitante ed evidente, sullo sfondo di una sentenza che offre però mille affascinanti spunti anche sul piano del processo costituzionale, oltre che su quello dei rapporti tra ordinamenti. Tra i principali problemi coinvolti, va sottolineato quello del rapporto tra la sovranità dello Stato (alla base dell’antica regola dell’immunità degli Stati dalla giurisdizione) e la garanzia dei diritti umani, o -dal punto di vista interno- fondamentali, oggi centrali

nell'evoluzione del diritto internazionale e chiave di volta dei rapporti tra diversi livelli ordinamentali di fronte ad una sovranità sempre più in crisi¹.

2. – Ancora una volta, dunque, la Corte costituzionale si trova a dover fare i conti con i confini tra diritto interno – e nel caso di specie con i principi supremi della Costituzione – e diritto proveniente “dall'esterno” dell'ordinamento italiano. La sentenza n. 238 scioglie infatti tre questioni di costituzionalità che si potrebbero definire concentriche, perché la seconda e la terza appaiono serventi e strumentali rispetto alla prima, su cui si incentreranno prevalentemente queste brevi note.

Si tratta della questione di legittimità costituzionale riguardante la norma di adattamento al diritto consuetudinario internazionale introdotta nel nostro ordinamento in base all'art. 10, comma 1, Cost., così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia nel 2012, a seguito di un orientamento della Corte di Cassazione italiana volto a disattendere la consuetudine stessa². Il dubbio di costituzionalità della norma che sottraeva alla giurisdizione del giudice nazionale gli atti *iure imperii* di altri stati (in questo caso la Germania del Terzo Reich) era stato quindi promosso dal Tribunale di Firenze in relazione agli artt. 2 e 24 Cost.

Le altre due questioni sono come si diceva correlate. La prima riguarda infatti l'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite (reso esecutivo dalla legge n. 848 del 1957) da cui deriva l'efficacia delle sentenze della Corte internazionale di giustizia ed in particolare la sentenza del 2012 che obbliga l'Italia al rispetto della consuetudine. Infine veniva censurata la norma della convenzione di New York relativa all'istituto contestato dell'immunità dalla giurisdizione, attuata mediante legge n. 5 del 2013³, “nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità commessi ‘iure imperii’ dal Terzo Reich nel territorio italiano”.

3. – Il primo problema che la Corte si trova dunque a dover esaminare, nella prima questione sottoposta, attiene alla sindacabilità della norma di origine consuetudinaria,

¹ Con particolare attenzione alla teoria dei contro limiti, finalmente applicata, la legge, M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di G. Silvestri*, nonché in *Questione giustizia* 1/2015, 84. Nella lente del rapporto tra corti invece, ad es. A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 5 novembre 2014.

² Corte di Cassazione S. U., sent. n. 5044 del 2004, caso Ferrini, cui seguì la sentenza del 3 febbraio 2012, Germania vs. Italia della Corte internazionale di giustizia.

³ Legge 14 gennaio 2013, n. 5, *Adesione della Repubblica italiana alla convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno*.

nell'interpretazione resane dalla CIG, e quindi all'ammissibilità del dubbio sottopostole, sotto diversi punti di vista.

In primo luogo, la Corte aggira piuttosto sinteticamente un ostacolo derivante dal precedente di cui alla sentenza n. 48 del 1979, che aveva ritenuto sindacabili le sole consuetudini sorte dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Infatti, sebbene in base a tale pronuncia si fosse affermato che, “nel contrasto fra norme internazionali immesse nell'ordinamento italiano mediante l'art. 10, primo comma, Cost. e principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, devono essere questi ultimi a prevalere”, si era allora ritenuto “per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale”. Da ciò si era da allora conseguentemente fatto discendere che ciò non fosse possibile nella diversa ipotesi del giudizio su norme consuetudinarie anteriori alla Costituzione.

La sentenza nega la fondatezza di tale assunto, rileggendo l'art. 134 Cost. congiuntamente all'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e alla sentenza n. 1 del 1956, ad ulteriore conferma dell'irrelevanza dell'essere l'oggetto del giudizio di costituzionalità precedente o successivo all'entrata in vigore della Costituzione⁴.

È singolare che la Corte richiami testualmente proprio l'art. 134 Cost., senza soffermarsi a notare però che esso riguarda proprio gli *atti* sindacabili, un dato testuale questo che avrebbe forse richiesto di argomentare su come ciò permetta di svolgere un giudizio su norme, quali quelle prodotte ex art. 10, sulla base di consuetudini. Chiaramente il giudizio non verte, e non potrebbe pretendere di farlo, direttamente sulla norma consuetudinaria internazionale, ma solo sulla norma interna di adattamento prodotta ex art. 10, a prescindere dalla questione circa la sua collocazione sul piano costituzionale o su quello della legge ordinaria, che ha impegnato in passato la riflessione costituzionalistica⁵. Posto che l'esame si prospetta come volto ad applicare per la prima volta la teoria dei controlimiti in relazione a norme entrate nel nostro ordinamento in via “indiretta”, per il tramite dell'art. 10, si evidenzia insomma come sarebbe forse stato utile soffermarsi a motivare in questo caso circa l'ammissibilità di un giudizio di costituzionalità che verte su norme (dato di per sé altrimenti normale), ma che non sono recate nell'ordinamento da disposizioni, neanche quale risultato interpretativo di un combinato disposto, questione che il giudice costituzionale preferisce non affrontare⁶.

Analogamente non sembra venga offerta un'argomentazione circa l'ammissibilità della questione a fronte del dato per cui la disposizione di cui all'art. 134 chiaramente ritiene

⁴ L'avvocatura aveva invocato, come argomento sulla non sindacabilità di consuetudini anteriori alla Costituzione le [sentenze nn. 48 del 1979, 471 del 1992, 15 del 1996, 262 del 2009](#).

⁵ Su questi problemi, v. per tutti, S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007, 35 ss.

⁶ Da questo punto di vista non si può che rinviare alle indimenticabili pagine di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1993, 47 sulle disposizioni senza norma e le norme senza disposizione.

sindacabili solo gli atti imputabili allo Stato o alle Regioni⁷. Non potendosi rinvenire certamente la caratteristica della provenienza dalle Regioni per le norme di adattamento alle consuetudini internazionali, si poteva forse tentare la via di una riflessione sulla possibilità di qualificare le stesse come norme imputabili allo Stato, in quanto immesse nell'ordinamento in forza del meccanismo del trasformatore permanente di cui all'art. 10 Cost., ed ai fini del rispetto dell'art. 11 Cost.

La sentenza in commento sorvola invece, piuttosto sorprendentemente sul problema, approfittando solo per svolgere un interessante inciso sugli atti sindacabili dalla Corte, intesi come corrispondenti a “tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo”. Sarebbero così esclusi solo gli atti con rango inferiore rispetto alla legge, ma tale assunto solleva immediatamente l'ulteriore interrogativo circa il motivo della sottrazione dal sindacato di costituzionalità dei regolamenti parlamentari, da ultimo ribadita e confermata dal giudice costituzionale nella sua sentenza n. 120 del 2014⁸.

4. – Accanto agli ostacoli di carattere processuale di non poco conto, già richiamati, il problema principale sulla strada del giudice costituzionale, nell'esaminare questa prima questione, è sicuramente quello relativo al meccanismo del rinvio di cui all'art. 10, comma 1, Cost. Tale strumento, come è noto, presuppone separatezza e indipendenza tra ordinamento interno ed esterno, costruendo un raccordo che permette la creazione di norme identiche o sostanzialmente corrispondenti a quelle di volta in volta richiamate.

Nella sentenza n. 238 si ritiene invece che, la norma cui si rinvia, sia solo parzialmente entrata nell'ordinamento italiano, in quanto contrastante con principi e diritti inviolabili (3.4). Alla luce di tale lettura la questione è dichiarata infondata, poiché la “norma internazionale alla quale il nostro ordinamento si è conformato in virtù dell'art. 10, primo comma, Cost., non comprende l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona” (3.5). La consuetudine avrebbe insomma prodotto i suoi effetti nell'ordinamento italiano limitatamente alla parte in cui non comporta la violazione di diritti fondamentali⁹.

⁷ Così, con una chiara sottolineatura dei problemi processuali, M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, cit., in *Questione giustizia* 1/2015. Sullo stesso fascicolo v. anche F. GIRELLI, *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*.

⁸ Così anche S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Forum quaderni costituzionali*, 13 novembre 2014, 1, che ritiene l'infondatezza della prima questione sia stata frutto di una strategia per evitare un sindacato diffuso sul rispetto dei principi supremi da parte delle consuetudini.

⁹ Questa posizione è confermata dalla Corte costituzionale nella successiva ordinanza n. 30 del 2015, nella quale però si preferisce declinare la questione nella chiave, tutto sommato più convincente, dell'inammissibilità che della manifesta infondatezza.

Una simile lettura della tecnica del rinvio mobile, sembra invero produrre un effetto anomalo, anziché quello fisiologico e costituzionalmente previsto, di richiamare la norma come essa vive nell'ordinamento originario. In altri termini il giudice costituzionale, anziché scegliere tra rispettare la norma o censurarla (superando tutti gli ostacoli processuali) e dichiarandola illegittima, procede insomma nei fatti a modificarla.

Si precisa questo aspetto alla luce delle considerazioni svolte dal giudice costituzionale secondo cui esso può contribuire a modificare una consuetudine (3.3) così come, in passato, i giudici comuni avevano fatto con riferimento proprio all'immunità degli Stati dalla giurisdizione, in regime di Costituzione flessibile. La preoccupazione del giudice costituzionale di contribuire inoltre ad evitare discutibili operazioni di disapplicazione da parte dei giudici ordinari sembra poter essere avvertita sullo sfondo di questa scelta

In base alla lettura della sentenza n. 238, la consuetudine insomma, per la parte confliggente con i principi supremi, non viene a prodursi nell'ordinamento interno anche in forza dell'art. 11 Cost.

Invero, se pur si comprendono le ragioni di giustizia sostanziale probabilmente sottese alla scelta operata, e appare più che apprezzabile la direzione verso cui il giudice costituzionale intende contribuire ad orientare l'evoluzione del diritto consuetudinario è da ritenere che, a maggior ragione alla luce dell'autorevolezza dell'organo giudicante, la miglior sede per fare ciò sarebbe stato un *obiter dictum*, ininfluenza ai fini della coerenza interna e della solidità dell'architettura della decisione. Solo così la scelta di merito del giudice non si sarebbe riverberata sull'ineccepibilità formale della costruzione teorica alla base della decisione. Infatti, la norma, finché vigente, non può che essere considerata per quello che essa dispone; il non rispettarla non ne potrà comportarne la modifica, che potrà avvenire solo con la ripetizione nel tempo, accompagnata dall'*opinio*, in quanto norma consuetudinaria.

Proprio l'obiettivo perseguito, quello cioè di evitare di attribuire ai giudici comuni un margine eccessivo di discrezionalità in definitiva affida agli stessi un precedente rischioso, quello in cui si ritengono "modificabili" le norme oggetto di rinvio, con il rischio di scivolosissime ricadute della pronuncia sulla giurisprudenza ordinaria, soprattutto di merito.

Alla luce delle suesposte considerazioni, le opzioni interpretative appaiono due. Da un lato, se il rinvio di cui all'art. 10 opera, come sembra essere inevitabile nel caso in commento, si deve insomma leggere la norma internazionale che viene a riprodursi nell'ordinamento interno identica a come la si leggeva nell'ordinamento di origine.

In caso contrario, qualora si aderisse alla tesi per cui il trasformatore permanente di cui all'art. 10 funge da filtro in relazione alla necessità di rispettare i principi supremi ed i diritti inviolabili della Costituzione, così come sembra fare la Corte costituzionale, la questione di legittimità costituzionale si dovrebbe allora ritenere inammissibile per difetto di rilevanza. Anzi, sarebbe probabilmente del tutto impossibile configurare una questione di legittimità

costituzionale in presenza di un difetto radicale, trattandosi proprio di norma inesistente nell'ordinamento italiano¹⁰.

Da questo punto di vista, non si può che segnalare peraltro l'incongruenza del dispositivo rispetto alla motivazione della sentenza, poiché con esso si dichiara *non fondata nei sensi di cui in motivazione* la questione di legittimità costituzionale della norma *prodotta* (diversamente da quanto argomentato) nel nostro ordinamento mediante il recepimento ai sensi dell'art. 10, comma 1, Cost.

5. – L'antefatto storico, ma soprattutto quello giurisprudenziale, spiegano meglio di ogni argomentazione di carattere giuridico le incongruenze della decisione, che giunge al termine di una lunga vicenda, i cui snodi principali sono ripercorsi nella corposa decisione della Corte internazionale di giustizia del 2012. In tale pronuncia, come ricorda l'odierno giudice *a quo*, “la CIG ha ritenuto di non dover valutare l'interferenza tra la tutela del diritto fondamentale della persona umana ed il principio di sovranità dello Stato chiamato a rispondere del fatto illecito, escludendo l'esistenza di un conflitto tra norme di *ius cogens* materiali e norme (come quella sull'immunità) ritenute formali o processuali in quanto operanti su piani differenti”.

Sul punto, l'ottica del giudice costituzionale non può che essere diversa, come sottolinea il passaggio in cui la sentenza n. 238 ricorda che gli artt. 2 e 24 Cost., nonostante “la diversità di piano, sostanziale e processuale”, hanno una comune rilevanza, sottolineando come “sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela”.

Su tutt'altro piano, e da una prospettiva completamente differente, si colloca la Corte internazionale di giustizia, che nella sua sentenza ha ritenuto non sussistere un conflitto tra le norme di *ius cogens* che tutelano i diritti fondamentali, nel caso di specie il diritto alla tutela giurisdizionale, oltre ai diritti inviolabili della persona azzerati dai fatti di deportazione commessi dalle forze armate del Terzo Reich, e l'immunità dalla giurisdizione. La negazione di un'antinomia, ritenuta invece così evidente dal giudice costituzionale italiano, nella più alta sede giurisdizionale internazionalistica, appare invece semplicemente discendere dalla diversità delle materie trattate dalle due discipline.

Per il giudice internazionale, peraltro, la questione dell'immunità dalla giurisdizione è una questione preliminare, che come tale va esaminata prima di entrare nel merito del giudizio e prescindendo da esso. È questa la ragione per cui la tesi dell'Italia, secondo cui, in caso di violazione di diritti umani e di crimini di guerra l'immunità verrebbe meno, in quella sede non è stata accolta. Da questo punto di vista è rilevante altresì il richiamo alla

¹⁰ Così come del resto la Corte fa poi nell'ordinanza n. 30 del 2015.

giurisprudenza costante della Corte di Strasburgo che esclude che i crimini di guerra e il diritto umanitario possano far venir meno l'immunità dalla giurisdizione degli Stati¹¹.

La dottrina più attenta ha in effetti evidenziato come, nella prospettiva internazionalistica, non si possa che concordare con l'asserita assenza di un conflitto, pur ammettendo che “the absence of a normative conflict between the two sets of rules does not exclude the existence of particular situations in which the application of one fully deprives the other of its effectiveness”¹²

La prospettiva interna è, come è noto, del tutto diversa. In essa, l'esigenza profonda di coerenza complessiva dell'ordinamento trova un suo punto cardine nell'unicità del sistema delle fonti, che, nonostante le trasformazioni e torsioni che lo stesso subisce, non tollera la violazione del principio di gerarchia, soprattutto laddove, come in questo caso, vengano in rilievo i principi supremi della Costituzione, chiaramente enunciati in una pluridecennale giurisprudenza costituzionale sui limiti alla revisione costituzionale, oltre che all'ingresso di norme da altri ordinamenti con essi incompatibili¹³. Tra essi, come è noto, il più chiaramente enucleato da una giurisprudenza che ha spaziato dai rapporti con l'Ue, al diritto ecclesiastico, a quello internazionale¹⁴, è proprio il diritto alla tutela giurisdizionale, coinvolto nella sentenza in commento. Tale principio non ha inficiato “l'orientamento di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali”, che “incontra i limiti necessari a garantirne l'identità e, quindi, innanzitutto i limiti derivanti dalla Costituzione”¹⁵.

Le esigenze di un'unitaria coerenza, se non di garanzia di una gerarchia tra le fonti non sono naturalmente avvertite, o comunque non lo sono analogamente, nel diritto internazionale, ambito nel quale, per sua stessa natura, si producono asimmetrie e deficienze strutturali storicamente derivanti dalla pari sovranità di tutti gli Stati, e quindi

¹¹ V. Corte EDU, *Mc Elbinney c. Irlanda*, ricorso n. 31253/96 sentenza del 21-11-2001; recenti orientamenti di senso opposto vanno tuttavia segnalati (*Al Skeini c. Regno Unito e Al-Jedda c. Regno Unito*, decisi il 7 luglio 2011). L'Italia aveva argomentato dinanzi alla CIG che “it was because of the cumulative effect of the gravity of the violations, the status of the rules violated and the absence of alternative means of redress that the Italian courts had been justified in refusing to accord immunity to Germany”.

¹² E. Cannizzaro e B. Bonafè, *Of Rights and remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights*, in *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 201 838

¹³ Basti richiamare qui, per tutte, la sentenza “madre” n. 1146 del 1988.

¹⁴ Sul tema sia consentito rinviare al mio *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella Giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali, alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa” Capri, 3-4 giugno 2005, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 361 ss.

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 73 del 2001, sul caso Silvia Baraldini.

dall'inesistenza di un'autorità superiore in grado di imporre la prevalenza di una norma fondamentale¹⁶.

Da questo punto di vista l'elaborazione in epoca più recente della categoria dello *jus cogens*, così come gli orientamenti che tentano di propugnare la costituzionalizzazione del diritto internazionale¹⁷, consentirebbero di ravvisare un'evoluzione in atto che potrà forse progressivamente portare ad un avvicinamento tra le due richiamate prospettive. In questo senso, infatti, oltre al problema del conflitto tra la norma consuetudinaria con i principi supremi, ci si dovrebbe porre quello del contrasto tra la consuetudine dell'immunità degli Stati e lo *jus cogens* in materia di diritti umani. Il collegamento all'evoluzione in atto nell'ordinamento dell'Unione europea, grazie al richiamo che la sentenza n. 238 opera alla giurisprudenza “*Kadi*” della Corte di giustizia UE¹⁸ appare a questo punto non casuale e mostra la debolezza di una prospettiva tutta legata solo alla tradizione giuridica internazionalistica e che non tenga conto dell'evoluzione più recente in materia di diritti. Appare tuttavia illusorio pensare che la plurisecolare elaborazione del diritto internazionale possa mutare la propria struttura di fondo, ed accomodarsi in una prospettiva dogmatica completamente diversa.

6. – Ritornando sul piano interno, non vanno sottovalutate le debolezze già ricordate dell'impianto della sentenza n. 238, che peraltro risultano frutto di una scelta ancor più significativa se si riflette sul dato per cui l'irrelevanza della questione così come prospettata avrebbe consentito una semplice ed impeccabile soluzione ‘politica’ nell'inammissibilità. Tra i profili che sollevano le maggiori criticità della decisione peraltro vanno inseriti anche quelli relativi alle sue possibili conseguenze sia dal punto di vista internazionalistico che interno.

Le prime sono difficili da prevedere, anche perché probabilmente di dimensioni più significative, per la possibile responsabilità internazionale dell'Italia che potrebbe sorgere dalla sentenza n. 238. Infatti, a seguito della sentenza della CIG, all'Italia era stato richiesto di privare di efficacia le sentenze italiane ad essa contrarie¹⁹, mentre in capo alla Germania era stato posto l'impegno a negoziare con l'Italia forme di compensazione extra giudiziale²⁰.

¹⁶ V. sul punto E. CANNIZZARO, *On rights and remedies*, cit., ove si fa riferimento tuttavia al “diritto primario e secondario” relativamente a diritti e strumenti di tutela, ma in prospettiva diversa da quella meramente interna; v. anche ID., *Diritto internazionale*, Torino 2014.....

¹⁷ Sul tema R. Bifulco, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivistaaic* 4/2014, del 10-10-2014.

¹⁸ Corte di giustizia Ue, sentenza del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea*.

¹⁹ Richiesta a cui il legislatore aveva ottemperato con la legge n. 5 del 2013, che prevede la possibile impugnazione per revocazione di sentenze emesse in contrasto con la pronuncia della CIG, disciplina poi anch'essa censurata nella sent. 238.

²⁰ Da questo punto di vista si giustificerebbe, come forma di pacifica rappresaglia, la mancata esecuzione della sentenza CIG da parte dell'Italia. Così, G. Cataldi, *L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia: quale equilibrio tra obblighi internazionali e tutela dei diritti fondamentali?* in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 7, 2013, 145.

La situazione si presenta quindi molto complessa sul versante degli obblighi internazionali, anche in relazione agli artt. 11 e 117 c. 1.

Quanto alle conseguenze sul piano interno, va sottolineato come la sentenza, dichiarando incostituzionale solo la norma relativa al difetto di giurisdizione dettata in relazione al caso *de quo*, sembra lasciare aperto un problema interpretativo (e forse non solo) enorme, problema che non potrà che essere affidato alla soluzione dei giudici ordinari. Nonostante l'intervento della Corte costituzionale, è infatti da sottolineare come sia tuttora in vigore la disciplina posta nella legge n. 5 del 2013 non aggredita dal giudice *a quo*, che rende applicabile l'immunità dalla giurisdizione, dando esecuzione alla convenzione di New York (art. 2), oltre a prevedere l'impugnabilità per revocazione delle decisioni, anche se passate in giudicato, in violazione di pronunciamenti della CIG. Resta dunque in vigore la norma sostanziale sull'immunità dalla giurisdizione, norma che i giudici italiani sono tenuti ad applicare nei giudizi sorti dopo l'entrata in vigore della convenzione (art. 4).

7. – Già nel 1979 era stato sottolineato come sia “caratteristico delle immunità giurisdizionali (...) che *nel momento in cui paiono offuscarsi le ragioni che storicamente ne avevano determinata la nascita, di esse si finisce per cogliere il solo aspetto di concessione di odiosi ed ingiustificati privilegi personali, di cui non potrebbe non auspicarsi un qualche ridimensionamento*”²¹. Sembra ora che il giudice costituzionale si sia voluto rendere artefice proprio di questo ridimensionamento, anche perché il caso ha voluto che il fatto del giudizio *a quo*, con la sua forza, abbia reso i diritti fondamentali fulcro di ogni possibile ragionamento, e abbia così fatto apparire la regola che consente di derogare al loro rispetto ancor più irragionevole.

Con tutti i limiti e le problematiche conseguenze della decisione in commento, essa non può che essere salutata tuttavia come un segnale di un'importante sensibilità verso quelle che sono state vittime, oltre che della storia, anche di una storia giudiziaria infinita. Una storia nella quale, non si può che constatare tristemente, la limitazione della portata della regola dell'immunità, affermata per gli atti *iure gestionis*, a tutela dei rapporti commerciali e del mercato, non riesce ancora ad affermarsi a garanzia dei diritti umani.

²¹ R. Nania, nota a prima lettura a sentenza n. 48 del 1979, in *Giur. Cost.* 1979, 375.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

**Nota alla sentenza C-268/13, *Petru*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea (terza sezione), 9 ottobre 2014.
Carenze sanitarie e mobilità transfrontaliera: si allarga il diritto "europeo" alla salute**

**Medical deficiency and cross-border movement: the broadening of the "European" right to healthcare.
Comment to the decision C-268/13, *Petru*, Court of Justice of the European Union**

Lucia Busatta

Tag: cross-border healthcare, freedom of movement, medical deficiency

www.dpce.it



Nota alla sentenza C-268/13, *Petru*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea (terza sezione), 9 ottobre 2014. Carenze sanitarie e mobilità transfrontaliera: si allarga il diritto “europeo” alla salute

di Lucia Busatta

1. – Con la sentenza in commento (C-268/13, *Petru*, 9 ottobre 2014), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha aggiunto un importante tassello all'ormai complesso mosaico rappresentato dall'insieme dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. I giudici di Lussemburgo hanno precisato ulteriormente, rispetto alle pronunce precedenti, quali verifiche debbano essere compiute dal giudice interno chiamato a decidere sulla legittimità del rifiuto opposto dall'amministrazione sanitaria competente alla richiesta di previa autorizzazione presentata da un paziente per ottenere il rimborso di spese mediche sostenute all'estero. Tale autorizzazione non può essere negata se le cure ospedaliere necessarie non possano essere ottenute nello Stato membro di residenza entro un termine ragionevole, a causa della mancanza di farmaci o materiali medici di prima necessità.

2. – Il procedimento C-268/13 ha ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 22, par. 2, co. 2, del regolamento (CEE) n.1408/71, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno dell'UE. La domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia che opponeva, da un lato, la signora Petru e, dall'altro lato, la cassa regionale di assicurazione malattia di Sibiu (Romania) e la sua omologa nazionale, in merito al rimborso delle spese sostenute per cure ospedaliere ricevute in Germania.

La signora Petru, affetta da una grave patologia cardiovascolare, aveva subito, nel 2007, un intervento chirurgico a seguito di un infarto. Nel 2009, a fronte del peggioramento delle sue condizioni di salute, che avevano richiesto un ulteriore ricovero, e sulla base dell'esito degli accertamenti diagnostici cui la paziente era stata sottoposta, il personale medico proponeva di procedere ad un'operazione a cuore aperto per sostituire la valvola mitrale e introdurre due "stent" (una struttura metallica cilindrica, comunemente utilizzata negli interventi cardiovascolari, che ha la funzione di mantenere aperto il lume del vaso sanguineo per evitare eventuali ostruzioni e conseguenti ulteriori infarti).

La ricorrente, sostenendo di aver riscontrato, durante il periodo di degenza presso l'Istituto di malattie cardiovascolari di Timisoara, una grave carenza di materiali medici, anche di prima necessità (cfr. p.to 6 delle conclusioni dell'Avv. generale, presentate il 19 giugno 2014), decide di recarsi in Germania per sottoporsi all'intervento chirurgico. Il costo complessivo dell'operazione e della degenza postoperatoria ammonta ad euro 17.714,70.

Prima del viaggio la donna aveva chiesto alla cassa malattia di iscrizione di sostenere i costi dell'intervento (in base al procedimento richiesto dal regolamento europeo), ma la sua domanda era stata respinta poiché, secondo la struttura sanitaria, la prestazione medica richiesta era disponibile in tempi ragionevoli in Romania. Sulla base di questi fatti si instaura il giudizio principale, nel quale la ricorrente impugna il diniego opposto dall'amministrazione sanitaria rumena alla sua richiesta di rimborso delle spese mediche sostenute.

In primo grado il suo ricorso veniva respinto. Nell'atto di appello, a sostegno delle proprie argomentazioni, oltre ad evidenziare la carenza di farmaci e materiali medici di prima necessità, la signora Petru si richiama al testo dell'articolo 22 del regolamento n. 1408/71 e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 35). I giudici di secondo grado decidono, quindi, di sospendere il giudizio principale e di sottoporre alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 22 del regolamento citato. In particolare, si chiedono se la mancanza di farmaci e materiali medici di prima necessità possa essere considerata una ragione che determina l'impossibilità di ottenere le cure necessarie nello Stato membro di residenza entro un lasso di tempo ragionevole.

Per i giudici di Lussemburgo si tratta, dunque, di valutare il margine di discrezionalità spettante alle autorità sanitarie territoriali nel decidere sul diniego delle autorizzazioni richieste ai sensi della disciplina europea, nel caso in cui le cure ospedaliere non possano essere prestate tempestivamente *in loco* a causa di carenze materiali della struttura sanitaria stessa.

3. – La definizione dei termini della questione interpretativa viene prospettata in maniera assai efficace nelle conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón: dopo aver effettuato una ricostruzione dei principali tratti della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sulla mobilità sanitaria dei pazienti nel territorio dell'Unione, egli propone

un'interessante soluzione per il caso in decisione, basata sulla distinzione tra carenza *contingente* e carenza *sistemica* di materiali sanitari. È bene anticipare sin d'ora che la Corte, pur accogliendo in gran parte i contenuti delle conclusioni, non incorpora tale distinzione, della quale non rimane traccia all'interno della sentenza.

La questione, secondo l'Avvocato generale, deve essere suddivisa in due blocchi, dei quali il primo concerne l'interpretazione del concetto di «tempo utile» per l'ottenimento di una prestazione sanitaria nel Paese di iscrizione e il secondo riguarda la tipologia di carenza di farmaci e materiali medici lamentata nel ricorso.

3.1. – Al fine di poter sciogliere il dubbio interpretativo riguardante l'estensione del fattore temporale, è necessario riprendere i principi espressi nelle precedenti pronunce della Corte, nelle quali si è proceduto per progressive precisazioni a definire sia la portata dell'espressione, sia le modalità di accertamento, da parte del giudice interno, della possibilità o impossibilità di ottenere le cure entro un termine ragionevole: la Corte ha declinato la portata di tale fattore in relazione alla condizione soggettiva del paziente, alla sua anamnesi e al possibile decorso della malattia, da valutarsi – però – non in base alle dichiarazioni dell'interessato, ma sulla scorta della documentazione medica e clinica prodotta.

La parte dell'art. 22 del regolamento di cui si chiede alla Corte di Giustizia si specificare l'interpretazione concerne l'estensione del concetto di «lasso temporale ragionevole». Si tratta dello spartiacque posto dalla legislazione europea (originariamente previsto dall'art. 22 del reg. 1408/71, «lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento», oggi sostituito dall'art. 20 del reg. 883/2004, «lasso di tempo accettabile»; il concetto è stato poi anche ripreso dall'art. 8, co. 5, della direttiva 2011/24/UE, su cui *infra*, «termine giustificabile dal punto di vista clinico») per distinguere i casi nei quali l'amministrazione sanitaria dello Stato membro di iscrizione non può rifiutare l'autorizzazione – preliminarmente al rimborso delle spese mediche poi sostenute – ad un paziente che voglia ottenere un trattamento sanitario in un altro Stato membro da quelle fattispecie in cui il diniego di tale provvedimento può essere considerato legittimo.

Si tratta, quindi, di valutare, rispetto alla fattispecie concreta, l'estensione del comma 2 dell'art. 22, che recita: «L'autorizzazione richiesta a norma del paragrafo 1, lettera c), non può essere rifiutata quando le cure di cui trattasi figurano fra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro, nel cui territorio l'interessato risiede, se le cure stesse, tenuto conto dello stato di salute dello stesso nel periodo in questione e della probabile evoluzione della malattia, non possono essergli praticate entro il lasso di *tempo normalmente necessario* per ottenere il trattamento in questione dello Stato membro di residenza» (corsivo aggiunto).

Un primo tassello per la specificazione della locuzione *de qua* è stato fissato con la sentenza *Inizan* (C-56/01, *Inizan*, 23 ottobre 2003, p.to 45), pronunciata nell'ambito di un rinvio pregiudiziale sollevato all'interno di una controversia tra una paziente francese che

intendeva sottoporsi a una cura antidolorifica multidisciplinare in Germania e la Caisse primaire d'assurance maladie del suo luogo di residenza: secondo i giudici, l'autorizzazione può essere negata quando un trattamento *equivalente* o che presenti lo stesso grado di efficacia possa essere ottenuto dal paziente nello Stato membro di iscrizione entro un lasso di tempo ragionevole.

Per decidere se rilasciare o meno l'autorizzazione, l'ente competente dovrà valutare «se un trattamento che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere tempestivamente ottenuto nello Stato membro di residenza» (*Inizan*, p.to 46). A tal fine, «l'istituzione competente è tenuta a prendere in considerazione l'insieme delle circostanze che caratterizzano ogni caso concreto, tenendo nel dovuto conto non solamente il quadro clinico del paziente nel momento in cui è richiesta l'autorizzazione e, all'occorrenza, il grado del dolore o la natura dell'infermità di quest'ultimo, che potrebbe, ad esempio, rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di un'attività professionale, ma anche i suoi antecedenti» (*Inizan*, p.to 46). Tale verifica spetta, secondo la Corte, al giudice interno, ma è necessario che tanto il diniego quanto i pareri clinici su cui esso si fonda siano adeguatamente e concretamente motivati, in modo tale da consentire al paziente interessato un effettivo esercizio del diritto ad impugnare il rifiuto della propria richiesta e l'ottenimento di una decisione giurisdizionale entro un lasso temporale utile (*Inizan*, p.ti 48 e 49; su cui cfr. S. Antoniazzi, *Sistema sanitario nazionale e principio comunitario di libera prestazione di servizi: la scelta dell'utente per prestazioni mediche erogate in un diverso paese membro, subordinata alla necessaria autorizzazione amministrativa dello stato membro di appartenenza per il rimborso delle spese sostenute*, Nota a CGCE 13 maggio 2003 (causa C-385/99) e CGCE 23 ottobre 2003 (causa C-56/01), in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004, 2, 603 – 631).

La valutazione della situazione individuale del paziente è stata ulteriormente oggetto di specificazione nella sentenza *Watts*, resa nell'ambito di una domanda di pronuncia pregiudiziale sorta all'interno di una controversia tra una donna inglese che si era sottoposta ad un intervento chirurgico per sostituire una protesi all'anca in Francia e gli uffici territoriali del National Health service in cui la stessa era residente.

La soluzione prospettata nel caso *Watts* è particolarmente interessante poiché la Corte di Giustizia coniuga le esigenze mediche individuali del paziente, che devono essere valutate in relazione al singolo caso concreto, alle esigenze di organizzazione e pianificazione di un sistema sanitario di carattere universalista. In altre parole, è legittimo che una struttura sanitaria stabilisca delle priorità fra gli interventi medici da effettuare, utilizzando (come nel caso del Regno Unito) il sistema delle liste d'attesa. Tuttavia, tale meccanismo deve essere realizzato in modo sufficientemente elastico da permettere una rivalutazione della posizione di un singolo paziente all'interno dell'ordine delle priorità (o delle urgenze) in relazione al mutamento dello stato di salute o ad un aggravamento del decorso della malattia (*Watts*, p.ti 75-79, sulla sentenza cfr. anche R. Cisotta, *Principi giurisprudenziali e nuove iniziative della Commissione in materia di patient mobility nell'Unione europea: un piccolo (o grande?) terremoto è in atto*, in *Amministrazione in cammino*, ottobre 2006).

In questi termini, la sentenza *Watts* costituisce il prodromo necessario alla pronuncia in commento, poiché fu quella la prima occasione nella quale la Corte si misurò in termini concreti con il bilanciamento tra l'organizzazione sanitaria e la necessità di coordinare il complesso delle esigenze della collettività dei fruitori del servizio sanitario, da un lato, e la posizione individuale del singolo paziente, dall'altro lato.

3.2. – Nel caso in esame, l'impossibilità di ottenere in tempi ragionevoli la prestazione medica necessaria dipende da un profilo organizzativo che, diversamente dalla necessità di gestire le priorità fra i pazienti, è legato alle carenze materiali della struttura sanitaria. Nelle sue conclusioni (p.ti 25 ss.), l'Avvocato generale propone alla Corte di distinguere l'interpretazione da fornire al diritto dell'Unione, a seconda che si tratti di carenze contingenti o sistemiche di materiali sanitari. Da un lato, infatti, una penuria momentanea dei presidi sanitari necessari ad effettuare un intervento potrebbe senza dubbio ricadere fra le cause che impediscono di ottenere l'intervento medico necessario entro un termine ragionevole, in relazione alle condizioni soggettive del paziente e al tipo di patologia. A suffragare la tesi, viene ipotizzato il caso di uno Stato membro di piccole dimensioni in cui, in presenza di condizioni dipendenti dalla fattispecie concreta o da una particolare incidenza di un fenomeno, si determini una situazione nella quale sia materialmente impossibile garantire la prestazione sanitaria necessaria entro il tempo in cui questa dovrebbe essere praticata. *Nulla quaestio*, in tale circostanza, sul fatto che una carenza contingente costituisca una ragione giustificativa dell'esercizio del diritto individuale a recarsi all'estero per sottoporsi all'intervento medico e chiedere al proprio sistema sanitario o previdenziale di assumersene i costi.

Differenti sarebbero, invece, secondo l'Avvocato Cruz Villalón, i termini giuridici della questione nel caso in cui tale penuria fosse sistemica, strutturale e generalizzata (p.to 28). In tale eventualità, infatti, la Corte di Giustizia dovrebbe tenere in considerazione quello che, sin dalle prime battute di questa intricata saga giurisprudenziale, è stato un punto fermo del ragionamento dei giudici, ovvero il limite individuato nel necessario mantenimento dell'equilibrio interno di un servizio sanitario (o sistema assicurativo, a seconda della tipologia adottata in ciascuno Stato membro). A tale proposito, è opportuno rammentare che i giudici di Lussemburgo hanno sempre riaffermato la competenza degli Stati membri ad organizzare i propri sistemi sanitari; in base a tale principio, pertanto, a ciascun ordinamento spetta determinare le condizioni di accesso alle prestazioni sanitarie e le modalità di erogazione delle stesse (per tutti, cfr. C-173/09, *Elchinov*, 5 ottobre 2010, in Racc. 2010 I-08889, pto. 40 e giurisprudenza ivi citata; W. Ferrante, Un duplice aspetto della sentenza "Elchinov", in Rassegna dell'avvocatura dello stato, 2011, 2, 29 - 31). Nel fare ciò, essi devono, naturalmente, rispettare il diritto dell'Unione e tale inciso rappresenta la fessura attraverso la quale la Corte di Giustizia è riuscita, negli anni, ad estendere in modo sempre più incisivo il campo d'applicazione del diritto dei Trattati al settore della salute.

Di fatto, i sistemi sanitari e previdenziali degli Stati membri sono fra loro profondamente differenti, quanto a modalità organizzative, procedure di gestione dei pazienti, tempi e forniture. In particolare, tale divario si è accentuato con le ultime adesioni all'Unione: Romania e Bulgaria, in particolare, si trovano a vivere una situazione sanitaria decisamente più precaria rispetto alla maggior parte degli altri Stati membri (per alcuni dati, anche se non recentissimi, cfr. C. Vlădescu, G. Scîntee, V. Olsavszky, S. Allin, P. Mladovsky, *Romania: Health system review*, in *Health Systems in Transition*, 2008; 10(3): 1-172 e M. Predescu, *Quality in and Equality of Access to Healthcare Services, Country report for Romania*, European Commission, 2008). Non è del tutto casuale, quindi, che le ultime due sentenze della Corte di Giustizia sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti riguardino proprio pazienti provenienti rispettivamente dalla Bulgaria (*Elchinov*) e dalla Romania (*Petru*).

I pericoli legati all'apertura incondizionata delle prestazioni sanitarie al mercato dei servizi erano già state messe in luce dalla stessa Corte di Giustizia, che aveva evidenziato che, per effetto delle proprie statuizioni, la possibilità di ricorrere in tempi più celeri a trattamenti sanitari anche di alta qualità avrebbe potuto determinare «flussi migratori di pazienti tali da rendere vani tutti gli sforzi sia logistici che finanziari di pianificazione e di razionalizzazione compiuti dallo Stato membro competente nel settore vitale delle cure sanitarie al fine di evitare i problemi di sovraccapacità ospedaliera, di squilibrio nell'offerta di cure mediche ospedaliere, di spreco e dispersione» (C-372/04, *Watts*, 16 maggio 2006, in Racc. 2006 I-04325, p.to 71 e giurisprudenza ivi citata). Da tutto ciò non sarebbe possibile escludere il pericolo di una grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema di assistenza sanitaria e in tale rischio la Corte ha, effettivamente, individuato un motivo imperativo di interesse generale atto a giustificare eventuali limitazioni al principio di libera circolazione dei servizi (*Watts*, p.ti 103-105 e giurisprudenza ivi citata). Ricorrendo tali ragioni, dunque, gli Stati membri possono legittimamente derogare, per le ragioni di tutela della salute e della vita delle persone previste dall'art. 36 TFUE, al divieto di restrizioni alla libera circolazione dei pazienti, riportando in tal modo il baricentro della tutela del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie anche in uno Stato membro diverso da quello di residenza da una logica incentrata sul singolo paziente ad una *ratio* maggiormente attenta alla dimensione collettiva del diritto alla salute. Con ciò, s'intende la necessità di salvaguardare non soltanto la posizione individuale della persona che abbisogna di un determinato trattamento sanitario entro tempi ragionevoli, ma anche l'esigenza che, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria statale, ciascuna situazione venga valutata in relazione anche a quelle equivalenti in cui versano gli altri pazienti. In tal modo, si sottolinea pure il valore delle difficili scelte allocative che i sistemi sanitari, assicurativi o previdenziali degli Stati membri devono effettuare per garantire l'universalità e l'equità nell'accesso alle prestazioni sanitarie per tutti gli iscritti.

In virtù di tali considerazioni, dunque, il parere dell'Avvocato generale si chiude con il suggerimento, per la Corte di Giustizia, di considerare come certamente rientrante nell'interpretazione da fornire all'art. 22 del regolamento 1408/71 la carenza contingente di materiali medici e di escludere, invece, dalla lettura dell'articolo *de quo* il caso in cui le carenze lamentate siano riconducibili ad una situazione sistemica e generalizzata, onde

evitare di mettere a repentaglio l'intera sostenibilità di un sistema sanitario statale. Al giudice del rinvio spetterà, *in primis*, la valutazione circa l'effettività delle insufficienze materiali lamentate nel ricorso, accertando la situazione anche in base a perizie tecniche; in secondo luogo, egli dovrà valutare la tipologia di carenza che emerge dagli atti del fascicolo. Applicando il diritto dell'Unione, secondo l'Avvocato generale, si deve ritenere che uno Stato membro non possa negare una previa autorizzazione nel caso in cui la carenza materiale sia meramente temporanea; al contrario, qualora si tratti di una situazione strutturale, non si può ritenere che uno Stato sia obbligato ad autorizzare una prestazione all'estero.

Come si è già anticipato, nella sentenza in commento non rimane alcuna traccia della distinzione proposta dall'Avvocato generale, se non un riferimento di natura quasi incidentale agli accertamenti che il giudice del rinvio dovrà compiere una volta riassunta la causa: quest'ultimo sarà, infatti, tenuto a verificare oltre all'effettiva carenza di medicinali lamentata dalla ricorrente, anche la possibilità o meno per la stessa di ottenere l'intervento chirurgico necessario entro il tempo indicato nel referto medico (tre mesi nel caso di specie) in un'altra struttura sanitaria rumena.

D'ora in avanti, dunque, le amministrazioni sanitarie che decidono sulle autorizzazioni chieste dai pazienti per recarsi all'estero in base al sistema previsto dal regolamento, dovranno valutare l'impossibilità di ricevere la prestazione entro un tempo ragionevole in relazione alla disponibilità del complesso degli istituti ospedalieri dello Stato membro di partenza e, con riguardo alla situazione del singolo paziente, rispetto al tempo utile indicato nel referto medico.

4. – La decisione in commento allarga ulteriormente le possibilità dei pazienti europei di accedere a prestazioni sanitarie in Stati differenti da quelli di residenza, soprattutto se si tengono in considerazione le profonde differenze tra i servizi sanitari dei singoli ordinamenti. Ve ne sono alcuni, infatti, nei quali si riesce ad assicurare in modo abbastanza uniforme l'accesso alle prestazioni sanitarie necessarie secondo modalità e tempi congruenti con le situazioni individuali; ve ne sono altri nei quali, pur a fronte di un'astratta disponibilità di servizi sanitari e ospedalieri, l'alto numero delle richieste provoca lunghe liste di attesa che dilatano talvolta in modo irragionevole il periodo che prelude alla fruizione effettiva del trattamento medico necessario; vi sono, infine, alcuni casi in cui l'organizzazione sanitaria di uno Stato è messa a dura prova dall'impossibilità di garantire la sostenibilità di tutte le prestazioni che sarebbe opportuno assicurare per la tutela del diritto alla salute dei pazienti (cfr. il report dell'Agenzia Europea per i diritti fondamentali (FRA), *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, 2013).

Il quadro giuridico che è venuto a delinearsi in seguito alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e ai successivi interventi delle altre istituzioni europee (si pensi, su tutti, all'approvazione della direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera) è piuttosto articolato: esso coniuga la dimensione sostanziale del diritto alla salute degli assistiti europei, pur con le limitazioni

imposte dal rispetto della competenza statale nel campo sanitario, con la creazione di un complesso sistema procedurale volto ad assicurare la concreta fruizione del profilo europeo del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie (per una sintesi dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa, cfr. S. De La Rosa, *The Directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, in *Common Market Law Review*, 2012, 49, 15-46).

Il punto di partenza che ha consentito un *modus operandi* tanto incisivo da parte dei giudici di Lussemburgo è rappresentato dal riconoscimento delle prestazioni sanitarie come servizi, con la conseguente applicazione dei principi generali e delle norme dei Trattati relativi alla libera circolazione. Il *la* è stato dato, seppur in via meramente incidentale nella sentenza *Luisi e Carbone*: fra i fruitori di servizi all'interno dello spazio dell'Unione vengono menzionati, oltre ai turisti e a coloro che viaggiano per affari, anche i pazienti che si recano all'estero per fruire di cure mediche (C-286/82, *Luisi e Carbone*, 31 gennaio 1984, in Racc. 1984 00377, 394, cfr. M Inglese, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, 1, 109-138).

Si è dovuto attendere sino al 1998 per avere una conferma e specificazione di questo assunto da parte della Corte di Giustizia che, pronunciandosi su una questione pregiudiziale relativa al rimborso di spese medico-dentistiche ricevute in un altro Stato membro, ha affermato che le disposizioni del Trattato «ostano a una normativa nazionale che subordina all'autorizzazione dell'ente previdenziale dell'assicurato il rimborso, secondo le tariffe dello Stato d'iscrizione, delle prestazioni di cure dentarie fornite da un ortodontista stabilito in un altro Stato membro» (C-158/96, *Kobll*, 28 aprile 1998, in Racc. 1998 I-01931, *dispositivo*; cfr. anche la sentenza C-120/95, *Decker*, 28 aprile 1998, in Racc. 1998 I-01831).

I giudici di Lussemburgo hanno ulteriormente chiarito la portata del principio espresso nella successiva sentenza *Smits e Peerbooms* (C-157/99, *Smits e Peerbooms*, 12 luglio 2001, in Racc. 2001 I-05473), affermando che le prestazioni sanitarie sono da intendersi come servizi, secondo quanto previsto dal Trattato e senza la necessità di distinguere tra cure ospedaliere e trattamenti ambulatoriali. Nella causa C-157/99, la Corte di Giustizia, pronunciandosi su una questione pregiudiziale relativa al rimborso di spese di ospedalizzazione sostenute in uno Stato membro diverso da quello di residenza, ha affermato che gli artt. 59 e 60 del Trattato (gli attuali articoli 56 e 57 TFUE) non ostano ad una normativa nazionale che subordini il rimborso di spese per cure ospedaliere ricevute all'estero ad una previa autorizzazione da parte della cassa malattia d'iscrizione; i criteri sulla base dei quali rilasciare tale autorizzazione devono però essere conformi all'interpretazione fornita dalla Corte.

5. – Il percorso inaugurato dalla Corte di Giustizia con le sentenze *Kobll* e *Decker* nel 1998 e proseguito sino ad oggi ha determinato, da un lato, la progressiva specificazione della portata del regolamento di coordinamento tra i sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri e, dall'altro lato, la creazione di un nuovo sistema di garanzia dei diritti dei pazienti nell'assistenza sanitaria transfrontaliera, basato direttamente sulla libera circolazione dei servizi, che ha trovato la propria cristallizzazione normativa nella direttiva del 2011. Si

tratta, in altre parole, di un doppio binario, nel quale la posizione individuale del paziente si colloca su una delle due alternative, fra loro parallele.

Nella prima ipotesi, in base alle disposizioni del regolamento sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, il singolo può chiedere alle autorità sanitarie del proprio Stato di iscrizione l'autorizzazione a sottoporsi ad un trattamento medico programmato presso una struttura avente sede in un altro Stato UE. È bene sottolineare che, oggi, la fonte di riferimento per tale sistema non è più il reg. 1408/71, ma il reg. 883/2004 (art. 20) e il reg. 987/2009 (art. 26), che hanno sostituito il precedente, pur non alterandone la sostanza. In base a tale meccanismo, il paziente dovrà chiedere all'amministrazione competente l'autorizzazione preventiva a sottoporsi alle cure all'estero, provvedimento preliminare all'assunzione in carico delle spese mediche per il trattamento del paziente, da pagarsi alla struttura presso la quale queste vengono eseguite, oppure – nel caso in cui sia necessario il pagamento diretto da parte del paziente – il rimborso (cfr. G. Di Federico, *La direttiva UE per l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, in RDSS, 2, 2012, p. 692).

Lo scenario creato dalla direttiva è, invece, lievemente differente. Un paziente, assistito in uno Stato membro, ha diritto a recarsi all'estero per ricevere i trattamenti sanitari di cui necessita e, una volta rientrato, può chiedere alle autorità competenti il rimborso delle spese mediche effettivamente sostenute, a condizione che queste siano già previste fra le prestazioni erogate dal proprio sistema sanitario. Secondo quanto previsto dalla direttiva, i due sistemi dovrebbero essere fra loro coordinati e coerenti, con una prevalenza – dovuta alla sua più ampia portata – per il sistema previsto dal regolamento (cfr. considerando n. 30 e 31 e art. 8, co. 3, della Direttiva). In altre parole, qualora un paziente voglia ottenere una prestazione sanitaria prevista nell'elenco delle prestazioni erogate dal proprio servizio sanitario, potrà (anzi, dovrà) ottenere la previa autorizzazione da parte delle autorità competenti, nel caso in cui il trattamento non sia disponibile entro un lasso di tempo ragionevole. Qualora, invece, la situazione individuale non presenti i presupposti per poter rientrare nell'ambito delle previsioni regolamentari (e quindi essere tendenzialmente pagata direttamente dallo Stato membro di affiliazione), il paziente avrà comunque la possibilità di chiedere l'applicazione del sistema creato dalla direttiva, al fine di ricevere il rimborso delle spese sostenute. Ciò che muta, nella sostanza (oltre ai requisiti di accesso all'uno o all'altro sistema) è il *quantum* rimborsabile. Nel primo caso, verrà coperto il costo della prestazione erogata all'estero; mentre nel secondo caso il paziente avrà diritto al rimborso delle spese (solo mediche) effettivamente sostenute e documentate, in misura corrispondente ai costi che il sistema avrebbe coperto se la cura fosse stata ricevuta in patria (cfr. art. 7, co. 4, della direttiva).

6. – Il tema affrontato dalla sentenza qui commentata è di particolare interesse sia se posto in relazione agli ultimi sviluppi del quadro giuridico europeo relativo ai diritti dei pazienti nel campo delle cure transfrontaliere, sia perché la questione affrontata è direttamente collegata alle difficoltà che molti sistemi sanitari europei stanno affrontando, in termini di scelte allocative e sostenibilità finanziaria delle prestazioni da erogare. Non è

pertanto da escludere che la distinzione, momentaneamente accantonata, tra carenza contingente e carenza strutturale di farmaci e materiali medici di prima necessità torni ad essere oggetto di una nuova pronuncia dei giudici di Lussemburgo.

Il caso deciso dalla Corte di Giustizia rileva, quindi, per un duplice ordine di ragioni: oltre a specificare ulteriormente la portata applicativa della disposizione del regolamento oggetto del giudizio, la sentenza tratta il tema dell'assistenza sanitaria transfrontaliera per la prima volta dopo l'entrata in vigore e il recepimento da parte degli Stati membri della direttiva 2011/24/UE.

Il fenomeno della circolazione dei pazienti oltre i confini nazionali è piuttosto limitato rispetto alla totalità delle prestazioni sanitarie erogate: secondo i dati presentati nel 2013 dalla Commissione Europea, si tratta di circa l'1% della spesa sanitaria totale, per un importo approssimativo di circa dieci miliardi di euro (dati presentati dalla Commissione Europea, Bruxelles, 22 ottobre 2013, [europa.eu/rapid/press-release MEMO-13-918_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-918_en.htm)). Nonostante i timori di un annunciato flusso incontrollato di pazienti, che avrebbe messo a repentaglio la sostenibilità della gran parte dei sistemi sanitari europei, tale fenomeno appare rimanere – per il momento – ancora limitato, anche a causa del freno rappresentato dalle difficoltà linguistiche e logistiche legate alla mobilità transfrontaliera, unitamente al fatto che non tutti i pazienti possono sostenere i costi accessori legati ad un viaggio, più o meno lungo che sia.

Cionondimeno, si può comunque supporre che il sistema possa estendersi, soprattutto nell'area delle prestazioni sanitarie di eccellenza o, come previsto dalla direttiva, nel settore delle malattie rare. In questi termini, sarebbe auspicabile che, ai meccanismi della competizione fra sistemi sanitari che potrebbe essere innescata dalla prospettiva di trattare un certo numero di pazienti provenienti dall'estero a spese di altri sistemi sanitari, siano preferiti meccanismi di cooperazione fra gli Stati. Questi potrebbero essere mirati a innalzare in modo coordinato gli standard di assistenza sanitaria nello spazio europeo e, al contempo, a creare una rete di scambio di buone pratiche nel settore medico, soprattutto in un momento in cui si richiede la rivalutazione delle prestazioni da garantire e la gestione delle risorse in un settore vocato alla realizzazione del diritto alla salute, tutelato tanto dalle Costituzioni nazionali che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Infine, non è da sottovalutare l'aspetto che maggiormente viene in rilievo nella sentenza qui commentata, e che si collega strettamente a quanto appena espresso, ossia il tema del divario fra i sistemi sanitari europei. Per effetto delle necessarie contrazioni imposte dalla crisi economica, la garanzia di prestazioni sanitarie in alcuni Stati è stata messa in discussione, e in alcuni casi rivalutata. Oltre, quindi, alla distinzione tra sistemi efficienti e sistemi non efficienti, bisogna considerare il fatto che non tutti i servizi sanitari dei Paesi dell'Unione riescono a tenere il passo con la rapida evoluzione delle tecnologie mediche. Se in *Elchinov* la Corte aveva affermato che anche una prestazione non esplicitamente inclusa fra quelle erogate dal sistema sanitario, a causa di un mancato aggiornamento della lista dei trattamenti disponibili, può costituire titolo per ottenere il rimborso delle prestazioni fruite all'estero, in questo caso si arriva stabilire che una carenza

materiale vale a considerare indebito il ritardo nella garanzia del trattamento e a costituire quindi una ragione fondativa della previa autorizzazione.

In termini complessivi, si può ritenere che tale sentenza, così come le precedenti, possa avere un duplice ed opposto ordine di effetti. Da un lato, i pazienti (soprattutto se bisognosi di prestazioni particolarmente complesse o legate a tecnologie avanzate non disponibili ovunque) saranno più incentivati a guardare oltre confine, a spese del sistema di affiliazione. Dall'altro lato, tuttavia, anche in conformità con i principi di solidarietà, si può sostenere che gli Stati membri siano maggiormente spinti alla cooperazione e ad un progressivo e coordinato raggiungimento di un grado comune – tendenzialmente elevato – di assistenza sanitari su tutto il territorio dell'Unione.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

**Holt v. Hobbs: la Corte Suprema rafforza
ulteriormente la tutela della libertà religiosa**

**Holt v. Hobbes: the US Supreme Court strengthens
the protection of religious freedom**

Matteo De Nes

Tag : freedom of religion, neutrality of public power, compelling public interest



Nota a Corte Suprema degli Stati Uniti, *Holt, Aka Muhammad v. Hobbs, Director Arkansas Department of Correction, et al., writ of certiorari* – 20 gennaio 2015, 574 U.S. (2015). *Holt v. Hobbs*: la Corte Suprema rafforza ulteriormente la tutela della libertà religiosa

di Matteo De Nes

1. – Con la sentenza in commento, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha aggiunto un ulteriore tassello alla definizione del contenuto della libertà religiosa, come noto connaturata alla stessa storia costituzionale americana e tuttora controversa e caratterizzata da posizioni contrastanti (*ex multis* J. Witte, *The Study of Law and Religion in the United States: An Interim Report*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2012). Nel caso di specie, l'attore, Gregory Holt, musulmano detenuto in un carcere dell'Arkansas, chiedeva per motivi religiosi di poter portare la barba per una lunghezza di mezzo pollice, in deroga alle norme imposte dall'amministrazione penitenziaria statale secondo cui non è consentito lasciare crescere la barba se non in casi eccezionali di problemi dermatologici (e comunque solamente fino a un quarto di pollice). Il caso, giunto sino alla Corte Suprema, è stato deciso a favore di Holt, con una pronuncia unanime che ribadisce alcuni orientamenti espressi nel caso *Burwell v. Hobby Lobby Store, Inc.* (R.W. Garnett, *Accommodation, Establishment, and Freedom of Religion*, in *Vanderbilt Law Review En Banc*, 2014) con particolare riguardo al test di verifica della presunta violazione della libertà religiosa, e che introduce ulteriori spunti di riflessione sul significato di quest'ultima.

2. – La Corte ha riscontrato una violazione del *Religious Land Use and Institutionalized Person Act* (RLUIPA, 2000), una legge federale che proibisce alle autorità pubbliche di

adottare norme in materia di uso del territorio o in materia carceraria che comportino un pregiudizio sostanziale per l'esercizio della libertà religiosa.

Il RLUIPA si colloca al termine di un lungo confronto tra la Corte Suprema e il Congresso, iniziato con la nota sentenza sul caso *Smith* (1990), relativa all'interpretazione del 1° Emendamento. In tale pronuncia, la Corte aveva adottato una concezione di pura neutralità del potere pubblico rispetto all'esercizio della religione, legittimando la limitazione della relativa libertà qualora risultante da provvedimenti normativi di applicazione generale (W. Cole Durham Jr., *Religious Freedom in a Worldwide Setting: Comparative Reflections*, in M.A. Glendon, H.F. Zacher, *Universal Rights in a World of Diversity*, Città del Vaticano, Pontificiae Academiae Scientiarum Socialium Acta, 2012, 372). Tre anni dopo *Smith*, il Congresso ha risposto adottando il *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA, 1993), per garantire un'ampia protezione della libertà religiosa e introdurre un controllo più stringente nei relativi casi di presunta violazione da parte delle autorità pubbliche. Tuttavia, l'applicazione agli Stati dell'RFRA è stata ritenuta incostituzionale dalla Corte Suprema poiché eccedente le competenze della Federazione (*City of Boerne v. Flores*, 1997). Nel 2000, quindi, il Congresso ha adottato il RLUIPA ancorandolo alle *Spending and Commerce Clauses*, ovvero al passpartout per garantirne la legittima attuazione nei singoli Stati (D.N. Lerman, *Taking the Temple: Eminent Domain and the Limits of RLUIPA*, in *The Georgetown Law Journal*, 2008, 2062). Tale atto, infatti, si applica ogni volta che la norma limitatrice della libertà religiosa rientra all'interno di un programma finanziato dalla Federazione oppure coinvolga questioni legate alla regolazione del commercio.

Il RFRA e il RLUIPA, finalizzati allo stesso scopo ma con campi di applicazione diversi, prescrivono in ogni caso il medesimo test: affinché un atto normativo che comporta un pregiudizio sostanziale per la libertà religiosa possa essere considerato legittimo, l'autorità pubblica deve dimostrare che la misura adottata (a) persegue un interesse pubblico impellente e rappresenta (b) il mezzo meno restrittivo della libertà religiosa stessa.

La protezione accordata da tali atti, inoltre, risulta particolarmente ampia, in quanto il termine *religious exercise* include *any exercise of religion, whether or not compelled by, or central to, a system of religious belief* (§ 2000cc-5(7)(A)). Adottando il RFRA e il RLUIPA, il Congresso non ha voluto semplicemente ripristinare la tutela accordata alla libertà religiosa dalla giurisprudenza precedente al caso *Smith*, bensì ha inteso concedere una protezione ancora più estesa di quella prevista dal 1° Emendamento (*Burwell v. Hobby Lobby Store, Inc.*, 573 U.S. (2014), 26).

3. – Nella sentenza in commento, la Corte ha rigorosamente applicato il test previsto dal RLUIPA, valutando innanzitutto la presenza di un pregiudizio sostanziale per la libertà religiosa del detenuto. Data per presupposta la sincerità dell'atteggiamento di Gregory Holt, che non viene contestata dall'amministrazione penitenziaria, la Corte ha riscontrato un sostanziale *vulnus* nei suoi confronti poiché, qualora avesse deciso di portare la barba secondo i dettami della sua fede islamica, sarebbe incorso in gravi sanzioni disciplinari. La

Corte ha poi esaminato gli argomenti dell'amministrazione penitenziaria, fondati sulla necessità di garantire la sicurezza all'interno del carcere. L'obbligo di non portare la barba, infatti, sarebbe funzionale alla prevenzione delle attività di contrabbando (di oggetti di piccole dimensioni facilmente occultabili) e alle esigenze di riconoscimento dei detenuti, che avrebbero potuto cambiare fisionomia radendosi. La Corte, pur ritenendo legittime tali esigenze, ha affermato che il fatto di portare mezzo pollice di barba non può essere ritenuto coerente con il perseguimento dell'interesse alla sicurezza dei luoghi di detenzione, oltre a non rappresentare la misura meno restrittiva. L'attività di contrabbando, infatti, può essere svolta anche occultando gli oggetti nei capelli (il cui limite di lunghezza è superiore a mezzo pollice) oppure nei vestiti, e può essere contrastata mediante le ordinarie ispezioni da parte delle guardie carcerarie. Le esigenze di identificazione, inoltre, possono essere soddisfatte mediante l'utilizzo di due fotografie del detenuto (con e senza barba).

4. – Sin qui, il ragionamento appare lineare, quasi scontato per certi aspetti. Ma analizzando le decisioni rese nei gradi di giudizio precedenti, emergono importanti profili legati all'interpretazione del RLUIPA che la Corte Suprema ha contribuito a chiarire. La Corte distrettuale, che pure ha ritenuto ridicolo pensare che il detenuto potesse usare una barba di due centimetri e mezzo per attività di contrabbando, non ha riscontrato alcun pregiudizio sostanziale per la sua libertà religiosa, poiché l'amministrazione penitenziaria consente di praticarla in altro modo (ad esempio fornendo un tappeto per pregare, permettendo la corrispondenza con una guida islamica e consentendo l'osservanza del digiuno e delle feste religiose – 574 U.S. (2015), *Opinion of the Court*, 7). La Corte di appello (8° circuito), inoltre, ha optato per un evidente *self restraint*, ritenendo di dover lasciare alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria la scelta delle misure più idonee per garantire la sicurezza, purché non palesemente esagerate (574 U.S. (2015), *Opinion of the Court*, 6). La Corte Suprema, invece, ritenendo che sia la Corte distrettuale che la Corte di appello avessero fornito un'interpretazione errata del RLUIPA, ha affermato che tale legge accorda tutela contro un pregiudizio sostanziale per la libertà religiosa, ancorché sia possibile praticarla in altro modo. Il RLUIPA, inoltre, protegge qualsiasi espressione di tale libertà, anche se non imposta da una specifica norma di fede. Alla luce di tale pronuncia, pertanto, i giudici dovranno valutare l'esistenza di un ragionevole interesse pubblico e il requisito della misura meno restrittiva con riferimento allo specifico caso della persona coinvolta e a quel determinato comportamento religioso che tale persona ritiene violato.

5. – Un ulteriore argomento toccato dalla pronuncia intercetta anche la problematica del federalismo statunitense. Nel valutare la restrittività della misura adottata, infatti, la Corte ha valutato le politiche carcerarie degli altri Stati. In molti casi (invero nella maggior parte degli Stati – www.becketfund.org), ai detenuti è consentito portare la barba senza che ciò sia considerato un potenziale pericolo per la sicurezza. Parte della dottrina ha così ravvisato un'indebita intrusione della Corte nella gestione delle *policies* statali, mediante una sorta di nazionalizzazione delle regole dei penitenziari, con conseguente violazione della sovranità

degli Stati (cui spetta il controllo delle carceri). In questo modo non verrebbero valutate le specifiche differenze relative alla popolazione carceraria, alle risorse disponibili e al diritto vigente in ciascuno Stato (M.A. Hamilton, *The Supreme Court Decides Holt v. Hobbs the Way It Decided Burwell v. Hobby Lobby: With a License to Dictate Public Policy from the Bench*, in *verdict.justia.com*, 2015). Come osservato da altra parte della dottrina, tuttavia, tale metodo analogico risulta utile nella definizione di quale sia in concreto la misura meno restrittiva per casi simili (M. DeGirolami, *What Does It Mean to Say that a Religious Accommodation Should Not "Detrimentially Affect Others"? And a Couple of Other Holt v. Hobbs Thoughts*, in *mirrorofjustice.blogs.com*, 2015). La stessa Corte Suprema, peraltro, ha affermato che, qualora altre carceri offrano soluzioni meno invasive, l'amministrazione coinvolta dovrà dimostrare in che modo la sua situazione concreta si differenzia dalle altre.

6. – Quest'ultimo argomento, inoltre, è collegato con un ulteriore profilo affrontato indirettamente dalla Corte nella sentenza in commento, ovvero i possibili costi economici come motivi di interesse pubblico. L'amministrazione penitenziaria dell'Arkansas sosteneva che, mentre i detenuti che richiedevano la possibilità di portare la barba per ragioni mediche erano un numero irrisorio, quelli che avrebbero richiesto di portarla per motivi religiosi sarebbero stati molti di più. Un'eccezione per Gregory Holt, quindi, avrebbe comportato il dovere di estendere tale beneficio a chiunque altro avesse avanzato una pretesa simile. L'amministrazione, tuttavia, non ha addotto alcuna prova concernente eventuali costi aggiuntivi per le operazioni di controllo e di riprogrammazione delle attività. La questione rimane così aperta per i casi futuri, ancorché l'indicazione della Corte appaia molto chiara: l'amministrazione che vorrà negare un'eccezione fondata su motivi religiosi per ragioni connesse alle risorse economico-finanziarie dovrà dimostrare, secondo lo *strict scrutiny* richiesto dal RLUIPA (o dal RFRA), l'esistenza di un impellente interesse pubblico relativo al controllo dei costi con specifico riferimento al caso concreto. Tale prova, peraltro, appare piuttosto complessa, poiché sarà necessario indicare il costo esatto che comporta l'eventuale eccezione e dimostrare l'impossibilità di coprirlo con modalità differenti. Restano fermi, in ogni caso, il dovere di verificare la sincerità di chi invoca tale libertà e la possibilità di revocare il trattamento privilegiato nel caso di eventuali abusi.

7. – Si pone, infine, il fondamentale problema delle conseguenze dell'*accommodation* per motivi religiosi, in termini di costi diretti per l'autorità che deve garantire un regime agevolato e di possibili pregiudizi per altri soggetti coinvolti.

A questo proposito, il giudice Ginsburg, in una *concurring opinion* alla sentenza in commento, spiega il motivo della sua adesione, fondata su quella che ritiene la principale differenza tra i casi *Holt* e *Hobby Lobby* (in cui era dissenziente assieme a Sotomayor, Breyer e Kagan). Mentre in quest'ultimo, infatti, la possibilità accordata all'impresa di non garantire la copertura assicurativa alle proprie dipendenti per i trattamenti sanitari ritenuti abortivi (e contrastanti con il credo religioso dei datori di lavoro) arrecherebbe loro un serio

pregiudizio nell'accedere alle cure mediche, nel caso *Holt* non è riscontrabile alcun detrimento nei confronti dei terzi.

Come evidenziato da parte della dottrina, tuttavia, è lo stesso test previsto dal RFRA e dal RLUIPA (rigorosamente applicato in entrambe le sentenze) che richiede di bilanciare anche gli eventuali pregiudizi per altri soggetti (R.W. Garnett, *cit.*, 45-46. Contra: F.M. Gedicks, A. Koppelman, *Invisible Women: Why an Exemption for Hobby Lobby Would Violate the Establishment Clause*, in *Vanderbilt Law Review En Banc*, 2014, 54). Come affermato dalla Corte in *Hobby Lobby*, infatti, la misura meno restrittiva per la libertà religiosa, che allo stesso tempo garantirebbe alle lavoratrici l'accesso a tutte le prestazioni sanitarie, sarebbe l'assunzione, da parte del Governo federale, delle spese relative alla copertura sanitaria per i trattamenti ritenuti abortivi. *Mutatis mutandis*, in *Holt*, una maggiore attività di controllo da parte dell'amministrazione penitenziaria è stata considerata una misura senz'altro meno restrittiva dell'obbligo di non portare la barba. In entrambi i casi, di conseguenza, i costi dell'*accommodation* devono ricadere ultimamente sull'autorità pubblica (nel caso di *Hobby Lobby* in modo decisamente più problematico – V. Fiorillo, *La sentenza Burwell v. Hobby Lobby: basta un nesso indiretto con la libertà religiosa a limitare il diritto alla salute?*, in *Quad. cost.*, 2014, 930).

Il pericolo di un'espansione illimitata del diritto alla libertà religiosa è comunque attuale, poiché in astratto potrebbe sempre esistere una misura meno restrittiva di quella adottata dall'amministrazione coinvolta. Una puntualizzazione finale del giudice Sotomayor nella sua *concurring* nel caso *Holt*, tuttavia, fissa un importante limite: da quanto affermato dalla Corte si evince che la rigorosa analisi degli interessi in gioco deve inserirsi all'interno del confronto tra la misura adottata dall'autorità pubblica e la soluzione alternativa prospettata dal soggetto che invoca la propria libertà religiosa (e non con riferimento a qualsiasi ipotesi astrattamente configurabile). Ciò potrebbe consentire anche una definizione più precisa dei costi che comporterebbe l'eventuale eccezione alla regola generale.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

Il regime linguistico dei concorsi dell'unione europea

The linguistic regime in the competitive exams in the European Union

Diego Zannoni

Tag: multilingualism, principle of non-discrimination, competitive exam



Il regime linguistico dei concorsi dell'unione europea

di Diego Zannoni

1. – Fin dall'inizio del processo comunitario di integrazione la materia linguistica è stata oggetto di vivo interesse, di acceso dibattito e di attenta regolamentazione, tanto che il primo regolamento della Comunità Economica Europea (CEE) ne stabilì proprio il regime linguistico, sancendo la pari dignità delle lingue degli Stati Membri, tutte lingue ufficiali nonché lingue di lavoro per le istituzioni comunitarie¹. E tale attenzione ben si comprende se si pensa che l'adozione di una determinata politica linguistica a livello comunitario sarebbe stata suscettibile di influenzare e modificare la naturale evoluzione delle lingue degli Stati Membri e avrebbe comportato importanti conseguenze sia simboliche, sul piano della rappresentazione degli equilibri fra gli Stati Membri, sia pratiche sulla concorrenza e sulla libera circolazione delle merci e dei lavoratori, incidendo sul tessuto politico e sociale e creando condizioni di potenziale discriminazione e quindi esclusione².

¹ CEE Consiglio: Regolamento n. 1 che stabilisce il regime linguistico della Comunità Economica Europea GU n. 17 del 06/10/1958 pp. 385 – 386 (d'ora in avanti regolamento n. 1). "L'égalité des langues est le signe d'une soupçonneuse égalité des souverainetés nationales, paradoxalement réaffirmée au seuil d'une entreprise portant fondamentalement atteinte à cette souveraineté". A. Fenet, *Diversité linguistique et construction européenne*, Revue trimestrielle de droit européen, 2001, p. 238.

² Le costituzioni di numerosi Stati europei prevedono il diritto al pluralismo linguistico seguendo una prospettiva duplice, per un verso cioè identificano la lingua come una estrinsecazione del diritto all'identità culturale e prevedono quindi una protezione a livello costituzionale per le minoranze linguistiche. Per altro verso considerano la lingua all'interno della tutela del principio di uguaglianza e non è un caso che tale valenza egualitaria dei diritti linguistici risulti particolarmente evidente nelle costituzioni europee del secondo dopoguerra, memori dell'esperienza dei regimi autoritari che infatti avevano adottato una politica di imposizione della lingua nazionale e parallelamente di soppressione delle libertà linguistiche. G. Rolla, E. Ceccherini, *Il riconoscimento delle diversità culturali e linguistiche nell'ordinamento costituzionale europeo*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2007, vol. I, p.

L'azione comunitaria in materia di lingue prima di Maastricht si risolveva sostanzialmente nel favorire l'integrazione economica proponendosi di superare gli ostacoli che le "barriere linguistiche" comportavano alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, e nello stabilire un certo tipo di regime linguistico per il funzionamento delle istituzioni stesse³.

Tuttavia, con specifico riferimento al regime linguistico delle istituzioni dell'Unione Europea (UE), con il progressivo allargamento ed il conseguente aumento del numero di lingue ufficiali e di lavoro è diventata sempre più acuta la tensione fra plurilinguismo da un lato ed esigenze di economicità e di servizio dall'altro. Da un lato infatti la diversità linguistica è oggetto di una rinnovata concezione normativa perché non è più concepita essenzialmente come possibile ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle merci e anzi, a seguito di un processo evolutivo di cui il Trattato di Lisbona segna l'esito finale, è definita come una ricchezza da rispettare⁴. Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e dotata della stessa forza dei trattati con il Trattato di Lisbona⁵, ribadisce che *"l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica"*⁶ e stabilisce il divieto di discriminazione, prendendo espressamente in considerazione, tra i possibili motivi, anche la lingua⁷. Quindi il plurilinguismo è ora identificato come la *conditio sine qua non* per la creazione di un'identità comune e pluriculturale e quindi di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei⁸.

666; A. Pizzorusso, voce Lingue (uso delle), in Nov. Dig. it., IX, Torino, 1957, p. 937; G. Klein, *La politica linguistica del Fascismo*, Bologna, 1986, pp. 1- 157.

³ *"So far, language requirements have been treated from the perspective of their economic effects. This has provoked a number of disparaging comments suggesting that language requirements are blossoming, as yet another expression of Member States' ingenuity in devising new protectionist instruments to shelter their home markets"*. C. Boch, *Language Protection and Free Trade: The Triumph of the Homo McDonaldus?*, European Public Law, 1998, Vol. 4, Issue3, p. 381.

⁴ Art. 3 TUE (ex Art. 2 TUE) e Dichiarazione relativa all'articolo 55 §2 TUE

⁵ Art. 6 TUE (ex Art. 6 TUE)

⁶ Art. 22 (*Diversità culturale, religiosa e linguistica*). In dottrina si è affermato che si tratta di una formula riduttiva perché il verbo "rispettare" sembra alludere ad un "prendere atto" passivo, e quindi sarebbe stato preferibile utilizzare verbi come "promuovere" o "incoraggiare" che meglio si attagliano a descrivere una condotta attiva concreta. A. Ortolani, *Lingue e politica linguistica nell'Unione Europea*, Rivista critica del diritto privato, 1/2002, p. 139. In termini simili A. Venchiarutti, *Il multilinguismo come valore europeo*, in B. Pozzo, M. Timoteo, Europa e linguaggi giuridici, Milano, 2008, pp. 324-325.

⁷ Art. 21 (*Non discriminazione*), Titolo III (*Uguaglianza*)

⁸ *"L'apprendimento delle lingue è importante in quanto rafforza la consapevolezza della diversità culturale e contribuisce a sradicare la xenofobia, il razzismo, l'antisemitismo e l'intolleranza"*, Considerando n. 8 Decisione n. 1934/2000/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 luglio 2000, che istituisce l'Anno europeo delle lingue 2001 GU n. L 232 del 14/09/2000, pp. 1 – 5; Risoluzione del Consiglio del 14 febbraio 2002 relativa alla promozione della diversità linguistica e dell'apprendimento delle lingue nel quadro dell'attuazione degli obiettivi dell'Anno europeo delle lingue GU n. C 050 del 23/02/2002, pp. 1 – 2; *"La coesistenza armoniosa di molte lingue in Europa è un simbolo forte dell'aspirazione dell'Unione Europea a essere unita nella diversità, uno dei fondamenti del progetto europeo"* Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Il multilinguismo: una risorsa per l'Europa e un impegno comune {SEC(2008) 2443} {SEC(2008) 2444} {SEC(2008) 2445} /* COM/2008/0566 def. */; Dichiarazione relativa all'articolo 55§ 2 TUE.

D'altro lato è evidente che le istituzioni UE per funzionare debbano disporre di funzionari che siano in grado di interagire ed interloquire fra di loro, cosa possibile solo a condizione che dispongano di una base linguistica comune che necessariamente e ragionevolmente dovrebbe essere ristretta ad alcune soltanto delle lingue ufficiali e di lavoro dell'UE, non potendosi pretendere da essi né dai candidati funzionari la conoscenza di tutte le ventiquattro lingue ufficiali. L'unica alternativa possibile sarebbe per gioco forza il supporto di un adeguato servizio di interpretariato, in quest'ultimo caso però con il conseguente innalzamento di costi e allungamento dei tempi procedurali.

A fronte di queste contrapposte esigenze, che rispecchiano a monte la tensione fra integrazione e diversità linguistica, le istituzioni UE non hanno sempre riservato alle lingue ufficiali e di lavoro lo stesso trattamento, facendo a volte scelte concrete di segno contrario e privilegiando alcune lingue, come è accaduto in materia concorsuale, salvi i successivi interventi correttivi della Corte di Giustizia, quasi che l'opzione per il plurilinguismo fosse temperata da una prassi applicativa tendente piuttosto a "convivere con il plurilinguismo" nonostante le declamazioni a livello locale e centrale⁹. Il vero *punctum pruriens* consiste nell'individuazione di un regime linguistico che rappresenti un bilanciamento fra esigenze e principi che sembrerebbero inconciliabili.

2. – Il Trattato CEE non conteneva alcun riferimento specifico ad una competenza della Comunità in materia linguistica e, riservando alla decisione unanime del Consiglio la determinazione del regime linguistico delle istituzioni comunitarie, attribuiva un diritto di veto ad ogni Stato Membro, opzione questa che, mantenuta in occasione di ogni revisione dei trattati, e quindi riprodotta anche nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), fa trasparire in modo inequivoco la delicatezza della questione¹⁰. Certamente però il fatto che il Trattato fosse redatto nelle lingue ufficiali degli Stati parte, tutte facenti

⁹ Ad esempio, come osserva T. Gallas, il plurilinguismo interviene con tutto il suo peso soltanto in alcune fasi della messa a punto redazionale della norma europea. T. Gallas, *Il diritto comunitario inteso come "diritto diplomatico" ed il suo linguaggio*, in V. Jacometti, B. Pozzo, *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento*, Milano, 2006, p. 178. Secondo N. Urban "[the] (single) European legal order does, almost naturally, tend to fictionalise the normative reality of linguistic equality" e ancora "both national legal systems and national political orders will need to accept the fact that English and French are dominating the process of European integration [...] Instead of speaking of the maintenance of both cultural and linguistic diversity in Europe, we should much rather be focusing on the inherent dangers of legal – and linguistic – harmonization throughout the Union". N. Urban, *One legal language and the maintenance of cultural and linguistic diversity?*, *European Review of Private Law*, 2000, p. 53; 57.

¹⁰ Art. 217 TCEE. Ancora prima, il testo ufficiale del primo atto di integrazione europea, il Trattato della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), firmato a Parigi il 18 aprile 1952, fu redatto esclusivamente in francese e non conteneva alcuna disposizione in materia di regime linguistico delle istituzioni comunitarie. Successivamente, il riconoscimento di tedesco, francese, italiano e neerlandese come lingue ufficiali e di lavoro della CECA avrebbe prefigurato il regime linguistico della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica. Infatti i trattati istitutivi di queste due comunità, firmati a Roma il 25 marzo 1957, comparivano in quattro versioni facenti tutte ugualmente fede che corrispondevano alle quattro lingue ufficiali dei sei Paesi Fondatori. A. Milian-Massana, *Le régime linguistique de l'Union Européenne: le régime des institutions et l'incidence du droit communautaire sur la mosaïque linguistique européenne*, *Rivista di diritto europeo*, 1995, pp. 485-491.

ugualmente fede, già era espressione di una scelta linguistica che in effetti fu poi coerentemente sviluppata nel diritto derivato¹¹. Lo strumento normativo che costituisce la chiave di volta della politica linguistica dell'UE è infatti il regolamento n. 1 ai sensi del quale “*le lingue ufficiali e le lingue di lavoro delle istituzioni dell'Unione*” sono tutte le lingue ufficiali degli Stati Membri, l'elenco delle quali è stato aggiornato ad ogni adesione¹². Il regolamento n. 1 conferisce quindi pari dignità a tutte le lingue degli Stati Membri, sia all'interno che all'esterno delle istituzioni dell'Unione. Vi sono ordinamenti giuridici nazionali all'interno dei quali più lingue sono ufficiali, molte organizzazioni internazionali adottano più lingue di lavoro, ma in nessun ordinamento vige un plurilinguismo così esteso. Con l'espressione plurilinguismo esterno si farà qui riferimento al regime linguistico applicabile ai rapporti delle istituzioni verso l'esterno – tale quindi da coprire la pubblicazione degli atti aventi portata generale e la pubblicazione della Gazzetta Ufficiale, nonché tutte le comunicazioni fra istituzioni UE e Stati Membri o privati e viceversa¹³, mentre il termine plurilinguismo nella sua accezione interna sarà riferito alle lingue utilizzate dalle istituzioni europee al loro interno e a livello inter-istituzionale. Si potrebbe quindi dire che il plurilinguismo esterno sta alle lingue ufficiali come il plurilinguismo interno sta alle lingue di lavoro¹⁴.

Il plurilinguismo esterno, successivamente incorporato in parte a livello di diritto primario nel Trattato CE e poi nella Carta dei diritti fondamentali¹⁵, costituiva in realtà una scelta necessitata dagli obiettivi specifici che la CEE intendeva perseguire poiché, *in primis*, la scelta linguistica avrebbe potuto incidere sulla libertà di circolazione delle merci e dei lavoratori e sulla concorrenza tra le imprese dell'UE. Così, la creazione del mercato comune (art. 2 TCEE), di un regime inteso a garantire che la concorrenza non fosse falsata e l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali (art. 3 TCEE), non avrebbero potuto essere realizzati se la parità di trattamento tra le lingue degli Stati Membri della CEE non fosse stata prevista e assicurata. Infatti, se gli atti normativi e i documenti non fossero stati tradotti nelle lingue di alcuni Stati Membri si sarebbero create lacune di informazione per le imprese di quell'area linguistica con conseguente disparità di trattamento e squilibrio concorrenziale. Inoltre, dato l'impatto immediato delle norme convenzionali e di quelle che da queste ultime ricevono forza sulla situazione giuridica soggettiva, oltre che degli Stati Membri, anche dei singoli, tale scelta normativa era necessaria proprio per consentire a tutte le persone fisiche e giuridiche degli Stati Membri di fruire dei testi normativi di diritto UE nella propria

¹¹ Art. 248 TCEE

¹² Art. 1 Regolamento n. 1.

¹³ Articoli 2, 3, 4, 5 Regolamento n. 1.

¹⁴ N. Labrie, *La construction linguistique de la Communauté Européenne*, Parigi, 1993, p. 82. A. Fenet, *op.cit.*, p. 239.

¹⁵ Vedi Art. 21 TCE (Art. 24 TFUE §4) e Art. 41 (*Diritto ad una buona amministrazione*) della Carta dei diritti fondamentali. Il Trattato CE adottava parallelamente un approccio promozionale nel settore linguistico nella misura in cui l'apprendimento e la diffusione delle lingue degli Stati Membri erano indicati come lo strumento per sviluppare una dimensione europea dell'istruzione e realizzare quindi l'integrazione non solo economica, ma anche culturale e linguistica, tra gli Stati della Comunità. Art. 149 TCE inserito all'interno del capo 3 del titolo XI, dedicato a Politica sociale, istruzione, formazione professionale e gioventù e ora Art. 165 TFUE.

lingua, e fare quindi salvi i principi della conoscibilità della legge e dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Per gli stessi motivi era necessario che tutte le versioni linguistiche godessero di pari dignità e fossero parimenti ufficiali poiché, se ad alcune di esse fosse stata riconosciuta un'autorità inferiore, in caso di divergenza sarebbe prevalso il testo di una determinata altra lingua facente fede. La conseguenza inaccettabile sarebbe stata nel senso che i cittadini di uno Stato Membro la cui lingua non fosse stata fra quelle "favorite" in via di principio avrebbero dovuto adottare condotte conformi ad un atto normativo che avrebbe potuto essere diverso da quello da loro conosciuto e conoscibile¹⁶. In altre parole il parametro sulla cui base valutare la legittimità della loro condotta avrebbe ben potuto essere diverso da quello da loro conosciuto e conoscibile con evidente violazione del principio di legalità, di certezza del diritto e di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge¹⁷. Ancora, se fosse stata adottata una sola lingua ufficiale, naturale o artificiale che fosse, la maggioranza della popolazione europea non sarebbe stata in grado di comprenderla in modo sufficiente per poter applicare il diritto UE, il quale inevitabilmente ne avrebbe perso di effettività¹⁸. Inoltre una lingua comune per il diritto avrebbe in ogni caso richiesto un fondamento condiviso di principi, di concetti e regole che avrebbero dovuto sostenere in modo coerente lo strumento linguistico. Quindi, poiché oltre ad avere diverse lingue gli Stati dell'UE hanno anche diverse tradizioni giuridiche, l'assunzione di una unica lingua ufficiale e di lavoro non sarebbe stata *per se* risolutiva¹⁹.

Vista la co-ufficialità di tutte le lingue UE, un'eventuale difformità fra le varie versioni linguistiche va risolta unicamente sul piano interpretativo, in particolare attraverso lo strumento dell'interpretazione teleologica e sistematica. La Corte di Giustizia propende per

¹⁶ Certo nemmeno il fatto che tutte le versioni linguistiche siano parimenti ufficiali assicura *per se* la certezza del diritto. Basti pensare alla difficoltà di individuare una corrispondenza tra il significato di determinati termini utilizzati nel diritto UE, rispetto al significato che è attribuito ai medesimi dalla consolidata dogmatica giuridica affermatasi nell'esperienza dei singoli Stati Europei. Per le difficoltà applicative del plurilinguismo, in termini di rischio di mancata corrispondenza tra le categorie adoperate a livello UE e in sede di attuazione negli Stati Membri si veda S. Ferreri, *La lingua del legislatore. Modelli comunitari e attuazione negli Stati Membri*, Rivista di diritto civile, 2004, vol. 2, pp. 561-579. Ancora più problematico, in un regime di plurilinguismo così esteso, è garantire la piena conformità dei testi tradotti in tutte le lingue ufficiali. Sul problema della possibile divergenza tra le varie versioni linguistiche si veda A. Gambaro, *A proposito del plurilinguismo legislativo europeo*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2004, pp. 287-299.

¹⁷ Nella sentenza 11 dicembre 2007 causa C-161/06, *SkomaLux sro contro Celní ředitelství Olomouc*, la Corte di Giustizia affronta la questione della opponibilità e della diretta efficacia dei regolamenti comunitari entrati in vigore prima dell'adesione dei nuovi Stati aderenti - e quindi non pubblicati nella Gazzetta Ufficiale UE nella lingua ufficiale di questi - nei confronti dei cittadini dei nuovi Stati aderenti.

¹⁸ Si è anche osservato che, in caso di riduzione delle lingue ufficiali, dovendo gli Stati la cui lingua rimarrebbe esclusa dal servizio linguistico comunitario comunque accollarsi le spese di traduzione, il costo del plurilinguismo sarebbe solo trasferito, ma non eliminato. Inoltre, poiché i testi normativi non sarebbero più tradotti, comparati e controllati sulla loro mutua consonanza da un'unica entità centrale, ne conseguirebbe verosimilmente una attenuazione dell'uniformità del diritto UE. M. Gazzola, *La gestione del multilinguismo nell'Unione Europea*, in A. Carli, *Le sfide della politica linguistica di oggi*, Milano, 2006, p. 75.

¹⁹ G. Ajani, G. Peruginelli, G. Sartor, D. Tiscornia, *The Multilanguage Complexity of European Law. Methodologies in Comparison*, Florence, 2007, pp. 1-225.

questa soluzione dato che la sua giurisprudenza è costante nel ritenere che, in caso di dubbio, il testo di una disposizione non va considerato isolatamente ma deve essere “interpretato e applicato alla luce dei testi redatti nelle altre lingue ufficiali” e che “in caso di difformità tra le diverse versioni linguistiche di un testo dell’Unione, la disposizione di cui trattasi deve essere intesa in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui fa parte”²⁰. Le ambiguità di un testo ufficiale debbono quindi essere chiarite e superate attraverso gli altri testi ufficiali, cercando il significato oggettivo che sia espressione della comune volontà degli Stati – per il diritto primario – o della volontà del legislatore comunitario per il diritto derivato²¹.

²⁰ Sentenza 15 aprile 2010, causa C-511/08, *Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. c. Heinrich Heine GmbH*, §51; 17 giugno 1998, causa C-321/96, *Mecklenburg*, §29; 20 novembre 2008, causa C-375/07, *Henschen & Schrouff Oriental Foods Trading*, §46, nonché 10 settembre 2009, causa C-199/08, *Eschig*, §54. Nel medesimo senso, sentenze 9 marzo 2000, causa C-437/97, *EKW e Wein & Co.*, §42; 4 ottobre 2007, causa C-457/05, *Schutzverband der Spirituosen-Industrie*, §18, nonché 9 ottobre 2008, causa C-239/07, *Sabatanskas e a.*, §39. Per l’evoluzione giurisprudenziale in materia si rinvia a B. Pozzo, *L’interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, in B. Pozzo, M. Timoteo, *op.cit.*, pp. 383-432. La possibilità di far prevalere una versione linguistica sulle altre è esclusa espressamente dalla Corte di Giustizia nel caso deciso con la sentenza del 2 aprile 1998, causa C-296/95, *EMU Tabac e a.* “A tutte le versioni linguistiche va riconosciuto, in via di principio, lo stesso valore, che non può variare in rapporto al numero dei cittadini degli Stati membri in cui è parlata una certa lingua.” Sentenza 2 aprile 1998, causa C-296/95, *EMU Tabac e a.*, § 36. La Corte di Giustizia sembrerebbe ammettere una limitata deroga al principio quando riconosce la prevalenza delle versioni linguistiche che sole siano in grado di far salvo l’effetto utile di una disposizione di diritto comunitario. Sentenza 9 marzo 2000, causa C-437/97, *EKW e Wein & Co.*, §41. Si è a proposito affermato che “a guardar bene, quindi, la tecnica interpretativa, in tali ipotesi, finisce per nascondere l’inevitabile scelta di una o più versioni linguistiche rispetto ad altre, le quali però, almeno in linea teorica, continuano tutte a far fede ugualmente. In un sol colpo si “smascherano” due principi: parità delle lingue ufficiali e certezza del diritto comunitario per i destinatari delle norme.” F. Lisena, *La Babele (o la Pentecoste) delle lingue nell’Unione Europea*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 00 del 2.07.2010, p. 13. In realtà non si tratta qui di prevalenza di certe versioni linguistiche sulle altre, ma di tecnica interpretativa che conduce ad un risultato fattualmente coincidente solamente con certe versioni linguistiche e non con altre. B. Pozzo mette tuttavia in rilievo che, a seguito dell’allargamento e dell’aumento del numero delle lingue ufficiali, interpretare un testo comunitario alla luce di tutte le versioni linguistiche appare oggi uno “sforzo inverosimile”, e del resto giungere alla selezione ai fini interpretativi soltanto di alcune lingue metterebbe in crisi il principio di uguaglianza delle lingue ufficiali. B. Pozzo, *L’interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, *ibidem*, p. 399. Tale ragionamento è portato alle estreme conseguenze da N. Urban secondo cui “if there is anything like a “single legal language in Europe”, it is the authoritative interpretation of European law through the Court of Justice that is based primarily on the two languages which the majority of judges understands – English and French”. N. Urban, *op.cit.*, p. 57. Critico sulla tecnica interpretativa della Corte, ma sulla base di altri argomenti, è invece P.G. Monateri che mette in luce come vi siano due strategie contrastanti e divergenti: una strategia linguistica e diplomatica da parte delle altre istituzioni, e una strategia non letterale e teleologica da parte della Corte, che in pratica vanifica la prima. P.G. Monateri, *Strategie e contrasti: diritto, lingua e identità nella crisi europea?*, in V. Jacometti, B. Pozzo, *op.cit.*, pp. 304-305. Si è anche osservato che il principio di uguaglianza delle lingue ufficiali risulta relativizzato dalla tecnica interpretativa seguita dalla Corte perché il *corpus* di significati e di metodi giuridici via via elaborato dalla Corte e alimentato dai sistemi giuridici degli Stati Membri viene ad essere compreso nell’*acquis communautaire* che i nuovi Stati Membri devono accettare, senza aver contribuito alla sua realizzazione. In questo senso anche A. Fenet, *op.cit.*, p. 246.

²¹ F. Vismara, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nell’interpretazione dei testi multilingue*, in V. Jacometti, B. Pozzo, *op.cit.*, pp. 93-103; E. Zamuner, *International Treaties Authenticated in Two or*

La lingua inoltre è un elemento di vita democratica, garantisce la partecipazione del cittadino alla vita pubblica, gli permette di interagire con le autorità comunitarie, di esercitare i suoi diritti e di difendere i suoi interessi individuali. Coerentemente l'art. 17 TCE (attuale art. 20 TFUE), relativo alla cittadinanza, prevedeva in capo ad ogni cittadino dell'Unione Europea il diritto di presentare petizioni al Parlamento Europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua.

Il plurilinguismo esterno quindi non garantisce solo e tanto un'astratta uguaglianza fra le lingue, quanto piuttosto un'uguaglianza sostanziale fra chi usa quelle lingue, essendo uno strumento essenziale per la partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'UE e per la trasparenza dell'UE medesima. Il plurilinguismo esterno incide anche sul regime linguistico degli organi giudiziari dell'UE. Tutti gli atti della Corte aventi una rilevanza esterna sono pubblicati in tutte le lingue ufficiali e di lavoro in modo che la giurisprudenza della Corte e del Tribunale siano diffuse e conosciute fra gli Stati Membri²² con la conseguenza che, se la Corte modificasse tale norma nell'esercizio del suo potere regolamentare, sarebbero pregiudicati il principio di certezza del diritto e il principio di uguaglianza²³. Nei procedimenti pregiudiziali la lingua processuale è la lingua utilizzata dal giudice nazionale che ha adito la Corte, nei ricorsi diretti la scelta della lingua processuale spetta al ricorrente, tuttavia, quando il giudizio è intentato contro uno Stato o contro una persona, la lingua processuale è quella del convenuto. Del resto, se le sentenze fossero pronunciate in una lingua non comprensibile alle parti processuali o al giudice nazionale rinviante rispettivamente, non si vede come potrebbero vincolarle o fornirgli gli elementi di diritto necessari per dirimere una controversia. In effetti anche il ventaglio delle lingue processuali, che non a caso corrispondono a quelle ufficiali e di lavoro dell'UE, cade a ben vedere nell'ambito di applicazione del plurilinguismo esterno perché le parti del procedimento sono esterne all'organo giudiziario²⁴. Sulla scorta di queste considerazioni non è condivisibile che il Tribunale di Primo Grado nella sentenza *Kik* faccia discendere la natura derogabile del principio del plurilinguismo dal suo essere contenuto nel regolamento n. 1, cioè in un atto di diritto derivato: negare il plurilinguismo – almeno nella sua accezione esterna – implica *ex necessitate* la negazione di altri irrinunciabili principi²⁵. Il plurilinguismo

More Languages, in E. Chiocchetti, L. Voltmer, *Harmonising Legal Terminology*, Eurac Research, Bolzano, 2008, pp. 57-61.

²² Art. 40 (*Regime linguistico delle pubblicazioni della Corte*). Regolamento di procedura della Corte di giustizia, *GU n. L 265 del 29/09/2012 pp. 1 – 42*. Il Capo VIII Titolo I del regolamento di procedura della Corte di Giustizia stabilisce il suo regime linguistico sulla base dell'art. 7 del regolamento n. 1.

²³ Il principio del plurilinguismo integrale viene però temperato dal fatto che, ferma la pubblicazione delle decisioni in tutte le lingue, solo la versione nella lingua utilizzata nel procedimento è considerata come autentica.

²⁴ Art. 36 (*Lingue Processuali*)

²⁵ §58 Sentenza 12 luglio 2001, causa T-120/99, C. Kik c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno. Anche secondo M. Guggeis, poiché è un atto di diritto derivato e non una norma “di rango costituzionale” ad imporre la parità delle lingue negli atti delle istituzioni, tale regime può essere, almeno in teoria, modificato. M. Guggeis, *Legislazione multilingue e revisione giuridico linguistica al Consiglio dell'Unione Europea*, in V. Jacometti, B. Pozzo, *op.cit.*, p. 161. Per una posizione critica sulla

costituisce quindi un principio dell'UE di natura assoluta se considerato nella sua accezione esterna perché necessario corollario del principio di certezza del diritto e di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge²⁶. Infatti sembrerebbe difficile argomentare nel senso che una deroga al plurilinguismo esterno non sfoci per se stessa in una discriminazione sulla base della lingua – vietata dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali - collidendo nel contempo con “*i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri [che] fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*”²⁷. Infine un'eventuale deroga del plurilinguismo dovrebbe fare i conti con l'art. 3 TUE che in modo inequivocabile impone all'Unione di rispettare “*la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica*” nonché di vigilare sulla “*salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo*”²⁸. Solo apparentemente contraddicono questa conclusione, rappresentandone in realtà una conferma ulteriore, gli atti attraverso i quali si è derogato provvisoriamente al plurilinguismo esterno per certe lingue, come per il maltese. Infatti, la deroga “eccezionale” e “transitoria” - resa necessaria dal fatto che la carenza di traduttori qualificati in lingua maltese rischiava di bloccare tutta l'attività legislativa dell'UE - era comunque limitata nel tempo ed era definita espressamente parziale perché non si estendeva ai regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento Europeo e dal Consiglio. Infine, scaduto il periodo della deroga “*tutti gli atti che a tale data non siano ancora stati pubblicati in maltese dovrebbero essere*

sentenza Kik N. Shuibhne, *Case C-361/01 P, Kik v. Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs), (Kik IV), judgement of 9 September 2003*, Common Market Law Review, 2004, pp. 1093-1111. Anche volendo ragionare sul piano meramente formale, si dovrebbe però ricordare che il plurilinguismo esterno è stato incorporato anche a livello convenzionale (Art. 24 TFUE, ex Art. 21 TCE, e Art. 41 Carta dei diritti fondamentali). Secondo S. Ferreri, una delle possibili soluzioni da valutare sarebbe quella di limitare le lingue ufficiali degli atti legislativi ai soli idiomi maggiormente in uso, seguendo un metodo già applicato all'interno delle Nazioni Unite. S. Ferreri, *Comunicare in un contesto internazionale*, in V. Jacometti, B. Pozzo, *op.cit.*, p. 45. Ma le ragioni che impongono il plurilinguismo esterno nell'UE non ricorrono nel sistema delle Nazioni Unite, come già era sottolineato nella relazione presentata dalla Commissione per il regolamento e le petizioni sul plurilinguismo della Comunità Europea, relatore Kaj Nyborg (Documento 1-306/82, giugno 1982). Del nostro stesso avviso A. Milian-Massana “*la sécurité juridique exige le maintien de toutes les langues comme langues officielles*”. A. Milian-Massana, *op.cit.*, p. 510.

²⁶ Anche secondo E.A. Grasso il diritto alla propria lingua nei rapporti giuridici con le istituzioni comunitarie è uno dei contenuti fondamentali e inalienabili della cittadinanza dell'UE. E.A. Grasso, *Due goal nella partita infinita fra le lingue ufficiali dell'Unione Europea: le esigenze di servizio e il principio di certezza del diritto riaffermano il multilinguismo*, Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo, 2013, p. 201. Si noti che il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa prevedeva tale diritto nel Titolo II “Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione”.

In questo senso anche A. Fenet “*le citoyen européen a droit à sa langue dans ses rapports avec l'autorité dans le cadre national. Il ne saurait être privé de ce droit dans le cadre communautaire, et se voir imposer l'usage d'une autre langue pour accéder à une autorité communautaire*”. A. Fenet, *op.cit.*, p. 257; A. Lopes Sabino, *Les langues dans l'Union Européenne enjeux, pratiques et perspectives*, Revue trimestrielle de droit européen, 1999, pp. 167-168. Secondo P.G. Monateri il plurilinguismo è un aspetto fondamentale del *nomos* europeo, è una norma fondamentale che vale molto di più di qualsiasi documento scritto, perché attiene alla stessa costituzione materiale della comunità dei Paesi Europei. P.G. Monateri, *op.cit.*, p. 306.

²⁷ Art. 6 TUE §3 (ex art. 6 TUE)

²⁸ Art. 3 TUE §3 (ex art. 2 TUE)

*pubblicati anche in tale lingua*²⁹. La deroga quindi era circondata da numerose cautele, pur essendo esiguo il numero di parlanti di tale lingua ufficiale e nonostante lo status di co-ufficialità a Malta del maltese con un'altra lingua ufficiale e di lavoro dell'UE.

Diverse considerazioni si impongono per il plurilinguismo nella sua accezione interna, cioè attinente alle lingue di lavoro usate sia nelle istituzioni UE sia fra le istituzioni UE, che infatti è modulabile dalle istituzioni nell'esercizio del loro potere di regolamentazione in materia linguistica³⁰. Tale potere tuttavia, nel momento in cui è stato conferito, è stato anche sottoposto ad una serie di limitazioni sia formali che sostanziali dovendo necessariamente esercitarsi nella forma del regolamento interno (*rules of procedure* nella versione inglese) - di conseguenza il regime che le istituzioni vanno a stabilire si applica esclusivamente al loro funzionamento interno - e potendo solo stabilire le “*modalità applicative*” – “*modalités d'application*” nella versione francese, “*modalidades de aplicación*” nella versione spagnola - del regolamento n. 1, ovvero come “*wie diese Regelung der Sprachenfrage im einzelnen anzuwenden ist*” nella versione tedesca e, similamente alla versione tedesca “*which of the languages are to be used in specific cases*” in quella inglese³¹. Ora, né le versioni nelle lingue neolatine che si focalizzano sulle modalità applicative *tout court*, né quelle germaniche che invece fanno riferimento a “casi specifici” autorizzano un'interpretazione nel senso che l'uguaglianza fra tutte le lingue ufficiali e di lavoro possa essere semplicemente derogata dalle istituzioni a favore di un numero ristretto di lingue di lavoro di talché queste diventino le uniche a poter essere utilizzate nel loro funzionamento interno³². Non si tratterebbe infatti di una modalità applicativa del principio dell'uguaglianza di tutte le lingue ufficiali e di lavoro sancito nel regolamento n. 1, ma piuttosto di una deroga, di una norma contraria al medesimo. Infine, anche ammesso che una restrizione delle lingue possa essere fatta, questa dovrebbe essere costruita come eccezione e potrebbe operare solo in *casi specifici*, come si evince dalla versione inglese e tedesca, e quindi non diventare la regola. Questa lettura dell'art. 6 è del resto l'unica coerente con l'art. 342 TFUE (ex art. 290 TCE) che riserva alla decisione unanime del Consiglio la determinazione del regime linguistico delle istituzioni dell'Unione. Sarebbe quindi, ad esempio, perfettamente compatibile con il regolamento n. 1 ed effettivamente già invalso nella prassi e mai stato oggetto di doglianze il c.d. plurilinguismo integrale controllato il quale consente di limitare i costi delle traduzioni in seno al Parlamento Europeo attraverso la razionalizzazione delle risorse

²⁹ Regolamento (CE) n. 930/2004 del Consiglio, del 1° maggio 2004, su misure temporanee di deroga relative alla traduzione in maltese degli atti delle istituzioni dell'Unione Europea.

³⁰ Art. 6 regolamento n. 1

³¹ Ecco che la molteplicità delle versioni linguistiche nel diritto plurilingue può essere uno strumento di conoscenza e di edificazione del sistema giuridico. R.A. MacDonald, *Legal Bilingualism*, 42 McGill Law Journal, 1997, p. 122. Effettivamente, il plurilinguismo può anche agire nel senso di una maggiore chiarezza, in particolare nella fase della redazione della norma poiché, dovendo il suo contenuto essere espresso in altre lingue, con le loro esigenze sintattiche e grammaticali, porta a formulazioni più precise.

³² In questo senso anche G. Ricci, *Il plurilinguismo controllato nella pratica parlamentare*, in V. Jacometti, B. Pozzo, *op.cit.*, p. 190; M. Gazzola, *op.cit.*, p. 48.

linguistiche fatta tenendo conto delle esigenze concrete dei membri del Parlamento e dei gruppi parlamentari³³.

Ma anche ragionando sul piano sostanziale sembra doveroso concludere che il plurilinguismo, anche nella sua accezione interna e a prescindere dai limiti imposti dal regolamento n. 1, sarebbe derogabile solo in modo circoscritto, cioè entro i limiti desumibili dal coordinamento con altri principi e altre garanzie. Il plurilinguismo interno a livello simbolico si pone quale corollario dell'uguaglianza fra gli Stati Membri dell'UE che appunto si collocano sullo stesso livello, in via di principio indipendentemente dal peso economico e demografico di ciascuno³⁴. Inoltre, anche se la corrispondenza fra comunicazione plurilingue e mantenimento della diversità culturale si pone in termini meno evidenti per quanto riguarda l'utilizzazione delle lingue di lavoro nelle istituzioni rispetto a quando accade per il plurilinguismo esterno, pensare che decisioni in merito ai regimi linguistici delle istituzioni non impattino sul mondo esterno è ragionare senza tenere conto delle interdipendenze fra ambiti.

Con specifico riferimento al Parlamento Europeo, è noto che in virtù del diritto di cittadinanza europea introdotto nel 1992 con il TUE tutti i cittadini dell'UE sono titolari del diritto di voto attivo e passivo alle elezioni europee e quindi una volta designati, proprio perché detentori di un incarico rappresentativo in un'assemblea eletta direttamente dai cittadini europei, devono potere esercitare il proprio mandato indipendentemente dalle proprie conoscenze linguistiche, anche esprimendosi nella loro lingua. Di conseguenza il plurilinguismo si pone *in parte qua* come funzionale ad assicurare trasparenza e democraticità alla vita politica dell'UE. Coerentemente, il Parlamento Europeo opera in regime di plurilinguismo, ogni documento deve essere tradotto in tutte le lingue ufficiali prima di poter essere sottoposto a votazione³⁵, e non si esige che i membri di questa istituzione siano in grado di seguire le discussioni e di esprimersi con scioltezza in una lingua ufficiale diversa dalla propria: il diritto di ogni deputato a partecipare alle sedute nella

³³ "I servizi linguistici in seno al Parlamento europeo sono gestiti sulla base dei principi del "multilinguismo integrale controllato". Sarà pertanto rispettato integralmente il diritto dei deputati di utilizzare al Parlamento la lingua ufficiale di loro scelta conformemente a quanto stabilito dal regolamento del Parlamento europeo. Le risorse da destinare al multilinguismo verranno contenute grazie a una gestione basata sulle esigenze reali degli utenti, sulla responsabilizzazione di questi ultimi e su una migliore pianificazione delle richieste di servizi linguistici". Codice di Condotta sul Multilinguismo approvato dall'Ufficio di Presidenza il 17 novembre 2008. G. Ricci, *op.cit.*, pp. 187-207. G. Ricci sottolinea però che, almeno per certi aspetti, con il Codice di condotta si è andati al di là delle semplici modalità di applicazione del principio della uguaglianza delle lingue, fino a contraddire il Regolamento n. 1. Già nel 2005 affermava: "può darsi che stiamo già assistendo alla trasformazione surrettizia di un sistema in cui tutte le lingue sono uguali in uno in cui alcune sono più uguali delle altre". G. Ricci, *ibidem*, p. 207. Il Parlamento Europeo inoltre ha messo a punto un sistema basato su sei lingue ponte, per cui un documento non viene tradotto direttamente in tutte le lingue ufficiali, bensì nelle lingue ponte o lingue *pivot* e solo in seconda battuta nelle altre a partire da una di esse. Il sistema delle lingue *pivot* è utilizzato anche in seno alla Corte di Giustizia.

³⁴ Risoluzione sull'impiego delle lingue ufficiali nelle istituzioni dell'Unione Europea *GU n. C 043 del 20/02/1995 p. 91*.

³⁵ Art. 146 – *Lingue* §1 del regolamento interno del Parlamento Europeo. Si vedano, oltre al Codice di Condotta sul Multilinguismo, la risoluzione del Parlamento Europeo sul plurilinguismo della Comunità Europea (GUCE C292 8.10.1982, p. 96), e la risoluzione del Parlamento Europeo sul diritto all'uso della propria lingua (GUCE C 205 25.07.1994, p. 528).

propria lingua è espressamente sancito dal regolamento del Parlamento³⁶. Lo stesso si ripete per le altre istituzioni e organi rappresentativi, dove è stata data preminenza al principio di uguaglianza delle parti, con il conseguente uguale trattamento di tutte le lingue ufficiali come lingue di lavoro.

3. – Nel momento in cui gli organi giurisdizionali dell'UE hanno dovuto vagliare la legittimità della pubblicazione dei bandi di concorso UE in sole tre lingue nonché della scelta ristretta delle lingue per lo svolgimento delle prove, si sono trovati ancora una volta a svolgere una delicata operazione di bilanciamento, come già era avvenuto quando profili linguistici erano venuti in rilievo con riguardo alla libertà di circolazione dei beni e dei lavoratori in seno alla Comunità Europea. Nel settore dei concorsi però la questione linguistica assume una rilevanza tutta particolare e il plurilinguismo esterno si interseca e, almeno apparentemente, si confonde con il plurilinguismo interno. Da un lato infatti i candidati non sono ancora funzionari e quindi la materia sembrerebbe coperta dal plurilinguismo nella sua prima accezione, dall'altro tuttavia in caso di esito positivo del concorso sono destinati a diventarlo. Una sovrapposizione fra le due accezioni del plurilinguismo sarebbe ancora più evidente nella misura in cui si aderisse alla tesi espressa dal Tribunale di Primo Grado e dalla Commissione e in forza della quale i candidati ai concorsi UE dovrebbero essere sottoposti per analogia al trattamento, anche linguistico, previsto per i funzionari già in servizio³⁷. Si tratta di un argomento che viene tuttavia respinto dalla Corte³⁸. Del resto i candidati funzionari, non avendo alcun rapporto strutturato con le istituzioni UE, ne sono necessariamente esterni, quindi la materia dei

³⁶ Art. 146 - *Lingue* §2 del regolamento interno del Parlamento Europeo. In particolare il Parlamento Europeo: “1. riafferma la propria adesione al principio della parità delle lingue ufficiali e di lavoro di tutti gli Stati dell'Unione, principio che è un elemento fondamentale della nozione stessa di Unione Europea, della sua filosofia e dell'uguaglianza politica dei suoi Stati membri, e conferma che il plurilinguismo costituisce uno dei tratti caratteristici della cultura e della civiltà europea nonché un elemento importante della pluralità e della ricchezza culturale dell'Europa; 2. dichiara la propria determinazione a combattere ogni tentativo tendente a instaurare una discriminazione fra lingue ufficiali e lingue di lavoro dell'Unione europea”. Risoluzione sull'impiego delle lingue ufficiali nelle istituzioni dell'Unione Europea GU n. C 043 del 20/02/1995 p. 91. *Contra* P. Hakala secondo cui i detentori di cariche politiche responsabili per la legislazione europea dovrebbero idealmente possedere le necessarie competenze comunicative per essere in grado di interagire in una lingua franca, ferma la possibilità di presentare messaggi politici in tutte le lingue UE per evitare che gli organi europei diventino troppo elitari e distanti rispetto ai cittadini. P. Hakala, *Il processo legislativo: una prospettiva parlamentare – la prassi precedente con 11 lingue e le attuali sfide con 20*, in V. Jacometti, B. Pozzo, *op.cit.*, p. 228. Anche secondo A. Fenet si dovrebbe mantenere il diritto di ciascun parlamentare di esprimersi in una lingua a scelta, garantendo però la traduzione simultanea solamente verso un numero limitato di lingue di lavoro. Infatti l'autore ritiene che in uno stato avanzato di integrazione come quello attuale ben si potrebbe esigere ai parlamentari di conoscere “*au moins une des grandes langues pratiquées sur le continent*”. Egli però riconosce anche il vantaggio che ne deriverebbe in capo ai parlamentari la cui lingua madre fosse selezionata come lingua di lavoro. A. Fenet, *op.cit.*, pp. 258-259.

³⁷ §§32; 64 sentenza della Corte (Grande Sezione) 27 novembre 2012, causa C-566/10 P, Repubblica Italiana c. Commissione Europea; §32 Sentenza del Tribunale (Sesta Sezione) 3 febbraio 2011, causa T-205/07, Repubblica Italiana c. Commissione Europea.

³⁸ Sentenza della Corte (Grande Sezione) 27 novembre 2012, *ibidem*, §69.

concorsi rientra a rigore nell'ambito applicativo del plurilinguismo esterno, salvo il caso di concorso interno, cioè aperto esclusivamente a chi sia già funzionario UE.

Anche in questo settore le esigenze da soddisfare sembrerebbero contrapposte: ragioni pratiche di funzionamento delle istituzioni UE ed economiche di contenimento dei costi da un lato e di non discriminazione e tutela della diversità linguistica dall'altro. Quanto alle prime, è evidente che le istituzioni UE per funzionare debbano disporre di funzionari che siano in grado di interagire ed interloquire fra di loro - cosa possibile solo a condizione che dispongano di una base linguistica comune che necessariamente e ragionevolmente dovrebbe essere ristretta ad alcune soltanto delle lingue ufficiali e di lavoro dell'UE, non potendosi pretendere dai candidati funzionari la conoscenza di tutte le ventiquattro lingue ufficiali. La restrizione delle lingue di lavoro avrebbe quindi la propria ragione nella convenienza comunicativa, avrebbe cioè il fine di stabilire un mezzo di comunicazione condiviso, sicuro e valido a livello diatopico. L'unica alternativa possibile sarebbe per gioco forza il supporto di un adeguato servizio di interpretariato, in quest'ultimo caso però con il conseguente innalzamento di costi e allungamento dei tempi procedurali. Dall'altro lato il regolamento n. 1 sancisce che tutte le lingue degli Stati Membri ivi elencate sono parimenti lingue ufficiali e di lavoro delle istituzioni dell'Unione e non si vede quindi in che modo potrebbero essere selezionate le lingue "idonee" a costituire la base linguistica comune, senza violare il principio di parità delle lingue ufficiali e di lavoro e il principio di non discriminazione in base alla lingua contenuto nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE³⁹, e anche nello Statuto dei Funzionari dell'UE che infatti, oltre a vietare ogni discriminazione fondata sulla lingua, è neutro sul piano linguistico poiché richiede per la nomina a funzionario la conoscenza approfondita di una lingua dell'UE e un livello soddisfacente di conoscenza di un'altra lingua dell'UE, nella misura necessaria alle funzioni che il candidato è chiamato a svolgere, senza ulteriore specificazione⁴⁰.

E' in questa cornice che si collocano i numerosi ricorsi – sempre accolti - proposti dalla Repubblica Italiana a tutela del plurilinguismo nei concorsi UE, tutti volti a contrastare i ripetuti tentativi dello *European Personnel Selection Office* (EPSO) di introdurre in via di prassi il trilinguismo inglese-francese-tedesco per la pubblicazione dei bandi e per lo svolgimento delle prove, motivandolo sulla base di esigenze di celerità e di servizio⁴¹.

³⁹ Richiamandola come parametro di legittimità sub §75 la Corte sembra attribuire forza vincolante alla Carta, negata invece nella sentenza di primo grado sulla base del principio *tempus regit actum*. D. Chinni, *Una sentenza retrò. Ancora dubbi sulla forza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea?*, Giurisprudenza Costituzionale, 2011, pp. 898-904.

⁴⁰ Art. 1 quinquies §1 e Art. 28 f) Regolamento n. 31 (C.E.E.) 11 (C.E.E.A.) relativo allo statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica (GU P 45 del 14.6.1962, p. 1385)

⁴¹ Si vedano *ex pluribus* anche la sentenza del Tribunale 12 settembre 2013, T-126/09, Repubblica Italiana c. Commissione sulla questione della pubblicazione in tutte le lingue ufficiali e sulla scelta della seconda lingua per le prove e la sentenza del Tribunale 12 settembre 2013, T-218/09, Repubblica Italiana c. Commissione sulla scelta della seconda lingua per le prove. Anche tali procedimenti si sono conclusi con l'annullamento dei bandi impugnati.

La Corte nella sua ultima sentenza in materia in ordine di tempo fissa una pietra miliare nella definizione del regime linguistico dei concorsi UE e, pure accogliendo il ricorso di parte italiana, apre in realtà la strada per l'introduzione del trilinguismo⁴². La Repubblica Italiana aveva censurato la mancata pubblicazione integrale di alcuni bandi di concorso nella Gazzetta Ufficiale dell'UE nelle lingue ufficiali diverse da tedesco, inglese e francese e la limitazione a queste tre lingue soltanto della possibilità di scelta della seconda lingua per la partecipazione ai concorsi in questione, per tutte le comunicazioni con l'EPSO e per lo svolgimento delle prove (c.d. lingua 2). In particolare nei bandi impugnati era richiesta una conoscenza approfondita della c.d. lingua 1, che poteva essere una qualsiasi delle lingue elencate nel regolamento n. 1, e una conoscenza solo soddisfacente della c.d. lingua 2, cioè della lingua in cui avrebbero dovuto svolgersi le prove, la quale doveva essere diversa dalla lingua 1 e necessariamente inglese, francese o tedesco⁴³.

Il Tribunale di Primo Grado nella sua giurisprudenza ormai abbondante in materia linguistica aveva già avuto modo di affrontare la prima questione più volte. Così, nella causa T-185/05 Repubblica Italiana c. Commissione delle Comunità Europee era stato chiesto l'annullamento di una decisione adottata dalla Commissione in base alla quale gli avvisi di posto vacante relativi a posti di inquadramento superiore disponibili per candidati esterni avrebbero dovuto essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale in tedesco, inglese e francese, e ciò per un periodo che avrebbe avuto termine, in linea di principio, il 1° gennaio 2007⁴⁴. Tali atti, in accoglimento del ricorso dell'Italia, venivano annullati poiché secondo il Tribunale sussisteva il serio rischio che i candidati potenziali la cui lingua madre fosse diversa dalle tre lingue privilegiate non fossero nemmeno informati dell'esistenza di un avviso di posto vacante che avrebbe potuto interessarli. Infatti, anche se tali candidati avessero la padronanza quantomeno di una fra le lingue tedesca, inglese o francese, non poteva presumersi che avrebbero consultato un'edizione della Gazzetta Ufficiale diversa da quella pubblicata nella loro lingua madre. Il Tribunale concludeva nel senso che in ogni caso la conoscenza delle lingue tedesca, inglese o francese non poteva presumersi da parte

⁴² Sentenza della Corte (Grande Sezione) 27 novembre 2012, *ibidem*. In una sentenza successiva del 16 ottobre 2013 veniva esaminata solo la seconda questione perché il bando era stato pubblicato integralmente in tutte le lingue ufficiali dell'UE. Sentenza del Tribunale (Terza Sezione) 16 ottobre 2013, T-248/10, Repubblica Italiana c. Commissione Europea.

⁴³ Il punto I A dei bandi di concorso controversi prevedeva sotto la rubrica "conoscenze linguistiche" che tutti i candidati dovessero avere una conoscenza approfondita di una delle lingue ufficiali dell'Unione quale lingua principale e una conoscenza soddisfacente del tedesco, dell'inglese o del francese come seconda lingua, obbligatoriamente diversa da quella principale. Era inoltre previsto, sotto la medesima rubrica, che tutte le comunicazioni tra l'EPSO e i candidati avrebbero avuto luogo esclusivamente in tedesco, inglese o francese. Il punto I B dei bandi indicava che i test di preselezione si sarebbero svolti "*in tedesco, in inglese o in francese (seconda lingua)*". Infine, nel punto II B si stabiliva che le prove scritte si sarebbero svolte "*in tedesco, in inglese o in francese (seconda lingua)*".

⁴⁴ Sentenza del Tribunale (Quinta Sezione) 20 novembre 2008, causa T-185/05, Repubblica Italiana c. Commissione delle Comunità Europee. Gli atti impugnati erano la Decisione della Commissione del 10 novembre 2004 adottata nel corso della sua 1678^a riunione e l'Avviso di posto vacante COM/2005/335 per il posto di Direttore Generale (grado A* 15/A* 16) dell'Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode (OLAF), pubblicato dalla Commissione il 9 febbraio 2005 (GU C 34 A, p. 3), il quale era stato adottato secondo le direttive poste dalla decisione della Commissione che si impugnava contestualmente.

di tutti coloro che possiedono le qualifiche necessarie per i posti di inquadramento oggetto del bando⁴⁵. Eppure, nonostante queste chiare prese di posizioni giurisprudenziali e rimasto immutato il quadro normativo rilevante, l'EPSO aveva pubblicato nuovamente i bandi solamente nelle lingue privilegiate. La questione della pubblicazione dei bandi in tutte le lingue ufficiali viene risolta dalla Corte in modo chiaro, quasi sillogistico, in virtù del combinato disposto degli articoli 1 §2 dell'Allegato III Statuto dei funzionari e art. 5 del regolamento n. 1: poiché i bandi di concorso debbono essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dell'UE e la Gazzetta Ufficiale dell'UE è pubblicata in tutte le lingue ufficiali, i bandi di concorso debbono essere pubblicati in tutte le lingue ufficiali. Né, chiarisce la Corte, è normativamente prevista alcuna eccezione a tale regime generale⁴⁶.

Merita maggiore attenzione la limitazione della possibilità di scelta della seconda lingua⁴⁷. A questo proposito la Corte premette che, alla stregua dell'art. 1 del regolamento n. 1, tutte le lingue ivi elencate sono parimenti ufficiali e di lavoro. Quindi, seguendo lo stesso schema di ragionamento già utilizzato nell'affrontare la questione della pubblicazione dei bandi precisa che, quantunque il successivo art. 6 dia alle istituzioni UE la facoltà di adottare delle norme interne in materia linguistica, esse allo stato non esistono⁴⁸. Di conseguenza, mancando la regola speciale - se così possono essere definite le norme interne adottate dalle istituzioni *ex* art. 6 del regolamento n. 1 - non si può che concludere per l'applicazione della regola generale enunciata nell'art. 1.

La Corte ricorda anche che lo Statuto dei Funzionari prevede la possibilità che i bandi specifichino le conoscenze linguistiche richieste per la particolare natura dei posti da coprire, indicandola come una mera eventualità da motivarsi precipuamente⁴⁹. Tuttavia “*i bandi di concorso controversi non recano alcuna motivazione che giustifichi la scelta delle tre lingue in questione*”⁵⁰ e in ogni caso “*da tale disposizione non discende un'autorizzazione generale a derogare alle*

⁴⁵ L'imposizione di un requisito linguistico non ne fa presumere la conoscenza e di questo dovrebbe tenere conto L. Fabiano secondo cui la conoscenza di una seconda lingua da parte del singolo cui si rivolge l'Ufficio per i marchi comunitari sarebbe una certezza perché il soggetto che interagisce con l'Ufficio è tenuto a conoscere una lingua diversa dalla sua - e rientrando fra una delle lingue dell'Ufficio - dichiarando questo secondo idioma nella propria domanda di marchio comunitario. L. Fabiano, *“Ignorantia linguae non excusat”*: il regime linguistico delle agenzie comunitarie, Diritto pubblico comparato ed europeo, p. 420.

⁴⁶ La questione è affrontata nel §71. La Corte precisa nel §77 che la pubblicazione per estratto in tutte le lingue ufficiali e integrale solamente in inglese, francese e tedesco è parimenti contraria al principio di proporzionalità e integra una discriminazione fondata sulla lingua.

⁴⁷ Vedi §89 e seguenti.

⁴⁸ Si veda ad esempio il regolamento interno del Consiglio che fa salvo il principio del plurilinguismo integrale, salva decisione contraria adottata dal Consiglio all'unanimità e motivata dall'urgenza. Art. 14 Decisione del Consiglio 2004/338/CE, Euratom, del 22 marzo 2004, relativa all'adozione del suo regolamento interno. Per le modalità attraverso le quali il plurilinguismo integrale è in realtà temperato nella prassi del Consiglio si rinvia a A. Venchiarutti, *op.cit.*, pp. 313-314. L'inglese, il francese e il tedesco sono le lingue di lavoro della Commissione per una regola non scritta. Del resto, una selezione di questo tipo delle lingue di lavoro sarebbe contraria al regolamento n. 1. In questo senso anche M. Gazzola, *op.cit.*, p. 53.

⁴⁹ Art. 1§1 f) Allegato III Statuto dei Funzionari

⁵⁰ §91 sentenza della Corte 27 novembre 2012, §38 sentenza Tribunale del 16 ottobre 2013

prescrizioni dell'articolo 1 del regolamento n. 1"⁵¹. E infatti una deroga generale alle prescrizioni dell'art. 1 del regolamento n. 1, giuste le considerazioni sopra svolte, sarebbe legittima solo se adottata con decisione unanime del Consiglio *ex art.* 342 TFUE.

4. – E' noto che nei Trattati istitutivi delle Comunità il principio di uguaglianza – e quindi il divieto di discriminazione - trovava espresso riconoscimento essenzialmente al fine di rendere operative le libertà individuali ivi previste, come la libertà di circolazione, che a loro volta erano riconosciute al singolo esclusivamente in quanto protagonista economico della Comunità, dunque in funzione degli obiettivi di integrazione economica e non come principio e/o diritto fondamentale. Coerentemente la diversità linguistica è venuta in considerazione, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, essenzialmente come possibile ostacolo alla libertà di circolazione dei beni e delle persone, giusta la funzione protezionistica che l'imposizione di determinati requisiti linguistici da parte degli Stati Membri avrebbe potuto svolgere⁵². Ne consegue che la tutela della diversità linguistica nel primo periodo dell'integrazione comunitaria era concepita non come fine ma come strumento per l'eliminazione delle barriere alle libertà di circolazione e quindi alla creazione del mercato unico⁵³. Così, relativamente alla libertà di circolazione dei lavoratori, i diritti linguistici erano previsti inizialmente proprio nell'ottica di favorirne la mobilità, da qui l'obbligo per gli Stati Membri di organizzare una particolare istruzione per i figli dei

⁵¹ §84 sentenza della Corte 27 novembre 2012.

⁵² Quanto alla libertà di circolazione dei beni, la Corte di Giustizia ha avuto modo di intervenire più volte sull'etichettatura dei prodotti alimentari, precisando che "*l'obbligo di utilizzare esclusivamente la lingua della regione linguistica [dove i prodotti sono commercializzati] integrerebbe gli estremi di una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa delle importazioni.*" §16 Sentenza della Corte (Quinta sezione) 18 giugno 1991, causa C-369/89, ASBL Piageme e altri c. BVBA Peeters. *Raccolta della giurisprudenza 1991 pagina I-2971*; sentenza della Corte (Quinta Sezione) 12 ottobre 1995, causa C-85/94, Groupement des producteurs, importateurs et agents generaux d'eaux minerales etrangeres, VZW (Piageme) e altri c. Peeters BVBA. *Raccolta della giurisprudenza 1995 pagina I-2955*. Invero, poiché il divieto di ogni ostacolo alla libera circolazione delle merci può coprire norme nazionali che impongono determinati requisiti a certe categorie di beni anche qualora tali norme siano indistintamente applicabili sia ai prodotti nazionali che a quelli importati, secondo la Corte è necessario espletare una valutazione di proporzionalità tra i requisiti linguistici imposti per perseguire un obiettivo di interesse generale - quale la protezione del consumatore - da un lato e dall'altro lato la libertà di circolazione delle merci nonché l'esigenza dei produttori di ridurre i costi di adattamento dell'imballaggio a seconda del territorio ove i prodotti sono collocati nel mercato. Sentenza della Corte (Quinta Sezione) 3 giugno 1999, causa C-33/97, Colim NV c. Bigg's Continent Noord NV. *Raccolta della Giurisprudenza 1999 pagina I-03175*. Con la direttiva 2000/13/CE il legislatore comunitario ha recepito in parte la giurisprudenza della Corte di Giustizia formatasi in materia, tutelando il diritto del consumatore a comprendere quanto scritto sulle etichette dei prodotti alimentari e soddisfacendo nel contempo l'esigenza dei produttori di ridurre i costi di imballaggio, prevedendo la possibilità di utilizzare una medesima etichetta plurilingue quando più sono gli Stati di destinazione dei prodotti. Direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità *GU L 109 del 6.5.2000, pp. 29-42*.

⁵³ A. Fenet, *op.cit.*, pp. 248-249.

lavoratori migranti al fine di facilitare l’inserimento nel Paese ospite ed un eventuale reinserimento nello Stato Membro d’origine⁵⁴, ed il programma LINGUA, la cui funzione era quella di promuovere l’apprendimento delle lingue della Comunità “*considerando che una migliore conoscenza delle lingue straniere consentirà ai cittadini della Comunità di fruire dei vantaggi conseguenti alla realizzazione del mercato interno...*”⁵⁵. Il corollario di tutto ciò, che rimane comunque fermo, è nel senso che gli Stati Membri possono perseguire le politiche linguistiche che più ritengono opportune, ma esse sono comunque soggette al diritto comunitario nel momento in cui costituiscono ostacoli all’esercizio delle libertà economiche poiché la protezione delle peculiarità locali, anche linguistiche, ad opera del diritto nazionale, può integrare gli estremi di una misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa. Le ragioni culturali e linguistiche raramente superavano il test comunitario di proporzionalità e così l’applicazione delle regole del mercato interno aveva praticamente sempre la prevalenza sull’interesse culturale e linguistico⁵⁶.

Successivamente la Corte di Giustizia ha mutato radicalmente il quadro e l’impostazione originaria, tanto che l’affermazione che il principio generale di uguaglianza - di cui il divieto di discriminazione a motivo della lingua non è che un’espressione specifica - rappresenta uno dei principi fondamentali del diritto dell’Unione costituisce una costante della sua giurisprudenza che ha, per tale via, ampliato la protezione dei singoli⁵⁷. Ebbene, la scelta di sole tre lingue - inglese francese e tedesco - quali lingue per lo svolgimento delle prove concorsuali è considerata dallo Stato ricorrente, oltre che in violazione del principio del plurilinguismo, anche del divieto di discriminazione in base alla lingua. Il punto è oggetto di dettagliata analisi nelle conclusioni dell’Avvocato Generale il quale conclude, a seguito di un ragionamento quanto meno opinabile, nel senso che la limitazione della possibilità di scelta della lingua seconda “*non può essere considerata idonea a determinare una situazione di svantaggio in ragione della cittadinanza*”⁵⁸.

La premessa da cui muove l’Avvocato è che il divieto di discriminazione fondata sulla lingua costituirebbe un corollario del divieto generale di discriminazione sulla base della cittadinanza. Tuttavia “*nel caso di specie, non viene limitato l’impiego della prima lingua, bensì quello di*

⁵⁴ Direttiva 77/486/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1977, relativa alla formazione scolastica dei figli dei lavoratori migranti *GU n. L 199 del 06/08/1977 pp. 32 – 33*.

⁵⁵ Considerando n. 8 Decisione del Consiglio del 28 luglio 1989 che istituisce un programma d’azione inteso a promuovere la conoscenza di lingue straniere nella Comunità Europea (Lingua) (89/489/CEE) – *GU n. L 239 del 16/08/1989 pp. 24 – 32*.

⁵⁶ In questo senso Nic Shuibhne, *The EC, the Distribution of Powers and the Determination of Language Policy: Unwrapping a Multi-Layered Paradigm*, consultabile in www.europadiversa.org/eng/.../niamb_nic_eng.do Secondo l’autore la decisione Groener rappresenta l’unica vittoria normativa di uno Stato Membro nel campo della libera circolazione dei lavoratori e ha comunque fatto emergere che la politica linguistica degli Stati Membri è sottoposta anche alla giurisdizione della Comunità. *Groener Judgment of the Court of 28 November 1989, case C-379/87. Anita Groener v Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee. European Court reports 1989 p. 3967*

⁵⁷ Sentenza 23 gennaio 1997, C-29/95, Pastoors, Racc. pp. I-285, §14. G. Tesaurò, *Diritto dell’Unione Europea*, Padova, 2013, p. 117.

⁵⁸ Conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 21 giugno 2012, causa C-566/10 P, §84.

una seconda lingua” che sarebbe “*correlata in modo sensibilmente meno stretto con la cittadinanza di quanto non lo sia la prima lingua*”⁵⁹. Ora, costruire il divieto di discriminazione sulla base della lingua come un corollario del divieto di discriminazione sulla base della cittadinanza anziché come autonoma causa di discriminazione vietata non è necessario poiché lo stesso Statuto dei Funzionari prevede espressamente la lingua come motivo autonomo di discriminazione vietata e anzi, riflettendo il “dogma primordialista” secondo cui la lingua madre sarebbe “nel sangue” di ciascuno, appare artificioso.

Secondo l’Avvocato Generale vi è un legame stretto fra lingua materna e cittadinanza tanto che la conoscenza della lingua materna si basa solo sulla cittadinanza⁶⁰. Ora, la pretesa di stabilire questo legame non tiene conto del fatto che i termini e i concetti linguistici sono utilizzabili nel linguaggio giuridico solo nella misura in cui siano identificabili sul piano formale, il che non è per il concetto di madrelingua⁶¹. La questione acquista rilevanza soprattutto, ma non esclusivamente, per gli appartenenti alle minoranze – si pensi alla minoranza tedesca in Alto Adige/Süd Tirol o in Polonia o in Danimarca. Pur trattandosi di cittadini italiani o polacchi o danesi rispettivamente, tali individui hanno come lingua madre una delle lingue privilegiate e questo non può certo trasparire dalla loro cittadinanza: mentre il legame del cittadino allo Stato è normalmente stabilito mediante atti formali e fissato mediante registrazioni anagrafiche a carattere generale, l’appartenenza alla minoranza è raramente documentata mediante un’anagrafe nazionale e il relativo legame dovrebbe quindi essere accertato caso per caso⁶². Inoltre, come ebbe modo di osservare la Corte Suprema del Canada nel caso Forget del 1988 “*non vi è ragione di adottare un’interpretazione restrittiva che non tenga conto della possibilità che la lingua madre e la lingua d’uso possano differire*”⁶³. Potrebbe essere il caso dei molti europei immigrati di seconda generazione che spesso conservano la lingua originaria, parlandola nell’ambiente domestico, pur utilizzando quotidianamente all’esterno la lingua dello Stato di residenza del quale hanno la cittadinanza. Anche in questo caso si ripropone la difficoltà di individuare con precisione quale sia la lingua madre, né vale la rigida equivalenza secondo cui la lingua madre è necessariamente quella principale (cioè la lingua prima, secondo la terminologia dei bandi UE). E’ quindi dimostrato *per tabulas* che, contrariamente a quanto sostenuto dall’Avvocato Generale, possono essere tutt’altro che eccezionali i casi di frattura fra lingua madre e nazionalità.

Del resto, se davvero la lingua madre fosse legata unicamente alla cittadinanza, si sarebbe dovuto coerentemente imporre ai cittadini dei Paesi con le lingue privilegiate come lingue ufficiali di svolgere le prove in una lingua diversa dalla loro lingua ufficiale privilegiata. Il che tuttavia non era poiché, almeno astrattamente, i candidati anglofoni francofoni e germanofoni ben potevano scegliere la loro lingua madre come lingua seconda

⁵⁹ *Ibidem*, §78

⁶⁰ “*Diversamente dalla lingua materna, la corrispondente conoscenza della seconda lingua non si basa unicamente sulla cittadinanza implicata*”. *Ibidem*, §80.

⁶¹ J.G. Turi, *Legislazione e diritti linguistici all’inizio del nuovo millennio*, in S. Giannini, S. Scaglione, *Lingue e diritti umani*, Urbino, 2011, p. 134.

⁶² A. Pizzorusso, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, Milano, 1967, pp. 1- 553.

⁶³ Nancy Forget c. Quebec (1988), 2 S.C.R. 100.

e svolgere quindi tutte le prove – compresi i test di preselezione di comprensione verbale e numerica per i quali la velocità di lettura ed elaborazione è essenziale – nella lingua a loro più congeniale, con evidente vantaggio competitivo nei confronti degli altri candidati. Infatti era solo previsto che la lingua seconda dovesse essere diversa dalla lingua prima e la conoscenza approfondita della lingua prima non era oggetto di alcuna verifica, o era oggetto di una verifica del tutto marginale, a seconda dei bandi, in sede di svolgimento delle prove⁶⁴.

Ben osserva poi l'Avvocato che ci sono Paesi nei quali vengono parlate più lingue ufficiali dell'Unione, ma nessuna compresa tra le lingue privilegiate e fa come esempio la Finlandia – dove vengono utilizzati il finlandese e lo svedese, ma lo stesso si può ripetere per altri Paesi UE come per la Croazia dove nella regione istriana vige il regime di bilinguismo italiano-croato. Quindi ne deduce che “è possibile che simili candidati non possano utilizzare la loro seconda lingua “naturale” nell'ambito delle procedure di concorso”, per poi concludere tuttavia, ma senza fornirne dimostrazione, che “*non consta che tale svantaggio teorico per determinati candidati produca conseguenze pratiche*”. Al contrario è ben configurabile il caso di candidati con un'ottima padronanza di due lingue UE diverse da inglese francese e tedesco e questi candidati sarebbero senz'altro discriminati tanto da non potere partecipare al concorso. Del resto, come è stato rilevato dal Tribunale di Primo Grado “*la conoscenza delle lingue tedesca, inglese o francese non può presumersi da parte di tutti coloro che possiedono le qualifiche necessarie per i posti di inquadramento superiore*”⁶⁵.

Né è necessario che la maggioranza dei soggetti interessati sia pregiudicata affinché sussista una discriminazione in ragione della lingua. I divieti di discriminazione infatti fungono proprio come strumento correttivo dello sbilanciamento di poteri che esiste tra la maggioranza e la minoranza, e costituiscono così uno dei meccanismi giuridici principali di protezione e riscatto contro le diseguaglianze strutturali che generano l'esclusione e la marginalizzazione, in diversi ambiti, dei soggetti discriminati. E' attraverso di essi che si realizza l'obiettivo cardine di quello che è definito *empowering* e *rendemotive constitutionalism*,

⁶⁴ Per le stesse ragioni cadono anche le argomentazioni sviluppate in seguito dall'Avvocato Generale. L'Avvocato infatti osserva che vi sono determinati Stati nei quali inglese francese o tedesco godono di uno particolare status accanto ad altre lingue nazionali come in Belgio dove, accanto al neederlandese, sono lingue ufficiali il francese e il tedesco, o in Lussemburgo dove francese e tedesco sono entrambe ufficiali o Malta dove, accanto al maltese, anche l'inglese gode dello status di lingua ufficiale. Quindi i candidati provenienti da questi Paesi con una certa probabilità hanno una conoscenza particolarmente buona di una seconda lingua ammessa. Tuttavia, prosegue l'Avvocato, il potenziale vantaggio di una seconda lingua beneficiante di uno status particolare nel Paese di origine non costituisce una discriminazione fondata sulla cittadinanza in danno dei candidati di altri Stati perché “*diversamente dalla lingua materna, la corrispondente conoscenza della seconda lingua non si basa unicamente sulla cittadinanza implicata, bensì su iniziative supplementari dello Stato interessato, della famiglia o della persona di cui trattasi*”, quindi esisterebbe “*una differenza di grado e non di sostanza rispetto alla conoscenza delle lingue straniere che sia stata acquisita nell'ambito di un sistema scolastico particolarmente ben strutturato*”. Queste argomentazioni tuttavia partono dal presupposto che il candidato indichi la propria lingua madre come lingua prima, e identifichi come seconda lingua, cioè come lingua per lo svolgimento delle prove, una lingua diversa dalla lingua madre. Tale scelta tuttavia non era, né è, imposta normativamente, ben potendo, si ripete, i candidati anglofoni, francofoni o germanofoni scegliere come lingua seconda la propria lingua madre.

⁶⁵ §148 Sentenza del Tribunale (Quinta Sezione) 20 novembre 2008, causa T-185/05.

ovvero la tensione verso un modello di società in cui si possa realizzare l'ideale della giustizia sociale su cui si fondano le costituzioni delle democrazie moderne⁶⁶. Per questo la sussistenza di un trattamento discriminatorio si può verificare non solo in relazione alla privazione concreta di una determinata opportunità di lavoro, ma anche in relazione alla privazione di una mera possibilità. E' configurabile discriminazione anche quando sia reso più difficoltoso – anche solo sul piano astratto e in relazione a uno dei motivi vietati dall'ordinamento – l'accesso all'occupazione⁶⁷. Questa lettura estensiva del divieto di discriminazione è stata avallata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che infatti ha enucleato uno svantaggio “da scoraggiamento”, consistente nell'esistenza di uno svantaggio che, collegato a un fattore vietato, costituisce discriminazione perché “*in modo evidente è idoneo a dissuadere fortemente*” gli aventi diritto dal proporre la propria candidatura⁶⁸. E in effetti, se il fine è quello di offrire una tutela efficace contro la discriminazione, si dovrebbe ammettere che non è necessario che a lamentare un trattamento sfavorevole sia un candidato persona fisica, ben potendo costituire una semplice prassi, con il suo effetto deterrente, una violazione del divieto di non discriminazione in base alla lingua. Tale lettura appare ragionevole e funzionale a garantire una protezione reale contro la discriminazione, di modo che il diritto in questione non rimanga teorico o illusorio, ma risulti concreto ed effettivo. In definitiva, non solo il divieto di discriminazione è svincolato dalla finalità economica, in quanto espressione di un diritto fondamentale della persona, ma ciò che la sua applicazione deve avere di mira è l'uguaglianza sostanziale e non l'uguaglianza meramente formale.

⁶⁶ A. De Mejia, H. Tejada, *Bilingual Curriculum Construction and Empowerment in Colombia*, International Journal of Bilingual Education and Bilingualism, 2003, pp. 37-51.

⁶⁷ La Corte di Giustizia ha affrontato la questione in almeno due occasioni, la prima inerente a dichiarazioni in merito all'assunzione di dipendenti di una particolare origine etnica e la seconda in un caso di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Nel caso Feryn la Corte ha affermato che una mera dichiarazione di un intento discriminatorio ricade nel campo di applicazione della direttiva 2000/43/CE e costituisce essa stessa discriminazione. La sentenza ha riconosciuto sanzionabile un datore di lavoro per il fatto di aver dichiarato alla TV la sua intenzione di non assumere lavoratori “alloctoni”, proprio per l'effetto di “scoraggiamento” di tali dichiarazioni. Sentenza 10 luglio 2008, Causa C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV; Per un commento, D. Izzi, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, n.4, 2008, pp. 765-775.

Tale interpretazione della nozione di discriminazione è stata successivamente confermata dalla stessa Corte quando ha qualificato come discriminatorie le dichiarazioni del patron di una squadra calcistica che, sollecitato rispetto all'opportunità di ingaggiare un calciatore omosessuale, aveva dichiarato che non avrebbe mai voluto stabilire una collaborazione lavorativa con un soggetto con tale orientamento sessuale. La Corte aveva considerato che tale dichiarazione, pur non ledendo gli interessi concreti di un ricorrente, costituiva – come già era stato stabilito in Feryn- una discriminazione perché disincentivava potenziali candidati omosessuali a partecipare a future selezioni. Sentenza 25 aprile 2013, C-81/12, Asociația Accept contro Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării. Per un commento, L. Calafă, *Dichiarazioni omofoniche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di Giustizia*, Nota a Corte di Giustizia 25 aprile 2013, C-81/12 – Ilešič Pres. – Caoimh Est. – Jääskinen Adv. gen. – Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, Rivista italiana di diritto del lavoro, n. 4, 2014, pp. 133-138.

⁶⁸ Sentenza Feryn, § 25

Ma quello che secondo l'Avvocato è risolutivo è che le tre lingue privilegiate siano le più studiate come lingua straniera nell'UE, con la conseguenza che sarebbe improbabile che vi siano in concreto candidati che abbiano una conoscenza sensibilmente migliore di lingue straniere diverse dal tedesco, dall'inglese o dal francese. Ancora una volta, tuttavia, il ragionamento sembra tener conto solamente di certi dati, e non di altri. Infatti, anche ritenendo ragionevole utilizzare il criterio della lingue straniere più diffuse perché ritenuto un criterio maggiormente slegato dalla nazionalità e quindi neutro, si sarebbe dovuto rendere l'analisi più fine e combinare tale dato statistico con quello relativo al livello di conoscenza delle lingue straniere che statisticamente risultano più diffuse proprio perché la conoscenza di una lingua a livello basico non la rende certo utilizzabile per lo svolgimento di prove concorsuali e quindi non è rilevante nel caso *de quo*. In altre parole il dato statistico sul quale fa ripetutamente leva l'Avvocato Generale secondo cui la maggioranza dei cittadini europei ha studiato durante il proprio corso di studi una lingua fra inglese, francese e tedesco non è di per sé dirimente se di quella lingua hanno di fatto un livello di conoscenza elementare tale da non potere essere utilizzata per lo svolgimento delle prove concorsuali. Come dimostra l'Eurobarometer del 2012, il 24% dei cittadini Europei che parlano spagnolo come lingua straniera ne dichiara di avere un livello "molto buono" contro, ad esempio, il 12% dei cittadini europei che parlano francese come lingua straniera allo stesso livello⁶⁹. Bastano queste puntualizzazioni per capire che ogni tentativo di imporre una categorizzazione rigida e gerarchica, che rispecchi dicotomie apparentemente ontologiche come quella fra lingue importanti e lingue marginali, è destinato all'insuccesso, specie nella misura in cui è imposto dall'alto come neutro ed ineluttabile⁷⁰.

Ora, è noto che nel momento in cui la Corte di Giustizia è giunta a riservarsi, in un periodo di tempo relativamente breve, il compito di verificare di volta in volta il rispetto dei diritti fondamentali, ovviamente nelle situazioni in cui rileva la disciplina dell'UE e non la sola disciplina interna, ha anche mantenuto ferma la possibilità che l'esercizio dei diritti fondamentali sia oggetto di restrizioni in vista di obiettivi di interesse generale perseguiti dall'UE⁷¹. Anche nel caso di specie la Corte ribadisce che l'interesse del servizio può costituire un obiettivo legittimo idoneo ad essere preso in considerazione, sempre che sia oggettivamente giustificato. Lo stesso Statuto dei Funzionari prevede che il principio di non discriminazione in base alla lingua possa essere oggetto di limitazioni, sempre che tali limitazioni siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate e rispondano in modo proporzionato a obiettivi legittimi di interesse generale nel quadro della politica del

⁶⁹ European Commission Special Eurobarometer 386 Europeans and their Languages, Report February March 2012. Consultabile online al http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_386_en.pdf, p. 23.

⁷⁰ Come aveva già avuto modo di osservare N. Shuibhne a proposito del caso Kik: "*any resolution of the discrimination question was channelled firmly but wrongly from speakers to languages more abstractly*" e ancora "*EU principles of non-discrimination and proportionality must both then be weighed when considering where limitations and reductions can reasonably be imposed, and where they cannot – and this must be done more in contemplation of effect than blanket assumptions and formulaic hierarchies*". N. Shuibhne, *op.cit.*, pp. 1106, 1111.

⁷¹ Sentenza 30 luglio 1996, C-84/95, Bosphorus, Racc. p. 3953, §21; sentenza 18 dicembre 2007, C-341/05, Laval, Racc. pp. I-11767.

personale⁷². Quindi il livello di conoscenze linguistiche richiesto e la conseguente differenza di trattamento a motivo della lingua debbono essere proporzionate alle effettive esigenze di servizio e, più in generale, all'obiettivo perseguito⁷³. Analogamente, la giurisprudenza formatasi in materia di requisiti linguistici incidenti sulla libertà di circolazione dei lavoratori in modo costante riteneva legittima l'imposizione di tali requisiti, ancorché limitanti la libertà di circolazione dei lavoratori, a condizione che fossero necessari alla luce delle mansioni svolte e del posto ricoperto e proporzionati rispetto all'obiettivo perseguito⁷⁴, e ciò è anche normativamente previsto, ad esempio in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali⁷⁵.

Il fatto che nei bandi UE fosse richiesto un livello di conoscenza solo soddisfacente e non approfondito per la lingua seconda non sembra sufficiente a renderlo un requisito proporzionato. Infatti, in alcuni bandi impugnati tutte le prove – compresi i test di preselezione - erano svolte nella lingua seconda, in altri la verifica della conoscenza della

⁷² Art. 1 quinquies §6 Statuto dei Funzionari. Sul punto §§75, 88 sentenza della Corte 27 novembre 2012

⁷³ §§ 88, 93 sentenza della Corte 27 novembre 2012

⁷⁴ Si veda *Groener Judgment of the Court of 28 November 1989, case C-379/87. Anita Groener v Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee. European Court reports 1989 p. 3967*. B. McMahon sottolinea che nel caso di specie il requisito linguistico era proporzionale poichè era richiesta la semplice conoscenza della lingua irlandese per superare la prova, e non già una parlata fluente. B. McMahon, *Case 379/87, Groener v. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Education Committee*, Common Market Law Review, 1990, pp. 134, 137. In termini simili C. Boch “*the ECJ applied a proportionality test, but in a restrained way. It did not determine whether the means employed were disproportionate to the objective to be achieved. [...] Rather, it focused on the standard of knowledge required: since mere competence was required rather than fluency, the Irish measure was deemed acceptable*”. C. Boch, *op.cit.*, p. 394. “44 Così, anche se può essere legittimo esigere dai candidati ad un posto di lavoro cognizioni linguistiche di un certo livello, e anche se il possesso di un diploma quale l'attestato può costituire un criterio che consenta di valutare tali cognizioni, l'impossibilità di fornirne la prova con qualsiasi altro mezzo, in particolare con altre qualifiche equivalenti ottenute in altri Stati membri, dev'essere considerata sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito.” Sentenza della Corte 6 giugno 2000, causa C-281/98, Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA. *Raccolta della giurisprudenza 2000*, pp. I-4139. G. Gaja, *Può un cittadino italiano utilmente imparare il tedesco in Austria?*, Rivista di diritto internazionale 2000, pp.1051-1053; F. Palermo, *Diritto comunitario e tutela delle minoranze: alla ricerca di un punto di equilibrio*, Diritto pubblico comparato ed europeo 2000, pp. 969-974. “61 Si deve pertanto risolvere la terza questione pregiudiziale dichiarando che le autorità competenti di uno Stato membro sono autorizzate a subordinare la convenzione di un dentista, cittadino di altro Stato membro, stabilito nel primo Stato membro e ivi autorizzato ad esercitare, ma non in possesso di uno dei diplomi menzionati nell'art. 3 della direttiva 78/686, alla condizione che tale dentista abbia le conoscenze linguistiche necessarie per l'esercizio della sua attività professionale nello Stato membro di stabilimento. Sentenza della Corte 4 luglio 2000, causa C-424/97, Salomone Haim contro Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein. *Raccolta della giurisprudenza 2000* pp. I-5123. §57 “Il devrait, toutefois, être spécifié que tout contrôle ou examen qui s'avérerait nécessaire pourrait être discriminatoire ou disproportionné s'il nécessitait des performances linguistiques (type: rédiger une composition française) qui ne font normalement pas partie du travail d'un médecin.” Opinion of Mr Advocate General Jacobs delivered on 16 September 1999. Hugo Fernando Hocsman v Ministre de l'Emploi et de la Solidarité. Case C-238/98. *European Court Reports 2000*, pp. I-6623

⁷⁵ Art. 53 (*Conoscenze linguistiche*) “I beneficiari del riconoscimento delle qualifiche professionali devono avere le conoscenze linguistiche necessarie all'esercizio della professione nello Stato membro ospitante”. Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali (Testo rilevante ai fini del SEE) *GU n. L 255 del 30/09/2005* pp. 22 – 142.

lingua prima era ristretta ad una prova su quattro, senza fra l'altro essere esclusiva⁷⁶, quindi la padronanza della lingua seconda era suscettibile di incidere in modo determinante sull'esito delle prove, quantunque i bandi ne chiedessero formalmente solo una conoscenza soddisfacente. Eppure, i concorsi dovrebbero avere come obiettivo *in primis* la selezione di persone competenti per i posti che si devono ricoprire. Poiché il requisito linguistico è distinto da quello professionale, il ruolo delle competenze linguistiche non dovrebbe essere espanso a danno delle competenze professionali del candidato rischiando di sfavorire l'assunzione di funzionari di maggior valore a vantaggio di quelli meramente poliglotti.

Del resto, come era stato opportunamente argomentato da parte ricorrente “*avere da un certo momento, senza alcun preavviso e senza alcuna giustificazione, mutato rotta in senso trilinguistico, può avere discriminato quanti ragionevolmente ipotizzavano di accedere alle carriere europee sulla base di competenze linguistiche diverse, e fino allora perfettamente legittimate*”⁷⁷. Lo stesso Tribunale aveva dato atto della prassi pluridecennale seguita in precedenza che non prevedeva nessuna restrizione nella scelta della seconda lingua. Si trattava del resto di una prassi legittima perché conforme alla normativa vigente e precipuamente all'art. 1 del regolamento n. 1⁷⁸. Per questo l'introduzione senza alcuna base normativa e quindi in via di prassi e per tentativi ripetuti di un regime linguistico – un argomento che la Commissione porta a sostegno del trilinguismo consiste nel fatto che il sito dell'EPSO sia stato fin dall'inizio solo nella versione inglese francese e tedesca e che questo non avrebbe sortito alcuna protesta – è censurabile anche sotto il profilo della certezza del diritto e della trasparenza a cui le istituzioni UE dovrebbero impernare la propria azione, anche in materia linguistica, ancorandola a criteri trasparenti ed oggettivi e quindi prevedibili, in modo da consentire ai potenziali candidati di prepararsi in modo adeguato.

La sentenza esaminata non aveva in realtà inciso sulla prassi concorsuale immediatamente successiva dell'EPSO, rendendola conforme al principio del plurilinguismo. Persino per categorie di funzionari per i quali non venivano in rilievo le stesse esigenze di economicità e di servizio che sarebbero state eventualmente configurabili ad esempio per i funzionari della Commissione – come gli autisti - i bandi avevano

⁷⁶ Il bando di concorso EPSO/AD/177/10 prevedeva fra le condizioni di ammissione la conoscenza approfondita di una delle lingue ufficiali dell'UE (lingua 1 Lingua principale) e una conoscenza soddisfacente del francese, dell'inglese o del tedesco (lingua 2 Seconda lingua, obbligatoriamente diversa dalla lingua principale). I test di accesso e le prove successive si dovevano svolgere nella lingua 2 prescelta dal candidato. Solamente durante una prova (studio di un caso nel settore prescelto) su quattro (studio di un caso nel settore prescelto, esercizio in gruppo, presentazione orale, intervista strutturata) sarebbe stata “esaminata *anche* la conoscenza della lingua principale (lingua 1)”. Sentenza del Tribunale 16 ottobre 2013 §§ 6,7.

⁷⁷ §51 sentenza della Corte 27 novembre 2012.

⁷⁸ Secondo la Repubblica Italiana l'introduzione del trilinguismo era avvenuta in violazione della tutela del legittimo affidamento quale diritto fondamentale risultante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri. *Ibidem*, §49 e seguenti. Sul legittimo affidamento nel diritto dell'UE si vedano in particolare L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998, pp. 1-278; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, pp. 1-313; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, pp. 1- 156; S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, pp. 1-166.

continuato a richiedere, oltre alla conoscenza approfondita di una lingua ufficiale dell'UE, la conoscenza soddisfacente di una lingua a scelta tra francese inglese e tedesco (lingua 2) e le prove erano tenute nella lingua 2 così come prescelta nella domanda⁷⁹. Già su queste basi veniva spontaneo chiedersi come il plurilinguismo avrebbe potuto continuare ad essere rispettato ed applicato in materia concorsuale di fronte ai ripetuti tentativi delle istituzioni UE di ridurlo in via di prassi ad un plurilinguismo ristretto a tre lingue in virtù di deroghe sistematiche motivate da ragioni di celerità e di servizio, senza rispetto della procedura di cui all'art. 342 TFUE (ex art. 290 TCE). E la risposta è stata presto data con l'introduzione delle nuove Disposizioni Generali.

5. – Con l'introduzione da parte dell'EPSO delle "Disposizioni Generali Applicabili ai Concorsi Generali" viene fissato il regime linguistico obbligatorio per tutti i concorsi UE, e consacrata normativamente la preminenza dell'inglese, del francese e del tedesco sulle altre lingue ufficiali⁸⁰. Tali Disposizioni infatti, "*parte integrante del bando di concorso*", costituiscono, insieme al bando, "*il quadro normativo vincolante della procedura di concorso*" e stabiliscono che la lingua seconda d'ora in poi dovrà essere *di regola* una di queste lingue a scelta, sempre che non sia indicato diversamente nel bando di concorso, salvo l'obbligo di motivazione⁸¹ che con ogni probabilità si ridurrà ad una mera clausola di stile poiché l'Allegato II alle Disposizioni Generali ribadisce la regola in modo assoluto: "*le prove del centro di valutazione si svolgono solo nella seconda lingua dei candidati, scelta fra il francese, l'inglese e il tedesco*"⁸². Il trilinguismo nello svolgimento delle prove è quindi diventato la regola, dopo tanti tentativi da parte delle istituzioni UE di introdurlo in via di prassi, sempre censurati dalla Corte di Giustizia. Il plurilinguismo integrale è invece tenuto fermo per la pubblicazione dei bandi di concorso, sulla scorta della giurisprudenza esaminata in precedenza⁸³, e per lo svolgimento dei test di ammissione di ragionamento verbale e numerico per il cui svolgimento, essendo essenziale la velocità di lettura e di comprensione, il legislatore comunitario ha di regola assicurato a tutti i candidati la possibilità di utilizzare quella che dovrebbe essere la lingua a loro più congeniale, cioè la lingua prima. Tuttavia anche per questi test è espressamente previsto che "*sebbene l'EPSO sia in grado di organizzare i suddetti tipi di test in tutte le lingue ufficiali, ciò non significa che essi siano sistematicamente somministrati in tutte e 24 le lingue in tutti i concorsi*".

La sentenza *supra* esaminata del resto, annullando i bandi di concorso controversi, aveva precisato che incombeva sulle istituzioni UE l'onere di effettuare un bilanciamento

⁷⁹ http://europa.eu/epso/apply/jobs/cast/2014/drivers/index_en.htm A.L. Valvo aveva già previsto in una sua nota a sentenza che la decisione della Corte avrebbe rappresentato una vittoria più apparente che reale per l'Italia. A.L. Valvo, *Nota alla sentenza della Corte di Giustizia (27 novembre 2012 – Causa c-566/10)*, Rivista della cooperazione giuridica internazionale, 2013, pp. 239-241.

⁸⁰ Disposizioni Generali Applicabili ai Concorsi Generali, 2014/C 60 A/01

⁸¹ "*Salvo indicazione contraria nel bando di concorso, la scelta della seconda lingua è in genere limitata al francese, all'inglese o al tedesco*". *Ibidem*, p. 6.

⁸² Allegato II Orientamenti generali del collegio dei capi dei servizi amministrativi relativi all'uso delle lingue nei concorsi EPSO

⁸³ "*I bandi di concorso, compresi i concorsi per linguisti, i concorsi connessi all'allargamento e le disposizioni generali applicabili a tutti i concorsi generali sono pubblicati in tutte le lingue ufficiali*".

tra l'obiettivo legittimo che giustifica la limitazione del numero delle lingue dei concorsi e l'obiettivo dell'individuazione dei candidati dotati delle più alte qualità di competenza e che lo avrebbero potuto e dovuto fare attraverso atti, quali ad esempio comunicazioni, enunciati i criteri per una limitazione della scelta delle lingue per lo svolgimento delle prove, in modo da consentire ai candidati di preparare con "grande anticipo di tempo" le conoscenze linguistiche sufficienti per dimostrare le proprie competenze professionali⁸⁴. E l'EPSO motiva una volta per tutte la restrizione della facoltà di scelta della seconda lingua reiterando gli argomenti già sviluppati dall'Avvocato Generale, facendo leva sulle esigenze di servizio e sulla necessità di avere funzionari operativi fin da subito, e infine sottolineando che le tre lingue sono le più utilizzate nella comunicazione interna ed esterna⁸⁵. A questo ultimo proposito è rilevante ricordare che nella giurisprudenza della Corte non era mai stato attribuito un ruolo rilevante alla prassi linguistica interna alle istituzioni UE e lo stesso Avvocato Generale aveva precisato che il contenuto di siffatta prassi era completamente oscuro⁸⁶.

Sul piano giuridico si tratta comunque di verificare se a monte l'EPSO disponga del potere di disciplinare la materia linguistica dei concorsi UE introducendo una deroga generale all'art. 1 regolamento n. 1. L'art. 2 della decisione istitutiva attribuisce infatti all'EPSO "*i poteri di selezione conferiti, in virtù dell'articolo 30, primo comma, e dell'allegato III dello statuto, alle autorità che hanno il potere di nomina delle istituzioni firmatarie della presente decisione*"⁸⁷, ma fra tali poteri non vi è quello di stabilire il regime linguistico dei concorsi esterni, né tanto meno di introdurre una deroga generale al principio di parità delle lingue⁸⁸. Tale

⁸⁴ Vedi in particolare §§91, 94, 95 sentenza della Corte 27 novembre 2012

⁸⁵ Ciò però non sarebbe vero per la lingua tedesca. Infatti, la produzione di documenti in questa lingua anche attualmente è di fatto poco superiore a quella delle altre lingue diverse da inglese e francese tanto che, secondo un autore, il tedesco era stato relegato ad una sorta di limbo (*Zwischenstellung*) perché, pur facendo riferimento ad una comunità linguistica demograficamente ed economicamente forte, non veniva solitamente usato come lingua di lavoro. U. Ammon, *Die Stellung der deutschen Sprache in Europa und in der Welt im Verhältnis zu ihrer Stellung in den EG-Gremien*, Sociolinguistica, V (1991), p. 80.

⁸⁶ § 47 Conclusioni dell'Avvocato Generale

⁸⁷ Art. 2 Decisione n. 2002/620/CE del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, della Corte di giustizia, della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e del Mediatore che istituisce l'Ufficio di selezione del personale delle Comunità europee. *GUCE 26 luglio 2002, n. L 196*.

⁸⁸ Né tale potere è previsto dalla successiva Decisione CE 25 luglio 2002, n. 621. Decisione n. 2002/621/CE dei segretari generali del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, del Cancelliere della Corte di giustizia, dei segretari generali della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e del rappresentante del Mediatore relativa all'organizzazione e al funzionamento dell'Ufficio di selezione del personale delle Comunità europee. *GUCE 26 luglio 2002, n. L 196*. L'art. 7 §2 d) dell'allegato III dello Statuto prevede espressamente che l'EPSO abbia il potere di "*assumere la responsabilità generale per la definizione e l'organizzazione della valutazione delle capacità linguistiche affinché le esigenze dell'articolo 45, paragrafo 2 dello statuto si attuino in modo armonizzato e coerente*". Le modalità di valutazione delle capacità linguistiche sono però cosa ben diversa dalla determinazione *ex auctoritate* delle lingue in cui i concorsi si debbono svolgere e in ogni caso i poteri di cui all'art. 7 §2 d) sono teleologicamente preordinati all'attuazione delle esigenze di cui all'Art. 45 che riguarda la promozione successiva alla assunzione.

potere infatti non compete alle autorità aventi il potere di nomina né, come *supra* visto alla luce di un'interpretazione letterale e sistematica del regolamento n. 1, alle rispettive istituzioni UE. Inoltre, come chiarito dalla Corte, se lo Statuto dei Funzionari prevede che il bando di concorso possa eventualmente specificare le conoscenze linguistiche richieste per la particolare natura dei posti da ricoprire “*da tale disposizione non discende un'autorizzazione generale a derogare alle prescrizioni dell'articolo 1 del regolamento n. 1*”⁸⁹, cioè alla parità delle lingue. Infine, se da una interpretazione letterale e sistematica dell'art. 6 regolamento n. 1 si evince che le istituzioni UE possono solo stabilire le “modalità applicative” dello stesso regolamento in “casi specifici” nell'ambito del loro funzionamento interno, non si vede come tali limiti possano essere neutralizzati, eludendo nel contempo la procedura di cui all'art. 342 TFUE che prevede la necessaria decisione unanime del Consiglio per la determinazione del regime linguistico delle istituzioni UE, intervenendo nella fase di accesso, cioè nella fase concorsuale, e ottenendo di fatto lo stesso risultato, cioè incidendo sul regime linguistico interno delle istituzioni.

Le Disposizioni Generali, reiterando le formule che erano utilizzate nei bandi annullati, richiedono un livello di conoscenza solo soddisfacente e non approfondito per la lingua seconda, ma ciò ancora una volta non sembra sufficiente a renderlo un requisito proporzionato nella misura in cui la lingua seconda è imposta per tutte le prove dei concorsi, con la conseguenza che la conoscenza linguistica finisce per alterarne i risultati e avvantaggiare quindi i candidati anglofoni, francofoni e germanofoni che ben possono individuare come lingua seconda per lo svolgimento delle prove la loro lingua madre poiché le Disposizioni Generali si limitano a stabilire che la lingua seconda debba essere diversa dalla lingua prima e la conoscenza approfondita della lingua prima non è oggetto di accertamento o lo è in modo del tutto marginale⁹⁰.

6. – E' ben noto che il divieto di discriminazione è sempre stato interpretato dalla Corte nel senso tradizionale, cioè come divieto di trattare in modo diverso situazioni simili e di trattare in modo identico situazioni diverse, salvo però il caso in cui il diverso o uguale trattamento fosse giustificabile in base a criteri oggettivi⁹¹. Rimane quindi da chiedersi quali siano le ragioni reali che hanno condotto a preferire inglese, francese e tedesco a scapito delle altre lingue ufficiali e di lavoro e se queste possono assurgere a criteri oggettivi.

La lingua è oggi più che mai avvertita come fondamentale strumento per la gestione del consenso e per la negoziazione simbolica dei rapporti di forza all'interno degli aggregati politico-istituzionali. Ancora più forti che in passato sono quindi i tentativi di controllo pianificato dei “mercati linguistici”, che si traducono in operazioni di riduzione progressiva

Si veda a proposito la sentenza del Tribunale (sezione delle impugnazioni) 14 dicembre 2011, T-361/10 P, Commissione Europea c. Dimitrios Pachtitis.

⁸⁹ §84 sentenza della Corte 27 novembre 2012. Si veda l'Art. 1§1 f) Allegato III Statuto dei Funzionari

⁹⁰ Ai sensi delle Disposizioni Generali la lingua seconda deve essere diversa dalla lingua prima, e la lingua prima è *di norma* la lingua materna o *equivalente*.

⁹¹ Sentenza 13 febbraio 1996, C-342/93, Gillespie e a., Racc. pp. I-475, §16.

della diversità linguistica e di contemporanea imposizione di uno o più idiomi quale strumento asseritamente neutro a garanzia di una maggiore efficienza comunicativa. Ecco dunque che le lingue finiscono per codificare i rapporti di potere in una società e a naturalizzarli⁹². Proprio perché le lingue non sono solamente strumenti per comunicare, ma anche veicoli di identità⁹³, è necessario in via preliminare rimuovere l'illusoria credenza secondo cui la lingua è uno strumento di comunicazione neutro, con il corollario in forza del quale è necessario e sufficiente conoscere la lingua o le lingue più utilizzate.

Anche nell'UE in realtà la scelta della lingua di lavoro non è semplicemente una questione economica di costi e benefici poiché la lingua aggiunge al suo ruolo di vettore della comunicazione normativa delle istituzioni dell'Unione, il significato di espressione delle singole culture nazionali che sono associate con il suo uso⁹⁴. Ne consegue che la politica linguistica, in quanto parte della politica culturale e ideologica, è determinata dalla politica dominante, sia che accompagni un processo di mutamento socio-linguistico già in corso accelerandolo, sia che imponga un mutamento nuovo⁹⁵. Ebbene, lo stesso criterio di scegliere le lingue più studiate come lingua straniera di studio non costituisce un criterio neutro poiché notoriamente l'introduzione di una lingua come lingua straniera nel sistema scolastico di un Paese, come è facilmente dimostrabile anche storicamente, è una variabile dipendente in processi economici, politici e sociali⁹⁶. E certo non era l'unico criterio possibile. Così, ad esempio, se fosse stato scelto il criterio delle lingue madri più diffuse, l'italiano si sarebbe collocato in seconda posizione subito dopo il tedesco e ben avrebbe potuto essere scelto come lingua seconda dai molti italofoeni che vivono in Stati UE dove l'italiano non è lingua ufficiale e conservano la lingua italiana come lingua madre, pur utilizzando correntemente altre lingue⁹⁷. Costruire, come fa l'Avvocato Generale, la discriminazione in base alla lingua come un corollario della discriminazione in base alla nazionalità, anziché come causa autonoma di discriminazione, ed eliminare in questo modo a priori il criterio della lingua madre sul presupposto che questa sia maggiormente correlata con la cittadinanza rispetto ad esempio alla lingua d'uso, sembra quanto meno artificioso, giacché non è coerente con quanto insegna la sociolinguistica e non rispecchia la realtà di

⁹² S. Scaglione, *Introduzione*, in S. Giannini, S. Scaglione, *op.cit.*, pp. 34-35.

⁹³ F. Palermo, *Linguistic Diversity within the Integrated Constitutional Space*, http://aei.pitt.edu/7040/1/2006_edap02.pdf p. 11.

⁹⁴ In questo senso anche B. Pozzo, *L'interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, in B. Pozzo, M. Timoteo, *op.cit.*, p. 384. "La lingua è l'espressione più diretta della cultura, è quello che ci rende umani e conferisce a ognuno di noi un senso d'identità". Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni. Un nuovo quadro strategico per il multilinguismo. Bruxelles, 22.11.2005 COM(2005) 596, p. 2.

⁹⁵ G. Klein, *op.cit.*, p. 153.

⁹⁶ L'Avvocato Generale opta per questo criterio sub §83. In questo senso anche le Disposizioni Generali "Oltre a essere le lingue parlate in diversi Stati membri, il francese, l'inglese e il tedesco sono le lingue straniere di maggiore diffusione, le più studiate in quanto lingue straniere e quelle che i cittadini ritengono più utile apprendere. Le reali esigenze del servizio sembrano dunque ragionevolmente riflettere le capacità linguistiche che si possono chiedere ai candidati."

⁹⁷ European Commission Special Eurobarometer 386 Europeans and their Languages, Report February March 2012. Consultabile online al http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_386_en.pdf

fatto. Infatti, una “comunità linguistica” non si identifica necessariamente – e anzi in Europa quasi mai - con i confini nazionali e perciò tale concetto risulta neutro da implicazioni storico-politiche e sociali⁹⁸. Inoltre gli Stati nei quali la lingua nazionale ufficiale è la lingua madre per la maggioranza della popolazione (Stati con endoglossia), rappresentano solo una categoria, alla quale si debbono accostare gli Stati con esoglossia – estremamente eterogenei linguisticamente, dove qualcuna delle varietà può avere assunto la funzione di lingua franca, ma pochissime sono accettate come lingua ufficiale, per cui talvolta si ricorre a una lingua esterna, e infine gli Stati misti, dove la lingua nazionale e ufficiale è scissa tra una lingua indigena e una non indigena⁹⁹. Evidentemente il fattore linguistico è slegato da quello nazionale e il collegare la lingua con la cittadinanza ha come retroterra ideologico la vecchia questione della lingua con le sue convinzioni puristiche e nazionalistiche ottocentesche basate sull’equiparazione – storicamente non provata – tra lingua e nazione, tra lingua e popolo, come se gli Stati dell’UE costituissero un mosaico di territori linguistici unilingui accuratamente separati. Al contrario, proprio il formarsi di entità sopranazionali come l’UE ha reso evidente che lo Stato di appartenenza non può più costituire l’unico criterio di legittimazione e di riconoscimento dell’identità linguistica dei parlanti¹⁰⁰. Il contatto, la mescolanza tra parlanti e quindi tra lingue diverse è ormai la norma, e le giovani generazioni sono chiamate ad acquisire competenze linguistiche multiple, che consentano loro di muoversi entro orizzonti geografici e sociali enormemente dilatati rispetto al passato. È alto del resto, soprattutto in certi Paesi Europei, il tasso di alloglotti, cioè di persone che indicano una lingua non nazionale come lingua principale e che si servono di quella lingua in ambito familiare. Sembra necessario quindi tenere conto della crescita vertiginosa della diversità linguistica nella società europea postmoderna che comporta una trasformazione duratura delle comunità da omoglottiche in poliglottiche, con importanti minoranze “deteritorializzate”, per la maggior parte plurilingui in gradazioni variabili.

Ma anche l’adozione di altri criteri parimenti ragionevoli avrebbe portato a conclusioni differenti: se si fosse considerata la diffusione della lingua non a livello europeo ma mondiale, lo spagnolo si sarebbe collocato subito dopo l’inglese fra le lingue UE¹⁰¹.

E’ utile poi ricordare che la stessa Corte di Giustizia nella causa Kik commentava la disciplina linguistica introdotta dal regolamento n. 40/94 in materia di marchio comunitario definendo le lingue italiana, spagnola, francese, inglese e tedesca come le lingue “*la cui conoscenza è più diffusa nella Comunità Europea*” e giudicando il trattamento privilegiato

⁹⁸ Sull’origine storica e filosofica del preconcetto secondo cui tutti i locutori di una lingua dovrebbero appartenere ad una stessa Nazione vedi G. Lüdi, *Quale integrazione per i parlanti delle lingue di immigrazione?*, in S. Giannini, S. Scaglione, *op.cit.*, p. 100.

⁹⁹ G. Klein, *op.cit.*, pp. 19-20.

¹⁰⁰ S. Scaglione, *Introduzione*, *op.cit.*, p. 28.

¹⁰¹ Secondo l’avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni “*nessuna altra lingua [diversa da inglese francese e tedesco] offrirebbe possibilità di comunicazione interna in misura analoga*”. *Ibidem*, §94 Ma ancora una volta il ragionamento appare apodittico e muove da presupposti indimostrati. Curiosamente A. Fenet giustifica la scelta del francese e dell’inglese come lingua di lavoro in ragione della loro diffusione mondiale, dimenticandosi però dello spagnolo che da questo punto di vista supera il francese. A. Fenet, *op.cit.*, p. 261.

riservato a queste lingue in tale ambito come adeguato e proporzionato¹⁰². Con questo si vuole sottolineare che, lungi dall'essere una opzione ineluttabile, la scelta delle lingue favorite non doveva necessariamente cadere sulle tre lingue straniere più studiate nell'UE¹⁰³. O comunque, come sopra argomentato, tale criterio, in ogni caso lungi dall'essere neutro, avrebbe dovuto essere combinato con un altro dato statistico, cioè il livello di conoscenza della lingua studiata come straniera.

In realtà la gerarchizzazione tra le lingue imposta “dall'alto”, che rappresenta un vantaggio culturale, economico e politico per coloro la cui lingua è privilegiata¹⁰⁴, lungi dall'essere dettata da esigenze di servizio, sembra riflettere e consolidare rapporti di forza secondo modalità incompatibili con il principio di uguaglianza che ha contraddistinto fin dall'origine il processo di integrazione europea e con il principio del plurilinguismo linguistico che è una realtà storica e riflette la natura stessa dell'Unione come un convivere di più identità¹⁰⁵. Si è quindi già realizzato quanto era stato previsto in dottrina cioè che, vista l'inerzia degli Stati Membri nel riprendere il tema del regime linguistico delle istituzioni UE “*c'est donc la pratique qui imposera au coup par coup ses ajustements, par l'effet des contraintes du réel, mais aussi par le jeu des rapports de force*”¹⁰⁶. Infatti, l'uso preponderante di inglese, francese e tedesco, lungi dall'essersi imposto da sé come una sorta di *deus ex machina*, è in realtà il frutto di una precisa evoluzione storica. Così, ad esempio, l'uso del tedesco si deve fare risalire alla seconda metà del 1999, quando la Germania aveva iniziato a non partecipare alle sedute preparatorie del Consiglio (*la politique de la chaise vide*), appunto in segno di protesta per il fatto che il tedesco non venisse utilizzato come lingua di lavoro a fianco dell'inglese e del francese¹⁰⁷.

Una volta analizzato il percorso che ha portato all'introduzione del trilinguismo concorsuale sembra evidente che invertire la rotta presa in materia linguistica è ormai utopistico. Al contrario, la restrizione linguistica in accesso si riverbererà necessariamente anche all'interno delle istituzioni, in spreco dell'art. 342 TFUE (ex art. 290 TCE), diventando di conseguenza il trilinguismo da concorsuale a istituzionale. L'introduzione del trilinguismo inciderà anche sulla classifica delle lingue straniere più studiate in futuro che vedrà il consolidarsi delle lingue privilegiate nelle prime posizioni perché – come è facilmente intuibile - il prestigio di cui una lingua gode nell'essere usata ed insegnata come

¹⁰² Sentenza C. Kik c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno, *op.cit.*, §94.

¹⁰³ Ad esempio, ai sensi dell'art. 115 (*Lingue*) del regolamento sul marchio comunitario: “1. Le domande di marchio comunitario sono depositate in una delle lingue ufficiali della Comunità europea. 2. Le lingue dell'Ufficio sono il francese, l'inglese, l'italiano, lo spagnolo ed il tedesco.” Regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario. *Gazzetta ufficiale* n. L 011 del 14/01/1994 pp. 1 – 36.

¹⁰⁴ C. Boch, *op.cit.*, p. 380.

¹⁰⁵ P.G. Monateri, *op.cit.*, p. 301; R. Corsetti, *La lingua come strumento politico*, in R. Corsetti, *Lingua e politica*, Roma, 1976, pp. 9-10; A. Fenet, *op.cit.*, pp. 235-236.

¹⁰⁶ A. Fenet, *op.cit.*, p. 268.

¹⁰⁷ La Francia aveva poi appoggiato la pretesa tedesca sotto minaccia da parte tedesca di abbandonare il francese a favore dell'inglese. *Le Monde*, 2 giugno 2000. A. Fenet, *op.cit.*, p. 261; A. Venchiarutti, *op.cit.*, p. 354 in nota.

lingua straniera e di ricoprire il ruolo di lingua franca in contesti internazionali è fortemente condizionato dallo *status* che ricopre all'interno delle istituzioni UE¹⁰⁸.

Anche il sito dell'EPSO è accessibile esclusivamente nella versione inglese, francese e tedesca¹⁰⁹. Lo stesso dicasi per il sito della Commissione Europea¹¹⁰ e anche, ad esempio, per il servizio di *online information service (web chat)* di *Europe Direct* disponibile solo in inglese, francese e tedesco¹¹¹. Sembra davvero assente la volontà di ricercare metodi innovativi per perseguire e preservare il plurilinguismo sul lungo periodo, come sarebbe forse, ad esempio, l'adozione di una unica lingua ponte¹¹². A questo proposito è emblematico che la Commissione giustificava già nel 1970 - quando le lingue ufficiali e di lavoro erano quattro - la violazione del regolamento n. 1 proprio adducendo “*l'impossibilità di redigere immediatamente tutti i documenti nelle quattro lingue*”¹¹³.

Si ritiene tuttavia che, se proprio le esigenze di economia e di servizio imponessero una restrizione delle lingue di lavoro, e si dovesse prendere atto della consuetudine di utilizzare in modo preponderante l'inglese e il francese e, secondariamente, il tedesco nella prassi delle istituzioni, l'apprendimento di queste lingue potrebbe essere incentivato collegandolo ad un avanzamento di carriera per coloro che già sono funzionari, senza dovere necessariamente incidere sul momento dell'accesso. In alternativa sarebbe ragionevole che la competenza linguistica di inglese, francese o tedesco costituisse oggetto di una prova *ad hoc*, ferma la possibilità per i candidati di svolgere tutte le prove in qualsiasi lingua dell'UE a scelta¹¹⁴. Oppure ancora, per fare salvo il principio di non-discriminazione, sarebbe necessario imporre ai candidati anglofoni, francofoni e germanofoni di svolgere le prove in

¹⁰⁸ A. Carli, *Plurilinguismo e lingue minoritarie nella politica linguistica europea*, Revue française de linguistique appliquée, 2004/2, Vol. IX, p. 73. Nel 1991 un gruppo di studio de l'Association des Français fonctionnaires des Communautés européennes concludeva: “*Il n'est pas exagéré de dire que l'avenir du français, langue internationale, repose sur deux piliers: la francophonie d'outre-mer et les institutions européennes*”. La citazione è contenuta in J. De la Guérvivière, *Le Monde*, 12 gennaio 1995.

¹⁰⁹ http://europa.eu/epso/apply/jobs/index_en.htm

¹¹⁰ http://ec.europa.eu/oib/index_de.htm

¹¹¹ http://europa.eu/europedirect/web_assistance/index_en.htm

¹¹² Si riportano al riguardo le chiare parole di P.G. Monateri: “*la questione, dunque, è essenzialmente politica, ed allora è bene ricordare che in politica la questione dei costi e dei benefici quasi si inverte nelle questioni essenziali: un beneficio politico primario stabilisce quali sono i costi affrontabili, e non viceversa*”. P.G. Monateri, *op.cit.*, p. 301. Sulla “retorica della crisi” in questo ambito F. Grin, *Gérer le plurilinguisme européen: approche économique au problème de choix*, Sociolinguistica, 1997, pp. 1-15; M. Gazzola, *op.cit.*, pp. 83-87. “*Con una pianificazione lungimirante e lo stanziamento delle risorse necessarie l'UE potrebbe lavorare in un numero di lingue ufficiali superiore a quello odierno avvalendosi al massimo, per esempio, di nuove tecnologie e di economie di scala*”. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni. Un nuovo quadro strategico per il multilinguismo, *op.cit.*, p. 14. E infine si veda il *report Translating for a Multilingual Community*, in particolare dove si evidenzia che “*as the European Union grows, the practical difficulties of according equal status to the languages of its constituent nations also grow, but any approach that failed to respect the languages of its peoples would betray the very foundations of the philosophy that lies behind the European Union*”. *Translating for a Multilingual Community*, European Commission, 2009, p. 1.

¹¹³ Infatti, secondo la Commissione, il francese e il tedesco si erano “imposti come lingue di lavoro”. Sentenza del 15-7-1970 — Causa 41-69, ACF Chemiefarma N.V. c. Commissione delle Comunità europee, p. 674.

¹¹⁴ §94 sentenza della Corte di Giustizia del 27 novembre 2012.

una lingua diversa dalla loro lingua principale privilegiata, e questo risultato potrebbe essere ottenuto verificando l'effettiva conoscenza "approfondita" della lingua prima, lingua madre o meno che sia, anziché darla per scontata o renderla comunque oggetto di una verifica del tutto marginale come è spesso avvenuto nella prassi concorsuale. Al riguardo è apprezzabile che le Disposizioni Generali abbiano previsto lo svolgimento dei test di ammissione di ragionamento verbale e numerico nella lingua prima, ma nell'economia generale delle prove di concorso questo non sembra sufficiente a verificare la sua effettiva conoscenza approfondita e a rendere quindi i requisiti linguistici imposti a chi non è anglofono, francofono o germanofono proporzionati all'obiettivo avuto di mira. Solo adottando queste soluzioni maggiormente rispettose del principio del plurilinguismo il principio di non-discriminazione si tradurrebbe in parità effettiva di opportunità.



ISSN 2037-6677

2015/N.1

Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea: anno 2014

News from Europe. Chronicles on the European enlargement

Alessandra Lang

Tag: access to the EU, enlargement strategy, European Commission



Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea: anno 2014

di Alessandra Lang

1. – Al 31-12-2014, lo stato dei negoziati era il seguente:

Capitoli:	Turchia	Islanda	Montenegro
1 Libera circolazione delle merci	S	A	–
2 Libera circolazione dei lavoratori	–	C	–
3 Diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi	S	–	–
4 Libera circolazione dei capitali	A	–	A
5 Appalti pubblici	–	A	A
6 Diritto societario	A	C	A
7 Proprietà intellettuale	A	C	A
8 Politica della concorrenza	–	C	–
9 Servizi finanziari	S	A	–
10 Società dell'informazione e media	A	A	A
11 Agricoltura	S	–	–
12 Sicurezza alimentare, politica veterinaria e fitosanitaria	A	–	–
13 Pesca	S	–	–
14 Politica dei trasporti	S	A	–
15 Energia	–	A	–
16 Fiscalità	A	A	–
17 Politica economica e monetaria	–	A	–
18 Statistiche	A	A	A
19 Politica sociale e occupazione	–	A	–
20 Imprese e politica industriale	A	C	A
21 Reti transeuropee	A	C	–

22 Politica regionale e coordinamento degli strumenti strutturali	A	A	–
23 Sistema giudiziario e diritti fondamentali	–	C	A
24 Giustizia, libertà e sicurezza	–	–	A
25 Ricerca e sviluppo	C	C	C
26 Istruzione e cultura		C	C
27 Ambiente	A	A	–
28 Tutela della salute e dei consumatori	A	C	A
29 Unione doganale	S	A	A
30 Relazioni esterne	S	A	–
31 Politica estera, di sicurezza e di difesa	A	C	A
32 Controllo finanziario	A	A	A
33 Disposizioni finanziarie e di bilancio	–	A	A
34 Istituzioni	–	–	–
35 Altro	–	–	–
Totale capitoli aperti	14	16	14
Totale capitoli chiusi	1	11	2

Legenda: C = capitolo provvisoriamente chiuso; A = negoziati sul capitolo in corso; S = negoziati sul capitolo sospesi; – = negoziati sul capitolo non ancora avviati.

Confrontando la situazione al 31-12-2014 con quella dell'anno precedente, balza agli occhi che gli unici avanzamenti riguardano il Montenegro (2). Nessun nuovo capitolo è stato aperto né con la Turchia (3), né con l'Islanda (4), seppure per motivi assai diversi. I negoziati di adesione sono stati avviati con la Serbia, ma nessun capitolo è stato ancora aperto (5). All'Albania è stato concesso lo *status* di paese candidato (6). Nessun progresso si registra invece per ex Repubblica iugoslava di Macedonia (7) e Bosnia-Erzegovina (8).

Il 2014 è stato un anno caratterizzato da elezioni in molti dei paesi interessati all'allargamento (Serbia in marzo, ex Repubblica iugoslava di Macedonia in aprile, Kosovo in giugno, Turchia in agosto, Bosnia-Erzegovina in ottobre) e nella stessa Unione europea. Sono quindi cambiati gli interlocutori da entrambe le parti e ciò ha rallentato il già lento passo del processo di allargamento. Per quanto riguarda l'Unione europea, al rinnovo del Parlamento europeo ha fatto seguito il rinnovo della Commissione. Il nuovo Commissario all'allargamento è Johannes Hahn, già commissario alla politica regionale nella precedente Commissione Barroso II, e gradito al Parlamento (audizione alla Commissione Affari esteri del Parlamento europeo: v. *Europe*, 11166, 1-10-2014, 4). Non è nella persona del nuovo commissario che si nasconde le novità per la politica di allargamento, ma nelle parole non certo ambigue del nuovo Presidente, Jean Claude Juncker. Juncker è stato il "candidato presidente della Commissione" per il gruppo PPE. Durante la campagna elettorale, egli ha diffuso una serie di documenti programmatici, ai quali si è richiamato anche in seguito. Terzo dei tre obiettivi della politica estera, è "una pausa nell'allargamento": "L'allargamento è stato un successo storico. Tuttavia, l'Europa ha ora bisogno di digerire l'aggiunta di 13 Stati membri negli ultimi 10 anni. I nostri cittadini hanno bisogno di una pausa

nell'allargamento e di consolidare quanto è stato raggiunto tra i 28 Stati membri. Questo è il motivo per cui sotto la mia Presidenza della Commissione, i negoziati in corso ovviamente continueranno ed in particolare i paesi dei Balcani occidentali avranno bisogno di mantenere una prospettiva europea, ma nei prossimi cinque anni non ci sarà nessun nuovo allargamento dell'UE" (juncker.epp.eu/node/153). Nei prossimi cinque anni, il consolidamento avrà la priorità e l'allargamento aspetterà. Colpisce il contrasto rispetto alla Commissione Barroso II, che invece aveva l'allargamento tra le sue priorità (si v., per esempio, la dichiarazione di Füle al termine del Dialogo ad alto livello con l'Albania, MEMO/14/395 4-6-2014). In questo cambio di prospettiva si cela il rischio che la politica di allargamento perda la sua capacità di attrazione e di stimolo alle riforme per i paesi coinvolti, già indebolite dalla crisi economica e dal conseguente ripiegamento dell'Unione su sé stessa (sul punto, v. J. O'Brennan, 'On the Slow Train to Nowhere?' *The European Union, 'Enlargement Fatigue' and the Western Balkans*, in *European Foreign Affairs Review*, 2014, 221 ss.)

I documenti chiave della politica di allargamento 2014 sono comunque stati adottati come al solito: la *Strategia di allargamento e sfide principali per il periodo 2014-2015* (COM/2014/700, 8-10-2014) e le conclusioni del Consiglio su *Allargamento e processo di stabilizzazione e associazione* (16991/14, 16-12-2014). Inoltre, è stato istituito lo strumento di assistenza preadesione (IPA II) per il 2014-2020 (regolamento n. 231/2014, 11-3-2014, in GUUE, L 77, 15-3-2014, 11 ss.). Rispetto al precedente strumento finanziario (istituito con regolamento n. 1085/2006), il nuovo regolamento non prevede più la possibilità di sospendere l'assistenza in caso di violazioni dei principi su cui si fonda il processo di allargamento o di insufficienti progressi nel rispetto dei criteri di adesione. Al contrario, il nuovo regolamento prevede un meccanismo premiale a titolo di ricompensa per i risultati ottenuti (art. 14). La stessa disposizione prevede però che "qualora i progressi realizzati e/o i risultati ottenuti da un beneficiario elencato nell'allegato I [i paesi candidati e potenziali candidati] si attestino ampiamente al di sotto dei livelli convenuti figuranti nei documenti di strategia, la Commissione adegua proporzionalmente le assegnazioni, secondo la procedura d'esame di cui all'articolo 16, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 236/2014". L'esatta portata della disposizione non appare chiara: potrebbe trattarsi di una forma surrettizia di sanzione per l'assenza di progressi, con un ambito di applicazione più ampio rispetto al regime precedente e il potere decisionale affidato alla Commissione anziché al Consiglio.

Per quanto attiene alla strategia della Commissione in materia di allargamento, tre sono i pilastri su cui è basata: lo Stato di diritto, la *governance* economica e la riforma della pubblica istruzione. Se la relazione del 2013 sviluppava il pilastro "governance economica", nel 2014 l'attenzione è concentrata sulla riforma della PA. Si tratta di materia che non è oggetto di uno specifico capitolo negoziale, benché una pubblica amministrazione funzionante ed efficiente sia il presupposto di numerosi capitoli, quali Appalti, Controllo finanziario, Sistema giudiziario e diritti fondamentali, Fiscalità, Politica economica e monetaria. Per assistere i paesi dell'allargamento a rafforzare la PA, la Commissione si affida ai finanziamenti accordati tramite l'IPA II e ai gruppi speciali sulla riforma della pubblica amministrazione, per definire le priorità. Si tratta di gruppi che ricalcano i sottocomitati del Consiglio istituito dagli accordi di stabilizzazione e associazione (ASA), e hanno il compito

di discutere di un tema che ha rilevanza orizzontale, superando l'approccio settoriale dei negoziati di adesione. In altri termini, la riforma della PA è un tema che può essere affrontato meglio nel contesto dell'ASA che del processo di adesione.

Quanto alle valutazioni relative ai paesi, in generale è evidente che gli elementi essenziali dello Stato democratico, la dialettica politica e il controllo dei media, non sono ancora acquisiti nei paesi coinvolti dall'allargamento. Non è infatti infrequente leggere che l'opposizione abbandona il Parlamento e non vi rientra; che la stampa è oggetto di intimidazioni e di controlli. Il consolidamento dello Stato di diritto, che però non si può realizzare solo per via di riforme legislative, appare quanto mai necessario. E' interessante notare che il Consiglio ha istituito un dialogo sullo Stato di diritto, da condurre tra gli Stati membri una volta l'anno, sotto la supervisione dello Stato che esercita la Presidenza (*Conclusions of the Council of the European Union and the member states meeting within the Council on ensuring respect for the rule of law*, Bruxelles, 16-12-2014), lasciando intendere che nessun risultato può essere considerato acquisito, ma il monitoraggio dei pari è essenziale e può spingere gli Stati a comportamenti più virtuosi (o solamente rispettosi degli standard basilari).

2. – Nel 2014 sono stati aperti nove capitoli nel negoziato con il Montenegro: Proprietà intellettuale e Società dell'informazione e media (i parametri per la chiusura provvisoria sono contenuti in 8375/14, 31-2-2014), Libera circolazione dei capitali, Politica estera, di sicurezza e di difesa, Controllo finanziario (11318/14, 24-6-2014), Statistiche, Tutela della salute e dei consumatori, Unione doganale, Disposizioni finanziarie e di bilancio (16963/14, 16-12-2014). La valutazione della Commissione nella relazione annuale è sostanzialmente positiva, per quanto riguarda il rispetto di tutti e tre i criteri di adesione. Il Consiglio si allinea sulle posizioni della Commissione e sintetizza le carenze da quest'ultima individuate: la discontinuità dei progressi nei settori del sistema giudiziario e dei diritti fondamentali, sia quanto alle riforme legislative, sia sul versante dell'attuazione, la necessità di ulteriori riforme economiche e amministrative, l'ancora incompleta garanzia della libertà di espressione e dei mezzi di comunicazione (Conclusioni sull'allargamento, par. 28).

3. – La ripresa dei negoziati di adesione con la Turchia che aveva contraddistinto il 2013 non è proseguita nel 2014. Nessun capitolo negoziale è stato aperto, neppure i capitoli 23 e 24 (all'apertura dei quali persino la cancelliera tedesca si era mostrata favorevole: *Europe*, 11012, 6-12-2014) che avrebbero costituito un quadro di discussione istituzionalizzato sulle questioni relative allo stato di diritto e di diritti fondamentali, veri motivi di tensione tra le parti. Pertanto, le parti non si sono incontrate nel quadro dei negoziati di adesione, ma solo a livello del gruppo di lavoro sul capitolo 23, in cui hanno discusso un rapporto di esperti indipendenti che può costituire la base per un piano di riforme in materia giudiziaria e di libertà di espressione (v. il discorso di Füle: SPEECH/14/473 17-6-2014), e del Consiglio di Associazione. È stato inoltre

preannunciato l'avvio di un dialogo ad alto livello sull'economia (v. dichiarazione di Hahn e Bozgir, nuovo ministro turco per gli affari europei, STATEMENT/14/1645, 11-11-2014).

Le relazioni sono state particolarmente tese, nonostante la volontà di mantenere e continuare i rapporti nel quadro della processo di adesione si stata ribadita più volte. Non vanno però dimenticate le parole di Juncker. Nel preannunciare “una pausa nell'allargamento”, egli conclude: “Per quanto riguarda la Turchia, il paese è chiaramente ben lontano dalla adesione alla UE. Un governo che blocca Twitter non è pronto per l'adesione”. La Turchia è l'unico paese dell'allargamento espressamente citato e le parole usate non si prestano a equivoci. Nel 2014 si sono verificati alcuni eventi che l'Unione ha inteso come una minaccia all'indipendenza della magistratura e all'imparzialità dei media e una violazione del diritto di espressione. Ci si riferisce in particolare alla reazione del governo turco alle accuse di corruzione mosse da alcuni giornali, e alle accuse e all'arresto di giornalisti per attività sovversive. I due eventi sono indipendenti e sono avvenuti in momenti diversi, il primo all'inizio dell'anno (v. ISPI Dossier, Crisi di potere in Turchia, 16-1-2014, <http://www.ispionline.it/it/publicazione/crisi-di-potere-turchia-9694>), il secondo alla fine, ma sono accomunati dalla medesima impronta autoritaria e repressiva (si v. M. Guidi, La domenica nera del giornalismo turco, 16-12-2014, <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=2906#sthash.DEvtlMjw.dpuf>). La repressione si è manifestata nei fatti ma anche attraverso l'adozione di provvedimenti normativi volti a limitare l'indipendenza della magistratura e la libertà di espressione. A questo proposito, l'UE ha dichiarato più volte che la Turchia deve consultare l'Unione prima di adottare riforme legislative che incidono su materie oggetto di negoziato di adesione o attengono ai criteri politici (si vedano in particolare la dichiarazioni di Füle STATEMENT/14/1, 10-1-2014, e SPEECH/14/210, 11-3-2014, e il comunicato stampa del Consiglio al termine della riunione del Consiglio di associazione UE-Turchia, 11241/14, 23-6-2014). In realtà, un obbligo siffatto pare difficile da ricavare dal quadro che regola le relazioni bilaterali. Infatti, se la Turchia ha assunto l'impegno di allineare le proprie normative a quelle dell'Unione e di approntare le riforme necessarie per soddisfare i criteri di Copenhagen, e la Commissione svolge uno stretto monitoraggio sui paesi dell'allargamento, non sembra si possa arrivare al punto da pretendere che ogni modifica legislativa, benché in materia di diritti fondamentali, debba essere oggetto di consultazione preventiva.

4. – Nel 2013 l'Islanda ha deciso di sospendere i negoziati di adesione e di ritirare la sua candidatura, benché tale secondo proposito non si ancora stato attuato. La Commissione ha ridotto in modo graduale l'erogazione dell'assistenza finanziaria a carico dell'IPA. In un discorso, il commissario Füle ha dichiarato che non vi è ragione di usare i fondi dei contribuenti europei a favore di uno Stato che rifiuta l'Unione (SPEECH/14/28). Ciò non di meno, il regolamento istitutivo del nuovo strumento di preadesione IPA II menziona l'Islanda tra i paesi potenziali beneficiari, anche se poi nessuna assegnazione è stata decisa a suo favore (si v. l'assenza di ogni riferimento all'Islanda nel comunicato stampa relativo alle assegnazioni per il 2014: IP/14/2760, 17-12-2014). Il Consiglio ha ribadito la sua

disponibilità a riprendere i negoziati se l'Islanda muterà la sua determinazione, ma nel contempo ha inquadrato i rapporti bilaterali nel nuovo contesto delle relazioni con i paesi dell'Europa occidentale che non sono membri della UE, nei confronti dei quali intende sviluppare un approccio coerente (*Council conclusions on a homogeneous extended single market and EU relations with Non-EU Western European countries*, 16-12-2014). Come anticipato, nel 2014 la richiesta di adesione dell'Islanda non è stata ritirata. Una proposta in questo senso è stata presentata nel mese di febbraio dal Governo al Parlamento (<http://www.mfa.is/news-and-publications/nr/7967>), ma non risulta sia stata approvata. La decisione di non consultare la popolazione per mezzo di un referendum, come inizialmente previsto, ha suscitato la protesta popolare (*Europe*, 11028, 28-2-2014, 14) e ha indotto il governo a ripensare la sua decisione.

5. – Il 21-1-2014 si è tenuta la riunione inaugurale dei negoziati di adesione con la Serbia (*First Accession Conference with Serbia*, 5486/14, 21-1-2014), in cui è stato presentato il quadro negoziale (AD 1/14 CONF-RS 1/14, 9-1-2014). Il capitolo 35 sarà la sede per discutere le questioni relative alla normalizzazione dei rapporti con il Kosovo. Mancati progressi in questo capitolo potranno portare ad un rallentamento nei negoziati relativi ad altri capitoli (v. punto 25 del quadro negoziale). In attuazione al nuovo approccio inaugurato con il Montenegro, anche con la Serbia si inizierà con i capitoli 23 e 24, i criteri per l'apertura dei quali sono già stati definiti. Al contempo, è stato avviato lo screening della legislazione serba, che non si è ancora concluso. Durante l'anno, oggetto di critica è stato il mancato allineamento della Serbia alle decisioni dell'Unione europea che dispongono sanzioni nei confronti della Russia per il coinvolgimento in Ucraina (IP/14/1941, 18-11-2014; la questione è stata anche discussa nella 2ª riunione del Consiglio ASA: ST 17003/13, 17-12-2014). La Serbia si giustifica affermando di avere così tutelato gli interessi della propria economia e delle proprie imprese (*Europe*, 11174, 11-10-2014, 13). In base al quadro negoziale, tuttavia, la Serbia deve progressivamente allineare le sue politiche nei confronti degli Stati terzi a quelle dell'Unione (v. punto 26 del quadro negoziale).

Progressi nella normalizzazione delle relazioni con il Kosovo sono stati richiesti ad entrambe le parti (v. il discorso di Füle, SPEECH/14/28, 15-1-2014). Le riunioni tra Serbia e Kosovo nell'ambito del dialogo facilitato dall'Alto Rappresentante sono proseguite nel primo semestre. Le questioni dibattute hanno riguardato l'organizzazione della polizia e della magistratura nei comuni a maggioranza serba, per assicurare una presenza etnicamente bilanciata delle due comunità nel corpo amministrativo (*Europe*, 11006, 29-1-2014, 8; 11051, 2-4-2014, 13). Il dialogo è stato sospeso durante le elezioni e non è stato più ripreso (*Europe*, 11111, 1-7-2014, 9; 11214, 10-12-2014). Ciononostante, è stato conseguito tra le parti un accordo in materia di energia (*Europe*, 11160, 23-9-2014, 13).

I negoziati per la conclusione dell'accordo di stabilizzazione e associazione con il Kosovo, iniziati nel 2013, sono giunti a compimento (SPEECH/14/358, 6-5-2014) e l'accordo è stato parafato. Autorità del Kosovo e dell'UE si sono incontrate nell'ambito del dialogo strutturato sullo Stato di diritto, lanciato nel 2012 con cadenza annuale, e

focalizzato sui temi relativi al potere giudiziario, alla lotta alla criminalità organizzata e alla lotta alla corruzione. L'incontro del 2014 ha permesso al Kosovo di presentare i risultati e i progressi compiuti l'anno precedente e preparare la strategia e il piano d'azione che serviranno per orientare i finanziamenti dell'UE e degli altri donatori internazionali e dovrebbe permettere al Kosovo di assumere le responsabilità in materia di Stato di diritto ora affidate a EULEX (IP/14/29, 16-1-2014). La missione EULEX Kosovo dell'Unione europea è stata prorogata fino al 14-6-2016 (decisione 2014/349/PESC) e rifinanziata fino al 14-6-2015 (decisione 2014/685/PESC).

Un grave scandalo ha colpito la missione. Un articolo pubblicato su Koha Ditore accusa i membri di Eulex di aver lasciato cadere le accuse contro funzionari di rango elevato del Kosovo in cambio di denaro, e di aver minacciato il giornalista che aveva condotto l'inchiesta (*Europe*, 11186, 29-10-2014, 14). Eulex ha condotto una inchiesta interna e nominato un procuratore speciale per indagare sulle accuse. Il procuratore ha accusato tre membri di Eulex di corruzione: il capo procuratore Jaroslava Novotna, l'ex giudice Francesco Florit e il procuratore Jonathan Ratel (*Europe*, 11188, 31-10-2014, 10). L'Alto Rappresentante ha incaricato Jean Paul Jacqué di riesaminare le procedure che Eulex segue per adempiere al proprio mandato, segnatamente per quanto riguarda l'esame delle accuse di corruzione, e di proporre le necessarie modifiche per migliorare la gestione dei casi complessi. Vari membri del Parlamento europeo hanno chiesto che siano condotte indagini sulle accuse e sia coinvolto l'OLAF, minacciando di istituire una commissione temporanea di inchiesta (*Europe*, 11190, 7-11-2014, 15). Il Mediatore europeo ha aperto un'inchiesta di propria iniziativa, per accertare se il Servizio europeo per l'azione esterna, nel quale Eulex è incardinata, e Eulex stessa avessero correttamente gestito le accuse di corruzione. L'inchiesta è stata poi chiusa, perché l'esperto incaricato dall'Alto Rappresentante ha assicurato che si occuperà di tutti i profili emersi (OI/15/2014/PMC, inchiesta aperta il 14-11-2014 e chiusa il 5-12-2014).

6. – Nel 2014 il Dialogo ad alto livello tra UE e Albania, la sede per discutere delle riforme indispensabili per poter ottenere lo *status* di candidato e determinare le priorità da conseguire, si è riunito due volte (MEMO/14/163, 6-3-2014, MEMO/14/395 4-6-2014). A giugno, il Consiglio ha conferito al paese lo *status* di candidato (3326^a riunione del Consiglio Affari generali, 11198/14, 24-6-2014), subordinatamente all'approvazione del Consiglio europeo, effettivamente ottenuta pochi giorni dopo (EUCO/79/14, 26/27-6-2014, punto 34). Il Consiglio si è basato sul rapporto della Commissione sui progressi compiuti dal paese in materia di lotta alla corruzione e al crimine organizzato (COM/2014/331, 4-6-2014), commissionato nel dicembre 2013. Il COREPER, organo preparatorio del Consiglio, non era riuscito a raggiungere un accordo, nella seduta tenuta una settimana prima del Consiglio Affari generali, perché gli Stati erano divisi: secondo indiscrezioni di stampa, mentre sei paesi erano contrari o scettici (Germania, Francia, Regno Unito, Paesi Bassi, Spagna, Repubblica Ceca), altri 16 (tra cui l'Italia) avevano espresso una posizione favorevole (*Europe*, 20-6-2014, 11104, 14). Uno dei problemi da più parti e più spesso sollevato riguarda il dialogo governo-opposizione, che in Albania non

riesce a svolgersi nel Parlamento, per il boicottaggio dell'opposizione e l'atteggiamento prevaricatorio del governo. La Commissione, nel suo rapporto di giugno, ha proposto la creazione di un consiglio nazionale per l'integrazione europea, dove siano rappresentate tutte le parti interessate, come sede per comporre i contrasti tra governo e opposizione. L'Albania ha dato il suo consenso alla proposta (v. punto 7 delle conclusioni dell'incontro del dialogo ad alto livello del 4-6-2014 cit.), che però stenta a mettere in pratica, se nella relazione annuale la Commissione afferma che il consiglio deve essere ancora istituito.

7. – Nessuna novità, per l'ennesima volta, per quanto riguarda la ex Repubblica Jugoslava di Macedonia (FYROM): la Commissione ha proposto l'avvio dei negoziati di adesione (*Strategia di allargamento 2014*, p. 25, punto 31 delle conclusioni e raccomandazioni), ma il Consiglio ha rinviato la decisione all'anno successivo (*Conclusioni su Allargamento e processo di associazione e stabilizzazione*, punto 41). Anche il Parlamento aveva invitato il Consiglio di aprire i negoziati (Risoluzione P7_TA-PROV(2014)0103, 6-2-2014). L'irritazione della Commissione, convinta che il Consiglio commetta un errore politico a continuare a negare il suo via libera, traspare dalle parole di Füle al Parlamento europeo (“Without a clear European Union prospect there are serious risks of backsliding”, SPEECH/14/101, 5-2-2014) e dalla stessa *Strategia di allargamento* (a proposito della ancora irrisolta – e dirimente – controversia con la Grecia sulla questione del nome, “la Commissione ribadisce che, se si fossero avviati lo screening e le discussioni in sede di Consiglio sul quadro negoziale, si sarebbe impresso l'impulso necessario per trovare una soluzione negoziata e accettata da entrambe le parti alla questione del nome ancor prima di aprire i capitoli negoziali”: punto 30). Il Consiglio, invece, non accenna a ripensamenti e, prima di decidere, attende l'ennesima relazione della Commissione “riguardo all'attuazione delle riforme, anche nel contesto del dialogo ad alto livello sull'adesione, nonché agli interventi tangibili compiuti per promuovere le relazioni di buon vicinato e per raggiungere una soluzione negoziata e accettata da ambo le parti riguardo alla questione del nome del paese”. Dello stallo è evidenza anche il fatto che nessuna riunione nell'ambito del dialogo ad alto livello sull'adesione ha avuto luogo nel 2014 (*Strategia di allargamento*, p. 25, punto 29), nonostante gli auspici espressi all'inizio dell'anno (MEMO/14/48, 22-1-2014, IP/14/294, 20-3-2014).

8. – “Ad un punto morto”: così nelle conclusioni del Consiglio su *Allargamento e processo di stabilizzazione e associazione* si legge essere la posizione della Bosnia-Erzegovina nel processo di integrazione all'UE. Le cause vanno rinvenute nella perdurante incapacità del paese di risolvere i problemi principali in sospeso, primo fra tutti la riforma costituzionale per dare attuazione alla sentenza *Sejdic e Finci* della Corte di Strasburgo (sentenza del 22-12-2009, appl. 27996/06 e 34836/06. Per una valutazione molto critica della condizionalità negativa, consistente nella sospensione dell'assistenza finanziaria, e dell'insistenza dell'Unione a legare il processo di allargamento all'attuazione della sentenza, si v. E. Benedetti, *Il principio di “condizionalità” nei processi di allargamento dell'UE: la Bosnia-Erzegovina ed*

il caso Sejdic-Finci, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 435 ss.). A ciò si aggiungono il rifiuto di acconsentire ad una modifica dell'accordo interinale e dell'ASA per preservare gli scambi con la Croazia e l'incapacità di dare ascolto alle richieste di riforme economiche espresse dalla popolazione nelle manifestazioni dell'inizio del 2014 (Consiglio Affari esteri, *Conclusioni sulla Bosnia-Erzegovina*, 8763/14, 14/15-4-2014). Nel corso dell'anno si sono tenute le elezioni politiche che, pur apprezzate perché condotte nel rispetto degli standard internazionali (Consiglio Affari esteri, 14451/14, 20-10-2014), continuano ad essere in violazione della sentenza della Corte di Strasburgo (*Europe*, 11176, 15-10-2014, 13). Per cercare di ottenere qualche risultato, l'Unione ha elaborato un nuovo approccio nelle relazioni con il paese, dando seguito e forma ad una proposta di Regno Unito e Germania (*Europe*, 11192, 7-11-2014, 15). L'approccio è contenuto nelle Conclusioni del Consiglio sulla Bosnia-Erzegovina (Bruxelles, 15-12-2014). Non si tratta di transigere sui punti essenziali: la conservazione dell'integrità territoriale e dell'unità del paese, l'attuazione della sentenza *Sejdic e Finci*, sono condizioni ribadite. Si propone alla Bosnia-Erzegovina di dare "its irrevocable written commitment to undertake reforms in the framework of the EU accession process", con l'obiettivo di legare l'azione di governo ad ogni livello al perseguimento degli obiettivi necessari a rendere possibile l'adesione. Il paese dovrebbe impegnarsi in primo luogo a definire, in consultazione con la UE, un calendario delle riforme politiche, sociali ed economiche da attuare con il coinvolgimento della società civile, partendo da quelle necessarie a soddisfare i criteri di Copenhagen. In seguito, il paese dovrebbe impegnarsi a compiere ulteriori riforme per rafforzare l'efficienza e il funzionamento delle istituzioni politiche ai diversi livelli di governo. Quando questi impegni saranno stati assunti dalla Presidenza della Bosnia-Erzegovina, firmati dai leader politici e avallati dal Parlamento, il Consiglio deciderà sull'entrata in vigore dell'Accordo di Associazione e Stabilizzazione, che era stato firmato nel 2008. In parallelo, la UE annuncia (ma non nelle conclusioni che definiscono il nuovo approccio) un aumento del sostegno finanziario (*Europe*, 9-12-2014, 11213). Inoltre, il dialogo strutturato sulla giustizia è stato esteso ad alcuni temi ulteriori sullo stato di diritto che rientrano nel Capitolo 23 (*Strategia di allargamento 2014* cit., p. 42). La novità dell'approccio proposto sembra consistere nella volontà di imporre alla Bosnia-Erzegovina l'assunzione di un impegno politico scritto, discusso e accettato da tutti i partiti politici e dalle istituzioni nazionali, e di non accontentarsi più di affermazioni che non esprimono il consenso di tutti i soggetti che tali impegni dovrebbero rispettare (di tale sentimento si può trovare traccia nel discorso di Füle in visita in Bosnia-Erzegovina: MEMO/14/117, 18-2-2014). Resta da vedere se l'offerta – la decisione sull'entrata in vigore dell'ASA – costituirà un incentivo sufficiente.



BELGIO – Presto in vigore la “presunzione di maternità”

di Anna Maria Lecis

In Belgio è recentemente entrata in vigore la [*loi portant établissement de la filiation de la coparente*](#), promulgata il 5 maggio 2014 e pubblicata il 7 luglio seguente. La legge, introducendo nell’ordinamento giuridico la nozione di “*coparente*” (che potremmo tradurre come co-genitrice o seconda madre, dal momento che la legge prende in considerazione esclusivamente il cogenitore di sesso femminile), estende tutte le norme sul riconoscimento del legame di filiazione e sulla presunzione di paternità alla coniuge della madre che dia alla luce un figlio in costanza di matrimonio. Inoltre, la legge prevede anche la possibilità di riconoscimento da parte della compagna non sposata della madre, alle stesse condizioni previste fino ad ora per il riconoscimento della paternità all’interno di coppie di fatto eterosessuali che abbiano condiviso un progetto genitoriale.

La declinazione al femminile della legge, e la conseguente discriminazione delle coppie omosessuali composte da due uomini, si deve al fatto che questi possono divenire genitori all’interno di un progetto genitoriale di coppia soltanto mediante la pratica della c.d. gestazione per altri, che non è regolamentata in Belgio.

Ora, dunque, i bambini nati mediante procreazione assistita all’interno del progetto genitoriale di una coppia di donne potranno vedere riconosciuto un doppio rapporto di filiazione fin dalla registrazione all’anagrafe, senza bisogno che la compagna o la moglie della madre biologica debba ricorrere all’adozione coparentale, come avveniva fino ad ora. Inoltre, l’art. 30 della legge prevede che le disposizioni in essa iscritte possano applicarsi anche ai nati precedentemente all’entrata in vigore delle stesse, ove non sia ancora stato stabilito un legame di filiazione, mediante adozione, con la madre che intende riconoscerli.

È il diritto del bambino ad avere due genitori, più che il diritto della “madre sociale” ad essere riconosciuta in quanto genitore legale (ma senza trascurare quest’ultimo), quello che anima lo spirito della riforma. E lo si evince in particolare dal fatto che il riconoscimento non solo può essere effettuato volontariamente dalla seconda madre, ma può altresì essere stabilito con pronuncia giudiziale, ove sia provato che ella aveva acconsentito alla procreazione assistita da cui il bambino è nato.



GIAPPONE – Il Governo interpreta in modo innovativo l’art. 9 della Costituzione sul ricorso all’uso della forza

di Giacomo Mannocci

Lo scorso 1 luglio il Governo, presieduto da Shinzo Abe, ha adottato una [risoluzione relativa alla sicurezza nazionale “per garantire la sopravvivenza del Giappone e la protezione del suo popolo”](#) contro eventuali attacchi terroristici esterni. Tale risoluzione modifica l’interpretazione consolidata e ultracinquantennale dell’art. 9 della [Costituzione](#) con il quale il Giappone ha rinunciato non solo al diritto alla guerra, quale diritto sovrano della Nazione, ma anche alla possibilità di avere proprie Forze armate. In realtà l’art. 9 della Costituzione non ha impedito nei fatti la costruzione, subito dopo la stipula del [trattato di sicurezza e cooperazione tra USA e Giappone](#) nel 1952, della *Jieitai*, “Forze di autodifesa”, il cui personale è definito “personale civile speciale in servizio” con una evidente finzione giuridica. La compatibilità con la costituzione del trattato di sicurezza con gli Usa e delle le Forze di autodifesa è stata più volte oggetto di dibattito in dottrina e in giurisprudenza. A tal proposito, mentre non è mai intervenuta nel merito sulla legittimità delle Forze di autodifesa, quanto al trattato di sicurezza con gli USA, la Corte suprema ha osservato che l’art. 9 della Costituzione impedisce al Giappone di avere un esercito, ma non preclude ad altri Stati di dislocare forze militari sul territorio nipponico e quindi il trattato è costituzionalmente legittimo. Occorre ricordare che le principali forze politiche presenti nella Dieta dal 1947 al 2005 hanno sempre interpretato l’art. 9 della Costituzione nel senso che è preclusa la partecipazione del Giappone a missioni di polizia internazionale sia direttamente sia tramite supporto logistico all’estero. Il dibattito politico ha cominciato ad interessarsi ad una nuova e più estensiva interpretazione dell’art. 9 già con il primo Governo Abe (26 settembre 2006 – 26 settembre 2007). La questione venne poi accantonata con il successivo Governo di Yasuko Fujuda e ripresa con le elezioni del 2012, vinte nuovamente dal Partito Liberaldemocratico e dal New Komeito.

Già al momento della sua designazione a Primo ministro da parte della Dieta, il 26 dicembre 2012, Shinzo Abe manifestò la concreta intenzione di modificare la tradizionale interpretazione dell'art. 9 della Costituzione sul “pacifismo costituzionale” proprio per consentire al Giappone di partecipare più attivamente alle operazioni di polizia internazionale sotto l'egida delle Nazioni Unite e di sviluppare la cooperazione militare e strategica con gli Stati Uniti, suo tradizionale alleato. Consapevole delle difficoltà e delle polemiche che ne sarebbero scaturite, Abe non ha però intrapreso la strada della revisione costituzionale, seguendo il procedimento previsto dall'art. 96 della Costituzione, secondo cui gli emendamenti alla Costituzione devono essere approvati con una maggioranza dei due terzi dei membri di ciascuna Camera e poi sottoposti a *referendum* popolare per il quale è richiesto il voto favorevole della maggioranza dei voti espressi. Il Primo ministro ha optato invece per una “reinterpretazione” dell'art. 9, da realizzare mediante un'apposita delibera del Gabinetto da sottoporre alla Dieta qualora fosse necessario modificare le fonti primarie in materia di sicurezza nazionale. Il testo della disposizione costituzionale rimane pertanto invariato.

La decisione del 1° luglio 2014 è stata preceduta da una serie di iniziative adottate dallo stesso Governo volte al potenziamento della politiche sulla sicurezza nazionale e da continue consultazioni con i due principali partiti che compongono la maggioranza parlamentare – il Partito Liberaldemocratico e il New Komeito –. Il 17 novembre 2013 è stato istituito il Consiglio di sicurezza nazionale, un comitato interministeriale presieduto dal Primo ministro e composto da un suo consigliere e dai Ministri degli Esteri e della Difesa; il 17 dicembre è stata adottata una [risoluzione sulla politica estera e di difesa](#) che delinea le nuove sfide geopolitiche che, a giudizio del Governo, il Giappone è chiamato ad affrontare; il 15 maggio 2014 la Commissione incaricata di porre le basi giuridiche per una politica di sicurezza nazionale, composta da politici e docenti universitari nominati dal Governo, ha presentato un [Rapporto relativo alla ricostruzione dei fondamenti giuridici per la sicurezza nazionale](#), che è stato poi preso come base per la decisione governativa del 1° luglio successivo. Tale risoluzione esordisce riaffermando la volontà del governo di continuare a fare del Giappone una nazione volta al mantenimento della pace; a tal fine ricorda che dalla fine della seconda guerra mondiale, il Giappone ha costantemente seguito il percorso di nazione pacifica, rinunciando a divenire una potenza militare, aderendo alle Nazioni Unite, partecipando alle missioni umanitarie con supporti logistici. Il Governo ritiene però che il contesto geopolitico del XXI secolo imponga una rilettura dell'art. 9 della Costituzione proprio alla luce delle minacce terroristiche che possono mettere in pericolo la prosperità e il desiderio di pace del popolo giapponese. La risoluzione sostiene che l'art. 9 deve essere letto in stretta correlazione con l'art. 13 della Costituzione in base al quale la legge e i pubblici poteri devono rispettare tutte le persone come individui, ma devono altresì garantire il loro diritto alla vita, alla libertà ed al raggiungimento della felicità. Questi diritti possono essere minacciati da attacchi terroristici esterni e pertanto i soggetti deputati alla sicurezza nazionale del Giappone – le Forze di autodifesa, la Guardia costiera e la Polizia – hanno l'obbligo di intervenire senza per questo venir meno al divieto di autodifesa collettiva prevista dall'art. 9 della Costituzione. Sulla base di questa peculiare

interpretazione del combinato disposto dagli articoli 9 e 13 della Costituzione, il Governo ha approvato una risoluzione suddivisa in quattro parti. Nella prima parte si affronta l'ipotesi di un attacco al Giappone che non comporti l'uso di forze militari. In tal caso ci dovrebbe essere un coordinamento fra Polizia di Stato, Guardia costiera e Forze di autodifesa per prevenire attacchi non militari contro le isole remote dell'arcipelago. Nella seconda parte si prospetta un ampliamento dell'utilizzo delle Forze di autodifesa nelle missioni internazionali svolte sotto l'egida dell'ONU, come strumento di supporto nelle immediate retrovie. Nella terza parte si precisano i casi in cui è ammissibile l'uso della forza ai sensi dell'articolo 9 della Costituzione: le misure di autodifesa sono infatti consentite solo quando divengono inevitabili per affrontare situazioni illecite imminenti che minacciano il diritto alla vita, alla libertà e al perseguimento della felicità del popolo giapponese provocate da un attacco armato proveniente da un Paese straniero o da una organizzazione terroristica. L'uso della forza è però consentito solo nella misura minima necessaria a reprimere il pericolo. Nell'ultima parte della risoluzione – la più breve – il Governo dichiara il proprio impegno a sottoporre alla Dieta le misure legislative di attuazione della risoluzione stessa, senza peraltro prevedere né modalità né particolari tempistiche.

Nel presentare alla stampa il provvedimento governativo appena adottato il premier Abe ha rilasciato una [dichiarazione](#) con cui precisa che la discussione sull'interpretazione dell'art. 9 non è né formale né astratta e che soprattutto non vuol contraddire la politica di pace perseguita negli ultimi settant'anni dal Giappone; lo scopo è solo quello di rispondere a minacce terroristiche non convenzionali. Il Premier ha poi precisato che anche in futuro non sarà consentito l'invio di truppe giapponesi all'estero, richiamando proprio quanto avvenuto in occasione delle Guerre nel Golfo Persico.

La risoluzione del Governo ha dato luogo a un vivacissimo dibattito sia a livello interno, tanto da essere uno dei principali temi della campagna elettorale per il rinnovo della Camera dei rappresentanti; sia a livello internazionale, a causa delle forti prese di posizione contrarie espresse dalla Repubblica Popolare Cinese e da altri Stati del sudest asiatico che, durante la Seconda guerra mondiale, sono stati occupati dalle Forze armate giapponesi.

In seguito alla vittoria alle elezioni del 14 dicembre 2014, Abe si è rafforzato nella convinzione di procedere ad una revisione costituzionale dell'art. 9 dal momento che adesso la sua coalizione, composta ancora dal Partito liberaldemocratico e dal New Komeito, detiene i due terzi dei seggi alla Camera dei rappresentanti. Non è detto però che vi riesca, in quanto alla Camera dei consiglieri Abe deve riuscire a trovare almeno 25 – 30 voti nelle file dell'opposizione per riuscire ad avere la maggioranza dei due terzi, necessaria per cambiare la Costituzione. L'impresa è ardua e proprio per questo motivo il Primo ministro si sta già concentrando sulle elezioni del 2016, quando la Camera alta della Dieta sarà rinnovata per metà dei suoi seggi. Non bisogna dimenticare che il mandato da Primo ministro dovrebbe concludersi solo nel dicembre del 2018 e quindi il Premier avrebbe in teoria due anni di tempo per portare a termine il suo progetto.

Non mancano però altre incognite. La prima si colloca nella maggioranza di governo, visto che il New Koimeito, il partito numericamente più piccolo della coalizione che sostiene l'esecutivo, non vuole modificare il testo dell'articolo 9, ma solo specificare il comando e le funzioni delle Forze di autodifesa. La seconda è costituita dalle forze di opposizione al Governo. Il Partito democratico del Giappone, seppur fortemente ridimensionato a livello parlamentare già dal 2012, è contrario alle decisioni adottate nel luglio 2014; intende rimarcare il pacifismo costituzionale ma al tempo stesso propone di intervenire solo a livello di legislazione ordinaria per definire i compiti delle Forze di autodifesa per prevenire il terrorismo, rafforzando l'alleanza strategica con gli Usa. Il Partito comunista giapponese, che nelle ultime elezioni ha conquistato ben 21 seggi e che rifiuta ogni modifica dell'art. 9, propone addirittura di abrogare i trattati di mutua cooperazione con gli Usa. Il Governo potrebbe però trovare un alleato nel Partito Ishin no Tō, una formazione di destra che ha ottenuto 41 seggi alle ultime elezioni e che reclama una incisiva revisione costituzionale. La terza incognita è rappresentata dall'opinione pubblica. Il problema maggiore per Abe non è tanto il raggiungimento del (necessario) consenso parlamentare per le sue riforme, ma il consenso popolare in occasione del successivo referendum confermativo. Il Primo Ministro deve convincere l'opinione pubblica della necessità di modificare il testo della Costituzione del 1947. Quest'anno, peraltro, ricorrono settant'anni dalla fine della Seconda guerra mondiale e sono previste numerose iniziative di commemorazione. Per evitare che tale anniversario possa essere strumentalizzato contro la riforma, il premier Abe non perde occasione per ribadire che il Giappone dalla fine della seconda guerra mondiale fornisce un contributo attivo al mantenimento della pace.



ISRAELE – La *Knesset* approva un nuovo emendamento alla *Prevention of Infiltration Law*

di Gianmaria Milani

Il 2014 si è chiuso, in Israele, con l'approvazione di un nuovo emendamento alla *Prevention of Infiltration Law*. In una delle ultime sedute della *Knesset* prima del suo scioglimento per le elezioni che si sono tenute a marzo del 2015, il legislatore ha infatti votato l'emendamento n. 5 alla legge che, negli ultimi anni, è stata oggetto di altri due emendamenti e di altrettante dichiarazioni di incostituzionalità da parte della Corte suprema per contrasto con la legge fondamentale sulla libertà e dignità dell'uomo.

Approvata nel 1954, la *Prevention of Infiltration Law* si inseriva nel quadro della disciplina israeliana in materia di immigrazione e cittadinanza. Essa cercava di dare attuazione, insieme alla *Nationality Law*, alla *Entry into Israel Law* e alla *Law of Return* – tutte approvate tra il 1950 e il 1952 – al disegno tratteggiato nel 1948 dalla Dichiarazione di indipendenza che aveva posto le basi per la nascita di Israele come Stato ebraico e democratico. Essa predispondeva, nel testo in vigore a partire dal 1954, una serie di pene molto severe (artt. 2-8), fino al carcere a vita, per coloro che venivano considerati "infiltrati". La stessa legge si occupava di definire questa categoria (art. 1): erano "infiltrati" coloro che migravano in Israele consapevolmente e illegalmente e che tra il 29 novembre 1947 e il loro ingresso erano cittadini di Libano, Egitto, Siria, Arabia Saudita, Giordania, Iraq o Yemen, ovvero residenti in uno di questi Paesi o in una parte della regione palestinese non amministrata da Israele, ovvero Palestinesi (cittadini o residenti) che avevano lasciato la loro residenza abituale in Israele per uscire dallo Stato. Nonostante le pene molto severe, la legge in vigore in quegli anni prevedeva anche una serie di garanzie giurisdizionali, come il diritto di difesa e il doppio grado di giudizio (artt. 11-26).

L'emendamento n. 3, approvato il 10 gennaio 2012, segnava però un netto cambio di impostazione della legge attraverso due importanti elementi di discontinuità. Il primo era rappresentato dalla modifica della definizione stessa di “infiltrato”, considerato come l'individuo residente in Israele e illegalmente immigrato. Se, precedentemente, la posizione di tali individui veniva regolata dalla *Entry into Israel Law*, che prevedeva la detenzione fino a un massimo di 60 giorni e l'eventuale espulsione dal Paese per gli immigrati “irregolari”, in seguito a tale emendamento la misura del carcere cautelare avrebbe potuto essere estesa per un periodo potenzialmente illimitato. Il secondo elemento, strettamente legato al primo, consisteva nel venir meno delle garanzie giurisdizionali prima previste dalla legge: il procedimento di detenzione ed eventuale espulsione assumeva, in base a questo emendamento, carattere amministrativo con garanzie senz'altro minori di quelle che erano previste dalla normativa precedentemente vigente.

A seguito di numerosi ricorsi contro tale emendamento, la Corte suprema, il 16 settembre 2013, aveva dichiarato la normativa incostituzionale. In quella occasione la Corte aveva giudicato la legge non proporzionale al fine perseguito, quello della sicurezza dello Stato; la legge fondamentale sulla dignità e la libertà dell'uomo, che garantisce la libertà personale di tutti gli individui (art. 5), stabilisce infatti che essa è limitabile, al pari degli altri diritti ivi stabiliti, soltanto con una legge conforme ai valori dello Stato di Israele che sia approvata per un fine appropriato e che preveda mezzi proporzionati allo scopo perseguito (art. 8). La Corte aveva peraltro precisato che la previsione di un periodo di detenzione limitato avrebbe potuto essere considerato costituzionalmente legittimo.

Alla luce di questa decisione, il 10 dicembre 2013, la *Knesset* aveva approvato l'emendamento n. 4 alla *Prevention of Infiltration Law*. La nuova modifica prevedeva effettivamente una riduzione del periodo di detenzione, che veniva fissato nel massimo di un anno. Tuttavia, permanevano alcuni decisivi aspetti critici: innanzitutto, era previsto che, al termine del periodo di detenzione, coloro che non potevano essere rimpatriati fossero trattenuti, per un tempo indefinito, in una struttura aperta gestita però dall'amministrazione carceraria (*Holot Center*); inoltre, continuavano a mancare le garanzie giurisdizionali a tutela dell'immigrato “irregolare” di fronte alle autorità israeliane; infine, era la stessa definizione di “infiltrato”, immutata ai sensi del nuovo emendamento, che destava ancora perplessità.

Ancora una volta, a seguito di numerosi ricorsi, la Corte era intervenuta per dichiarare l'illegittimità dell'emendamento votato dalla *Knesset*. Con una decisione presa a maggioranza il 22 settembre 2014, la Corte aveva imposto la chiusura della struttura aperta entro 90 giorni e aveva dichiarato incostituzionale il periodo di detenzione di un anno. Per quanto riguarda la prima misura adottata dalla Corte, i giudici avevano considerato che la struttura, sebbene non fosse definita come “detentiva”, lo era di fatto, sia per la sua posizione geografica (lontana dai centri abitati, in una zona desertica) sia per la gestione della stessa (in particolare, per la necessità che le persone trattenute firmassero il registro della presenza tre volte al giorno). La seconda misura era stata motivata dai giudici, ancora una volta, in base al criterio di proporzionalità: secondo la Corte infatti il periodo di detenzione di un anno non era proporzionato allo scopo perseguito, quello della sicurezza dello Stato.

Con l'emendamento votato alla fine del 2014, proprio allo scadere dei 90 giorni al termine dei quali l'*Holot Center* sarebbe stato chiuso, la *Knesset* cerca di intervenire sugli aspetti oggetto di pronuncia da parte della Corte suprema, lasciando tuttavia immutati alcuni elementi critici presenti nella legge. Con l'emendamento n. 5 viene accorciato il periodo di detenzione in carcere, che diventa di tre mesi, e viene definito il periodo di permanenza nella struttura aperta, che non può superare i venti mesi. Tuttavia, rimane invariata la definizione – eccessivamente ampia – di “infiltrato”, e resta praticamente impossibile lasciare il centro durante il giorno, a causa, come detto, della posizione e della sua gestione.

Tra la fine di gennaio e l'inizio di febbraio del 2015 la Corte suprema ha ricevuto nuovi ricorsi contro gli emendamenti approvati alla *Prevention of Infiltration Law*: è dunque probabile che, nei prossimi mesi, i giudici israeliani torneranno a pronunciarsi – sarebbe la terza volta in tre anni – su questa legge che, come tutta la disciplina in materia di immigrazione e cittadinanza, è sempre oggetto di acceso dibattito in Israele.



PORTOGALLO – Il Tribunal de Contas rende un giudizio sfavorevole sul bilancio interno del Tribunal Constitucional per l'anno 2013

di Francesco Campodonico

Il 21 aprile 2015 è stato pubblicato, sul sito del Tribunale dei Conti, il *relatório* n. 6/2015, intitolato «*Auditoria ao Tribunal Constitucional, Ano 2013*». Il documento, contenente un'analisi dettagliata del bilancio interno del Tribunale costituzionale (TC), ha mostrato una – perlomeno – discutibile gestione delle risorse pubbliche da parte dei giudici, evidenziando numerosi sprechi, soprattutto con riferimento al capitolo dell'utilizzo delle c.d. "auto blu".

Naturalmente, la diffusione dei risultati dell'indagine del Tribunale dei Conti ha sollevato polemiche da parte dei giudici costituzionali e una dura presa di posizione del Presidente, Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro, il quale, oltre a replicare nel merito alle osservazioni contenute nel *relatório*, ha affermato che la Corte non avrebbe il potere di sindacare il bilancio del TC, in quanto organo supremo della Repubblica.

Per comprendere gli esatti termini dell'obiezione giuridica sollevata dal Presidente del TC, occorre analizzare le norme istitutive dei due tribunali.

Il *Tribunal de Contas* (TdC) è compreso, nel testo della Costituzione (v. art. 209, c. 1), nell'elenco dei Tribunali dello Stato ed è qualificato «organo supremo di controllo della legalità delle spese pubbliche e del giudizio sui conti che gli sono sottoposti» (art. 214, c. 1).

Il TdC è composto dal presidente e da 16 giudici, di cui – si prevede – deve essere assicurata l'imparzialità. Il Presidente del Tribunale è nominato dal Presidente della

Repubblica (v. lett. *m*) dell'art. 133 Cost.) su proposta del Governo; gli altri giudici sono reclutati tramite concorso pubblico.

Il dettaglio delle competenze e del funzionamento del Tribunale è disciplinato dalla *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC), approvata con la *Lei* n.º 98/97. Ai sensi dell'art. 2, il TdC è competente a sindacare, mediante l'attività di controllo finanziario e di controllo giurisdizionale, i bilanci degli organi che fanno parte del Settore pubblico amministrativo (*Sector Público Administrativo*, SPA), del Settore delle imprese pubbliche (*Sector Público Empresarial*, SPE) e, in generale, di tutti gli organi che gestiscono o utilizzano denaro pubblico.

I suoi poteri di controllo sono di tipo preventivo, successivo o concomitante, con riferimento al momento in cui avviene la gestione o la spesa del denaro pubblico nelle *entidades* pubbliche, purché soggette a controllo.

Nell'ambito del controllo *a posteriori* il TdC ha, tra gli altri, il potere di svolgere una *auditoria de contas* (ovvero l'attività definita di "audit") con lo scopo di verificare i sistemi di controllo interni, stimando la legalità, l'efficacia e l'efficienza della gestione finanziaria; nonché un controllo del bilancio "in senso stretto", ovvero la verifica di ogni singola spesa effettuata e della sua legittimità.

Il risultato del controllo è trasmesso, se inerente all'attuazione del bilancio generale dello Stato, al Parlamento e, per conoscenza, al Pubblico ministero, il quale può così valutare l'esercizio di un'eventuale azione di responsabilità finanziaria innanzi allo stesso Tribunale (davanti alla 3^a Sezione; a svolgere l'audit, infatti, è la 2^a Sezione).

Il *relatorio* costituisce la pubblicazione (gli atti di indagine del TdC sono soggetti a pubblicità) degli atti del processo n. 19/14-AUDIT, che ha permesso, per la prima volta nella storia dell'istituzione, di raccogliere le informazioni, di analizzare il bilancio del *Tribunal Constitucional* (TC) per l'anno 2012 e 2013 e di rendere un giudizio negativo sia per quanto riguarda il sistema di controllo interno all'organo, sia per quanto riguarda il bilancio del Tribunale.

Le 245 pagine del *dossier*, che contengono sia l'*auditoria* del Tribunale sia le risposte dei vari soggetti interpellati (tra cui il Presidente del TC, gli ex Presidenti e il Segretario generale), ruotano attorno ad un nodo ermeneutico fondamentale: l'autonomia amministrativo-finanziaria del *Tribunal Constitucional*.

La *Lei de Organização, Funcionamento e Processo do TC* (o LOFPTC), ovvero la *Lei* n. 28/82, come più volte modificata, dispone, all'art. 5, che il TC è dotato di «autonomia amministrativa e di un bilancio proprio, da contarsi tra le spese generali della Nazione nel bilancio dello Stato». Questa formulazione non contempla espressamente anche

«l'autonomia finanziaria» del TC, parlando solo di autonomia amministrativa e di bilancio proprio.

Ciò ha dato origine alla controversia interpretativa che resta il grande nodo irrisolto di tutta la vicenda.

Il consiglio amministrativo (*conselho administrativo*) del TC - formato dal Presidente, da due giudici, dal Segretario generale, e dal dirigente dell'ufficio bilancio, - ritiene implicito il riconoscimento dell'autonomia "anche finanziaria" (che sottrarrebbe il TC dal controllo del TdC), sulla base dell'espressa menzione del bilancio proprio e del combinato disposto tra l'art. 5 e 47-A e 47-F (che disciplinano il modo di formazione del bilancio del TC) della LOFPTC. Al contrario, il TdC sostiene che, sulla base della Lei n. 8/90, ovvero la legge generale in materia di contabilità pubblica, possa parlarsi di «autonomia amministrativa e finanziaria» solo in presenza di entrambi i requisiti legali e che, peraltro, al TC manchi un controllo interno indipendente; compito che, evidentemente (almeno nell'interpretazione del *Tribunal de Contas*), deve essere riservato al TdC.

Ancora, il consiglio amministrativo del TC obietta che la Costituzione riserva al giudice costituzionale una posizione di assoluta autonomia e indipendenza da ogni altro potere e che sarebbe «incongruente e contrario al principio di unità del sistema giuridico» che il TC fosse equiparato ad uno qualunque dei «semplici» servizi centralizzati dello Stato. A questa posizione il TdC risponde sottolineando il fatto che «l'importanza o l'indipendenza funzionale dell'ente non sono criteri previsti dalla legge sulla contabilità pubblica».

Quale sia l'interpretazione "corretta" da dare alle disposizioni indicate resta incerto, ma la disputa tra i due Tribunali è di sicuro interesse costituzionale in quanto sono posti in gioco valori costituzionali ritenuti "classici", come l'autonomia sia amministrativa che finanziaria del giudice costituzionale. Per ora, infatti, il *rélatorio* è stato reso pubblico e notificato al Presidente della Repubblica, al Presidente dell'Assemblea nazionale, al Primo ministro nonché alla Procura generale presso il *Tribunal de Contas*.

I possibili sviluppi della vicenda sono, anch'essi, di notevole interesse in quanto, se la Procura dovesse procedere nei confronti del consiglio amministrativo del TC, ci sarebbe da domandarsi se il TdC potrebbe giungere ad una pronuncia di condanna dei consiglieri del *conselho administrativo*. A ben vedere, tuttavia, anche a fronte di una condanna, gli interessati potrebbero comunque ricorrere al TC (sulla base dell'art. 280, c. 1 e 2), che diverrebbe, così, giudice "in causa sua".



SINGAPORE – Modificata la Costituzione in materia di potere giudiziario

di Giacomo Mannocci

Il 1 gennaio 2015 è entrata in vigore nella Repubblica di Singapore una [legge di revisione costituzionale](#) che ha apportato numerose modifiche all'organizzazione del potere giudiziario. Il progetto di legge, presentato dal Ministro della Giustizia, è stato approvato dal Parlamento il 4 novembre 2014 e promulgato il 10 dicembre successivo dal Presidente della Repubblica, assieme ad una [legge ordinaria di revisione del funzionamento della Corte suprema](#) e ad una [legge relativa all'ordinamento forense](#).

Tra le novità più significative della legge di revisione costituzionale, occorre ricordare la possibilità per il Presidente della Repubblica di nominare, su proposta del Primo ministro, dei “giudici stranieri” o “Senior Judges” presso la Corte suprema (artt. 22 e 95 della [Costituzione](#)). Per comprendere l'enorme rilevanza di questa modifica costituzionale, è opportuno ricordare che la Repubblica di Singapore – città Stato che ha ottenuto l'indipendenza nel 1965 a seguito della sua separazione dalla Malesia – è il quarto centro finanziario del mondo ed è una delle principali città cosmopolite del globo, con un importante ruolo nel commercio internazionale e nella finanza, e il suo porto è tra i primi cinque per attività e traffico su scala mondiale.

Sulla base della recente modifica costituzionale, è possibile l'introduzione di giudici stranieri che possono essere nominati per un periodo di tempo determinato oppure per partecipare a procedimenti riguardanti casi specifici. Si stabilisce infatti che spetterà al Presidente della Corte suprema affidare di volta in volta a tali giudici la risoluzione di specifiche controversie. Inoltre la legge di revisione costituzionale prevede, tramite il

ricorso ad una riserva di legge parlamentare, che ai giudici stranieri possa essere affidata la risoluzione di specifiche materie. Nella [relazione al Parlamento](#), prima della approvazione definitiva, il Ministro della giustizia ha dichiarato che la modifica della Costituzione si è resa indispensabile per far diventare Singapore il principale hub di risoluzione delle controversie commerciali nella regione, dal momento che già adesso è la terza sede al mondo per gli arbitrati. L'introduzione di giudici stranieri ha lo scopo di far acquisire alla costituenda Corte una maggior gamma di conoscenze giuridiche estere che potranno trovare applicazione in sede di risoluzione delle controversie, proprio perché la Corte potrà essere chiamata a decidere non solo sulla base del diritto di Singapore, bensì sulla base del diritto straniero, scelto dalle parti.

L'altra modifica costituzionale di rilievo riguarda l'istituzione dei Senior Judges. Sono così definiti i giudici che hanno ricoperto in passato l'ufficio di componente della Corte Suprema e che si trovano in pensione. Questi saranno nominati con le stesse modalità previste per i giudici stranieri e ad essi potrà essere affidata la facoltà di decidere in merito a singoli casi oppure potranno essere nominati Senior Judges per un periodo di tempo determinato. Lo scopo della riforma è quello di consentire alla Corte Suprema di attingere l'esperienza dei giudici in pensione.

Queste modifiche sono state il presupposto necessario per istituire la “*Singapore International Commercial Court*” (SICC), quale sezione specializzata in materia di diritto commerciale internazionale della Corte suprema. La creazione di tale sezione è legata al ruolo che la Repubblica di Singapore sta assumendo nello scenario finanziario del sud-est asiatico come principale sede legale di importanti società e compagnie, visto che il diritto di Singapore è quello più utilizzato nelle controversie di diritto internazionale privato di tutto l'estremo oriente. Per tale ragione Parlamento e Governo hanno voluto promuovere ulteriormente Singapore come centro per la risoluzione delle controversie commerciali, sulla scia del successo ottenuto dal “*Singapore International Arbitration Centre*”, una organizzazione *no profit* creata nel 1991 per soddisfare le esigenze della comunità finanziaria asiatica. Per ampliare il ruolo di Singapore nell'ambito del diritto commerciale internazionale, si è reso indispensabile modificare la Costituzione per consentire ad esperti giuridici stranieri di essere nominati giudici e per permettere ad una sezione specializzata della Corte suprema di applicare il diritto straniero in assenza di alcun collegamento funzionale con la Città Stato di Singapore. La *Singapore International Commercial Court* è diventata operativa con l'inizio del nuovo anno giudiziario il 5 gennaio 2015 in virtù di quanto disposto dall'art. 18 D del [Supreme Court of Judicature Act \(Cap 322\)](#). Dal punto di vista ordinamentale, spetta al Presidente della Corte suprema nominare il Presidente della *Singapore International Commercial Court*, scegliendolo tra i giudici afferenti alla Corte di appello, all'Alta corte, oppure tra i componenti della stessa Corte suprema. Il Presidente della Corte suprema può però riservare a sé tale carica. In sede di prima applicazione, sono stati nominati 25 giudici, di cui 11 sono giudici stranieri. Questi ultimi hanno dovuto

prestare giuramento prima di entrare nell'esercizio delle loro funzioni, ma sono esentati dall'obbligo di difendere la Costituzione previsto per tutti gli altri giudici di Singapore. Il loro giuramento consiste nell'adempire con correttezza alle funzioni affidate loro e di applicare la legge. Ai giudici stranieri sono però riconosciute le stesse garanzie previste dalla Costituzione per i componenti della Corte Suprema.

Occorre poi ricordare che, a seconda della tipologia di controversia, la Corte decide in composizione monocratica o in composizione collegiale nel numero di tre giudici.

Quanto alla giurisdizione, la Singapore International Commercial Court è competente a giudicare qualsiasi azione che sarebbe stata esaminata dall'Alta Corte e che riguardi crediti di natura commerciale aventi una rilevanza internazionale e che trovi il proprio fondamento in un preventivo accordo scritto tra le parti che riconosca la giurisdizione della Corte. Viene inoltre introdotto un nuovo istituto giuridico: la "pre-azione". In pratica le parti, prima di presentare un ricorso alla SICC, hanno facoltà di richiedere alla Corte stessa di accertare preventivamente che il credito oggetto di controversia abbia natura commerciale e rilevanza internazionale. In questo modo si evita che la Corte dichiari la sua incompetenza al termine del giudizio.

La legge istitutiva della SICC prevede infine che la Corte abbia la discrezionalità di decidere, per motivi di opportunità, di non risolvere una determinata controversia, anche se siano soddisfatti i requisiti previsti per l'esercizio dell'azione. È interessante osservare che la Corte può risolvere anche quelle controversie che non prevedano in alcun modo collegamenti funzionali o territoriali con Singapore.

In merito al patrocinio legale, si prevede che solo gli avvocati e i procuratori legali abilitati presso Singapore abbiano il diritto di rappresentare le parti nel processo; tuttavia, in considerazione della natura internazionale della Corte, è ammessa la rappresentanza da parte di avvocati stranieri nei procedimenti che riguardino società offshore oppure controversie che non presentino alcun collegamento funzionale con Singapore.