

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

EDITORIALE/EDITORIAL

- T. Groppi, *La rivoluzione costituzionale della Tunisia alla prova del terrorismo internazionale / The constitutional revolution in Tunisia under the challenge of international terrorism* p. 1

SAGGI/ARTICLES

- M. Mazza, *Migrazioni africane (subsahariane) dell'Ombudsman / African (Sub-Saharan) migrations of the Ombudsman* p. 5
- C. Gazzetta, *L'état d'urgence: une (non)normalisation légitime? / The 'état d'urgence': a lawful (non)normalization?* p. 31

CASI E QUESTIONI/TOPICAL ISSUES

I giudici intervengono sui matrimoni tra persone dello stesso sesso / The judges rule on same-sex marriages

- E. Falletti, *Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli Stati Uniti / Democracy and fundamental rights: the case of same-sex marriage referenda in Ireland and United State* p. 71
- F. Ryan, *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective / Il referendum irlandese sul matrimonio: una prospettiva costituzionale* p. 85

NOTE E COMMENTI/SHORT ARTICLES AND COMMENTS

- E. Ervas, *Supreme Court of Canada, Sentenza Loyola High School v. Quebec (A.-G.): è possibile insegnare la religione in modo neutro? / Supreme Court of Canada, decision Loyola High School v. Quebec (Attorney General): is it possible a religion-neutral education?* p. 109
- C. Sartoretti, *La responsabilità per danno ambientale e il principio "chi inquina paga" al vaglio della Corte di Giustizia Europea / Responsibility for environmental damages and the polluter-pays principle under the scrutiny of the Court of Justice* p. 119
- F. Giulimondi, *"Maternità surrogata" fra giurisprudenza della Corte di Strasburgo e diritto statale / Surrogacy: case-law of the Strasbourg Court and domestic law* p. 129
- G. Ragone, *Giurisprudenza Cedu e ordinamento interno: nuove istruzioni per l'uso da parte della Corte costituzionale italiana / ECHR case-law and the domestic legal system: new user instructions from the Italian Constitutional Court* p. 141
- P. Santone, *Stop alle procedure di police brutality: la tutela degli human rights tra sistema europeo e interamericano / Stop police brutality procedures: The human rights protection in the European and Interamerican system* p. 151
- B. Catalo, *Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014 / The right to health in the context of migrations and subsidiary protection: the approach of the CJEU in the decision c-542/13 of 18 December 2014* p. 165
- F. Guella, *Elettorato attivo dei detenuti e referendum per la secessione scozzese: gli spazi per la giurisdizione nazionale, tra valori democratici e interpretazione letterale della CEDU / The right to vote of detainees and the Scottish referendum on secession: room for domestic jurisdiction, between democratic values and the literal interpretation of ECHR* p. 193

- M. Tomasi, *La Corte di giustizia e l'embrione umano: una definizione meno ampia e più funzionale, sempre scientificamente e tecnologicamente condizionata/The CJEU and the human embryo: a less extensive and more functional definition, always scientifically and technologically conditioned* p. 215
- M. Ferrara, *Sui costi privati del pubblico interesse nella comunicazione giornalistica / On private costs of public interest in journal communication* p. 223
- C.A. Ciaralli, *La tutela della concorrenza giustifica le offerte anticoncorrenziali? La Corte di Giustizia dell'Unione europea torna a ribadire, seppur con dei limiti, il diritto degli enti pubblici economici di partecipare ad appalti pubblici di servizi / Does the protection of competition allows for anticompetitive bids? The CJEU repeats, with some limitations, the right for economic public entities to participate in public procurements in the field of services* p. 233
- L.A. Scialla, *Principi comunitari ed obblighi di bonifica per il proprietario non responsabile. Il diritto comparato insegna come correggere gli errori del Codice dell'ambiente / European principles and the duty of reclamation for the non-responsible landlord. Comparative Law teaches how to amend shortcomings in the Environmental Code* p. 245
- C. Pesce, *Lavoratori distaccati e nozione di tariffe minime salariali a giudizio della Corte UE / Displaced workers and the notion of minimum wage under the scrutiny of the Court of Justice* p. 255
- F. Monceri, *La Corte di giustizia interviene sulle modalità di accertamento dell'orientamento sessuale per l'attribuzione della qualifica di "rifugiato". Una soluzione a metà / The Court of Justice rules on the conditions to ascertain sexual orientation to grant the refugee status. An incomplete solution* p. 271
- S. Penasa, *Responsabilità per omissione delle autorità nazionali? Le condizioni della detenzione della persona gravemente disabile come causa potenziale di violazione dell'art. 3 CEDU / Responsibility for national authorities' omissions? The requirements for the detention of a seriously disabled person as a potential violation of Article 3 ECHR* p. 281
- M. Tomasi, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele / Pursuing a law for assisted suicide in Canada: from criminal prohibition to a complex regime of checks and precautions* p. 289

CRONACHE DAL MONDO/CHRONICLES FROM THE WORLD

- T. Abbiate, *GRECIA, La vittoria del "No" al referendum popolare sulla proposta di accordo presentata dai creditori internazionali / GREECE - The "No" success at the popular referendum concerning the draft agreement proposed by the international creditors* p. 297
- A. Perelli, *REGNO UNITO, La High Court dispone la pubblicazione della corrispondenza tra il Principe Carlo e parlamentari e ministri / UNITED KINGDOM - The High Court orders to disclose correspondence between Prince Charles and MPs and ministers* p. 303
- A. M. Lecis, *FRANCIA, Promulgata la legge organica sulla procedura per la destituzione del Presidente della Repubblica / FRANCE - Enacted the organic law on the procedure for the dismissal of the President of the Republic* p. 309
- F. Gallarati, *CANADA, La Corte Suprema apre la strada al suicidio assistito / CANADA / The Supreme Court paves the way to assisted suicide* p. 311
- M. A. Simonelli, *STATI UNITI, La Corte Suprema interviene sull'azionabilità dei diritti garantiti dal Medicaid / UNITED STATES - The Supreme Court renders a judgment on the enforceability of rights guaranteed in Medicaid* p. 315
- G. Mannocci, *CINA, Nuova legge sulla legislazione / CINA - The new law on legislation* p. 317



Editoriale – Tunisia nell'emergenza: lo Stato costituzionale e la sua difesa

di Tania Groppi

Cosa resta delle primavere arabe? La domanda si fa sempre più incalzante, a quattro anni e mezzo da quella stagione piena di speranza, nella quale sembrava che molti popoli del Nord Africa e del Medio Oriente volessero, infine, prendere in mano il proprio destino, affidato per decenni, dopo la decolonizzazione, a regimi autoritari, attraverso una scelta netta in favore della democrazia costituzionale.

La situazione è preoccupante, quando non addirittura drammatica: mentre la maggior parte degli esperimenti sono morti sul nascere, oppure sono clamorosamente falliti (è il caso dell'Egitto), molteplici paesi della regione sono caduti in preda a guerre civili e al terrorismo, divenendo bersaglio facile per il movimento islamico armato noto con il nome di ISIS.

Le speranze che l'ondata di democratizzazione, avviata nel 1989, potesse estendersi anche al mondo musulmano (che, insieme alla Cina costituisce la principale area di resistenza ai principi del cosiddetto "costituzionalismo globale") e che avevano spinto alcuni autori in dottrina a parlare di una "quarta ondata", paiono al momento tramontate. In mezzo al caos e alla violenza, si fa strada l'idea che l'Islam non sia compatibile con la democrazia, in quanto quest'ultima, con la sua

ontologica apertura al pluralismo, non riesce a impedire l'emergere dell'islamismo, cioè dei movimenti politici che mirano alla imposizione della legge islamica quale legge suprema dello Stato. E, strettamente collegata, la considerazione che soltanto regimi autoritari possono evitare, nei paesi di tradizione musulmana, tale processo involutivo.

In mezzo a questo scenario fallimentare e drammatico, si è andata delineando sempre più nettamente l'eccezione tunisina. Il paese dal quale, in maniera inaspettata, le primavere arabe sono partite, è l'unico che sia riuscito ad approvare, il 26 gennaio 2014, attraverso un processo costituente democratico e partecipato, una costituzione pienamente rispondente agli standard internazionali in materia di Stato costituzionale. Ma non solo: tale costituzione è stata anche applicata, attraverso l'elezione, il 26 ottobre 2014 dell'Assemblea dei rappresentanti del popolo e, il 21 dicembre dello stesso anno, del Presidente della Repubblica. Le elezioni hanno prodotto un'alternanza al potere, in quanto sono state vinte da un partito dichiaratamente laico, Nida Tounes, mentre quelle per l'Assemblea costituente, nel 2011, avevano visto l'affermazione del partito di ispirazione religiosa Ennahda, che aveva guidato i governi negli anni della transizione. Nel febbraio 2015 si è pertanto insediato un nuovo governo e ha preso avvio il processo di attuazione della costituzione, che richiede l'istituzione di molti nuovi organi (come il Consiglio superiore della magistratura e la Corte costituzionale) e l'adeguamento di molteplici leggi (come quelle in materia di diritti di libertà e di decentramento).

Proprio per questo, la Tunisia, che peraltro, anche per la sua posizione geografica, vanta una lunga tradizione di apertura culturale, è divenuta un obiettivo cruciale del terrorismo islamista, che conta basi e appoggi nella vicina Libia. Far cadere la Tunisia nel caos e nell'anarchia, non solo creando un clima di paura, ma danneggiandone l'economia, in modo da peggiorare il già difficile quadro economico e sociale, è l'evidente scopo dei due gravi attentati di questi ultimi mesi: quello contro il museo del Bardo (non solo importante simbolo culturale, col patrimonio di mosaici romani che racchiude, ma anche attiguo all'Assemblea dei rappresentanti del popolo), il 18 marzo 2015, e quello del 26 giugno contro un resort turistico a Port el Kantaoui, nelle vicinanze della seconda città del paese, Sousse.

La diabolica ispirazione di questa strategia è lampante: il fallimento dell'esperimento tunisino non soltanto aprirebbe la strada per il dilagare della

violenza e dell'islamismo verso la vicina Algeria e verso tutto il Maghreb, ma sarebbe l'ulteriore prova che l'islam non è compatibile con la democrazia, costituendo pertanto uno squillo di tromba rivolto alle popolazioni musulmane, affinché abbandonino definitivamente tali opzioni e si rivolgano, invece, verso quella islamista.

È pertanto decisivo, in questo momento cruciale, che tutti coloro che hanno a cuore la pace e la convivenza tra i popoli, e in particolare coloro che credono nel ruolo che lo Stato costituzionale di diritto può svolgere per il perseguimento di questi obiettivi, operino per consolidare la democrazia tunisina.

Sulla sponda nord del Mediterraneo, non solo i governi, ma le opinioni pubbliche debbono esseri svegliate dal loro torpore, affinché acquistino consapevolezza dell'importanza della partita e della necessità di sostenere la Tunisia. Questo è un compito di pedagogia costituzionale che spetta alla dottrina e in particolare a quella del diritto comparato, chiamata per sua natura a costruire ponti, in particolare nei luoghi e nelle stagioni più difficili. Ciò significa anche sviluppare la cooperazione accademica con coloro che in Tunisia sono impegnati per la democrazia: anche attività ordinarie, come scambi di docenti e studenti, programmi congiunti, convegni, possono essere segni importanti. Peraltro, occorre che anche la società civile tunisina, così vivace nella fase costituente, acquisti piena consapevolezza della gravità del momento e si attivi in difesa della democrazia: perché le costituzioni non vivono sulla carta, né col solo sostegno della comunità internazionale, ma hanno bisogno di una opinione pubblica costituzionale che se ne appropri e le difenda.

Tania Groppi, 9 luglio 2015



ISSN 2037-6677

2015/2

Migrazioni africane (subsahariane) dell'Ombudsman African (Subsaharian) migrations of the Ombudsman

M. Mazza

Abstract

The present article focuses on the Ombudsman 'saga' within the African continent, particularly within Subsaharian Africa. The article purports to analyze three case-studies. Especially, it intends to examine the case of South Africa, Uganda, and Burundi. It further intends to present a comparative analysis of the very understanding of human rights in 'Black Africa' and countries belonging to the Western Legal Tradition; and to outline models of democratization which have been emerging at the global level. The foregoing two observation will contribute to build a prediction concerning the role of the Ombudsman within Subsaharian Africa.

Tag: Africa, Ombudsman, South Africa, Uganda, and Burundi



Migrazioni africane (subsahariane) dell'Ombudsman

di Mauro Mazza

SOMMARIO: 1. – Introduzione: un primo sguardo alle peculiarità della trasposizione/“trasmigrazione” dell’*Ombudsman* in Africa subsahariana. 2. – *Ombudsman, good governance* e diritti umani nelle società in transizione: il caso del Sudafrica. 3. – *Segue*: il caso dell’Uganda. 4. – *Segue*: il caso del Burundi. 5. – Osservazioni conclusive (concernenti non soltanto il contesto africano) tra comparazione per modelli e comparazione per problemi: *a)* la difesa civica *à la lumière du droit comparé*; *b)* la tutela dei diritti umani fondamentali, tra universalismo e relativismo; *c)* la democrazia e i processi di democratizzazione, nelle diverse tradizioni giuridiche.

1. – Introduzione: un primo sguardo alle peculiarità della trasposizione/“trasmigrazione” dell’*Ombudsman* in Africa subsahariana

Come è ampiamente noto, l’istituto dell’*Ombudsman* (*recte*: *Ombudsperson*, per rispettare la parità di genere) ha fatto la sua comparsa iniziale nell’ordinamento svedese dell’Ottocento¹, per poi irradiarsi in pressoché ogni parte del mondo², potendo altresì vantare ulteriori sebbene assai lontani antecedenti, in qualche modo accostabili al modello scandinavo, che possono essere rinvenuti persino nella Cina imperiale, con riguardo alla figura del *Catao* controllore degli uffici pubblici (e delle

¹ Esattamente, nel 1809.

² Vi sono, attualmente, circa centotrenta Paesi i cui ordinamenti prevedono l’*Ombudsman*.

stesse corti giudiziarie)³. In epoca ormai risalente, molto bene era stato osservato che «Se il diritto [...] è *la plus puissante des écoles de l'imagination*, anche il giurista, la cui mente deve già essere fertile, non può non restare stupito di fronte alle variazioni che sul tema dell'Ombudsman sono state elaborate nei più diversi paesi del mondo per adattarlo ai loro sistemi di governo»⁴.

Una abbastanza recente e, soprattutto, eccellente indagine di diritto comparato⁵ ha consentito di esaminare nel dettaglio l'istituto dell'*Ombudsman* quale esso si presenta in molti ordinamenti, sia nazioni che sovranazionali (incluso, dunque, l'*Ombudsman* comunitario), facendo registrare un significativo avanzamento delle conoscenze, secondo quanto esige il metodo della comparazione (nel diritto pubblico⁶ come anche, del resto, nel diritto privato⁷ e in quello processuale⁸). Poiché, però, il progresso della scienza comparatistica, cui sono sottese sia l'affermarsi di nuove sensibilità analitiche che l'affacciarsi di (sempre) nuove curiosità, non sono esauribili, mi pare che un ulteriore passo in avanti possa essere

³ Si veda M. Mazza, *La proliferazione degli Ombudsmen negli ordinamenti nordeuropei e il controllo dell'amministrazione: profili di tutela del diritto oggettivo nazionale e dei diritti soggettivi dei cittadini*, in questa *Rivista*, 2006, 1713 ss., dove anche riferimenti alla figura istituzionale del *Catao* nell'antica Cina.pdf

⁴ Così G. Treves, *La diffusione dell'Ombudsman nel mondo*, in C. Mortati (cur.), *L'Ombudsman (Il difensore civico)*, Torino, 1974, 113 ss., in part. 115.

⁵ Cfr. Pampio *Dossier*, a cura di A. Torre, dal titolo *L'Ombudsman nel diritto comparato*, in questa *Rivista*, 2006, 1594-1807. *Adde* A. Celotto (cur.), *Il "ruolo" del Difensore civico. Aspetti evolutivi e comparati*, Napoli, 2008; M. Mariani, A. Di Bernanrdo, A.L. Doria, *Il Difensore civico. Esperienze comparate di tutela dei diritti*, Torino, 2004.

⁶ Cfr., specialmente, G. Bognetti, *Diritto costituzionale comparato. Approccio metodologico*, Modena, 2011; L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, 2013; L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014. Dal punto di vista della circolazione dei modelli (e della classificazione delle fonti costituzionali), v. anche R. Toniatti, *La circolazione del diritto costituzionale: note sul metodo comparato*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, n. 2, 115 ss. (fatte salve, naturalmente, le critiche radicali alle classificazioni, come per esempio J. Gordley, *Classifying laws and declassifying legal systems*, in *Ann. dir. comp.*, 2013, 95 ss., per il quale, risolutamente: «Is it possible to classify legal systems? No, and, indeed, it is not truly possible to compare them. Scholars have distinguished between micro-comparisons among laws and macro-comparisons among legal systems. We will see that the former are fruitful, and the latter are not»).

⁷ V., per tutti, M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2010, spec. 47 ss. e 127 ss. (sulla critica dei modelli nella comparazione, ed *ivi*, a proposito per esempio del "modello" rappresentato dal codice civile francese, si legge, a 55, che «L'uso del termine "modello" qui o non aggiunge nulla al dato reale o crea un dato fantasioso e fittizio, che il lettore interpreta come crede. Ne sono dimostrazione le diverse analisi alle quali il codice civile francese è stato sottoposto, ciascuna delle quali ha privilegiato un punto di vista e ha visto nel codice cose che le altre non hanno visto o hanno sottovalutato»; quest'ultimo tema, d'altro canto, era già stato pionieristicamente esaminato da G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 59 ss.); G. Ajani, B. Pasa, *Diritto comparato. Casi e materiali*, Torino, 2013, *sub* I, *Questioni di metodo*, 3 ss.; A. Guarneri, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, 2014, 25 ss. Cfr. inoltre, su diritto pubblico e privato comparato, A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, 36 ss.

⁸ Ancora attuale (nonché, almeno per certi versi, insuperata) mi sembra la proposta metodologica (articolata in sei «fasi») che fu elaborata ormai in epoca risalente da M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, 1994, ed *ivi* v. *sub* I, *Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia*, 11 ss. E v. anche M. Cappelletti, *Comparative law teaching and scholarship: method and objectives*, in P. Cendon (cur.), *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, I, Milano, 1994, 173 (sempre a proposito delle sopra menzionate sei fasi).

fatto volgendo ora lo sguardo alle vicende dell'*Ombudsman* nel continente africano, e più in particolare all'Africa subsahariana⁹, la quale area – almeno sulla base di quanto a mia conoscenza – non è stata finora oggetto di trattazione specifica – ovviamente: dal punto di vista che qui interessa, e cioè quello della difesa civica – nella dottrina giuridica italiana¹⁰, cosicché si presenta l'occasione di colmare un (quasi completo) vuoto analitico e di conoscenza¹¹.

La funzione di «magistrato di persuasione»¹², o di «magistratura morale»¹³, ovvero di «magistrato di influenza»¹⁴, da tempo studiata in relazione al ruolo istituzionale dell'*Ombudsman* non viene, naturalmente, meno anche nell'Africa subsahariana. Bisogna premettere che l'istituzione degli *Ombudsmen* nel continente africano è relativamente recente. Dalla metà degli anni sessanta del secolo scorso alcuni Paesi ex colonie britanniche hanno iniziato a creare gli *Ombudsmen* nei rispettivi ordinamenti, ispirandosi al modello di Westminster e della democrazia parlamentare del Regno Unito, cosicché l'*Ombudsman* venne considerato come una sorta di “agente” del Parlamento con il compito di (meglio) controllare il potere

⁹ La scelta operata nel testo appare giustificata dal fatto che l'Africa c.d. supersahariana – ossia l'Africa mediterranea – è studiata prevalentemente dai gius-islamisti, essendo il costituzionalismo magrebino fortemente influenzato dalla *shari'a*, vale a dire dal diritto musulmano, come hanno efficacemente dimostrato, fra i giuristi comparatisti, M. Oliviero, *Il costituzionalismo dei Paesi arabi*, I, *Le Costituzioni del Maghreb* (con traduzione dei testi vigenti), pref. F. Castro, Milano, 2003; Id., *Costituzioni e costituzionalismo nei Paesi arabi*, in questa *Rivista*, 2003, 1111 ss.; A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, pref. G. Morbidelli, Roma-Bari, 2006 (spec. 171 ss., *sub La shari'a e le enunciazioni costituzionali sul carattere islamico dello stato*). Più recentemente, v. inoltre C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Padova, 2012; Id., *Islamismo e costituzionalismo. La problematica compatibilità*, in *Percorsi costituzionali*, 2013, n. 2-3, 89 ss., nonché ora R. Orrù, *I Paesi dell'Africa subsahariana*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, I, Roma-Bari, 2014, 551 ss., il quale giustamente individua come realtà distinte l'Africa nera o subsahariana, da un lato, e, dall'altro lato, l'Africa mediterranea o arabo-islamica.

¹⁰ Nella (comunque non ampia) letteratura straniera, v. ad esempio E.F. Short, *The Development and Future of the Ombudsman Concept in Africa*, in 5 *Int'l Ombudsman YB.* 56 (2001); J. Hatchard, *The Ombudsman in Africa Revisited*, in 40 *Int'l Comp. L.Q.* 937 (1991); Id., *The Institution of the Ombudsman in Africa with Special Reference to Zimbabwe*, in 35 *Int'l Comp. L.Q.* 260 (1986). Nella nostra dottrina, alcune informazioni si trovano in V. Piergigli, *Tendenze evolutive e tensioni aperte nei Bills of Rights delle Costituzioni africane alle soglie del terzo millennio*, in questa *Rivista*, 1999, 134 ss., in part. 155 ss.

¹¹ Secondo il fondamentale insegnamento metodologico impartito da R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1991. Si vedano, inoltre, A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, 145 ss., e A. Guarneri, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, 2014, 25 ss.

¹² In una letteratura sterminata, mi limito qui a richiamare le chiare osservazioni di N. Olivetti Rason, *Conclusioni*, in N. Olivetti Rason, L. Strumendo (cur.), *Il Difensore civico. Tutela e promozione dei diritti umani e di cittadinanza*, Padova, 1997, 111 ss. Le definizioni attribuite alle funzioni dell'*Ombudsman* sono numerose e, talvolta, di diverso segno, cosicché si parla di «vettore di democrazia» o, riduttivamente, di «lobbista dei poveri»; lo rileva, acutamente, G. Guidi, *Serve una rinnovata cultura della partecipazione ripensando alla difesa civica*, in *Federalismi.it*, n. 10/2014 (www.federalismi.it), 7.

¹³ Così L. Volpe, *In search of the administrative morality: l'ondivago successo dell'Ombudsman dalla patria ballica alla Cordigliera delle Ande*, in questa *Rivista*, 2006, 1594 ss., in part. 1632.

¹⁴ Si veda E. Ceccherini, *Difensore civico*, in M. Flores, T. Groppi, R. Pisillo Mazzeschi (cur.), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, I, Torino, 2007, 300 ss., in part. 300.

esecutivo (sulla base del dato istituzionale per il quale il Governo nazionale costituisce un'emanazione del Parlamento). Soltanto più tardi, durante gli anni novanta del XX secolo, il Difensore civico ha fatto la sua comparsa anche negli Stati africani subsahariani francofoni, prendendo abitualmente la denominazione di *Médiateur de la République*. Il primo Paese dell'Africa nera francofona a istituire il *Médiateur* (con funzioni di *Ombudsman*) è stato il Senegal, mediante la legge n. 14 dell'11 febbraio 1991¹⁵.

A partire, dunque, da quella che viene comunemente indicata come la prima creazione dell'*Ombudsman* nell'Africa nera, rappresentata dalla *Permanent Commission of Enquiry* (PCE) costituita in Tanzania nel 1966¹⁶, sono emerse alcune peculiari caratteristiche dell'*Ombudsman* africano. Esse sono di (almeno) duplice natura. Per un verso, i livelli medi di corruzione nella pubblica amministrazione che gli *Ombudsmen* sono chiamati ad affrontare nei Paesi dell'Africa a sud del Sahara sono comparativamente maggiori di quelli che si riscontrano nel panorama mondiale, specialmente in Europa occidentale, America settentrionale, oltreché in Australia e Nuova Zelanda¹⁷. Per altro verso, e sempre nella prospettiva della comparazione mondiale, gli *Ombudsmen* africani sono spesso soggetti a controlli di vario genere (nonché, in certi casi, alla stessa nomina) da parte delle autorità governative, cosicché la loro libertà d'azione risulta sotto diversi profili quantomeno

¹⁵ Cfr. L.C. Reif, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden-Boston, 2004, 222, testo e nt. 43.

¹⁶ In tal senso, v. A. Mukoro, *Pathos and Ethos: The Ombudsman Phenomenon in Africa's Public Services*, in *Cahiers Africains d'Administration Publique*, n. 70, 2008, 25 ss., in part. 27, dove si richiama il contenuto del *paper* (non pubblicato) di M. Oosting, *The Ombudsman: A Profession*, presentato al *workshop* su *Strengthening the Ombudsman Office in Africa*, organizzato dall'*International Ombudsman Institute* (IOI, che ha sede a Vienna) nella città di Pretoria dal 26 al 29 agosto 1996, nel quale *paper* la Commissione tanzaniana sopra menzionata nel testo viene definita «the first ombudsman's institution in Africa». In precedenza, v. P.M. Norton, *The Tanzanian Ombudsman*, in 22 *Int'l & Comp. L.Q.* 603 (1973). Sulla base della legge n. 7 del 2001, come modificata dalla legge n. 16 dello stesso anno, la PCE è stata soppressa e sostituita, con decorrenza dal 1° luglio 2001, dall'attuale *Commission for Human Rights and Good Governance* (CHRAGG). Si è resa necessaria, a tal fine, la revisione costituzionale del 2000, per dare una nuova formulazione all'art. 129, c. 1, della Costituzione della Tanzania del 1977.

¹⁷ Si veda l'assai utile *Global Corruption Barometer* (GCB) di *Transparency International* (TI), relativamente all'anno 2013, che pone al vertice dei Paesi nei quali è diffusa la corruzione parecchi Stati dell'Africa subsahariana (le statistiche del 2013 non si discostano da quelle concernenti gli anni precedenti, che vedono gli Stati africani primeggiare tra quelli classificati come «molto corrotti»; tanto per fare un raffronto, in Europa occidentale i Paesi più corrotti – ovvero, meno trasparenti, sono – secondo i dati raccolti ed elaborati da TI – Italia, Spagna, Portogallo e Grecia). Cfr. i documenti intitolati *Annual Progress Report 2013* e *Corruption Perceptions Index 2013*, entrambi cur. *Transparency International* (Ong con sede a Berlino), disponibili nel *website* di TI all'indirizzo <http://www.transparency.org>. In dottrina, v. da ultimo J. Hatchard, *Combating Corruption, Legal Approaches to Supporting Good Governance and Integrity in Africa*, Cheltenham (UK), 2014, nonché prima S.S. Yeh, *Corruption and the Rule of Law in Sub-Saharan Africa*, in 4 *Afr. J. Leg. Stud.* 187 (2011).

“attenuata”¹⁸. In ogni caso, volgendo la cosa in positivo, si può altresì affermare che queste difficili condizioni di partenza possono rappresentare un ulteriore stimolo per gli *Ombudsmen* subsahariani a fare meglio e di più, nella misura in cui siano desiderosi di onorare il loro mandato istituzionale.

Ciò premesso, nel presente contributo si intende esaminare alcune tra le principali esperienze di *Ombudsman* nei sistemi giuridici dei Paesi africani subsahariani, per poi evidenziare consonanze e divergenze tra i modelli nazionali, nonché formulare qualche osservazione conclusiva sulle prospettive future di evoluzione dell’istituto dell’*Ombudsman* in Africa nera. In particolare, l’analisi si concentrerà nei paragrafi successivi (e in vista delle riflessioni comparative finali) su pochi casi selezionati¹⁹ poiché ritenuti altamente paradigmatici, nella misura in cui essi sono relativi a società in transizione che hanno affidato ai rispettivi *Ombudsmen* (oltreché, ovviamente, a molteplici altre istituzioni nazionali e anche sovranazionali) il compito di tutelare i diritti umani, garantire la *good governance* nonché promuovere i principi della democrazia costituzionale (con speciale riferimento ai diritti fondamentali).

2. – *Ombudsman, good governance* e diritti umani nelle società in transizione: il caso del Sudafrica

Nell’ordinamento sudafricano la figura istituzionale che attualmente esercita le funzioni di *ombudsmanship* prende il nome di *Office of the Public Protector* (OPP). La denominazione, introdotta inizialmente dall’art. 110 della *Interim Constitution* del 1993²⁰, è stata successivamente recepita nella vigente Costituzione del 1996²¹. Il

¹⁸ Rileva questo aspetto, esattamente, L. Montanari, *Ombudsman*, in G.F. Ferrari (cur.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2010, 353 ss., in part. 362. Uno dei caratteri generali (o «elementi costanti identificanti») dell’*Ombudsman* viene, per tal modo, messo in situazione di pericolo. Come autorevolmente è stato osservato, infatti, l’*Ombudsman* «è destinato ad affiancare il legislativo con funzioni ispettive ausiliarie nel controllo dell’esecutivo e deve essere quindi decisamente sottratto ad ogni possibile influenza di quest’ultimo»: così G. de Vergottini, *Ombudsman*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 1983, 729 ss., in part. 729.

¹⁹ Da chi scrive, e perciò secondo scelte personali che non si pretende certo che siano da tutti necessariamente condivise.

²⁰ Su cui v. A. Rinella, *Il Constitution of the Republic of South Africa Act 1993: una Costituzione in itinere*, in *Quad. cost.*, 1995, 147 ss.; L. Pegoraro, A. Rinella, *Repubblica del Sudafrica. Il Constitution Act del 1993 tra «federalismo» e «regionalismo»*, *ivi*, 1995, 277 ss.

²¹ A commento della Carta costituzionale del 1996, si vedano L. Pegoraro, A. Rinella, *La nuova Costituzione della Repubblica del Sudafrica (1996-1997)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 517 ss.; R. Orrù, *Transizione e avvio del consolidamento democratico in Sudafrica: la complessa attuazione della Costituzione del 1996*, in questa *Rivista*, 1999, 903 ss.; Id., *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della «rainbow nation»*, Torino, 1998 (*ivi*, sub *Appendice*, VI, Tavola II, *Poteri ed organi nel nuovo ordinamento costituzionale del Sudafrica*, 517, il *Public* www.dpce.it

primo titolare della carica di *Public Protector* è stato l'avvocato (*advocate*) Selby Alan Masibonge Baqwa (chiamato anche, più semplicemente, Sam)²², la cui nomina venne effettuata nel giugno 1995 diventando operativa con decorrenza dall'ottobre dello stesso anno²³.

Vi erano stati, peraltro, alcuni precedenti storici dell'OPP. In esito a un prolungato (anche se intermittente) dibattito avviatosi fin dal 1945, già al tempo del sistema segregazionista o dell'*apartheid* era stato creato, nel 1979, l'*Office of the Advocate-General*, il quale non disponeva però di competenze estese, né di poteri incisivi di controllo. Questo perché la sua sfera d'azione era quasi esclusivamente limitata ai profili di rilevanza finanziaria dell'attività della pubblica amministrazione. Inoltre, il titolare dell'*Office of the Advocate-General* svolgeva il suo compito istituzionale con un impegno lavorativo a tempo parziale (*part-time*). La creazione dell'*Office of the Advocate-General* era stata una sorta di reazione ad uno scandalo scoppiato in Sudafrica alla fine degli anni settanta del secolo scorso, allorché era emerso che numerosi funzionari del *Department of Information* avevano speso ingenti somme di denaro, sia all'interno del Paese che all'estero, nel quadro di progetti privi di qualsiasi autorizzazione, cosicché in definitiva il c.d. *Information Scandal* condusse alle dimissioni, nel 1979, tanto del Ministro responsabile che dello stesso Primo Ministro²⁴.

Ancora in epoca anteriore alla creazione dell'*Office of the Public Protector*, e precisamente nel 1991, l'*Office of the Advocate-General* venne soppresso per essere sostituito dall'*Ombudsman*, le cui caratteristiche istituzionali erano molto prossime a quelle che sono tradizionalmente ricondotte alla figura dell'*Ombudsman* nel panorama comparatistico.

Protector è collocato tra gli «Organi ausiliari di tutela democratica»); V. Federico, *Sudafrica*, Bologna, 2009 (ed *ivi* v. spec. 86, sul Difensore civico); V. Federico, C. Fusaro (Eds), *Constitutionalism and Democratic Transitions. Lessons from South Africa*, Firenze, 2006; F.R. Dau, *Chi governa il Sudafrica? Le istituzioni dell'esecutivo e la transizione del potere*, in F. Lanchester (cur.), *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, Milano, 2009, 475 ss. Nella prospettiva evolutiva, v. F.R. Dau, "The Soul of a Nation": il costituzionalismo sudafricano alla prova della dinamica politica, in F. Lanchester (cur.), *La Costituzione degli altri. Dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti costituzionali stranieri*, Milano, 2012, 381 ss.

²² Docente di diritto alla *Natal University* (per esteso: *University of KwaZulu-Natal*, con sede a Durban, in Sudafrica), "Sam" Baqwa è stato altresì in passato presidente della *National Association of Democratic Lawyers* (Nadel). L'incarico di *Public Protector* attribuito a Baqwa è terminato nel 2002.

²³ L'OPP, fin dalla sua creazione, ha sede a Pretoria.

²⁴ Ricorda (brevemente) le origini storiche della istituzione dell'*Office of the Advocate-General* sudafricano S.A.M. Baqwa, *South Africa's Ombudsman*, in K. Hossain, L.F.M. Besselink, H. Selassie Gebre Selassie, E. Völker (Eds), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National Experiences throughout the World*, The Hague, 2000, spec. 640.

Il *Public Protector* è attualmente disciplinato dagli art. 182-183 della Costituzione sudafricana del 1996. I principi e diritti democratici, inclusi naturalmente i diritti umani fondamentali²⁵, devono essere tutelati – secondo l’architettura costituzionale del Sudafrica, relativamente alle istituzioni (paragiurisdizionali) a sostegno della democrazia (costituzionale) – non soltanto dal *Public Prosecutor*, ma anche da altri organi contemplati nel medesimo Capitolo 9 della Carta costituzionale nazionale²⁶, vale a dire la *South African Human Rights Commission* (SAHRC)²⁷, la *Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities* (CRL Rights Commission)²⁸, la *Commission for Gender Equality* (CGE)²⁹, l’*Auditor-General of South Africa* (AGSA)³⁰ e la *Independent Electoral Commission* (IEC)³¹. Si tratta, nel loro insieme, delle c.d. *state-funded human rights institutions* del Sudafrica, abitualmente indicate anche come *watchdog institutions*³².

Con specifico riguardo al *Public Protector* – rispetto al quale è stato osservato nella dottrina sudafricana che «to some extent it can operate as a clearing house, referring appropriate cases to the other so-called constitutional “watchdogs”»³³ – le norme costituzionali nazionali sono state integrate da alcuni provvedimenti legislativi³⁴. Si tratta della legge n. 23 del 1994, denominata *Public Protector Act* (in

²⁵ Previsti dal *Bill of Rights*, di cui al Capitolo 2 della Costituzione del Sudafrica (cfr. gli art. 7-39 Cost.). Sulla protezione dei diritti fondamentali nel Sudafrica *post-segregazionista*, v. L. Scaffardi, *La rivoluzionaria tutela dei diritti fondamentali nella nuova Costituzione del Sudafrica*, in *Giur. cost.*, 1996, 599 ss.; S. Bartole, *Sudafrica: L’applicazione del principio di eguaglianza*, in *Quad. cost.*, 1998, 293 s.

²⁶ Dove è stata collocata la normativa concernente le *State Institutions Supporting Constitutional Democracy*.

²⁷ Di cui all’art. 184 Cost. Sudafrica 1996.

²⁸ V. gli art. 185-186 Cost. 1996.

²⁹ Cfr. l’art. 187 della Carta costituzionale sudafricana. Sotto questo profilo, rimangono molteplici problemi da risolvere e ostacoli da superare, come ha recentemente evidenziato R. Pellizzoli, *The ebb and flows of gender equality along the twenty years of South African democracy*, paper presentato al convegno *Unfinished Business: South Africa Twenty Years After the End of Apartheid*, organizzato dall’8 al 9 maggio 2014 per iniziativa del Centro di studi storici e politici su Africa e Medio Oriente presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell’Università di Bologna (Sede di Forlì). Della stessa autrice, v. anche in precedenza il saggio intitolato *La partecipazione politica delle donne in Sudafrica tra politiche di genere e discorso femminista*, in *Genesis. Rivista della Società Italiana delle Storie*, 2005, n. 2 (num. tematico *Femminismi e culture. Oltre l’Europa*, cur. M.C. Donato), 31 ss.

³⁰ Previsto dagli art. 188-189 della Costituzione nazionale.

³¹ Della quale si occupano gli art. 190-191 della Costituzione sudafricana.

³² V. l’analisi di D. McQuoid-Mason, *The Role of Human Rights Institutions in South Africa*, in K. Hossain, L.F.M. Besselink, H. Selassie Gebre Selassie, E. Völker (Ed.), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National Experiences throughout the World*, cit., 617 ss.

³³ Così S.A.M. Baqwa, *South Africa’s Ombudsman*, cit., 642.

³⁴ Si veda la dettagliata disamina di M. Bishop, S. Woolman, *Public Protector*, in S. Woolman, T. Roux, M. Bishop (Eds), *Constitutional Law of South Africa*, Cape Town, 2005, *sub cap.* 24A (da 24A-1 a 24A-18). *Adde* S.A.M. Baqwa, *South Africa’s Ombudsman*, in K. Hossain, L.F.M. Besselink, H. Selassie Gebre Selassie, E. Völker (Eds), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National Experiences throughout the World*, cit.; G. Pienaar, *The role of the public protector in fighting corruption*, in *Afr. Security Rev.* 2002, n. 2, *online* nel sito internet dell’*Institute for Security Studies* (ISS) di Pretoria (www.issafrica.org), nonché l’opuscolo edito dall’Office of the www.dpce.it

vigore dal 25 novembre 1994), e inoltre della legge n. 113 del 1998, dal titolo *Public Protector Amendment Act*, quest'ultima recante appunto modificazioni alla legge n. 23/94³⁵. L'insieme di queste disposizioni disegna la figura del *Public Protector* come colui che ha il compito di indagare se nell'attività – incluse le omissioni – della pubblica amministrazione vi siano stati abusi o comportamenti impropri, che hanno causato pregiudizio ai cittadini. Tra i soggetti che possono rivolgersi all'*Ombudsman* vi sono anche i partiti politici, i quali dunque sono legittimati ad attivare il controllo del *Public Protector* sull'apparato della pubblica amministrazione (sia centrale che locale)³⁶.

3. – *Segue: il caso dell'Uganda*

La storia del diritto pubblico ugandese ha conosciuto fasi di regime autoritario, tanto che si è osservato che «Since gaining independence in 1962, Uganda has had a dramatic political history. Indeed, one can confidently assert that in terms of democracy and governance, the last 49 years of independence have largely gone to waste. The country has been characterized by all forms of bad governance practices and dictatorial rule»³⁷. Il riferimento, ovviamente, è *in primis* alla (feroce) dittatura militare esercitata da Idi Amin Dada. Alla caduta di Idi Amin Dada, nel 1979 (anche grazie all'appoggio dato dalla Tanzania ai ribelli ugandesi), la guida del Paese – dopo la fase turbolenta della Presidenza di Milton Obote³⁸ (già profugo in Tanzania³⁹ per

Public Protector, intitolato *Constitutional & Legislative Mandate of the Public Protector*, pref. T. Madonsela, Pretoria, 2010.

³⁵ Ulteriori emendamenti alla legge sul *Public Protector* del 1994 sono stati introdotti dal *Public Protector Amendment Act* n. 22 del 2003 (nonché dal *Promotion of Access to Information Act* n. 2 del 2000).

³⁶ In passato, il *Democratic Party* (DP) – ora denominato *Democratic Alliance* (DA) – che rappresenta il (principale) partito d'opposizione rispetto all'*African National Congress* (ANC), saldamente al potere nel Paese (alle elezioni del 2009, l'ANC ha conquistato ben il 65,9 per cento dei voti, ottenendo 264 seggi dell'Assemblea nazionale che garantiscono ampiamente all'ANC la maggioranza assoluta; subito dopo, quanto a numero di voti ricevuti, troviamo la DA, con il 17,6 per cento dei suffragi e 71 seggi parlamentari), ha in effetti presentato alcune richieste al *Public Protector*. In particolare, si è chiesto all'*Ombudsman* di investigare circa l'uso del denaro proveniente da donazioni di soggetti privati finalizzate a creare in Sudafrica un maggiore livello di consapevolezza sul problema dell'AIDS. Il DP chiedeva, appunto, di indagare sulla utilizzazione dei fondi in questione da parte del *Department of Health*, paventando il rischio di abusi e usi impropri. Il rapporto predisposto dal *Public Protector*, peraltro, fu assai cauto nelle conclusioni, non evidenziando episodi di corruzione o, comunque, di *maladministration* in capo alle autorità pubbliche.

³⁷ Cfr. C. Mbazira, *From military rule and no party state to multi-partism in Uganda*, in M.K. Mbondenyei, T. Ojienda (Eds), *Constitutionalism and Democratic Governance in Africa: Contemporary Perspectives from Sub-Saharan Africa*, Pretoria, 2013, spec. 291.

³⁸ C.d. seconda Presidenza Obote, durante la quale il Capo dello Stato ugandese manifestò un orientamento politico filo-occidentale (sulla c.d. prima Presidenza Obote, caratterizzata da un differente indirizzo politico-ideologico, v. le due note che seguono).

sfuggire alle persecuzioni di Amin⁴⁰, Obote⁴¹ si distinse per la durissima repressione/vendetta nei confronti di coloro che precedentemente avevano sostenuto Idi Amin Dada⁴² – è stata assunta nel 1986 (con l’allontanamento del generale Tito Okello⁴³, rimasto al potere per sei mesi – dal 29 luglio 1985 al 26 gennaio 1986 – a seguito del colpo di Stato che spodestò Obote) da Yoweri Museveni⁴⁴ (pure lui esule in Tanzania durante il regime dittatoriale di Idi Amin

³⁹ Obote condivise l’opzione socialista, allora sostenuta dal Presidente tanzaniano Julius Nyerere; v. M. Guadagni (cur.), *La scelta socialista in Etiopia, Somalia e Tanzania* (atti del Seminario per il corso di «Storia e istituzioni dei Paesi afro-asiatici», tenuto presso la Facoltà politologica dell’Università di Trieste nel 1978), Trieste, 1979; J.H. Mittelman, *Ideology and Politics in Uganda. From Obote to Amin*, Ithaca (NY)-London, 1975; K. Ingham, *Obote. A Political Biography*, London, 1994. In particolare, la Presidenza di Obote tentò (senza successo) di radicare in Uganda una peculiare ideologia della modernizzazione, che faceva leva su un insieme di aspetti sia politici che economici, sociali e anche giuridici, vale a dire: *a*) il nazionalismo; *b*) il pan-africanismo, *c*) l’anti-neocolonialismo; *d*) il neutralismo e non-allineamento, relativamente al settore delle relazioni internazionali; *e*) il socialismo africano; *f*) la politica della *négritude*, indirizzata alla ricerca/ricostruzione della c.d. *African personality* o *Africanness*, quest’ultima considerata una sorta di variante (o, meglio, di equivalente, date le numerose similitudini) nell’Africa *English-speaking* del concetto della *négritude* elaborato nell’Africa francofona (ma non soltanto per la *French-speaking Africa*) dal Presidente(-poeta) senegalese Léopold Senghor (v., ampiamente, J.H. Mittelman, *Ideology and Politics in Uganda. From Obote to Amin*, cit., 85 ss., con riferimento alla campagna ideologica *Move to the Left* lanciata da Obote nel 1969, e annunciata dallo stesso Presidente nell’anno precedente: v. M. Obote, *The footsteps of Uganda’s Revolution*, in *E. Afr. J.*, ottobre 1968, 7 ss.).

⁴⁰ Il quale palesò diverse forme di intolleranza, per esempio verso la comunità indio-asiatica, i cui appartenenti negli anni settanta del secolo scorso vennero quasi totalmente espulsi dall’Uganda, al culmine della tensione tra maggioranza africana e minoranza asiatica del Paese, con l’obiettivo di “ugandizzare” l’economia nazionale, espropriando i beni degli asiatici. Cfr., nella nostra letteratura, I. Soi, *La comunità indiana dall’Uganda Railway a Museveni*, in G.P. Calchi Novati (cur.), *Uguali e diversi. Diaspore, emigrazione, minoranze*, Roma, 2014, 175 ss., nonché ampiamente, nella dottrina straniera, G. Prunier, *L’Ouganda et la question indienne: 1896-1972*, Paris, 1990; C. Harrison, *Uganda: The Expulsion of the Asians*, in W.A. Veenhoven (Ed.), *Case Studies on Human Rights and Fundamental Freedoms. A World Survey*, IV, The Hague, 1976, 287 ss.; V. Jamal, *Asians in Uganda, 1880-1972: Inequality and Expulsion*, in *The Economic History Review*, 1976, 602 ss.; H.S. Morris, *The Indians in Uganda*, London, 1968. Sul ritorno degli indiani (o, meglio, degli appartenenti alle famiglie indo-ugandesi) in Uganda, dopo la fine del regime di Idi Amin Dada, v. T. Forrest, *Le retour des Indiens en Ouganda*, in *Politique africaine*, n. 76, 1999, 76 ss.

⁴¹ Che era stato Presidente dell’Uganda dal 1966 al 1971, fino a quando cioè venne deposto da Idi Amin Dada. Ma anche quel periodo fu assai “movimentato” dal punto di vista politico-istituzionale: v. G.F. Engholm, A.A. Marzui, *Violent Constitutionalism in Uganda*, in *Gov’t & Opp.*, 1967, 585 ss. Obote, peraltro, dimostrò (in quella fase) anche doti di pragmatismo; cfr. A.A. Marzui, *Leadership in Africa: Obote of Uganda*, in *25 Int’l J.* 1970, 538 ss.

⁴² Si vedano T. Avirgan, M. Honey, *War in Uganda. The Legacy of Idi Amin*, Westport (CT), 1982 (anche Dar es Salaam, Tanzania Publishing House, 1983); E. Castelli (cur.), *Dossier Uganda - Da Amin a Obote: quale democrazia in Africa*, Milano, 1981.

⁴³ Fuggito esule in Kenya.

⁴⁴ Il quale, però, non sembra serbare rancore nei confronti di Tito Okello, o quantomeno della famiglia di quest’ultimo, tanto è vero che Henry Okello, figlio di Tito, è attualmente (dal 2005) ministro degli Affari esteri dell’Uganda, avendo altresì ricoperto in precedenza la carica di ministro dello Sport (dal 2001 al 2005); d’altra parte, sia pure dopo la morte, Tito Okello è stato “riabilitato” da Museveni, proprio perché lo stesso Okello aveva combattuto negli anni settanta del secolo scorso contro il Governo di Idi Amin Dada. Si noti, altresì, che la personalizzazione del potere in Uganda reca con sé anche una speciale considerazione per il ruolo svolto dalla *first lady* (o *première dame*) Janet Kataha Museveni, detta “Mama Janet” per il suo impegno sociale, sepcialmente rivolto a donne e bambini in difficoltà (la sig.ra Museveni ha fondato a Kampala nel 1986 l’associazione *Uganda Women’s Effort to Save Orphans-UWESO*; “Mama Janet” è una fervente cristiana evangelica, e ritiene che per costruire un futuro di prosperità per l’Uganda sia in primo luogo necessario

Dada)⁴⁵. La riforma del sistema giuspubblicistico ugandese, necessaria per consentire la transizione politica e giuridica nella direzione della democratizzazione delle istituzioni – sia pure secondo la peculiare concezione della *Ugandan Democracy of «Movement»* e della «“no-party rule”, a metaphorical form of no-party rule»⁴⁶, (prima) teorizzata e (poi) messa in atto da Museveni⁴⁷ –, ha comportato *inter alia* la creazione, in base all'*Inspector-General of Government Act* n. 2 del 1988, della nuova figura istituzionale dell'*Ombudsman*, denominato *Inspector-General of Government* (IGG)⁴⁸. I compiti legislativamente attribuiti all'IGG erano quelli tipici del

«l'aiuto di Dio»); cfr. I. Soi, *Janet Museveni: speranza di sviluppo o desiderio di potere?*, in *Inchiesta*, n. 161, 2008, 60 ss. (n. tematico *Partecipazione politica e costruzione sociale: l'Africa al femminile (studi di genere)*, a cura di E. Pelizzari).

⁴⁵ Parla di transizione traumatica, ovvero molto più che drammatica, M. Doornbos, *Transizione e legittimità negli Stati africani, con particolare riferimento a Somalia e Uganda*, in A.M. Gentili, M. Zamponi (cur.), *Stato, democrazia e legittimità. Le transizioni politiche in Africa, America Latina, Balcani, Medio Oriente*, Roma, 2005, 79 ss. Si vedano, inoltre, B. Hansen Holger, M. Twaddle (Eds), *From Chaos to Order. The Politics of Constitution-making in Uganda*, Kampala, 1995; P. Mutibwa, *Uganda since Independence. A Story of Unfulfilled Hopes*, Trenton (NJ), 1992; M. Doornbos, *The Uganda Crisis and the National Question*, The Hague, 1987. La pacificazione, peraltro, non è stata completa, poiché persistono azioni di guerriglia, soprattutto nella parte settentrionale dell'Uganda; cfr. K.C. Dunn, *Uganda: The Lord's Resistance Army*, in *Rev. Afr. Pol. Econ.*, 2004, 139 ss.; Refugee Law Project, *War Without End?: The Conflict in Northern Uganda*, *ivi*, 2004, 142 ss.

⁴⁶ Si veda C. Mbazira, *From military rule and no party state to multi-partism in Uganda*, *cit.*, 291.

⁴⁷ Su di essa, v. N. Kasfir, *Démocratie de «mouvement», légitimité et pouvoir en Ouganda*, in *Politique africaine*, n. 75, 1999, 20 ss. Le valutazioni espresse sulla democrazia “movimentista” museveniana sono state piuttosto discordanti. Da un lato, la si può forse ritenere una *authentique démocratie à l'africaine*, ovvero una *alternative viable au multipartisme*. Dall'altro lato, essa impedisce però la creazione di un sistema dei partiti. Tuttavia, gli osservatori propendono per il ruolo tutto sommato positivo svolto (quantomeno transitoriamente) da tale (singolare) concezione della democrazia (poiché, in definitiva, viene in considerazione la *pratique ougandaise de la démocratie sans partis*), al fine di agevolare l'emersione progressiva della cultura democratica (certamente, nella fase nascente, *sui generis*) in Uganda. Approfondite trattazioni dell'argomento si trovano in N. Kasfir, “No-party Democracy” in Uganda, in 9(2) *Journal of Democracy* 49 (1998), dove l'autore, *sub African Ambiguities*, si chiede «Have Uganda's President Yoweri Museveni and his National Resistance Movement (NRM) invented a form of “no-party democracy” more suitable for Africa than Western-style multiparty competition?» (cfr. 49); H.B. Hansen, M.L. Twaddle (Eds), *Changing Uganda. The Dilemmas of Structural Adjustment and Revolutionary Change*, London, 1991; R. Banégas, *Entre guerre et démocratie: l'évolution des imaginaires politiques en Ouganda*, in D.-C. Martin (dir.), *Nouveaux langages du politique en Afrique orientale*, Paris-Nairobi, 1998, 179 ss. In ogni caso, nel 2005, a seguito di referendum popolare, è stato introdotto in Uganda il multipartitismo; le prime elezioni multipartitiche si sono svolte – anche se non del tutto regolarmente, a parere quantomeno dell'opposizione (guidata da Kizze Besigye, a capo del *Forum for Democratic Change-FDC*) – l'anno successivo (il 23 febbraio 2006), ed hanno confermato nella carica presidenziale Museveni, leader del *National Resistance Movement-NRM*, con il 59,26 per cento dei voti contro il 37,39 per cento di Besigye (la parte rimanente dei suffragi è stata conseguita da tre candidati minori, di cui uno indipendente e gli altri due espressione del *Democratic Party* e dell'*Uganda People's Congress*). Nelle contestuali elezioni parlamentari, la maggioranza dei seggi dell'Assemblea nazionale è andata al NRM (205 seggi sul totale di 319), con il FDC che è risultato principale partito d'opposizione, potendo contare su 37 deputati (da notare che un numero di parlamentari uguale a quello del FDC sono stati eletti come candidati indipendenti).

⁴⁸ Si veda E.R.B. Nkalubo, *The Uganda Human Rights Commission, Including the Office of the Inspectorate of Government (Ombudsman)*, in K. Hossain, L.F.M. Besselink, H. Selassie Gebre Selassie, E. Völker (Eds), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National Experiences throughout the World*, *cit.*, 579 ss. L'autore *ivi* ricorda che l'*Inspectorate of Government* venne costituito in Uganda, in maniera informale, fin dal 1986, a seguito della presa del potere da parte del *National Resistance Movement (NRM)*, sulla base del settimo punto del c.d. *Ten Points Political Programme*, dove si affermava che «Africa being a continent that is never in shortage of

Difensore civico (nazionale), in quanto consistevano nell'attività di investigazione su asseriti episodi di corruzione, ovvero di abuso nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Ma erano anche contemplati poteri più ampi, riconducibili alle tematiche della tutela dei diritti umani nonché alla promozione della *rule of law*.

Una nuova disciplina dell'*Ombudsman* ugandese è stata introdotta mediante l'*Inspectorate of Government Act* del 2002, adottato successivamente alla vigente Costituzione dell'Uganda del 1995⁴⁹. Le innovazioni rispetto al testo legislativo del 1987 sono piuttosto significative. Per un verso, l'*Inspector-General* viene affiancato, nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali e in considerazione del potenziamento delle medesime, dai neo-istituiti *Deputy Inspectors-General*, il cui numero viene determinato dal Parlamento nazionale⁵⁰. Per altro verso, come si è appena detto gli *special powers of inspectorate* dell'*Ombudsman*, nonché dei *Vice-Ombudsman*, sono stati significativamente ampliati. Essi ora comprendono, in conformità all'art. 230 della Costituzione, anche la possibilità di privare i funzionari pubblici della libertà personale, come pure di iniziare un procedimento penale nei loro confronti. Se, dunque, i poteri dell'*Inspector-General* (e dei *Deputy Inspectors-General*) sono stati incrementati, bisogna però subito aggiungere che tali (più incisivi) poteri possono essere esercitati, secondo la Costituzione del 1998, solamente nei settori della lotta alla corruzione – al fine di dare piena attuazione all'*Anti-Corruption Act* del 2009⁵¹ – e

vproblems, has also the problem of corruption – particularly bribery and misuse of office to serve personal interests» (cfr. 588).

⁴⁹ Lo Stato ugandese indipendente ha avuto quattro Costituzioni. La prima, adottata al momento dell'indipendenza politica dalla Gran Bretagna, risale al 1962. La seconda è rappresentata dall'*Interim Constitution* del 1966 (che ha abrogato la Costituzione del 1962). La terza Costituzione, adottata nel 1967, è stata sostituita dalla quarta e attuale Costituzione del 1995. Secondo l'opinione di un docente di *Constitutional Law*, *International Law* e *Human Rights Law* presso la *Makerere University* di Kampala (Uganda), l'effettività delle disposizioni costituzionali ugandesi sarebbe alquanto limitata; v., in tal senso, B. Kalumba, *The 1995 Uganda Constitution is nothing but an illusory law*, in *Daily Monitor* (principale quotidiano ugandese), 23-9-2012, il quale scrive che «The illusion begins right from the first Article which rather leads us to believe that “[a]ll power belongs to the people who shall exercise their sovereignty in accordance with this Constitution” and runs on until the very last provision of that document. The simple and unadulterated truth is that for a long time in our history, this has not been the case – and it is certainly not the case at present». Ed infatti – prosegue l'autore – «If one asked the Ugandan citizen on the Kampala street where the power lies, I believe the answer would be that “all power belongs to the President, who exercises his sovereignty through the army”». Cfr., inoltre, G. Bareeche, K. Titeca, *Personalisation of power under the Museveni regime in Uganda*, in *L'Afrique des Grands Lacs. Annuaire*, 2012-2013, 83 ss. (Museveni riveste ininterrottamente dal 1986, sulla base di quattro mandati consecutivi, la carica di Presidente dell'Uganda).

⁵⁰ Si veda l'art. 223, c. 2, lett. a)-b), della Costituzione ugandese del 1995. Nel loro insieme, l'*Inspector-General* e i *Deputy Inspectors-General* costituiscono l'*Inspectorate of Government* (IG).

⁵¹ Di un certo rilievo, al fine di rendere effettivo il controllo anti-corruzione dell'*Inspectorate of Government*, è altresì il fatto che l'*Ombudsman* e i (*Vice-Ombudsman*) possono fruire delle previsioni contenute nel *Whistleblowers' Protection Act* del 2010, il quale contempla sia esenzioni dalle incriminazioni per gli informatori, sia anche la concessione di somme di denaro per gli informatori stessi che forniscono notizie utili a

agli abusi d'autorità commessi da organi e funzionari pubblici, non invece sul versante della protezione dei diritti umani fondamentali, poiché di questi ultimi si occupa una nuova istituzione creata dalla Carta costituzionale del 1995, vale a dire la *Uganda Human Rights Commission* (UHRC)⁵².

I diritti umani, dunque, ricadono nella competenza della UHRC, almeno sotto il profilo della tutela diretta, poiché è evidente che anche quando l'*Ombudsman* (o i *Vice-Ombudsman*) si occupano del contrasto alla corruzione e agli abusi di potere, essi comunque tutelano indirettamente posizioni giuridiche soggettive che sono riconducibili alla dimensione dei diritti dell'uomo⁵³. Inoltre, la configurazione dei poteri dell'*Inspector-General* e dei *Deputy Inspectors-General* è ampia in relazione al fatto che l'art. 225 della Costituzione dell'Uganda affida all'*Ombudsman* la protezione e promozione di valori e principi quali *good governance*, *rule of law* e *natural justice* nell'ambito della pubblica amministrazione. Siffatti principi e valori, quindi, aprono ulteriormente il campo all'intervento istituzionale dell'*Ombudsman* con effetti indiretti anche sul piano della protezione dei diritti umani fondamentali. Si aggiunga che, nell'ordinamento ugandese, i funzionari pubblici di rango più elevato sono soggetti alle peculiari prescrizioni contenute nel *Leadership Code of Conduct*⁵⁴, sulla cui osservanza vigila l'*Inspectorate of Government*⁵⁵. E non mancano compiti di portata assai generale che la Costituzione affida all'*Ombudsman*. Così avviene, in particolare, per la previsione⁵⁶ secondo cui l'*Inspector-General* deve promuovere presso la popolazione ugandese i valori del costituzionalismo, avvalendosi tra l'altro dei *media* (radio, televisione, giornali, ecc.).

4. – *Segue: il caso del Burundi*

contrastare ogni manifestazione di corruzione nella pubblica amministrazione. Sul tema, cfr. W. De Maria, *Whistleblower protection: Is Africa ready?*, in *Public Administration and Development*, 2005, 217 ss.

⁵² Contemplata dagli art. 51-58 della Costituzione ugandese.

⁵³ Tale condivisibile impostazione è delineata da M. Ssenyonjo, *The Domestic Protection and Promotion of Human Rights under the 1995 Ugandan Constitution*, in 20 *Netherlands Q. Hum. Rts.* 445 (2002).

⁵⁴ Previsto dagli art. 233-236 della Carta costituzionale, nonché più nel dettaglio dal *Leadership Code Act* n. 17 del 2002, entrato in vigore il 12 luglio dello stesso anno. La legge del 2002, peraltro, abroga e sostituisce la precedente normativa approvata *in subiecta materia* nel 1992 (*Statute* n. 8 del 1992).

⁵⁵ In tal senso dispone espressamente l'art. 324 della vigente Costituzione dell'Uganda.

⁵⁶ Contenuta nell'art. 225, c. 1, lett. *fj*.

Una società certamente post-conflittuale⁵⁷ e in transizione è quella del Burundi. Con l'Accordo di Arusha per la pace e la riconciliazione in Burundi, sottoscritto nella città tanzaniana di Arusha il 28 agosto 2000, sono state poste le basi per la ricostruzione del sistema giuridico burundese, dopo un decennio circa di turbolenza politica e di scontri etnici (ai quali l'Accordo di Arusha ha posto fine, almeno teoricamente poiché in effetti i conflitti proseguono). Le finalità essenziali dell'Accordo di Arusha sono state la realizzazione dello Stato di diritto⁵⁸, la protezione dei diritti dell'uomo, la garanzia di un sistema politico trasparente e la *good governance* (*recte*, trattandosi di uno Stato francofono, la *bonne governance*). Nell'ambito di questo ambizioso (ancorché in larga parte tuttora da attuare) progetto di ristrutturazione istituzionale del Burundi, ha trovato posto anche la figura istituzionale dell'*Ombudsman*. La *Loi sur l'Ombudsman* è stata approvata dal Parlamento del Burundi nel dicembre 2009⁵⁹, venendo quindi promulgata il 25 gennaio 2010. Tenuto conto che nella storia istituzionale burundese non vi sono precedenti provvedimenti istitutivi dell'*Ombudsman*, il primo *Ombudsman* del Burundi si è insediato nel novembre 2010⁶⁰.

L'esigenza di istituire l'*Ombudsman* emerse già al tempo degli accordi sottoscritti ad Arusha. L'*Accord d'Arusha pour la paix et réconciliation au Burundi*, infatti, prevede all'art. 10 (*sub L'Administration*) che la Costituzione del Burundi contempra la figura istituzionale dell'*Ombudsman* indipendente, con funzioni, poteri, ecc., che devono essere disciplinati dalla legge (in attuazione del dettato costituzionale)⁶¹. La Costituzione provvisoria del Burundi, promulgata il 28 ottobre 2004, ha previsto

⁵⁷ Sul peculiare ruolo delle *élites dirigeantes* nei processi di pacificazione e di ricostruzione *post*-conflitto nella regione centroafricana dei Grandi Laghi, v. G.-E. Demba, *Élites dirigeantes, sortie de crise et reconstruction post-conflit dans les états africains de la région des grands lacs 1990-2013*, tesi di dottorato (sostenuta il 31-1-2014) presso l'*École doctorale de droit* dell'*Université Jean Moulin Lyon III* (Lione).

⁵⁸ Cfr. ampiamente, sullo sviluppo del diritto e delle istituzioni del Burundi, J.-M. Baramboma, S. Makoroka, V. Sagaert, R. van Ransbeeck (dir), *L'État du droit au Burundi après 50 ans d'indépendance*, Bruxelles, Bruylant, 2014 (si tratta – almeno per quanto a mia conoscenza – del solo volume dedicato a una disamina globale del sistema giuridico burundese attualmente vigente).

⁵⁹ Per una completa disamina dei lavori preparatori, nonché del relativo dibattito dottrinale, v. J. Nimubona, *De l'opportunité et de l'effectivité de l'institution de l'Ombudsman en matière de la médiation administrative au Burundi*, Bujumbura, Université du Burundi - Chaire UNESCO en Education à la paix et Résolution Pacifique des Conflits, 2009 (sono grato alla *Bibliothèque de la Chaire Unesco* dell'Università di Bujumbura per avermi cortesemente messo a disposizione questa pubblicazione, che non è evidentemente facile reperire altrove).

⁶⁰ Si tratta di Cheikh Mohamed Rukara Khalfan, che ha prestato giuramento quale *Ombudsman* il 23 novembre 2010. Nel *website* del *Bureau de l'Ombudsman du Burundi* (www.ombudsman.bi), non diversamente da quanto si è visto per l'esperienza ugandese (v. *supra*, nel paragrafo precedente, in fine), si trova inserita la seguente esortazione a combattere la corruzione: *Tolérance Zéro! Contre toute forme de malversation et de corruption*.

⁶¹ V., nell'art. 10 dell'*Accord d'Arusha*, i n. 7-10.

l'istituto dell'*Ombudsman*, la cui regolamentazione si trova contenuta negli art. 237-239 della *Constitution intérimaire post-transition*. Non diversamente, l'attuale Costituzione del Burundi, ovvero la c.d. *Constitution post-transition* promulgata il 18 marzo 2005⁶², dedica gli art. 237-239 all'*Ombudsman*⁶³.

Se, come si è visto innanzi, l'*Ombudsman* creato in Burundi in conformità all'Accordo di Arusha non trova precedenti – in senso stretto – nella storia istituzionale burundese, nondimeno esso è accostabile – in senso ampio – ad una peculiare istituzione tradizionale del Burundi. Il riferimento va inteso ai *bashingantabe* (sing. *mushingantabe*) che, secondo il diritto consuetudinario del Burundi, servono a mediare tra le parti in conflitto, ricercando una soluzione equa che valga a porre termine, nei casi specifici, alle condotte arbitrarie e agli abusi, specialmente posti in essere dai capi/dirigenti a danno delle persone umili, in maniera tale insomma da “dare voce ai senza voce”. Ed infatti – è stato osservato – che «In riferimento a ogni collina, l'autorità è detenuta dai notabili denominati *bashingantabe*. Essi intervengono su tutte le questioni concernenti la vita della collina, cercano di comporre le dispute e partecipano alle cerimonie più importanti come i matrimoni, le nascite, i decessi. Il *mushingantabe* deve avere una venerabile età ed essere sposato; la sua autorità non è determinata dallo status o dalla ricchezza, ma soltanto dalla saggezza riconosciuta da tutti gli abitanti della collina»⁶⁴. In considerazione di quanto appena detto, non stupisce dunque che vi siano state proposte volte a denominare l'*Ombudsman* del

⁶² La storia costituzionale del Burundi è stata non poco movimentata. Si sono succedute ben otto Costituzioni, rispettivamente approvate nel 1974, 1981, 1992, 1994 (*Convention de gouvernement*), 1998 (*Acte constitutionnel de transition instituant un partenariat de gouvernement entre l'UPRONA et le FRODEBU*), 2001 (*Constitution de transition*), 2004 (*Constitution intérimaire*) e 2005 (*Constitution post-transition*). Sono attualmente in fase di discussione progetti di revisione, ovvero anche più radicalmente di abrogazione, della Costituzione del 2005: v. S. Vandeginste, *Une nouvelle Constitution pour le Burundi? Un défi pour la Charte africaine de la démocratie, des élections et de gouvernance*, Antwerp, 2013.

⁶³ La legge sull'*Ombudsman* del Burundi, promulgata nel 2010, è già stata menzionata sopra, in questo paragrafo.

⁶⁴ Così leggesi in S. Allovio, *Burundi. Identità, etnie e potere nella storia di un antico regno*, Torino, 1997, 73. Sul diritto consuetudinario del Burundi, studiato in particolare da autori belgi, v. P. Rickmans, *Notes sur les institutions, mœurs et coutumes de l'Urundi*, in *Rapport d'administration*, 1925, 34 ss.; A. Delacaw, *Le droit coutumier des Burundi*, in *Congo*, 1936, 332 ss. (parte I), e 481 ss. (parte II); A. Gille, *Notes sur l'organisation des Burundi*, in *Bull. des Juridictions Indigènes et du Droit Coutumier Congolais*, 1937, 75 ss.; F.M. Rodegem, *Structures judiciaires traditionnelles au Burundi*, in *Rev. Jur. de Droit Ecrit et Coutumier du Ruanda et du Burundi* (Bujumbura), 1966, n. 1, 5 ss. Per il periodo coloniale, v. J. Gahama, *Le Burundi sous l'administration belge. La période du mandat 1919-1939*, Paris, 1983; J.-P. Chrétien, *Féodalité ou féodalisation du Burundi sous le mandat belge*, in *Etudes africaines offerts à H. Brunschwig*, Paris, 1982, 367 ss.; P. Ryckmans, *Rapport sur l'administration belge des territoires occupés de l'Est-Africain Allemand et spécialement du Ruanda et de l'Urundi*, Bruxelles, 1921 (Pierre Ryckmans fu regio Governatore coloniale per il Belgio dei territori di Ruanda-Urundi); J. Perraudin, *L'œuvre civilisatrice de la Belgique au Ruanda-Urundi*, in *Grands lacs*, n. 121, 1949, 53 ss.

Burundi utilizzando espressioni del diritto tradizionale burundese, e in particolare richiamando funzioni e poteri del c.d. sistema *bashingantabe*⁶⁵. Ciò, al fine di gestire mediante il ricorso ad autorità che hanno un radicamento tradizionale la difficile fase della transizione democratica. Bene è stato osservato – a proposito del Burundi – che, in una scala ideale che va dal successo al fallimento della transizione verso la democrazia multi-partitica, si può collocare ad un estremo l’esperienza «miracolosa» del Sudafrica e, all’estremo opposto, la vicenda «apocalittica» del Ruanda – segnata dalla «violenza abissale» dell’*African Holocaust*⁶⁶ – laddove invece il Burundi «though spared the agonies of her neighbour, has not fared much better»⁶⁷.

Venendo, comunque, al sistema giuridico del Burundi contemporaneo, i compiti fondamentali dell’*Ombudsman* sono definiti nell’art. 237 della Costituzione e nell’art. 6 della legge sull’*Ombudsman*. Essi riguardano, in primo, luogo, l’esame delle richieste dei cittadini, concernenti presunti abusi e condotte improprie posti in essere da organi o funzionari pubblici, inclusi gli appartenenti all’ordine giudiziario.

⁶⁵ Cfr.: P. Manirakiza, *La nouvelle institution d’Ombudsman au Burundi: potentialités et défis*, in *Rev. jur. pol.*, 2012, 481 ss.; B. Ingelaere, *Les attentes envers la justice transitionnelle au Burundi vues par le bas*, in *L’Afrique des Grands Lacs. Annuaire*, 2009-2010, 33 ss.; Z. Manirakiza, *La justice transitionnelle pour la paix sociale. Le système bashingantabe au Burundi*, s.n.t. (ma Bujumbura, 2007); C. Deslaurier, *Le «bushingantabe» peut-il réconcilier le Burundi?*, in *Politique africaine*, n. 92, 2003, 76 ss.; V. Lohse, *Bashingantabe – Traditionelle Gerichte in Burundi mit unterbrochener Tradition*, in *Verfassung und Recht in Übersee*, 2003, 590 ss. Ogni aspetto si trova ora esaminato da É. Matignon, *La justice en transition. Le cas du Burundi*, Clermont-Ferrand - Paris, 2013 (opera poderosa, che consta di 662 pp.). Per un esame comparativo, v. altresì F. Reyntjens, S. Vandeginste, *Démarches traditionnelles de négociation et de médiation: Burundi, Rwanda, Congo*, in L. Reychler, T. Paffenholz (dir), *Construire la paix sur le terrain: mode d’emploi*, Bruxelles, 2001, 150 ss. D.W. Nabudere, A. Velthuisen (Eds), *Restorative Justice in Africa. From Trans-Dimensional Knowledge to a Culture of Harmony*, Pretoria, 2013. Le *Bashingantabe* sono – come è stato correttamente detto – *keepers of the peace* (v. L.-M. Nindorera, *Keepers of the Peace: Reviving the Tradition of Bashingantabe in Burundi*, Cape Town, 1998) poiché svolgono una funzione tradizionale di risoluzione dei conflitti, inclusi quelli di natura interetnica (nonché, in senso lato, politica), mediante l’intervento del consiglio degli anziani, i cui membri sono ritenuti dai burundesi *impartial, truth loving, and of high moral standards*.

⁶⁶ Cfr. T. Riot, *Les politiques de «loisir» et le génocide des Tutsi rwandais. Du racisme culturel aux donjons de la mémoire (1957-2013)*, in *Politique africaine*, n. 133, 2014, 131 ss., che analizza le politiche culturali del dopo-genocidio, con particolare riferimento alle iniziative intraprese (nel settore dell’educazione morale) dai movimenti giovanili cattolici in Ruanda. Sugli strumenti di intervento psicosociale per la ricostruzione della pace in Ruanda, v. anche E. Sherti, *Génocide et reconstruction de la paix au Rwanda*, Paris, 2014. Si segnala, altresì, che il ruolo svolto dall’ONU nel conflitto civile ruandese (attraverso la *United Nations Assistance Mission for Rwanda-UNAMIR*) è stato fatto oggetto di considerazioni molto critiche: v. L. Russi, *Cynicism and Guilt in International Law after Rwanda*, in 14 *Global Jurist*, 72 (2014)., e inoltre E. Decaux, *Les Nation Unies et la région des Grands Lacs*, in *Politique africaine*, n. 68, 1997, 32 ss.; F. Bouchet Saulnier, *L’ONU et le génocide des rwandais tutsis: politique virtuelle et intelligence artificielle à l’épreuve du monde réel*, in *Les Temps Modernes*, n. 583, 1995, 272 ss.

⁶⁷ Cfr. R. Lemarchan, *Managing Transition Anarchies: Rwanda, Burundi, and South Africa in Comparative Perspective*, in 32 *J. Mod. Afr. Stud.* 581 (1994). Nella prospettiva comparatistica, v. anche M. Gahungu, *Burundi et Rwanda: réconcilier les ethnies*, Paris, 2013; J. Gilbert, *Constitutionalism, ethnicity and minority rights in Africa: A legal appraisal from the Great Lakes region*, in 11 *Int’l J. Const. L.* 414 (2013); R. Lemarchand, *Consociationalism and Power Sharing in Africa: Rwanda, Burundi and the Democratic Republic of the Congo*, in 106 *Afr. Aff.* 1 (2007), 1 ss.; D. Goyvaerts (Ed.), *Conflict and Ethnicity in Central Africa*, Tokyo, 2000; R. Cavalieri, *Balceni d’Africa. Burundi, Rwanda, Zaire: oltre la guerra etnica*, Torino, 1997.

In secondo luogo, speciale enfasi viene posta sulle funzioni di mediazione e di conciliazione dell'*Ombudsman*. Ovviamente, l'*Ombudsman* non costituisce un organo giudiziario, e quindi le sue funzioni nel settore della conciliazione non vanno confuse, né interferiscono, con le analoghe funzioni esercitate dalle corti di giustizia, le quali pure possono – e, in relazione a certi tipi di vertenze, debbono – esperire il tentativo di conciliazione tra le parti. D'altro canto, un ulteriore profilo di differenziazione tra la conciliazione effettuata dai giudici e quella di competenza dell'*Ombudsman* risiede nel fatto che i magistrati burundesi hanno necessariamente una formazione giuridica, laddove invece per ricoprire la carica di *Ombudsman* del Burundi sono “spendibili” anche diversi titoli di studio, come le lauree in scienze politiche, sociologia, storia o anche lingue straniere. Cosicché, emerge anche da questo punto di vista che la mediazione e conciliazione effettuata dall'*Ombudsman* non hanno certamente luogo su basi esclusivamente “legalistica”. In terzo luogo, l'*Ombudsman* può anche esercitare funzioni di natura politica, che si inquadrano nel sistema della democrazia consociativa sopra delineata. Questo perché l'*Ombudsman* può essere delegato dal Presidente della Repubblica a svolgere un compito di mediazione e riavvicinamento tra le forze politiche, in relazione a questioni che possono rivestire interesse sia regionale che nazionale e persino internazionale. Le formulazioni normative applicabili al caso *de qua* sono piuttosto vaghe, ma comunque esse paiono destinate a trovare applicazione nei casi in cui lo stesso Capo dello Stato sia impegnato in un'opera di mediazione tra le parti/forze politiche in conflitto, potendo quindi il Presidente della Repubblica valersi dell'aiuto dell'*Ombudsman* nel condurre le attività di mediazione tra i partiti (e i gruppi etnici, cosa particolarmente rilevante per il Burundi, tenuto conto della storica rivalità tra le comunità Hutu e Tutsi), specialmente nella fase preparatoria (incontrando le parti in conflitto), ma altresì nella fase di implementazione degli accordi, per monitorare cioè costantemente il loro adempimento. In quarto (e ultimo) luogo, l'ordinamento burundese attribuisce all'*Ombudsman* il compito generale di vigilare, nella qualità di “osservatore”, sul funzionamento degli apparati della pubblica amministrazione.

5. – Osservazioni conclusive (concernenti non soltanto il contesto africano) tra comparazione per modelli e comparazione per problemi: a) la difesa civica à la lumière du droit comparé; b) la tutela dei diritti umani

fondamentali, tra universalismo e relativismo; c) la democrazia e i processi di democratizzazione, nelle diverse tradizioni giuridiche

Le riflessioni conclusive possono utilmente svolgersi intorno ad alcuni nuclei tematici.

Sulla base dell'analisi condotta nei paragrafi precedenti, e quindi focalizzando l'attenzione sui *case studies* di Sudafrica, Uganda e Burundi, verranno esaminate comparativamente le tipologie degli *Ombudsmen* nelle esperienze di società in transizione dell'Africa subsahariana. Inoltre, si procederà ad un ulteriore raffronto comparativo tra la concezione dei diritti umani nell'Africa nera, da un lato, e, dall'altro lato, nella *western legal tradition*. Infine, saranno presi in considerazione i modelli di democratizzazione che emergono dall'esperienza comparatistica, intesa quest'ultima come macrocomparazione intersistemica. Le riflessioni di cui ai due punti da ultimo menzionati saranno finalizzate ad operare una valutazione prospettica sul futuro ruolo dell'*Ombudsman* in Africa subsahariana, nel quadro delle istituzioni per la tutela dei diritti fondamentali e della dignità umana, oltretutto per la promozione del buon governo e della democrazia.

A) Quanto al primo aspetto, possiamo muovere dalla constatazione che esistono differenti modelli per la protezione dei diritti umani e la difesa dei diritti e degli interessi dei cittadini (al di fuori, naturalmente, delle competenze degli organi giurisdizionali)⁶⁸. Tenuto conto dell'orientamento funzionale che deve essere seguito nello studio del diritto comparato, cosicché – come bene è stato detto, proprio a proposito dell'*Ombudsman*⁶⁹ – bisogna partire dall'esame della funzione, ossia del *tertium comparationis*, per effettuare con correttezza di metodo la comparazione tra istituzioni, a prescindere dunque dalle definizioni nominalistiche, dalle qualificazioni formali e dalle soluzioni organizzative, in modo appunto da impostare la ricerca comparatistica (e i suoi risultati, ossia in particolare la formulazione di ipotesi) in termini funzionali, possiamo passare a osservare come all'attenzione dello studioso si presentino, nel caso specifico dell'*Ombudsman*, (almeno) tre modelli. Abbiamo, innanzi tutto, il modello – o sistema – unitario, nel quale le funzioni sopra indicate

⁶⁸ Si veda L.F.M. Besselink, *Types of National Institutions for the Protection of Human Rights and Ombudsman Institutions: An Overview of Legal and Institutional Issues*, in K. Hossain, L.F.M. Besselink, H. Selassie Gebre Selassie, E. Völker (Eds), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National Experiences throughout the World*, cit., 157 ss.

⁶⁹ Cfr. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, 92.

sono attribuite a una sola istituzione, sia essa (variamente) denominata Commissione per i diritti umani ovvero *Ombudsman*. Troviamo, poi, il modello – o sistema – duale, che si ha negli ordinamenti dove sono stati creati sia la Commissione per i diritti dell'uomo che il Difensore civico. Una ulteriore variante consiste nel modello – o sistema – multi-organo, laddove non soltanto siano istituiti l'*Ombudsman* e la Commissione per i diritti umani, ma vi siano altresì altri organi od organismi, i quali hanno il compito di promuovere la *good governance* (attraverso l'esame dei reclami presentati dai cittadini), nonché di proteggere i diritti umani fondamentali. È chiaro che, nel primo modello/sistema le competenze dell'istituzione per la tutela dei diritti umani sono tendenzialmente estese, nel secondo modello/sistema le competenze medesime sono ripartite (secondo misure variabili) tra i due organi istituiti per la protezione dei diritti dei cittadini e, nel terzo modello/sistema, poiché siamo in presenza di una pluralità di organi, organismi, istituzioni, gli stessi avranno competenze più limitate, attribuite (dalla Costituzione, dalle leggi, dai regolamenti, e via dicendo) a ciascuno di essi.

Se, ora, vogliamo inserire in questa griglia concettuale i casi sopra esaminati, troviamo che in Sudafrica si realizza il terzo modello o sistema, dal momento che al *Public Protector* si aggiungono sia la *Human Rights Commission* che altri organi, quali la *Commission for Gender Equality*, la *Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities*, ecc.⁷⁰ Le competenze, almeno sulla carta, sono ripartite abbastanza rigidamente tra le varie istituzioni nazionali per la promozione e protezione della *good governance* e dei diritti umani, tanto è vero che sono state concluse apposite intese tra le istituzioni medesime qualora esse abbiano deliberato di effettuare attività congiunte (o, comunque, coordinate) nei settori di rispettiva competenza. Ad ogni modo, anche nel modello/sistema multi-organo, l'*Ombudsman* finisce per tutelare – quantomeno indirettamente – i diritti umani fondamentali, come ha dimostrato l'esperienza sopra esaminata dal Sudafrica *post-apartheid*. Con riguardo, poi, al caso dell'Uganda, esso si avvicina a quello del Sudafrica, ma innanzitutto non troviamo la pluralità (*recte*: più di due) istituzioni per la promozione/protezione dei diritti umani e della *good governance*. Ci muoviamo, dunque, nel contesto del modello, o sistema, duale. La separazione delle funzioni tra l'*Inspector-General of Government* e la *Human Rights Commission*, inoltre, è meno rigida

⁷⁰ V. *retro*, nel paragrafo 2.
www.dpce.it

che nel modello (multi-organo) sudafricano, cosicché in particolare non è emersa in Uganda la necessità della sottoscrizione di intese, accordi, protocolli operativi, come avvenuto invece in Sudafrica. Nel Burundi, infine, forse anche a causa della recente (nel 2011) creazione della *Commission nationale indépendante des droits de l'homme*, la differenziazione delle competenze rispetto all'*Ombudsman* è tuttora piuttosto incerta, cosicché si propone di assorbire le competenze della Commissione per i diritti dell'uomo in quelle dell'*Ombudsman* ovvero di procedere nel senso inverso, accorpando cioè le competenze del Difensore civico in quelle della Commissione per i diritti umani fondamentali. In entrambi i casi, quindi, si avrebbe la transizione dal modello dualista a quello monista.

B) Quanto al secondo dei nuclei tematici (o snodi concettuali) enunciati in apertura del presente paragrafo, si tratta di prendere in considerazione la dimensione africana dei diritti fondamentali, rispetto al costituzionalismo occidentale⁷¹. I diritti universali occidentali, infatti, sono storicamente il portato della cultura liberale occidentale. Se un'impostazione radicale tende a trasformare la nozione stessa di diritti universali, affievolendoli a diritti particolari, cosicché i diritti fondamentali africani sarebbero diritti antagonistici nei confronti dei diritti umani nella visione occidentale⁷², anche chi ritiene più dialettico che conflittuale il rapporto tra costituzionalismo africano e costituzionalismo occidentale finisce con il fare riferimento a un «universalismo sensibile alle differenze», ovvero a un «universalismo situato»⁷³.

⁷¹ Cfr., per esempio, A. de Waal, *Human Rights in Africa: Values, Institutions, Opportunities*, in K. Hossain, L.F.M. Besselink, H. Selassie Gebre Selassie, E. Völker (Eds), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National Experiences throughout the World*, cit., 759 ss.; J.C. Mubangizi, *Towards a New Approach to the Classification of Human Rights with Specific Reference to the African Context*, in 4 *Afr. Hum. Rts. L.J.* 93 (2004).

⁷² Muovendo in tale direzione, i diritti universali occidentali costituirebbero uno strumento di legittimazione ideologica dei valori nonché degli interessi (politici ed economici) dei Paesi dell'Europa occidentale e dell'America settentrionale. Sul tema, v. A. Panaino, P. Ognibene (cur.), *La tutela dei diritti umani. Modelli ed ideologie a confronto*, Milano-Udine, 2009; E. Pariotti, *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Padova, 2013 (spec. 193 ss.).

⁷³ Cfr. la condivisibile disamina di R. Orrù, *La promozione dei diritti nello spazio dell'Africa subsahariana*, in C. Amato, G. Ponzanelli (cur.), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, 213 ss. V., inoltre, A. Algostino, *La tradizione europea dei diritti umani universali e i suoi rapporti con le altre culture giuridiche*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002, 379 ss., e in particolare *sub 3, Diritti universali o diritti occidentali?*, 402 ss., dove l'autrice, a proposito della «presunta occidentalità dei diritti dell'uomo», si pone la seguente domanda: «quanto influisce sulla condivisibilità, da parte di tutti gli Stati e di tutti gli uomini, dei diritti oggi proclamati universali, la considerazione che i diritti umani nascono e si sviluppano nell'ambito della cultura liberale occidentale?» (v. 402).

L'universalità dei diritti dell'uomo viene spesso enfatizzata, anche allo scopo di fornire una replica convincente al relativismo culturale⁷⁴, e ciò è avvenuto con frequenza – nell'ambito delle organizzazioni internazionali – proprio con riguardo al continente africano. Per esempio, l'allora Segretario generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, aprendo il 16 marzo 1998 i lavori della cinquantaquattresima sessione della *United Nations Commission on Human Rights* tenutasi a Ginevra, ebbe ad affermare quanto segue: «Alcuni africani ancora interpretano la preoccupazione per i diritti umani come il lusso di un uomo ricco per cui l'Africa non è pronta, o ancora una cospirazione imposta dall'Occidente industrializzato. Trovo questi pensieri avviliti per la dignità umana che dimora in ogni cuore africano. [...] I diritti umani sono i diritti africani. Essi sono i diritti asiatici, i diritti europei, i diritti americani. Non appartengono ad alcun governo e non sono limitati ad alcun continente, poiché essi sono fondamentali e connaturati all'intera umanità»⁷⁵.

Assai rilevante – a me pare – è altresì la critica verso il relativismo etico-culturale, abbinata peraltro alla più generale contestazione dello stesso individualismo, che è sottesa alla tesi dei diritti naturali sostenuta dalla Chiesa cattolica (nelle dimensioni sia teologico-filosofica che politico-giuridica del cristianesimo, le quali entrambe intersecano il tema dei diritti umani⁷⁶); tali tesi, infatti, implicano una diversa concezione dei diritti umani, ovvero un differente approccio metodologico allo studio dei diritti dell'uomo, dal momento che muovono dalla necessità del riconoscimento del fondamento trascendente dei diritti medesimi⁷⁷.

⁷⁴ In relazione all'Africa, specificatamente nell'ottica della resistenza alla “*Westernization*” dei valori culturali africani, v. per esempio B. Ibhawoh, *Cultural Relativism and Human Rights: Reconsidering the Africanist Discourse*, in 19 *Netherlands Q. Hum. Rts.* 43 (2001), sui c.d. *African values* e la concezione afrocentrica dei diritti umani, quest'ultima considerata quale *valid worldview* che, però, non abroga il valore universale dei diritti umani (ed il relativo regime internazionale), bensì invece fonda filosoficamente la legittimazione degli stessi *universal human rights* nel peculiare contesto africano.

⁷⁵ Lo statement del Secretary-General Annan indicato nel testo si trova riportato (nella trad. it.) in C. Visconti, *Africa e diritti umani. Dalle carte costituzionali al sistema africano di protezione dei diritti umani*, Padova, 2012, 7 s.

⁷⁶ Cfr. M. Ventura, *Cristianesimo e diritti umani*, in M. Flores, T. Groppi, R. Pisillo Mazzeschi (cur.), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, I, cit., 244 ss. (ed *ivi* l'affermazione per cui «È impossibile pensare i diritti umani senza cristianesimo», cfr. 244)

⁷⁷ Vedasi (oltre all'opera citata nella nota che precede) F. Casale, *Cristianesimo e diritti umani nell'era della globalizzazione*, Salerno, 2006; D. Menozzi, *Chiesa e diritti umani. Legge naturale e modernità politica dalla Rivoluzione francese ai nostri giorni*, Bologna, 2012 (su cui v. pure l'interessante recensione di L. Ozzano, *Chiesa, modernità e biopolitica*, in *Storia del pensiero politico*, 2014, 162 ss.); S. Prisco, *Le radici religiose dei diritti umani e i problemi attuali*, in Id., *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino, 2014, 111 ss. *Adde* W. Waldstein, *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*, Torino, 2014.

Resta fermo, comunque, il fatto che (almeno attualmente) nell’Africa subsahariana i diritti collettivi o comunitari (che gli antropologi del diritto chiamano diritti di solidarietà, «intesi come diritti a titolarità non più individuale, ma collettiva»⁷⁸) prevalgono sui diritti individuali, e inoltre nella tradizione giuridica africana i diritti sono ampiamente accompagnati dai doveri, il diritto stesso si confonde con l’etica politica, i diritti soggettivi non sono riconosciuti *a priori* ma conferiti *a posteriori*⁷⁹. Per la filosofia africana dei diritti, d’altra parte, i c.d. diritti di sussistenza (o diritti di sopravvivenza, altrimenti detti *survival rights*), e dunque essenzialmente il diritto all’acqua, al cibo, all’assistenza sanitaria (specialmente alle cure mediche), nonché all’abitazione, vengono prima – ossia sono da tutelare con maggiore intensità – degli stessi diritti civili e delle libertà classiche, non escluso tra questi ultimi il diritto di proprietà⁸⁰. In definitiva, i «diritti» (soggettivi) del lessico giuridico occidentale non hanno certamente un significato analogo nel contesto dell’Africa subsahariana, né dal punto di vista contenutistico né sotto il profilo del loro posizionamento gerarchico nelle carte o dichiarazioni dei diritti (atteso che, come si è appena detto, i *survival rights* sono sovraordinati ai classici *civil rights and liberties*).

C) Collegato al tema dei diritti fondamentali, nella dimensione di una comparazione che non sia soltanto per modelli ma anche per problemi, è altresì l’aspetto concernente i processi di democratizzazione in Africa subsahariana, e quindi la stessa concezione della democrazia⁸¹ nei Paesi dell’area in questione⁸². Se

⁷⁸ Cfr. N. Rouland, *I fondamenti antropologici dei diritti dell’uomo*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1998, spec. 267 s.

⁷⁹ Si vedano, sul piano della tutela sia nazionale che sovranazionale (“regionale” africana), R. Orrù, *Il sistema regionale africano dei diritti: aspetti sostanziali e profili procedurali*, in L. Mezzetti, C. Pizzolo (cur.), *Diritto processuale dei diritti umani*, Rimini, 2013, 287 ss.; Id., *I diritti e le libertà fondamentali dell’uomo in Africa tra consacrazione costituzionale e garanzia sovranazionale*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, cit., 487 ss.; G. Pascale, *La tutela dei diritti umani in Africa: origini, istituzioni e attività della Corte africana dei diritti dell’uomo e dei popoli*, in *Comun. internaz.*, 2012, 567 ss.; T. Nhlapo, E. Arogundade, H. Garuba (Eds), *African Culture, Human Rights and Modern Constitutions*, Cape Town, 2013; G. Verdirame, *Human Rights and African Constitutions: Some Observations*, in V. Piergigli, I. Taddia (Eds), *International Conference on African Constitutions* (Bologna, 26 e 27-11-1998), pref. G. de Vergottini, Torino, 2000, 107 ss. Per i profili comparativi (sostanziali e processuali), v. L. Cappuccio, A. Lollini, P. Tanzarella, *Le corti regionali tra stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, pref. M. Cartabia, Napoli, 2012. Si è rilevato, peraltro, che il sistema africano regionale di protezione dei diritti umani sembra più desideroso di salvaguardare gli interessi proprio degli Stati che di tutelare effettivamente i diritti umani in Africa; si veda, in tal senso, G. Bekker, *The African Court on Human and Peoples’ Rights: safeguarding the Interests of African States*, in 51 *J. Afr. L.* 151 (2007).

⁸⁰ Pone giustamente in evidenza questi aspetti B. Pasa, *La tradizione giuridica africana*, in G. Ajani, B. Pasa, *Diritto comparato. Casi e materiali*, cit., 603 ss., in particolare 622.

⁸¹ Per un aggiornato quanto dettagliato riordinamento concettuale delle relative categorie, v. S. Petrucciani, *Democrazia*, Torino, 2014, il quale traccia uno scrupoloso profilo sia storico che teorico della democrazia (e delle dottrine democratiche). Su modelli, strutture e principi della democrazia, considerati nella prospettiva

anche non si vuole accogliere la tesi per cui la democrazia, quale patrimonio della civiltà (o tradizione) giuridica occidentale, si va diffondendo nel mondo secondo meccanismi di “esportazione” dei valori occidentali, e quindi si considera invece che la democrazia sia da ritenere un valore universale «non in quanto praticato ovunque, ma nel senso di un valore accettato al punto che l’instaurazione di un sistema democratico non richiede più giustificazione»⁸³, bisogna comunque tenere conto del fatto che la stessa condivisione della democrazia come valore non è certamente radicata ovunque nel mondo contemporaneo. Ciò vale, in particolare, per gli Stati africani subsahariani. Secondo una classificazione proposta nell’ambito degli studi di diritto costituzionale comparato⁸⁴, che mi pare del tutto aderente alla realtà istituzionale dell’Africa a sud del Sahara (con poche eccezioni, tra cui il Sudafrica come si osserverà fra breve), dal punto di vista dell’accoglimento della democrazia come valore si possono individuare (sia pure a grandi linee) diversi gruppi di Stati. Orbene – per quanto qui interessa – soltanto il Sudafrica è da collocare tra gli Stati costituzionali, che cioè prevedono e tutelano tanto le libere elezioni quanto il pluralismo sociale e la garanzia dei diritti fondamentali⁸⁵, mentre invece Uganda e Burundi rientrano nel gruppo degli Stati autocratici, ossia sono da comprendere nella tipologia delle “democrazie di facciata” (nelle quali è dato constatare, in primo luogo, che le elezioni sono controllate dall’alto⁸⁶, con la conseguenza che il multipartitismo frequentemente occulta una situazione caratterizzata dal monopartitismo di fatto⁸⁷).

comparativa (e della teoria della comparazione, oltretutto naturalmente della teoria democratica), v. inoltre D. Held, *Models of Democracy*, Cambridge, 2006, trad. it. *Modelli di democrazia*, Bologna, 2007; E. Somaini, *Geografia della democrazia*, Bologna, 2009.

⁸² Cfr. B. Guèye, *La démocratie en Afrique: succès et résistances*, in *Pouvoirs*, n. 129, 2009, 5 ss.; J.-F. Bayart, *La démocratie à l’épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne*, *ivi*, 27 ss.

⁸³ Così C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2009, 329.

⁸⁴ Cfr. C. Pinelli, *op. cit.*, 329 ss.

⁸⁵ Con la precisazione che pluralismo sociale e garanzia dei diritti fondamentali, negli Stati costituzionali, sono elementi costitutivi dell’assetto democratico, e non hanno soltanto la funzione di permettere lo svolgimento di libere elezioni.

⁸⁶ Come rileva G. Carbone, *L’Africa. Gli stati, la politica, i conflitti*, Bologna, 2012, 193, si tratta di *regimi elettorali di facciata* (o *pseudodemocrazie*, in cui la consultazione e l’esito elettorale sono interamente controllati dall’alto) (i corsivi sono dell’autore). Ma v. anche S. Bellucci, *Africa contemporanea. Politica, cultura, istituzioni a sud del Sahara*, pref. M. Mamdani, Roma, 2010, 178 ss., che parla di «democrazia (solo) elettorale».

⁸⁷ In tal senso, v. R. Orrù, *Africa e democrazia liberale: un intreccio possibile?*, in A. Di Giovine, S. Sicardi (cur.), *Democrazie imperfette*, Torino, 2005, 239 ss., ed *ivi* in particolare 257; cfr., inoltre L. Castellani, *I partiti politici nel diritto dell’Africa occidentale*, in P. Cendon (cur.), *Scritti in onore di R. Sacco*, cit., 93 ss.

Tutto ciò, inclusa dunque la consapevolezza, da un lato, dei problemi di metodo nell'analisi comparata dei diritti (e delle libertà) fondamentali⁸⁸, nonché, dall'altro lato, delle specificità dei diritti soggettivi nel peculiare contesto africano (segnato dalla imprescindibile diversità culturale), non può essere privo di ricadute anche nel settore delle istituzioni per la promozione e la protezione dei diritti umani fondamentali, della *good governance* e della stessa democrazia (con inevitabili ripercussioni sul corretto approccio metodologico allo studio di tali problematiche che deve essere seguito da parte dei comparatisti costituzionalisti). Ne discende, quindi, che il livello di protezione (in disparte ogni considerazione su corruzione, abusi d'autorità, comportamenti impropri della pubblica amministrazione, fenomeni questi notoriamente assai diffusi in Africa nera) dei diritti fondamentali dell'uomo, compreso l'intervento dell'*Ombudsman* la cui incisività (anche in considerazione dei risultati raggiunti, i quali in verità talvolta appaiono piuttosto scoraggianti) deve essere accresciuta⁸⁹ per garantire una qualità accettabile dei servizi erogati dalle amministrazioni pubbliche, sarà tendenzialmente meno elevato rispetto agli *standards* europei e nordamericani⁹⁰, in virtù non soltanto della peculiare concezione africana

⁸⁸ Sul tema, v. G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, ed *ivi* spec. 254 s., dove bene si evidenzia – a proposito del sistema africano di protezione dei diritti umani e dei popoli – che secondo i valori tradizionali della civiltà africana i doveri rappresentano una «categoria parallela a quella dei diritti». Anche L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., 90 ss., pone efficacemente in luce le possibili differenze di impostazione, nonché di definizione e di classificazione, in materia di diritti, libertà, facoltà e doveri.

⁸⁹ Al conseguimento di questo scopo contribuisce il dialogo tra gli *Ombudsman* africani, nonché la creazione di centri di ricerca dedicati alla difesa civica. Così è avvenuto, rispettivamente, per l'*African Ombudsman and Mediators Association* (AOMA), con sede a Pretoria, della quale fanno parte trentanove *Ombudsman* africani, e per l'*African Ombudsman Research Centre* (AORC), costituito presso l'*University of KwaZulu-Natal (Howard College Campus)* di Durban (Sudafrica). Tra le ultime iniziative, si segnala che AOMA (presieduto dall'*Ombudsman* dell'Angola dott. Paolo Tjipilica) e AORC (presieduto dal *Public Protector* del Sudafrica avv. Thuli Mdonsele, che è anche *Executive Secretary* dell'AOMA), hanno organizzato a Johannesburg, dal 25 al 26 febbraio 2014, l'*African Ombudsman Summit*, sul tema generale *Strengthening Good Governance in Africa through the Role of the Ombudsman*; al termine dei lavori del *Summit* sudafricano, è stata approvata la «Dichiarazione di Johannesburg», che impegna gli Stati africani a includere l'*Ombudsman/Public Protector* tra i «guardiani» della *good governance*. La «Dichiarazione di Johannesburg» del 2014 impegna, in particolare, gli Stati africani a rispettare dieci *standards* minimi allorché istituiscono e/o regolano la figura dell'*Ombudsman* (o del *Public Protector*); fra di essi, compare in primo luogo la garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza dell'*Ombudsman*, come anche la sua previsione – quantomeno in via preferenziale – nel dettato costituzionale dei singoli Paesi, in modo da metterlo al riparo da modificazioni disposte con legge ordinaria del Parlamento (cfr. *Ombuds summit adopts pioneering declaration*, in *The Public Protector. The official Newsletter of Public Protector South Africa*, 2013/2014, 5; gli altri *standards* riguardano il mandato dell'*Ombudsman*, le risorse economiche e il personale assegnato agli uffici della difesa civica, i poteri dell'*Ombudsman*, le modalità di presentazione dei reclami, le condizioni di servizio – ovvero, lo *status* – sia del titolare della carica che dei collaboratori/consulenti, l'imparzialità dell'*Ombudsman* e la sua responsabilità istituzionale).

⁹⁰ Sui quali v., tra i più recenti lavori monografici (in una bibliografia ovviamente sterminata), F. Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, New York, 2014, dove indagine svolta nella prospettiva della comparazione con il sistema federale statunitense; L. Trucco, *Carta dei*
www.dpce.it

dei diritti e dei doveri, sia individuali che (soprattutto) collettivi, della persona umana⁹¹ (nonché della comunità nella quale la persona medesima è integrata – nel senso che «si è persona solo attraverso altre persone», e ciò «ben rappresenta il terreno di incontro fra individualismo occidentale e comunitarismo africano»⁹² –), ma altresì (aspetto quest’ultimo non meno importante, nell’ottica dello studio comparato dei sistemi politico-costituzionali) delle caratteristiche di “democrazia di facciata” di non pochi Stati dell’Africa subsahariana (tra cui, in particolare, due – Uganda e Burundi – su tre dei Paesi principalmente esaminati nel presente contributo).

Qui infine giunto il discorso, tra valutazioni prospettiche e riflessioni sulla situazione attuale in materia di tutela (effettiva⁹³) dei diritti fondamentali e della dignità umana (la diffusione della cultura giuridica dei diritti umani⁹⁴ è ancora da perfezionare⁹⁵, non soltanto in Africa!), si potrebbe facilmente continuare...

diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo, Torino, 2013, la quale esamina accuratamente sia i diritti fondamentali in Europa che le strategie giurisprudenziali elaborate dalla Corte di giustizia dell’UE per la tutela dei diritti medesimi.

⁹¹ Per una efficace dimostrazione del fatto che i diritti collettivi (*group rights*, diritti comunitari) sono diritti umani, v. N. Torbisco Casals, *La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 2001, 271 ss.; Id., *Il dibattito sui diritti collettivi delle minoranze culturali. Un adeguamento delle premesse teoriche*, in questa *Rivista*, 2001, 117 ss. Sulla necessità di bilanciamento tra diritti collettivi e diritti individuali, v. F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2011, 45 ss., i quali esattamente evidenziano la differenza tra diritti collettivi veri e propri (attribuiti esclusivamente a gruppi e da essi soltanto azionabili) e diritti individuali con funzione e a esercizio collettivi, che realizzano cioè la più frequente ipotesi (rispetto alla tipologia appena menzionata dei diritti collettivi in senso stretto) della dimensione collettiva di diritti individuali. Non pare invece utile, e anzi potrebbe ingenerare confusione (o, comunque, incertezze classificatorie), richiamare al riguardo la nozione di libertà collettive (nella specie, si tratterebbe in ipotesi della libertà di associazione), in considerazione soprattutto della critica cui la dottrina più avvertita ha giustamente sottoposto la distinzione tra libertà individuali e libertà collettive: v. G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, cit., 340 ss. Nella letteratura francese, peraltro, le *libertés collectifs* sono (tradizionalmente e) tuttora tenute in considerazione (cfr., *ex multis*, V. Barbé, *L’essentiel du droit des libertés fondamentales*, Paris, 2014; R. Cabrillac, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2014; C. Denizéau, *Droits des libertés fondamentaux*, Paris, 2014).

⁹² Così B. Pasa, *La tradizione giuridica africana*, cit., 623.

⁹³ Poiché non basta la titolarità (*id est*, il riconoscimento) dei diritti umani, senza la loro effettività: cfr., da ultimo, A. Pisanò, *Misurare i diritti umani: le standards-based measures con approccio de facto*, in *Pol. dir.*, 2014, 297 ss.

⁹⁴ Su cui v. G. Guidi, *Serve una rinnovata cultura della partecipazione ripensando alla difesa civica*, cit., 29.

⁹⁵ Se sinceramente si volesse *faire des droits de l’Homme une réalité pour tous* (come ebbe ad affermare l’ex Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, e coordinatore umanitario ONU per la regione dei Grandi Laghi africani, Sergio Vieira de Mello). Ma ciò è davvero possibile, o si utilizza la parola «diritti» (soltanto) per incoraggiare la loro positivizzazione? (come suggerisce L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., 93 s.).



ISSN 2037-6677

2015/2

L'état d'urgence: une (non)normalisation légitime?

The 'état d'urgence': a lawful (non)normalization?

Cristina Gazzetta

Abstract

The measures adopted in the context of contemporary democracies in the fight against international terrorism, especially after September 11, 2001, potentially constitute a threat to the rule of law. The article reflects on the measures taken to maintain the security of the state while respecting the dignity and the right of defense of every individual. In particular, we recall the experience of the United States, Germany, United Kingdom, and Canada. Also, the case of Israel is of interest, as Israeli's Courts have consistently held that the fight against terrorism must always respect the principle of legality and the State can never use this end methods or tools of the terror that the state itself wants to win.

Tag: terrorism, rule of law, security, United States, Germany



L'état d'urgence: une (non)normalisation légitime?

di Cristina Gazzetta

SOMMAIRE: 1. – Avant-propos: démocratie et état d'urgence. 2. – Sécurité et liberté: l'urgence terroriste. 3. – La lutte contre le terrorisme: quelques expériences en comparaison. 3.1 – États-Unis. 3.2 – Canada. 3.3 – Allemagne. 3.4 – Royaume-Uni. 4. – Le droit à la défense et les mesures internationales pour lutter contre le terrorisme. 5. – L'état d'urgence en Israël. 6. – Urgence, détention administrative, décrets de restriction et droits fondamentaux. 7. – Le jugement de la Cour suprême israélienne du 8 mai 2012. 8. – En conclusion.

1. – Avant-propos: démocratie et état d'urgence

Considérée sans doute comme un problème incontestable la relation entre la déclaration de l'état d'urgence et les valeurs démocratiques garanties par la Constitution dans un État qui est obligé de faire face à des situations qui mettent en péril sa sécurité collective, il est nécessaire d'apporter quelques précisions à propos.

La question mérite une attention particulière car, en reconnaissant l'efficacité d'urgence, on pourrait courir le risque de considérer la même comme une exception aux droits fondamentaux¹, en doutant que les mêmes droits fondamentaux pourraient survivre dans les situations d'urgence.

¹ À cet égard voir G. M. Flick, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza*, Conferenza tenuta presso l'Istituto Alti Studi per la Difesa – Roma, 18 febbraio 2011, dans www.astrid-online.it/Libert--di/Studi--ric/Flick_I-diritti-fondamentali-alla-prova-dell-emergenza.pdf.

Mais l'affrontement entre droits et urgence n'est certainement pas nouvel: en fait, Benjamin Franklin avait déjà déclaré que «celui qui abandonnerait la liberté essentielle pour acheter un peu de sécurité temporaire ne mérite ni la liberté ni la sécurité»².

Il faut bien remarquer que l'élément maintenant couramment accepté comme caractérisant la vie d'aujourd'hui, à savoir la globalisation économique et sociale, a apporté des changements radicaux dans la façon de comprendre ces deux facteurs, la liberté et l'autorité (qui émane de toute évidence la déclaration de l'état d'urgence), c'est à dire la dynamique qui caractérise l'évolution de l'État contemporain³ d'un point de vue constitutionnel (de son droit interne) et international (dans ses relations avec d'autres États). Il faut ajouter que, malgré la fin de la Guerre froide, accompagnée de la désintégration du bloc soviétique, à la suite des événements tragiques du 11 Septembre 2011, la peur du terrorisme a apporté avec elle un renversement de la façon de comprendre la démocratie contemporaine, posant la question de savoir si les mesures préventives et répressives pour combattre le terrorisme lui-même, qui est défini comme une situation d'extrême urgence, sont suffisantes pour assurer d'une part la préservation des valeurs de la démocratie et du droit de chaque État et de l'autre la sécurité des citoyens, ou si l'on doit préparer une «*Costituzione di emergenza*» qui, grâce à la fourniture d'instruments appropriés, peut accomplir la tâche de «*salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al terrorismo*»⁴. Il faut faire quelques précisions; en fait, on devra définir la notion d'urgence et des droits fondamentaux pour comprendre la mesure dans laquelle on pourrait garantir la première sans que les secondes seraient violés⁵.

A propos de la définition des droits fondamentaux on peut facilement utiliser les différentes déclarations supranationales, telles que la Déclaration universelle des droits de l'homme du 1948, la Convention pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 1950, ou de la Charte des droits fondamentaux proclamée à Nice en 2000, qui est devenue juridiquement contraignante le 1er

² Voir B. Franklin, *Risposta al Governatore, Assemblea della Pennsylvania, 11 novembre 1755*, dans *The Papers of Benjamin Franklin*, ed. Leonard W. Labaree, 1963, vol. 6, page 242.

³ Il semble à peine nécessaire de rappeler que la forme d'État caractérise «*il rapporto fra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati, e quindi il vario modo di realizzarsi della correlazione fra autorità e libertà*»; voir C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9^o ed., vol. I, Cedam, Padova, 1975, page 135.

⁴ Voir B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, dans *The Yale L.J.*, 2004, vol 113, 1029-1109.

⁵ Voir G. M. Flick, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza*, cité.

Décembre 2009, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne du 2007 car ce dernier donne un effet juridique à l'égalité des traités sur la base de l'art. 6 traité sur l'Union européenne⁶, ou les catalogues que l'on peut retrouver dans les constitutions nationales.

Il est un peu moins facile définir l'état d'urgence⁷, en considérant, en effet, que dans la plupart des Pays occidentaux une définition à cet égard manque, si l'on exclut en effet la déclaration de l'état de guerre prévu, quoique d'une manière différente, par la plupart des constitutions contemporaines. Si la déclaration de l'état de guerre pourra certainement être considérée dans sa qualité d'urgence, le contraire n'est pas toujours vrai, car l'état d'urgence peut exclure l'état de guerre. Caractéristique typique de l'état de guerre est en fait le passage obligé de l'état de paix à la déclaration de l'état de guerre de la part d'un État qui sera contraint à combattre, *in primis manu militari*, des attaques ennemies provenant de l'extérieur. Pas comme ça pour le nouveau type d'urgence, reconnaissable, surtout après les événements du 11 Septembre 2001, dans l'action terroriste: dans ce cas, en effet, l'État devra faire face à des agressions qui peuvent venir de l'extérieur ou à l'intérieur, et ne peut donc pas recourir à la défense militaire *strictu sensu*⁸. Mais il faut souligner que pas toujours l'action terroriste semble identique dans ses motivations et dans les manifestations qui en sortent, avec la conséquence que les réactions des États ne seront jamais les mêmes: on peut penser, par exemple, aux attaques des terroristes anarchistes de la fin du XIXe siècle, à celles des *brigata rosse* en Italie, ou

⁶ Pour les interprétations des dispositions contenues dans la Carte voir *Explications relatives à la Carte des Droits fondamentaux* (2007/c 303/02), dans eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:FR:PDF

⁷ En entendant couramment comme urgence chaque circonstance imprévue, il semble d'une certaine complexité la définition des mêmes termes juridiques, en tant qu'elle est, selon la doctrine, toute situation où «de norme giuridiche vigenti si rivelano inadeguate a rimediare alle lesioni o ai pericoli di lesione grave ai principi fondamentali dell'ordinamento, che provengono da accadimenti naturali o da comportamenti umani imprevisi o imprevedibili»; voir A. Pizzorusso, voce *Emergenza, stato di*, dans *Enc. Sc. Soc.*, vol. III, Roma, 1993, 551 ss.; voir, *ex multis*, V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁸ À cet égard, on peut se demander si le terrorisme international et, par conséquent, la lutte contre lui-même, peut être considéré comme un outil pour lutter contre d'autres crimes, tels que, par exemple, la drogue ou d'autres activités illégales mafieuses, ou il devrait être considéré comme un véritable acte de guerre. Dans ce cas, il semble utile de se interroger sur le genre de conflit qui serait mis en place, s'il pourrait être assimilé au genre des conflits armés internationaux, ou à celui des conflits armés non internationaux ou même l'encadrer dans une nouvelle catégorie et donc le considérer atypique, spécialement conçu, précisément, pour tenir compte des caractéristiques particulières de ce phénomène, qui, très difficilement peut être catalogué dans les modèles existants et, pour ainsi dire, classiques. Pour une reconstruction du débat voir A. Vedaschi, *À la guerre comme à la guerre? La guerra nel diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2007.

même aux actions des terroristes irlandais, basque ou islamique⁹. Il est intéressant de noter ici que l'aspect le plus problématique, dans la relation difficile entre l'urgence terroriste (ici entendue comme la plus actuelle après les événements du 11 septembre 2001, avec laquelle les États démocratiques ont du faire compte en manière directe et/ou indirecte) et les droits fondamentaux, est certainement représenté par la nécessité de maintenir le juste équilibre entre la sécurité de l'État (entendue ici comme garantie de ses institutions démocratiques) et la garantie des droits fondamentaux (de ses citoyens et au même temps des individus, qui pas toujours appartiennent au groupe des individus qui ont sa citoyenneté, qui sont suspects d'avoir effectué des actes terroristes). En ce sens, il semble utile de réfléchir sur le fait que la sécurité¹⁰, même dans les cas extrêmes d'attaques terroristes massives et aveugles au sein d'un État, ne peut jamais être réalisée en absence de loi, la compréhension de ce dernier mot dans le sens du respect des droits fondamentaux en général et de la dignité humaine en particulier.

2. – Sécurité et liberté: l'urgence terroriste

À la lumière des ces brèves considérations il semble possible affirmer que les mesures prises dans les démocraties contemporaines dans la lutte contre le terrorisme international ont placé de nouvelles questions dans le droit interne de chaque État¹¹, forcé de faire face à la situation d'urgence de plusieurs façons¹², souvent dans des situations où la règle du droit n'a pas sa propre force de survivre ou même si elle est maintenue dans la forme mais non pas sur le fond¹³. Par

⁹ Voir G. M. Flick, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza*, cité.

¹⁰ «Ma che cos'è la sicurezza? Un bisogno primordiale da soddisfare con qualsiasi mezzo o una costruzione complessa della modernità che nasce proprio dall'aver "addomesticato" quel bisogno primordiale? (...) Vi è una sola sicurezza o questa si sfaccetta e si presenta, volta a volta, come sicurezza privata o sociale o economica, nella quale s'incarna un'altra antropologia politica?»; voir S. Rodotà, *Quella scelta tra diritti e sicurezza*, dans *la Repubblica*, 13-12-2003.

¹¹ Pour une analyse comparative des mesures prises dans la lutte contre le terrorisme international, voir A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La guerra nel diritto pubblico comparato*, cité, 504 ss.

¹² Voir T. Groppi, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, intervention au Séminaire *État de droit, liberté et sécurité en Europe*, SIPE, Budapest, 4-7 giugno 2009, dans www.europeanrights.eu/public/commenti/Groppi.pdf.

¹³ Il a été noté qu'il est devant une situation d'urgence constitutionnelle dans un système juridique si l'on se produit une situation avec un caractère provisoire et inattendu (c'est à dire qui ne figure pas dans les cas qui font déjà l'objet de la discipline), qui donne lieu à des effets *contra legem*, dans le sens d'effets susceptibles de saper les valeurs et les positions subjectives du système juridique auquel nous nous référons; voir G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli, passim*.

conséquent, afin de comprendre la relation entre l'urgence et les droits fondamentaux en cas d'attaques terroristes, il semble intéressant de réfléchir sur les réactions de certains Pays et sur les mesures prises en vue de maintenir la sécurité publique tout en respectant la dignité de la personne et la garantie du droit à la défense de chaque être humain. En particulier, il semble opportun de rappeler les expériences des États-Unis, de l'Allemagne, du Royaume-Uni et du Canada afin de faire un clin d'œil à l'expérience de l'État d'Israël, à cause de la manière différente dont le législateur national a entendu équilibrer la protection et la garantie de libertés personnelles avec la garantie de la sécurité, comprise cette-ci non seulement dans le sens de la nécessité collective, mais aussi comme une expression de la liberté, selon les principes qui forment la base de tout ordre démocratique et qui sont garantis par les constitutions, avec la spécification que nous pourrions nous trouver en face de l'endroit où la Loi fondamentale, qui garantit la stabilité de la même, régira en avant des régimes juridiques liés à l'hypothèse de situations exceptionnelles (qu'en effet très difficilement pourraient conduire à une dégénérescence de l'état d'urgence, par expresse disposition constitutionnelle) plutôt que ceux qui seront mis en place suite à la déclaration de l'état d'urgence par le biais des dérogations à la normalité, qui sont une expression de la législation la plus large de discrétion et donc elles doivent être soumises aux formes du contrôle parlementaire et judiciaire¹⁴.

3. – La lutte contre le terrorisme: quelques expériences en comparaison

En présence d'attaques terroristes ou d'autres dangers imminents, il est inévitable que certains États, directement concernés (ou même indirectement) seront contraints d'adopter des mesures restreignant les libertés fondamentales, afin de maintenir la sécurité collective en leur sein; mais certainement on doit se demander si ces mesures peuvent être justifiées par le difficile équilibre entre la démocratie (entendue comme garantie des libertés fondamentales) et l'état d'urgence (entendu ici dans le sens du temps de danger extraordinaire qui doit être traité dans un temps très court, même en dépit du principe de la primauté du droit garanti par la Constitution).

¹⁴ Voir G. De Vergottini, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti occidentali*, dans A.A. V.V., *Annuario 2003. Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee. Atti del XVIII convegno Annuale Bari 17-18 ottobre 2003*, cité, 45 ss.

Il semble donc approprié de se référer brièvement aux expériences des États mentionnés non seulement pour les mesures antiterroristes adoptées dans chaque Pays, mais plutôt afin de comprendre l'effet que les juridictions suprêmes obtiennent pour leur justification et leur possible mise en œuvre dans le respect et la garantie des droits fondamentaux (on peut penser, par exemple, aux cas où on peut autoriser l'utilisation de la torture¹⁵ dans les interrogatoires de ceux qui ont atteint des actes terroristes, ou de ceux qui sont aussi soupçonnés de mêmes actes, indépendamment de leur relation avec l'État concerné à l'urgence terroriste, donc en présence de personnes qui sont citoyens ou pas citoyens). En particulier, s'il est vrai que la plupart des démocraties occidentales prévoit l'utilisation des pouvoirs exceptionnels en cas de guerre ou d'urgence, dans la lutte contre le terrorisme, la tendance commune semble être vers une normalisation d'urgence¹⁶, avec le résultat d'introduire, au sein de chaque système (en particulier dans le droit pénal) de nouvelles institutions et de nouveaux instruments, non pas dirigés envers les terroristes, mais plutôt envers des terroristes présumés, c'est à dire ceux qui, pour d'autres raisons, telles que l'appartenance à des groupes particuliers, ethniques ou religieux, peuvent être la cause de la perturbation de la perception de la sécurité collective soit au sein un État que dans le sens le plus large de la menace à la sécurité internationale¹⁷.

¹⁵ Pour une reconstruction du débat théorique sur la question de la recevabilité de l'utilisation de la torture dans les interrogatoires, on peut se référer à A. Vedaschi, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, dans *Comparative Law Review*, 2010, vol. 1, 1-40, en particulier 15-26.

¹⁶ Voir T. Groppi, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, cité.

¹⁷ Dans ce sens il apparaît intéressant rappeler le lien entre l'adoption d'une législation anti-terroriste et les changements importants dans le droit pénal, en particulier dans l'expérience américaine, dans le sens d'un tournant clairement autoritaire, dont la doctrine allemande a donné une lecture au sens de «*diritto penale del nemico*», voir M. Donini, *Il diritto penale di fronte al 'nemico'*, dans *Cass. Pen.*, 2/2006, 694-735; L. Pepino, *La giustizia, i giudici e il 'paradigma del nemico'*; L. Ferrajoli, *Il 'diritto penale del nemico' e la dissoluzione del diritto penale*; V. Fanchiotti, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto. Strategie antiterrorismo e giurisdizione degli Stati Uniti*, tous dans *Quest. Giust.*, 4/2006, respectivement 844-871, 797-812 et 699-739. On doit bien noter que, si au but de lutter contre le terrorisme (international) du point de vu international on fait recours à la théorie de la guerre préventive, afin de justifier une agression militaire contre les régimes considérés comme dangereux, en clair contraste avec ce qui est affirmé dans le Statut des Nations Unies sur l'utilisation de la guerre préventive, en droit interne la solution a été trouvée dans la possibilité de recourir à l'application du droit pénal *extra ordinem*, qui permet, même en dehors de la légalité constitutionnelle, la neutralisation des personnes jugées dangereuses pour la sécurité collective; voir G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, dans A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Monduzzi, Bologna, 2007, 109-129. En particulier, l'Auteur distingue entre «*la persona in diritto*» et «*il nemico*»: celui qui commet un crime ou un délit est traité comme une personne seulement s'il est «in grado di promettere almeno in qualche misura fedeltà all'ordinamento (essendo così) titolare di una legittima pretesa ad essere trattato come persona in diritto», mentre «chi non offre simile garanzia in modo credibile ... viene trattato da non cittadino; gli vengono sottratti diritti», poiché «il deviante in via di principio ... colui che nega

À cet égard, Giovanni Maria Flick affirme que «si tratta, in altri termini, del problema della tutela dei diritti fondamentali del soggetto indagato o sospettato per il compimento di attività terroristiche e di quello la cui responsabilità sia stata accertata. Se il fondamento di ogni riconoscimento dei diritti fondamentali è l'affermazione secondo cui, anche se non si è d'accordo con le idee degli altri, è sempre necessario garantire loro la libertà di esprimerle, allora nella riflessione sul confronto fra emergenza e diritti fondamentali irrompe una domanda di fondo: fino a che punto, in nome della sicurezza, si possono limitare i diritti fondamentali di chi vuole distruggere la nostra libertà e democrazia, premesso che i principi inderogabili in tema di diritti fondamentali devono essere riferiti – come è ovvio che sia – anche agli stessi terroristi? Il rischio è quello di ritenere che i diritti dei soggetti indagati o sospettati di terrorismo siano fuori da ogni habeas corpus ... Il rapporto emergenza-terrorismo presenta due aspetti critici: uno è quello della compromissione, per ora fortunatamente limitata, dei diritti fondamentali di tutti noi, al fine di garantire la sicurezza; l'altro, molto più problematico, è quello del rispetto dei diritti fondamentali del terrorista, cioè di chi vuole negare con la violenza i nostri diritti fondamentali»¹⁸.

3.1 – États-Unis

Dans la réflexion sur la relation entre la sécurité et la liberté, il est nécessaire de se référer, quoique brièvement, certainement à l'expérience des États-Unis où, à la suite des événements tragiques du 11 Septembre 2001, la lutte contre le terrorisme international a donné lieu à un renforcement, parmi les autres, des pouvoirs de guerre du Président fédéral, pour combattre le terrorisme stragista, entendu comme une conséquence directe de l'intégrisme islamique; la présidence Bush¹⁹ a donc

in via di principio la legittimità dell'ordinamento giuridico e perciò si prefigge di distruggere tale ordine non può essere trattato come un cittadino, ma deve essere combattuto come un nemico» ... «Il diritto penale del nemico non rappresenta affatto una regola di annientamento illimitato, ma costituisce nell'ambito dello stato di diritto governato in modo assennato una ultima ratio, ... utilizzata come eccezione, come qualcosa che non può essere adottato in via duratura».

¹⁸ Voir G. M. Flick, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza*, cité.

¹⁹ L'attentat sur le *World Trade Center*, revendiqué par Al-Qaïda, a été interprété par l'administration Bush comme un véritable acte de guerre, avec le résultat que le gouvernement américain a bombardé l'Afghanistan, Pays considéré partisan de l'organisation terroriste dirigée par Oussama ben Laden, en commençant la *War on Terror*. Dans son discours à la nation, le président George W. Bush a déclaré que une distinction entre les terroristes coupables de l'attaque physique et les gouvernements étrangers désireux de les accueillir et de les aider ne serait pas faite; voir M. Chossudovsky, *Guerra e globalizzazione. La verità dietro l'11 settembre e la nuova politica americana*, Torino, EGA, 2002, 7.

utilisé l'idée de la guerre sans fin et préventive afin d'y impliquer la plupart des Pays occidentaux, directement touchés ou moins par les attaques terroristes, mais sans obtenir formellement le consensus de la Communauté internationale, sur la base d'une justification dans le sens d'un affrontement entre deux mondes de civilisations. Avant de procéder (même brièvement) à l'analyse des mesures prises pour maintenir un plan de sécurité collective, on devrait noter, cependant, que une certaine inversion a eu lieu avec l'élection présidentielle qui a conduit à la première victoire de Barak Obama, qui, peu de temps après avoir été élu, a signé deux décrets²⁰, un pour fermer la prison de Guantánamo Bay²¹ et l'autre pour interdire l'utilisation de la torture pendant les interrogatoires (Janvier 2009), tandis que dans le même temps il avait déclaré que les États-Unis se retireraient de l'Irak dans un temps militairement acceptable, car les raisons de la présence militaire américaine dans ce Pays étaient conclues, en devenant le Président lui-même le porte-parole de la volonté d'ouvrir le dialogue politique et culturel avec les cultures islamiques (Conférence tenue à l'Université du Caire en juin 2009); au même temps la Cour suprême fédérale a rendu un jugement sur la prison de Guantánamo Bay qui a enfin confirmé la nouvelle voie entreprise par la politique présidentielle américaine dans la lutte contre le terrorisme²².

²⁰ Les ordres sont disponibles dans www.whitehouse.gov/the_press_office/ClosureOfGuantanamoDetentionFacilities/.

²¹ Après les attaques terroristes du 11 Septembre 2001, revendiqués par l'organisation terroriste Al-Qaïda, les États-Unis ont mené une mission militaire en Afghanistan afin de renverser le régime taliban, accusé d'héberger et de soutenir la tête de l'organisation terroriste, Oussama Ben Laden et ses partisans. Pendant la guerre, centaines de personnes, suspectes d'être plus ou moins directement impliqués dans l'organisation terroriste, sont faites prisonnières des forces militaires des États-Unis, détenus dans les prisons afghanes, puis transférés à la base navale de Guantánamo; les prisonniers, dont l'identité a été gardée secrète à partir du moment de leur arrestation, ont été soumis à des interrogatoires répétés, même si en absence de garanties juridiques et qui n'ont pas été autorisés et aucun contact avec les membres de leur famille n'a pas été accordé ni aucune possibilité d'une consultance juridique avec un avocat (voir *Amnesty International Memorandum to the U. S. Government, U.S.A.: Treatment of prisoners in Afghanistan and Guantanamo Bay undermines human rights*, consultable dans www.creativeresistance.ca/world-awareness/2002-aug15-ustreatment; à cet égard, il est intéressant de noter qu'un tribunal britannique a défini la création de la prison de Guantánamo par le gouvernement des États-Unis *a legal black holes*, parce que les détenus de Guantánamo n'ont pas le droit de faire face à une procédure judiciaire. Voir T.E. Frosini, C. Bassu, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, dans A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, 75-102, en particulier 85-91.

²² En Octobre 2001, en Bosnie, six hommes d'origine algérienne, mais ici immigrants, ont été arrêtés pour la préparation d'une attaque contre les missions diplomatiques britanniques et américaines; les autorités bosniaques les ont détenus pendant les trois mois de la conduite des enquêtes, puis elles les ont relâchés après que la Cour suprême de Bosnie avait déclaré leurs innocence, mais peu de temps après leur libération, ils ont été repris par les forces américaines et transférés à la prison de Guantánamo, soupçonnés d'être des combattants ennemis illégaux. Le 20 Novembre 2008, le juge fédéral Richard Leon a ordonné la libération de cinq des six Algériens détenus, incarcérés à la prison de Guantánamo, parce que, selon l'avis exprimé par la

En particulier, pendant la présidence de George W. Bush on a mis en place des Commissions militaires spéciales pour les détenus de Guantánamo Bay, pour lesquels l'application des garanties de la Convention de Genève sur le traitement des prisonniers de guerre du 12 Août 1949 n'était pas fournie, car ils n'étaient pas comparables aux combattants légaux ni imputables des crimes ordinaires auxquels assurer des processus et des garanties ordinaires, avec la conséquence de la suspension pour tous les détenus de Guantánamo de l'*habeas corpus*. La Cour suprême des États-Unis, cependant, dans un temps relativement court depuis le début de la lutte contre le terrorisme (en prenant comme date de référence, à cet égard, le 11 Septembre 2001), a statué dans le sens opposé de la politique de Bush avec trois décisions prises en Juin 2004 (*Al Odab et al. v. United States, Rasul et al. v. United States, Hamdi v. United States, Padilla v. Rumsfeld*)²³ avec lesquelles la Cour même a entendu réaffirmer le droit, garanti par la Constitution, du principe du *due process of law* pour les citoyens américains et les étrangers et le droit pour chaque prisonnier, quelle que soit sa nationalité, à contester devant un tribunal des États-Unis sa propre détention²⁴. Il semble intéressant de noter que la Cour n'a pas eu l'intention de remettre en question l'état d'exception, ni elle a contesté l'autorité de l'exécutif dans une situation d'urgence, malgré les décisions en question ont abouti à une limitation des pouvoirs exceptionnels accordés au Président fédéral, soutenant-elle plutôt l'inviolabilité du droit à la défense de la liberté personnelle de chaque individu: par conséquent, en faisant clairement référence à la formulation de la Constitution, qui ne permet pas au gouvernement de détenir des terroristes présumés ou des combattants ennemis par un temps indéfini sans aucune accusation formelle et sans la garantie de la procédure pénale américaine, la Cour a déclaré que l'action du gouvernement est inconstitutionnel. Et une telle jurisprudence semble être confirmée par deux décisions ultérieures *Hamdan v. Rumsfeld* (2006) et *Boumedienne v. Bush* (2008), qui ont marqué le point de non-retour dans l'arrêt de la Cour suprême, de la politique²⁵ de la *War on Terrorism*²⁶ adoptée par le président

Cour, leur détention était illégale parce que la preuve présentée ne suffisait pas; voir <http://www.balcanicaucaso.org/aree/Bosnia-Erzegovina/Saluti-da-Guantanamo>.

²³ Tous les ordres sont consultables dans www.supremecourt.gov.

²⁴ Voir T.E. Frosoni, C. Bassu, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, dans A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, cité, 75-101.

²⁵ En particulier, dans l'affaire *Hamdan v. Rumsfeld* (2006), la Cour a statué dans le sens de la censure de l'ordonnance présidentielle instituant les commissions militaires spéciales pour les terroristes présumés de Guantánamo (non-citoyens), en insistant sur l'obligation d'une phase d'essai dans laquelle il est déterminé le

Bush dans la lutte contre le terrorisme²⁷. Ici la Cour a souligné que l'état d'urgence, état anormal et grave, doit être considéré comme essentiellement temporaire, de sorte que les mesures prises vont perdre leurs légitimité si prolongées sans justification²⁸.

En ce sens, la première élection d'Obama à la présidence, dont les choix politiques déjà décantés dans la campagne électorale ont été clairement orientées à fermer la prison de Guantánamo et à garantir pour tous les prisonniers l'application de l'*habeas corpus*, pourrait être considérée comme l'affirmation et l'adoption de l'adresse jurisprudentielle de la Cour suprême²⁹. Mais après avoir été élu, le Président Obama a décidé de poursuivre la politique de la lutte contre le terrorisme de son prédécesseur à travers l'instrument de la *War on Terrorism*³⁰, se refusant-il de fermer la prison de Guantánamo (même si il en a attribué la responsabilité au Congrès) et le

statut de prisonniers pour une détention possible, ne permettant donc pas la position du gouvernement qui, une fois classé le prisonnier (dans ce cas, un terroriste ou un suspect tel) aurait interdit toute forme de recours individuel, et à nouveau dans son arrêt, la Cour, en déclarant commissions illégitimes militaire, affirme que son institution n'était pas dans les pouvoirs du président, appelant nécessairement l'attention du Congrès sur la question, car en vertu de la Constitution, il est responsable de la détermination des règles de privation de liberté et des droits fondamentaux. Une lecture attentive de l'arrêt en question, donc, censure l'ordre présidentielle pour la violation du principe de la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif. En fait, dans le jugement, l'opinion de la majorité s'est exprimée en termes de rejet d'une attitude de déférence envers le pouvoir exécutif et la nécessité d'un contrôle sur les activités de celui-ci; (Voir C. Bologna, *Hamdan vs. Rumsfeld: quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, dans *Quad. cost.*, 2006, 813 ss). En *Boumediene v. Bush* (2008), la Cour a jugé que l'argument selon lequel la guerre contre le terrorisme nécessite des outils non traditionnels pour la préservation de la sécurité collective n'est pas en soi suffisant pour justifier une dérogation aux principes de la primauté du droit, ce qui démontre que les besoins de sécurité ne peuvent pas éliminer les garanties fondamentales de l'*habeas corpus*; on peut lire, dans les motifs de la majorité de la Cour, rédigés par le juge Anthony Kennedy, que «the laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law. The Framers decided that habeas corpus, a right of first importance, must be a part of that framework, a part of that law». Voir T. Groppi, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, cité; G. Di Cosimo, *Costituzione ed emergenza terroristica*, cité.

²⁶ Le 13 Novembre 2001, président et commandant en chef des forces armées des États-Unis, Bush proclame le *Military order*, qui établit l'existence d'un état de conflit armé contre les terroristes internationaux et contre l'organisation d'Al-Qaïda; il est intéressant de noter que déjà le titre de l'ordre, *Detention, Treatment and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism*, regroupe l'état de guerre et la lutte contre le terrorisme en pouvant y voir la nécessité du difficile équilibre entre la sécurité de l'État et la protection de la liberté. Voir A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giapichelli, Torino, 2004, en particulier 17-21.

²⁷ Voir N. Napoletano, *Il ripristino dell'habeas corpus a favore dei nemici combattenti detenuti a Guantanamo*, dans *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 2, n.3/2008, 468 ss.

²⁸ Voir les ordres dans www.supremecourt.gov.

²⁹ L'adresse de la jurisprudence de la Cour suprême a été saluée par beaucoup de monde en sens positif; par exemple, on peut rappeler les commentaires d'*Amnesty International*, qui, considérant la pratique de la détention à Guantanamo comme une véritable forme de torture des prisonniers, estiment le revirement de la Cour comme une première étape sur le chemin du retour à l'état de droit; voir *Amnesty International, Guantánamo e Corte Suprema: una partita a scacchi per i diritti dei prigionieri. Guantánamo in cifre*, dans www.chiudereguintanamo.it/info.php.

³⁰ Voir *supra*, note n. 25.

2 janvier 2013, après avoir été élu pour la deuxième fois à la présidence, il a signé le *National Defense Authorization Act*, qui pose de nouveaux obstacles à la fermeture de la prison³¹.

3.2 – Canada

Le Canada aussi a réagi dans un temps très rapide aux événements tragiques du 11 septembre 2001, pas seulement pour l'évidente proximité géographique aux États Unis (il a, avec eux, des liens politiques, culturels et économiques), mais aussi parce que vingt-cinq citoyens canadiens ont trouvé la mort dans le massacre terroriste de New York et plusieurs d'autres ont été blessés très gravement.

D'ailleurs le Canada, comme les États-Unis, avait déjà enregistré, avant les événements tragiques du 11 Septembre 2001, la présence de groupes terroristes sur son territoire, considérés comme capables de mettre en danger l'intégrité de sa nation³². Il suffit de rappeler les attaques³³ et les enlèvements de octobre 1970 accomplis par le Front de l'Indépendance du Québec³³ et les faits accomplis par les terroristes internationaux, comme la bombe qui en 1985 a fait exploser l'avion (Air India) qui venait de décoller de Montréal et qui était en vol vers New Delhi, ou même l'arrêt d'un citoyen canadien d'origine arabe, Ahmed Messon, résident à

³¹ Voir R. Noury, *Chiudere Guantanamo, la promessa mancata di Obama*, dans <http://lepersoneeladignita.corriere.it/2013/01/11/chiudere-guantanamo-la-promessa-mancata-di-obama/>. À cet égard, il convient de rappeler que, selon la *Disposition Matrix*, créé par l'administration Obama au début du 2010, parmi toutes les agences de renseignement impliquées dans la compilation d'une *Kill List* des terroristes, c'est le Président à décider qui doit être éliminé pour des raisons de sécurité. À cet égard, il semble d'une certaine importance que les services de renseignement des États-Unis au milieu des années soixante-dix avaient prévu environ huit tentatives pour assassiner Fidel Castro, selon ce qui est écrit dans le rapport du *Church Committee*, qui a également signalé les conspirations du Président sud-vietnamien Ngo Dinh Diem et du Général chilien René Schneider; sur le dossier du *United State Senate Select Committee*, créé en 1975 et présidé par le sénateur Frank Church, sur les travaux du Comité et, plus généralement, sur la pratique américaine voir W.C. Banks, P. Raven-Hansen, *Targeted Killing and Assassination: The U.S. Legal Framework*, dans *37 U. Rich. L. Rev.*, 2003, 667 ss., surtout 701 ss.; ou encore, juste pour faire un autre exemple, en 1986 le président Ronald Reagan a autorisé l'opération El Dorado Canyon, qui a apporté à un raid aérien sur la résidence privée du colonel Kadhafi; voir S.M. Hersh, *Target Qaddafi*, dans *The New York Times*, 22-2-1987, dans www.nytimes.com. Juste la coopération étroite entre l'intelligence et les forces spéciales américaines, a conduit à l'identification et à l'élimination dans la nuit entre le 1 et le 2 mai 2011 de Oussama Ben Laden, soupçonné d'être l'agent de l'attaque terroriste du 11 Septembre 2001. Voir M Molinari, *Uso di droni e "Kill List" di terroristi. La tattica di Obama contro Al Qaeda*, dans www.lastampa.it/2012/12/04/esteri/droniekillistlatatticadiobamacontroalqaedaLK7ZU7dbKFq3MeSuVjAQQJ/pagina.html. Pour une analyse de *targeted killing* voir A. Vedaschi, *Osama bin Laden, l'ultimo targeted killing. Gli Stati Uniti hanno dunque la licenza di uccidere?*, dans DPCE, 2011-3, 1196-1229.

³² Voir T. Groppi, *Dopo l'11 settembre. La via canadese per conciliare sicurezza e diritti*, dans *Quad. cost.*, 2005, 573 ss.; C. Bassu, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, dans T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006, 425 ss.

³³ Voir L. Codignola, L. Bruti Liberati, *Storia del Canada*, Milano, 1999, 695-701.

Toronto, fermé avec une bombe prête à exploser et qui avait été assemblée en Canada³⁴.

En Décembre 2001, on a approuvé la loi anti-terrorisme (même si son projet était déjà dans l'agenda gouvernementale avant l'attaque de New York), qui définit le crime de terrorisme³⁵, élargit les types de crimes attribuables à cette infraction et renforce les pouvoirs d'enquête afin de prévenir les attaques terroristes; il y avait aussi des innovations dans le Code pénal, dans lequel on a inclu des infractions qui peuvent se révéler, même si indirectement, liées aux activités terroristes (par exemple, on peut penser à l'aide financière ou à l'hypothèse de personnes qui vont fournir un logement ou une cachette aux terroristes) et on a fourni de types d'emprisonnement particulièrement rigoureux, même si avec l'hypothèse de la prise de conscience sans faille du sujet constatée par les tribunaux. Les nouvelles qui semblent d'une certaine importance sont la mise en place, dans le Code pénal, des *investigative hearings*, qui permettent au tribunal de contraindre à témoigner, même si en présence de son avocat, tous ceux qui ont des informations sur un crime de terrorisme déjà commis ou qui est soupçonné d'être commis, même si la réponse pourrait conduire à l'arrêt du témoin. En 2004, la Cour suprême du Canada a statué avec deux arrêts sur cette question, la décision de la requête en vertu de l'art. 83.28 du Code criminel et la décision *Application under s. 83.28 of the Criminal Code* et la décision *Vancouver Sun*, qui représentent la volonté de maintenir le difficile équilibre entre la sécurité collective et la défense des principes de l'État de droit et avec lesquels on rejette les exceptions d'inconstitutionnalité à l'égard de la disposition du Code pénal qui prévoit les *investigative hearings*³⁶. Et la loi canadienne antiterrorisme renforce en manière significative aussi les pouvoirs d'enquête de la police et des juges. On doit préciser que le gouvernement du Canada, avec l'adoption des mesures pour la lutte contre le terrorisme, a exprimé sa volonté de recourir à

³⁴ Voir canada.justice.gc.ca/en/anti_terr/perspective_page2html (26 septembre 2005).

³⁵ L'activité terroriste est définie comme tout acte ou omission commis en Canada ou à l'extérieur de son territoire pour un fin, un but ou un résultat de nature politique, religieuse ou idéologique, qui met en danger soit la vie d'une seule personne soit plusieurs vies humaines. Voir S. Gambino, A. Scerbo, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, dans *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2009, 1497-1555.

³⁶ En particulier, les jugements indiquent que l'on est sous réserve du droit de ne pas s'incriminer, comme prévu par le Code pénal, et que la participation de la cour dans une enquête de police ne viole pas l'indépendance du pouvoir judiciaire, puisque le même juge doit veiller, dans la procédure, les mêmes droits de la personne sous enquête, selon une procédure transparente et ouverte au public; voir T. Groppi, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, cité.

l'adoption d'une législation spécifique en forme de loi ordinaire (comme on a fait le gouvernement des États-Unis et ceux de la plupart des Pays occidentaux) pour combattre l'urgence terroriste. Une autre observation doit être faite: la loi canadienne a entendu prévenir les abus de pouvoir dans l'application des mesures anti-terroristes, en pourvoyant que le Procureur Général du Canada et les Ministres ont l'obligation de communiquer, chaque année, le nombre exact des cas qui sont soumis à la procédure du *preventive arrest* et leurs durée avant que les sujets soient relâchés par la police, encore, il y a une *sunset clause* à laquelle est soumise la législation anti-terroriste, selon laquelle les mesures adoptées expireront automatiquement après cinq ans à partir de leur application effective ou elles verront leur renouvellement seulement en réponse à des enquêtes spécifiques; dans cette clause on doit lire l'intention du législateur canadien de ne pas tomber dans le risque d'une normalisation de l'état d'urgence.

3.3 – Allemagne

La Loi fondamentale de Bonn du 1949 au moment de son approbation ne comportait aucune référence à l'état de guerre ou à l'état de nécessité³⁷, donc elle ne fournit aucune exception aux droits et libertés constitutionnellement prévus³⁸. En 1968, à la suite de nombreux et violents attentats terroristes de l'organisation terroriste armée *Rote Armee Fraktion*, la Loi fondamentale a été l'objet d'un examen qui a mis à l'intérieur d'elle même des outils spéciaux pour lutter contre les situations de crise interne³⁹. En termes de droit constitutionnel il est d'un certain intérêt que l'article 80 de la Loi fondamentale affirme que le *Bundestag* a le pouvoir de déclarer un état de tension, sans lequel le gouvernement fédéral ne peut pas émettre des décrets législatifs sur l'organisation des forces armées si l'on a déclarée l'état de défense, dont le développement ultérieur sera déclaré à la demande du Gouvernement fédéral, conjointement par le *Bundestag* et le *Bundesrat*, avec une majorité des deux tiers; par la majorité absolue des membres du *Bundestag* ou par le

³⁷ Voir G. Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno. La Legge fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana*, Giuffrè, Milano, 1966, page 271.

³⁸ Dans ce sens voir G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 119 ss.

³⁹ À cet égard, on a parlé, dans la doctrine, d'une forme particulière de la défense de la Constitution dans le sens de démocratie protégée ou militante, compte tenu de la tendance particulière à prévenir et réprimer toute tentative de subversion des valeurs constitutionnelles qui sont à la base de l'État; voir V. Götz, *La costituzione dell'emergenza nella Legge fondamentale tedesca*, dans *Dir. e soc.*, 1991, 545 ss.

vote à la majorité membres qualifiés de la Commission mixte des deux Chambres, en cas d'agression ou de menace d'agression sure et évidente. Il convient de noter que la Constitution s'il est établi et si l'on a déclaré l'état de crise, reconnaît le droit parlementaire comme la seule source responsable de la fourniture des exceptions aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Avec l'entrée en vigueur de l'amendement constitutionnel du 1968, le Parlement n'avait pas encore déclaré l'état de défense, mais simplement a approuvé, à la demande du gouvernement, plusieurs lois anti-terrorisme qui ont apporté des changements à la loi pénale et de la procédure (comme la loi du 1975 qui légitimait des restrictions particulières à la liberté individuelle contre les dirigeants de la *Rote Armee Fraktion* ou celle du 1977 qui prévoit la possibilité d'appliquer le régime de la détention en *incommunicado* (interdisant tout contact avec l'extérieur) pour les prisonniers coupables, ou même soupçonné et en attente de jugement, des infractions terroristes). La Cour constitutionnelle, appelée à statuer sur la légalité des amendements à la loi pénale, a déclaré leur conformité à la Constitution car elles sont des mesures temporaires (en particulier, elle s'est prononcé juste sur le prolongement de l'isolation des membres de l'organisation terroriste).

Les événements tragiques du 11 Septembre 2001 ont vu à nouveau la Cour constitutionnelle fédérale de conseiller sur les mesures anti-terrorisme pour la recherche difficile d'un équilibre entre la sécurité collective et les droits fondamentaux en présence d'une situation d'urgence terroriste, dont certainement le cas le plus intéressant est que l'arrêt du 15 Février 2006, dans laquelle la Cour a déclaré l'inconstitutionnalité de l'article 14, paragraphe 3 de la loi sur la sécurité de l'espace aérien (*Luftverkehrsicherheitsgesetz*) qui a impliqué le massacre, par les forces armées, d'un avion civil (ses pilotes et ses passagers), détourné par des terroristes et utilisé comme une arme pour frapper des cibles civiles ou militaires⁴⁰.

Appelés à se prononcer à la suite d'une action directe par des citoyens allemands contraints de voyager par avion pour des raisons personnelles et professionnelles, les juges constitutionnels soulignent, dans le jugement écrit, le contraste entre la loi fédérale et la loi sur la sécurité de l'espace aérien et le droit à la vie et à la protection de la dignité humaine (respectivement prévus par les articles 2

⁴⁰ Voir A. De Petris, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, dans [www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/-liberta_sicurezza /index.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/-liberta_sicurezza/index.html).

et 1 de la Loi fondamentale), dans la mesure où, selon la première, l'utilisation de la force armée contre l'avion séquestré a également saisi le sort des civils innocents qui se trouvent dans bord de l'avion. Dans ce cas, soit les deux membres de l'équipage que les passagers ne pouvaient pas agir librement, ils ont été transformés en objets à la merci non seulement des pirates terroristes, mais aussi de l'État, qui pourrait décider de les sacrifier (en considérant eux comme des objets inanimés) au nom de la sécurité d'autres personnes. Par conséquent, disent les juges constitutionnels, pour sauver d'autres personnes, l'État a décidé d'abattre l'avion et il a atteint à leurs droits fondamentaux et à leur dignité, valeurs inviolables indépendamment de la courte durée de la vie de la personne concernée: si l'État dans une situation d'urgence, par conséquent, décidait de se départir de leurs vies pour atteindre l'objectif de la sécurité d'autres individus, priverait les premiers du droit fondamental de tout être humain de décider lui-même de sa propre vie, avec une grave violation de leur dignité. D'autre part, les juges n'ont pas condamné l'intervention armée par l'État dans le cas où l'avion n'est occupé que d'être tués par des terroristes, qui seraient considérés comme la cause de la situation d'urgence qui justifie l'intervention de l'État, selon l'objectif ultime de la sécurité ⁴¹.

A cet égard, Roberto Bin affirme que: «l'argomentazione del tribunale (...) si concentra, oltre che su questioni che qui meno interessano, sul denunciato contrasto della norma impugnata con i principi costituzionali del diritto alla vita e della tutela della dignità umana. Nell'ipotesi di un abbattimento dell'aereo dirottato da parte dell'aviazione militare, equipaggio e passeggeri - ragiona il tribunale - sarebbero infatti ridotti alla mercé non solo dei terroristi, ma anche degli organi dello Stato, che disporrebbero della loro vita: essi sarebbero utilizzati come "bloße Objekte" sacrificabili in nome della salvezza di altri (...) Anche il principio di proporzionalità verrebbe rispettato, in quanto la gravità della minaccia deliberatamente portata alla

⁴¹ Arrêt 1 BvR 357/05 du 15.2.2006, consultable dans le site officiel du *Bundesverfassungsgericht* à la page: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html; «la Cour estime que les passagers et l'équipage d'un avion détourné sont dans une situation extrême, forcé dans un espace clos et sans issue, incapable d'affecter de façon indépendante sur leurs conditions de vie. [...] Ce qui les rend objets déjà dans les mains des pirates de l'air. Prendre l'appel de l'application de la loi, l'État serait de les traiter comme de simples objets de leurs efforts pour sauver la vie des autres. [...] C'est d'ignorer, pour ces personnes, la qualité de sujet avec une dignité et des droits inviolables. Les tuer comme un moyen pour sauver la vie des autres prive eux de leurs droits: unilatéralement, l'État nie aux passagers de l'avion (qui, en tant que victimes, au contraire, ils doivent avoir eux-mêmes la protection) la valeur qui appartient à chaque être humain en tant que tel, c'est à dire la dignité».

vita di esseri umani innocenti ben giustifica la gravità della reazione degli apparati militari»⁴².

3.4 – Royaume-Uni

Déjà en 1974 le Royaume-Uni avait introduit une législation spéciale contre le terrorisme, soumise à un renouvellement annuel de la part du Parlement anglais (ayant, *contra*, caractère permanent les lois à elle suivantes) au but de prévenir et de réprimer chaque forme de terrorisme interne; au même temps une première référence aux actes du terrorisme internationale comme base d'une législation d'urgence on peut la revenir dans le *Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998*, partagé en huit clauses, quatre d'entre elles dédiées aux mesures d'urgence internes (Irlande du Nord) et les autres dédiées au terrorisme internationale⁴³.

En 2000 le Parlement du Royaume-Uni approuva le *Terrorism Act 2000*, qui entra en vigueur le 19 février 2001, lequel, quoique s'il a été modifié plusieurs fois, est encore en vigueur⁴⁴ e dont les particularités, par rapport aux lois précédents, se retrouvent dans son caractère permanent et non pas temporaire, dans son applicabilité sur tout le territoire du Royaume et dans la première définition de terrorisme, comme action o menace (de action) dirigée à conditionner le Gouvernement ou à intimider la population ou une partie d'elle et avec le but de soutenir une cause politique, religieuse ou idéologique⁴⁵.

La réponse immédiate du Royaume-Uni aux événements du 11 Septembre 2001 a été l'approbation du *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*⁴⁶. Déjà en Décembre 2004, les *Law Lords*, la plus haute juridiction britannique, dans la décision *Belmarsh case*⁴⁷, ont parlé de certaines prévisions du *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* après l'appel de neuf prisonniers étrangers, non-UE, dans la prison de Belmarsh, qui ont été arrêtés au nom de l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, qui ont été détenus sans inculpation et sans formalisations des accusations et sans qu'aucun d'entre eux n'avait pas été formellement inculpé; en outre, pour aucun d'eux on

⁴² Voir R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, cité.

⁴³ Texte consultable dans www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/40/contents.

⁴⁴ Texte en vigueur consultable dans legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents.

⁴⁵ Voir S.H. Bailey, N. Taylor, *Civil Liberties. Cases, Materials and Commentary*, Oxford, 2009, 413 ss.

⁴⁶ Texte en vigueur consultable dans www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents. Voir A. Tomkins, *Legislating against terror: the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, dans *Public Law*, 2002, 205 ss.

⁴⁷ Texte consultable dans www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&others.pdf.

n'avait pas été prévu de procéder à un processus; il faut préciser qu'ils étaient détenus sur la base des informations en possession des services de *intelligence*, qui soupçonnaient des liens d'eux avec des organisations terroristes internationales⁴⁸. Il est intéressant de noter ici que les considérations développées par les *Law Lords* dans l'arrêt en question, après qu'ils ont examiné la question grave de discrimination entre les citoyens et les étrangers, ont traité de la question la plus pertinente au principe de la proportionnalité des mesures restrictives à l'égard des droits fondamentaux des terroristes ou des personnes soupçonnées de terrorisme. En ce qui concerne le premier point, la Cour a déclaré que la détention des étrangers soupçonnés de terrorisme pour un temps indéfini, (et donc potentiellement illimité) sans qu'ils soient garantis de la performance d'un processus régulier, est une violation de l'*Human Rights Act* du 1998, en particulier une discrimination à l'égard des détenus étrangers. Les *Law Lords* font appel au gouvernement pour remplacer de toute urgence les dispositions prévoyant une période de détention sans fin pour les citoyens non-britanniques soupçonnés d'actes terroristes avec une législation qui prend en compte de la même manière toutes les situations liées à l'hypothèse du terrorisme, indépendamment de la nationalité des suspects et qui ne aura pas, comme conséquence, de dérogations à la Convention européenne des droits de l'homme. Il convient de noter que les *Law Lords* n'ont pas mis en doute l'existence d'un danger réel et imminent pour la vie de la Nation⁴⁹, tel qui a été soutenu par le gouvernement pour justifier l'utilisation de la procédure de dérogation à l'article 15 de la Convention européenne (Dérogation en cas d'urgence), mais ils ont préféré se appeler au principe de l'égalité qui a pour effet de garantir les droits des détenus, indépendamment de leur nationalité⁵⁰. Dans cette occasion, la Cour suprême

⁴⁸ Voir C. Bassu, *La Camera dei Lords giudica illegittima la legislazione britannica anti-terrorismo*, dans www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴⁹ Le doute des juges s'est posé sur le lien logique entre moyens et fin: si le but ultime est la vie de la nation, la dérogation à la garantie des droits représenterait les moyens, si la vie d'une nation, entendue comme un ensemble d'institutions et ses valeurs peuvent être menacée par des attaques externes graves (évidemment armé, pensez au nazisme), elle va sûrement être menacée par le terrorisme international, en dépit des victimes qui peuvent en résulter, et les lois qui sont en conflit avec la protection des droits fondamentaux ne seront pas expliquées en danger de la vie d'une nation, en dépit de l'état évident de détresse et de danger; voir R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, cité.

⁵⁰ Pendant la procédure, il a été souligné la différence de traitement entre citoyens et non-citoyens, les autorités n'ont pas présenté de manière convaincante la nécessité d'incarcération pour une durée indéterminée d'un étranger, mais non pas pour un citoyen britannique pour des raisons directement liées à la protection de la sécurité nationale. Voir P. Leyland, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito*, dans T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006, 241 ss, en particulier page 254.

britannique a également déclaré dans le sens de la non-admissibilité des preuves contre les détenus recueillies grâce à l'utilisation de la torture, en déclarant à l'unanimité comme irrecevables les preuves, même celles-ci des Pays tiers, s'il existe un doute qui elles ont été obtenues par la torture. Un arrêt du 8 Décembre 2005⁵¹, montre une fois de plus le caractère problématique de la question du recueil des preuves par l'utilisation de la torture, parce que même si il y a seulement une marge de doute sur le recours à la torture, on pourrait toujours acquérir eux; l'argument est d'une certaine importance si l'on considère qu'une partie des audience devant la Commission de recours en matière d'immigration spéciales sont organisées en secret, avec la possibilité que la motivation qui conduit un juge pour obtenir des preuves, malgré la suspicion de l'utilisation de la torture peut rester inconnue même aux avocats de l'inculpé. Après la décision *Belmarsh case*, les arrêts des *Law Lords*, concernant la détention potentiellement illimitée des terroristes ou des personnes suspectées de terrorisme ont fourni une solution dans le sens d'un système de *control orders* (une nouvelle catégorie de mesures administratives de nature préventive), introduits dans le système britannique grâce au *Prevention of Terrorism Act 2005*⁵². Le système de *control orders* dispose plusieurs mesures de sécurité, telles que l'interdiction d'accès à certaines choses ou services, l'interdiction de l'utilisation des outils de communication téléphonique ou électronique, l'interdiction de la présence de certaines personnes, l'interdiction de l'association, des restrictions à la liberté de mouvements, à la détention au domicile, les couvre-feux; ces mesures sont délivrées par le Ministre de l'Intérieur dans le cas qui n'impliquent pas de mesures de détention ou de mesures semblables à elles (*non-derogating control orders*), conformément à l'art. 5 de la CEDH, ou par le tribunal, à la demande du Ministre de l'Intérieur. Dans le cas contraire (*derogating control orders*), les ordres de contrôle sont soumis au contrôle de l'*High Court* et le jugement est divisé en deux phases, dont la première doit commencer entre sept jours de la publication de l'ordonnance; la Cour peut, en fait, annuler la commande ou imposer des changements à l'Administration; elle doit vérifier au cas par cas si la mesure imposée peut être considérée comme une illégitime *deprivation of liberty* à la place d'une *restriction of liberty of movement*, en

⁵¹ *House of Lords, Judgments - A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004) A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals), [2005] UKHL 71, 8 décembre 2005.*

⁵² Texte consultable dans www.statewatch.org/new/2005/mar/uk-pta-2005.pdf. A cet égard voir S.H. Bailey, N. Taylor, *Civil Liberties. Cases, Materials and Commentary*, cité, 475 ss.

reconnaissant que la ligne frontière entre les deux principes, si elle est certainement très mince, dans le même temps elle est clairement délimitée et ne peut être modifiée, même en présence d'urgence terroriste⁵³.

Après les attentats terroristes qui ont eu lieu à Londres le 7 Juillet 2005, la loi britannique anti-terroriste a subi une nouvelle réforme par l'adoption du *Terrorism Act 2006*, qui a introduit efficacement dans le système britannique de nouvelles figures liées au crime du terrorisme, en particulier la possibilité d'encouragement au terrorisme criminel, qui punit la publication de tout contenu qui pourrait encourager ou faciliter le terrorisme ou, cependant, peut inciter à commettre, préparer ou susciter des actes de terrorisme; il prévoit également le cas de l'encouragement indirect, réalisé par l'apologie de la commission ou de la préparation d'actes de terrorisme. Ensuite on a approuvé le *Counter-Terrorism Act 2008*⁵⁴, dont certainement la disposition la plus controversée est la prolongation de la période maximale de détention des personnes soupçonnées d'actes terroristes, mais pas encore traité, de 28 jours (comme dans le *Terrorism Act 2006*). On a été noté, par un certain nombre d'associations pour la protection des droits et des libertés, que cette prévision viole ouvertement les principes qui sont le fondement de l'État de droit, y compris la présomption d'innocence⁵⁵.

Le 14 décembre 2011 est entré en vigueur le *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011*⁵⁶, qui a abrogé le *Prevention of Terrorism Act 2005* et avec lequel les *control orders* ont été remplacés par des *terrorism prevention and investigation measures*, qui permettent au Ministre de l'Intérieur d'imposer des restrictions graves aux droits individuels, en particulier à la liberté personnelle, d'association et à la protection de la confidentialité.

4. – Le droit à la défense et les mesures internationales pour lutter contre le terrorisme

⁵³ Voir T. Groppi, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, cité.

⁵⁴ Texte intégral consultable dans www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/28/contents. Pour un examen de la législation anti-terrorisme dans le Royaume-Unis du *Terrorism Act 2000* jusqu'au *Counter-Terrorism Act 2008*, voir Lord Q.C. Carlile of Berriew, *Report on the operation in 2009 of the Terrorism Act 2000 and of part 1 of the Terrorism Act 2006*, Norwich, 2010, *idem*, *Report on the operation in 2008 of the Terrorism Act 2000 and of part 1 of the Terrorism Act 2006*, Norwich, 2009.

⁵⁵ Voir C. Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010, 545-561.

⁵⁶ Texte consultable dans www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/contents/enacted.

Dans les considérations précédentes, quoique brèves, faites au fin de réfléchir sur le rapport qui lie la crainte des attaques terroristes et la garantie et la protection réelle de l'intérêt général à la sécurité il semble utile, par conséquent, un rappel aux mesures internationales prises pour lutter contre l'urgence terroriste⁵⁷. Dans ce sens, l'accent doit être mis sur les activités de contre-terrorisme de l'ONU, qui, dès les années nonante, a vu l'adoption des résolutions spécifiques par l'Assemblée générale et la réalisation d'études propres menées par la Commission des droits de l'homme⁵⁸.

Après les événements du 11 Septembre 2001, les activités de l'ONU contre le terrorisme se sont multipliées avec la participation directe du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale et des instances "spécialisés" de Genève en nombreux cas et elles ont été dirigées explicitement aux activités de protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme, tandis que en d'autres cas, certaines d'entre elles, en particulier celles du Conseil de sécurité, ont été considérées, par conséquent, potentiellement ou réellement capable de violer les droits de l'homme. Sur ce dernier point, on doit se référer à la c.d. *listing*, une procédure essentiellement administrative menée par un comité créé par le Conseil de sécurité de l'ONU, chargé de la préparation des listes des personnes et/ou des organisations, ayant un lien plus ou moins direct avec des organisations terroristes, dont les sanctions comprennent même le gel des fonds et des ressources financières des personnes et/ou des organisations listées. L'Union européenne, selon le deuxième et le troisième piliers⁵⁹, a mis en œuvre les résolutions de l'ONU, de cette façon en excluant ou en réduisant considérablement les garanties judiciaires des sujets concernées, dont les droits fondamentales sont ainsi directement limitées⁶⁰.

Le problème a surgi à la suite de l'action des sujets privés directement concernés par les dispositions de la Communauté européenne, car il ne semble pas

⁵⁷ Voir G. Nesi, *Nazioni Unite e rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale alla luce del rapporto del relatore speciale dell'ONU*, dans *La Comunità Internazionale*, fasc. 1/2011, 73-89.

⁵⁸ Voir P. Gargiulo, *Le misure di contrasto al terrorismo nell'era dei diritti umani: considerazioni introduttive*, dans P. Gargiulo, M.C. Vitucci (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 1-28.

⁵⁹ L'un relatif à la politique étrangère et de sécurité commune et l'autre à la coopération policière et la coopération judiciaire en matière pénale. Voir G. Gaja, *Caratteri del diritto dell'Unione europea concernenti il secondo e il terzo pilastro*, dans P. Fois, R. Clerici (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2007, 37-44.

⁶⁰ Voir M.E. Bartoloni, *La tutela giurisdizionale nell'ambito del secondo e terzo pilastro UE*, dans *Quad. cost.*, 2005, 170 ss.

clair de quelle façon les sujets dont le nom figure dans une liste établie par une organisation internationale (en face de laquelle aucune garantie de procédure ou de juridiction n'est pas garantie) et effectuée par des mesures adoptées par les institutions et les organismes communautaires, qui ne sont justiciables que dans l'abstrait, mais pas dans la pratique (dans ce dernier cas en résultant un syndicat sur les mêmes actes communautaires adoptés en nom du deuxième et du troisième pilier et de la résolutions du Conseil de sécurité), peuvent trouver la protection judiciaire de leurs droits. Soit la Cour de première instance, soit la Cour de justice ont statué sur la question avec une longue série de jugements; il est intéressant de noter que, en principe, le juge communautaire a cherché à nier explicitement que les requérants (en général, ceux qui sont touchés par les mesures) auraient eu un droit à la protection judiciaire de leurs droits, car la documentation utilisée pour la compilation de la liste est absolument confidentielle parce que elle est fonctionnelle à la lutte contre le terrorisme (donc les sujets intéressés ne peuvent pas le prétendre), en raison du fait que les obligations assumées par les États qui font parti de l'ONU emportent sur toute autre obligation du droit interne ou du droit international des traités, avec le résultat que même les actes communautaires, entrepris sous les contraintes imposées par les résolutions du Conseil de sécurité, ne peuvent pas être soumis au contrôle de révision judiciaire par les juridictions communautaires (à l'exception des règles fondamentales du droit international)⁶¹. Dans les décisions suivantes, le juge communautaire a cherché à démontrer une certaine ouverture pour garantir la protection judiciaire des acteurs ou de ceux qui sont soupçonnés des actes terroristes: en fait, il a souligné le rôle des États membres dans le processus de *de-listing*, avec l'obligation de assurer toute garantie d'une procédure administrative contradictoire que les parties concernées peuvent activer ou peuvent aboutir à la demande, à l'État de nationalité ou de résidence (et de ce-ci à l'ONU), pour supprimer leurs nom de la liste ou pour demander une exception au gel des capitaux; dans le même temps, les États membres devraient veiller sur les garanties

⁶¹ Arrêt du 26 avril 2005, *José Maria Sison c./ Conseil de l'Union européenne*, aff. jointes T-110/03, T-150/03 et T-405/03, *Rec.* II-01429, point 77: «l'efficacité de la lutte contre le terrorisme suppose que les informations détenues par les autorités publiques [...] soient maintenues secrètes afin que ces informations gardent leur pertinence et permettent une action efficace», confirmé par CJCE, 1er février 2007, *Jose Maria Sison c./ Conseil*, C-266/05, *Rec.* I-1233. Voir B. Concolino, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, dans DPCE, 2008-3, 1109-1117.

judiciaires des personnes touchées par les mesures anti-terrorisme⁶². Après, la justice communautaire a étendu son syndicat sur les actes communautaires de la mise en œuvre de la résolution du Conseil de sécurité s'ils comportent une marge d'appréciation⁶³, car dans ce cas, les institutions communautaires ne peuvent pas déroger aux garanties qui protègent les droits individuels et en particulier le droit à la défense dans le processus de décision et le droit de prendre des mesures de défense devant les tribunaux. Puis, en déclarant l'illégalité d'un acte communautaire pour violation des droits fondamentaux, les juridictions communautaires d'une part confirment la tâche des États nationaux pour identifier ceux qui ont une connexion (directe ou indirecte) avec le terrorisme international et pour identifier les procédures qui ont l'intention d'utiliser à cet égard, sur la base des résolutions de l'ONU, et d'autre part, elles demandent que le système des droits de l'homme soit respecté, selon une perspective multi-niveaux de la protection des droits de l'homme, en donnant ainsi compétence à la Communauté de vérifier la légitimité stricte des mesures du gel des fonds et la tâche de l'évaluation de la pertinence des considérations qui ont conduit au gel lui-même⁶⁴.

5. – L'état d'urgence en Israël

Ces brèves considérations permettent maintenant d'illustrer la situation particulière dans laquelle se trouve l'État d'Israël, qui, le 14 mai 1948, au cours d'une guerre sanglante entre les Israéliens et les Arabes de Palestine et avant de la fin du mandat britannique sur cette terre, s'est autoproclamé État indépendant, en référence à la résolution ONU du 29 Novembre 1947, qui prévoyait la création de

⁶² Arrêts *Ayadi* et *Hassan* (12 luglio 2006), consultables dans GUUE, C 224, le 16 septembre 2006, respectivement à la page 34 et à la page 36; voir L. Cappuccio, *Sanzioni ad Al-Qaeda nei regolamenti comunitari: si può agire solo nei confronti dello Stato di appartenenza?*, dans *Quad. cost.*, 2006, 821 ss.

⁶³ Lorsque l'autorité est judiciaire, le juge constate dans l'arrêt *OMPI*, que «de respect des droits de la défense a un objet relativement restreint, au niveau de la procédure communautaire de gel des fonds», TPICE, 12 décembre 2006, *OMPI c./ Conseil, arrêt préc.*. En particulier, l'intérêt dans ce jugement ne réside pas dans les thèmes déjà traités dans le cas précédent (la violation du droit de la défense, l'obligation de motivation, le droit à une protection juridictionnelle effective), mais dans la question que l'on se pose, une fois établi le caractère non contraignant de la compétence des tribunaux communautaires après la mise en œuvre des résolutions de l'ONU, qui prévoyaient le gel des fonds des personnes choisies, sans être permis à la Communauté aucun mécanisme de révision: quelle est alors l'étendue du droit de la défense de l'individu contre une décision communautaire qui n'est pas contrainte? Voir L. Cappuccio, *Il controllo degli organi giurisdizionali, nazionali e comunitari, sulle decisioni in tema di lotta al terrorismo internazionale: è illegittima la decisione delle istituzioni comunitarie che non rispetta il diritto di difesa*, dans www.forumcostituzionale.it/site/-images/.../0001_cappuccio.pdf.

⁶⁴ Voir L. Cappuccio, *ibidem*.

deux États indépendants, l'un juif et l'autre palestinien. On sait, cependant, que la création de l'État d'Israël, libre et indépendante, n'a pas vu la création simultanée d'un État palestinien, libre et indépendant aussi. Les membres du Conseil du Peuple israélien, les représentants de la communauté juive résidents dans le nouvel État et le Mouvement sioniste formulaient une demande explicite, contenue dans le texte de la Déclaration du 14 mai et adressée aux citoyens arabes résidents dans le nouvel État souverain israélien à s'engager pour «préserver les voies de la paix et à jouer leur rôle dans le développement de l'État sur la base d'une citoyenneté égale et complète et d'une juste représentation dans tous les organismes et les institutions de l'État, qu'ils soient provisoires ou permanents⁶⁵»; quelques jours après sa création, le nouvel État a été envahi par les troupes du Liban, de la Syrie, de l'Égypte, de l'Irak et de la Transjordanie, animées par un désir commun de créer un État unitaire de la Palestine, en contraste avec ce qui avaient déclaré les Nations Unies dans leur résolution du 1947 sur la division du territoire de la Palestine.

L'objection à la Déclaration d'Indépendance de l'État d'Israël par les Palestiniens et les autres Pays arabes a eu comme conséquence directe la déclaration de l'état d'urgence en Israël, contraint de faire face à des menaces constantes à son existence et à la sécurité de ses citoyens. En particulier, déjà le 23 Septembre 1948, on a été publié un Ordre pour la prévention du terrorisme, dont les dispositions, au cours des années quatre-vingt et nonante, ont été modifiées à trois reprises⁶⁶.

Il faut rappeler que l'état d'urgence en Israël fonde sa légitimité sur trois sources principales: le règlement de défense du 1945 (c'est à dire au moment où la Palestine était encore sous mandat britannique), l'art. 9 de l'ordonnance sur le pouvoir et la loi du 1948, qui régleme l'adoption du règlement d'urgence, la loi sur les pouvoirs en état d'urgence, du 1979, qui régit l'arrestation en l'absence d' une procédure pénale ordinaire selon le but de la sécurité de l'État et de la sécurité publique⁶⁷; sur la base de l'art. 5 de la Loi fondamentale sur le Gouvernement (adoptée en 1964 et modifiée en 1992 et en 2001) la situation de l'état d'urgence peut conduire à un changement substantiel d'une loi ou la suspension temporaire de son efficacité, mais sans

⁶⁵ Le texte intégral de la Déclaration est consultable en <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000055-israel-soixante-ans-apres-entre-normalite-et-singularite/document-la-declaration-d-independance-de-l-etat-d-israel-14-mai-1948>.

⁶⁶ *The Prevention Of Terrorism Ordinance n. 33, 5708-1948*, emendée des lois 5740-1980; 5746-1986; 5753-1993.

⁶⁷ Voir S. Navot, *La Corte suprema d'Israele e la lotta al terrorismo*, dans T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, cité, 243-263.

pouvoir limiter le droit à un procès équitable ou sans permettre l'atteinte à la dignité humaine. Et la régulation de l'état d'urgence permet à l'organe du pouvoir exécutif d'édicter des règlements d'urgence, dont la durée ne doit pas dépasser trois mois, sauf ordonnance de la *Knesset*; par ces actes, le gouvernement a le pouvoir d'ordonner des mesures préventives de détention administrative afin d'éviter les situations qui pourraient mettre en danger la sécurité de l'État et la vie de ses citoyens⁶⁸.

6. – Urgence, détention administrative, décrets de restriction et droits fondamentaux

Légalement Israël vit dans un état d'urgence qui n'a jamais été annulé et qui autorise l'utilisation de la législation d'urgence, qui permet, même en l'absence de l'autorisation par la *Knesset*, à édicter des règlements d'urgence pour des raisons de sécurité de l'État et de vie des citoyens. Depuis le 1967, Israël occupe les territoires de l'Autorité palestinienne, à la suite de la survenance de violents attentats terroristes qui mettent en danger la sécurité de ses citoyens. Depuis Octobre 2000, le conflit israélo-palestinien est entré dans une nouvelle phase, la deuxième *Intifada*, qui, avec les attaques de *kamikazes* dans les villes israéliennes et le couvre-feu dans la *West Bank*, a donné lieu à des opérations militaires israéliennes dans les villes palestiniennes; tout cela a soulevé de nouvelles questions sur le difficile équilibre entre la sécurité d'un État en état d'urgence et la garantie des droits de l'homme⁶⁹. A cet égard Suzie Navot se demande: «è legittima la punizione collettiva della popolazione delle città? È possibile distruggere le case in cui vivevano i terroristi? Che strumenti giuridici dovrebbe usare la Corte Suprema per il controllo giurisdizionale sugli atti delle forze di sicurezza? I poteri di i altri organi che combattono il terrorismo dovrebbero venir accresciuti? Quale potrebbe essere la portata di un intervento giurisdizionale trattandosi delle misure adottate contro il terrorismo?»⁷⁰. En particulier, il faut se référer à la mesure de détention

⁶⁸ Sur les mesures prises par l'exécutif et le contrôle juridictionnel exercé sur elles par la Cour suprême israélienne voir A. Barak, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempo di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, dans S. Moccia, (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza, Atti del Convegno tenutosi presso l'Università di Roma «La Sapienza» il 6 dicembre 2007*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, 37 ss.

⁶⁹ Voir A. Barak, *ibidem*.

⁷⁰ Voir S. Navot, *Le libertà fondamentali*, dans T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, cité, 210- 211.

administrative; en vertu de l'art. 2 de la Loi sur les pouvoirs de l'état d'urgence (détention) n. 5739-1979, le ministre de la Défense est autorisé à détenir une personne pour une période de six mois, renouvelable pour d'autre six mois chaque fois, sans limitation; le détenu doit être porté devant la Cour de district dans les quarante-huit heures suivantes de son arrestation et contre cette décision il a la possibilité de se appeler à un juge de la Cour suprême. Les tribunaux eux-mêmes, cependant, ont souligné que la mesure de détention administrative est sans aucun doute une mesure extrême, à utiliser en circonstances elles-mêmes extrêmes, c'est à dire lorsque la sécurité de l'État et la sécurité publique sont en danger grave et il n'y aurait pas d'autres outils pour empêcher l'apparition d'une situation d'urgence⁷¹. Selon le règlement de la défense (état d'urgence) du 1945, un commandant militaire peut être autorisé à émettre des décrets de restriction, de garde ou de limitation de la liberté. Par les décrets de restriction (qui ne sont pas fréquent) la décision d'un homme seul, bien qu'un commandant militaire (sur la base d'informations secrètes, sans procédure régulière et en absence d'un contrôle judiciaire), peut interdire à une personne d'entrer dans une zone particulière du Pays, à un certain endroit, de vivre dans un endroit plutôt qu'à un autre, d'y vivre et de ne pas laisser ce lieu sans y être autorisé par la police, peut ordonner à un individu de se présenter à la police un certain nombre de fois ou même pas divertir des relations avec d'autres personnes ou de ne pas quitter sa maison au coucher du soleil⁷². L'adoption des mesures d'ordres de détention administrative et de restriction, bien que dans un état d'urgence dans un danger grave et imminent pour la sécurité de l'État et pour la vie des ses citoyens, a pour conséquence directe la limitation des droits fondamentaux. En absence d'une constitution écrite (ou formel), l'activité de la Cour suprême israélienne a paru dans son rôle de juge dans le difficile équilibre entre les instruments admissibles dans la lutte contre le terrorisme (entendu comme un très grave danger) et la protection des droits fondamentaux: d'un coté il y a l'État, qui peut utiliser tous les moyens pour défendre ses citoyens et de l'autre la nécessité de veiller sur la constitutionnalité et la légalité des moyens utilisés, pas moins la guerre. Les activités dont les forces de sécurité israéliennes ont fait et encore font usage et des quelles c'est occupé la Cour suprême ont concerné les assassinats ciblés de

⁷¹ Voir S. Navot, *ibidem*, page 212.

⁷² Voir S. Navot, *ibidem*, page 213.

prévention⁷³, la mesure de la résidence forcée et les systèmes d'interrogatoire des suspects⁷⁴; dans le difficile équilibre entre l'état d'urgence et la protection des droits de l'homme et des valeurs démocratiques de l'État, la Cour suprême d'Israël a réussi à éviter, depuis sa création, la violation des droits fondamentaux par les autorités, même en cas de danger grave et imminent (il ne faut pas oublier que le législateur israélien a contribué seulement en partie à la protection des libertés fondamentales, parce que on est toujours en absence d'une Loi fondamentale israélienne sur les droits humains, la protection des quels a vu un arrêt réel en 1992, l'année de l'approbation par le *Knesset* des deux Lois fondamentales sur la liberté de l'emploi et sur la dignité et la liberté de la personne)⁷⁵.

7. – Le jugement de la Cour suprême israélienne du 8 mai 2012

Le 8 mai 2012, avec l'arrêt n. 3091/99⁷⁶, la Cour suprême d'Israël a rejeté la demande de ACRI, l'Association pour les droits civils en Israël, de suspendre l'état d'urgence. En 1999, ACRI a demandé à la Cour d'annuler l'état d'urgence qui pose de sérieuses limites à la liberté d'expression et à la liberté d'association, garanties au niveau constitutionnel, viole le droit à la propriété privée et est contraire à la Loi fondamentale sur la dignité et la liberté de la personne; les juges, on lit dans la décision, admettent les dangers résultants des menaces des organisations terroristes, le danger des frontières de l'État à cause du Printemps arabe et à cause de la question iranienne. Cependant, même sans tenir compte plus que la sécurité de l'État est en danger, la Cour a statué sur la Législation d'urgence, adoptée par la Commission interministérielle⁷⁷, laquelle depuis plus de vingt ans met en évidence

⁷³ Sur la question de la nature de ces actions, qui peuvent avoir caractère punitif ou préventif de futurs crimes exécrables contre le peuple de l'État d'Israël, voir, *ex multis*, Newsmax, *Israel's Olmert will Iron First against Terror Attacks*, dans archive.newxmax.com. Pour une reconstruction de la situation dans les territoires occupés, voir le *Report of the human rights inquiry commission established pursuant to Commission resolution S-5/1 of 19 October 2000*, 16-3-2001, UN doc. E/CN.4/2001/121 par. 53-63, dans www.thejerusalemfund.org et dans www.un.org.

⁷⁴ Voir A. Vedaschi, *Osama bin Laden, l'ultimo targeted killing. Gli Stati Uniti hanno dunque la licenza di uccidere?*, cité.

⁷⁵ Voir S. Navot, *Le libertà fondamentali*, dans T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, cité, 223-225.

⁷⁶ HCJ 3091/99, *The Association for Civil Rights in Israel v. The Knesset and the Government of Israel*, judgment, 8 May 2012.

⁷⁷ Il semble à peine nécessaire de souligner que les comités interministériels sont constitués en Israël avec un mandat spécifique sur les questions d'intérêt national, social ou politique, ils sont composés de personnes provenant des différentes branches du gouvernement et/ou des universités et ils sont compétents pour donner des avis ou enquêter. Voir G. M. QUER, *Meno checkpoint di Tzahal, ma la Corte Suprema rimane all'erta*,

les dangers du système des mesures adoptées sur la base l'état d'urgence et elle critique les mesures prises comme trop restrictives des droits fondamentaux, en recommandant une nouvelle législation⁷⁸.

Au fin de mieux comprendre l'état d'urgence in Israël, les mots du juge Dorit Beinisch semblent d'un certain intérêt(arrêt n. 3091/99, par. 18), car il affirme que «Israel is a normal country that isn't normal; it is normal in that it is an active democracy in which fundamental rights including free elections, freedom of expression, and independence of courts and legal advisers, are safeguarded. It essentially fulfills its mandate as a Jewish and democratic state. [Israel] is not normal in that its existential threats have yet to be quelled, the only democratic country in that position today (...) The 'mass of normality' is sufficient to request that emergency legislation will be suited to the normal face and not normal face as one. This is an attainable goal; not in the clouds»⁷⁹.

Certes le thème de la sécurité de l'État et de la vie des citoyens depuis toujours détient un grand intérêt et une grande importance même dans l'activité de la Cour suprême israélienne qui, en absence d'une Constitution formelle, est chargé de la responsabilité d'assurer le respect des droits fondamentaux, même dans une situation d'urgence perpétuelle. On peut mentionner, à cet égard, la décision n. 3128/12, dans laquelle la Cour a approuvé le renouvellement de la mesure de détention administrative de six mois contre Mahmoud Masalmani, militant de Hamas, arrêté pour des activités terroristes, libéré, puis arrêté de nouveau pour avoir poignardé un citoyen israélien. Mais la prolongation de la détention administrative, disposée par une autorité militaire ou de police, est au-delà du contrôle des tribunaux; cependant, la Cour a entendu souligner que la période de détention est certainement une mesure exceptionnelle, adoptée pour des raisons de sécurité, dont le renouvellement sera autorisé seulement en présence de preuves sur les dangers persistants du sujet. Beaucoup de monde a souligné comme la difficile tâche de la Cour suprême israélienne dans la tentative complexe d'équilibre entre la sécurité de l'État et les droits fondamentaux, et par la Commission interministérielle pour la

dans www.informazionecorretta.com/main.php?mediaId=&sez=350&id=44493. Pour quelques exemples des Commission déjà nommées voir.A. Mordechai Rabello, *Israele*, cité.

⁷⁸ Voir J. Paraszczuk, *High Court upholds state of emergency*, dans <http://m.jpost.com/HomePage/FrontPage/Article.aspx?id=95269156&cat=1>.

⁷⁹ Voir www.acri.org.il/en/2012/05/08/state-of-emergency-petition-rejected/.

Législation d'urgence, a abouti à la création d'un État de droit en urgence⁸⁰ et la législation adoptée comme une mesure exceptionnelle pour lutter contre l'état d'urgence a été remplacé par la législation relative à l'objectif ultime de la lutte contre le terrorisme, dont la nouveauté serait donc de donner vie à l'État de droit dans l'urgence⁸¹.

Il est à noter que les arrêts du juge Barak ont une grande importance afin de la compréhension de l'équilibre très difficile, mais aussi très important, entre sécurité et liberté. En particulier, il a été noté que si la réalisation de la justice équivaut à la réparation d'un tort, il y a des cas où ce ne sera pas possible: on peut considérer, par exemple, les tueries aveugles dans le cas d'attaques terroristes dans lesquelles les enfants perdent aussi leurs vie. Dans ce cas, même dans le cas d'une condamnation des coupables, le préjudice subi par les familles qui ont perdu leurs enfants ne peut pas être réparé, car la procédure pénale ne atteindra pas la justice et le châtiment sera coloré de vengeance⁸². Dans ce sens, on peut affirmer que les interventions judiciaires appliquées en temps convenable peuvent empêcher les crimes, même si aujourd'hui la justice normalement intervient après que les crimes ont déjà été perpétrés.

La réflexion sur le fonctionnement de la justice dans l'État d'Israël et, en particulier sur le rôle qui en matière de protection des droits fondamentaux a joué juste le juge Barak avec ses remarques dans les jugements, a donné lieu à ce qui a été appelé le «modello Barak», élaboré pour affronter les moments de crise, de guerre et de terrorisme, et qui correspond à la vraie idée de la justice⁸³: «non serve a nulla

⁸⁰ Voir G.M. Quer, *Meno checkpoint di Tzahal, ma la Corte Suprema rimane all'erta*, cité.

⁸¹ À cet égard le juge Barak, dans l'arrêt *Barzilai v. Gov't of Israel* (n. 428/86, dans www.court.gov.il), a affirmé que «non c'è sicurezza senza legge. Lo stato di diritto è un elemento della sicurezza nazionale. La sicurezza ci chiede di individuare mezzi corretti per l'interrogatorio. Altrimenti il Servizio di Sicurezza Generale non sarà in grado di raggiungere i suoi obiettivi. La forza del Servizio risiede nella pubblica fiducia in esso. La sua forza sta nella fiducia che la Corte gli accorda (...) Senza questa fiducia, gli organi dello Stato non possono funzionare. Questo vale sia per la pubblica fiducia nelle corti, che per gli altri organi dello Stato»; il passo è richiamato dallo stesso giudice Barak nella *Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, dans S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza, Atti del Convegno tenutosi presso l'Università di Roma «La Sapienza» il 6 dicembre 2007*, cité, page 59.

⁸² Voir F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, page 223; ici l'Auteur affirme que la conséquence d'une justice qui ne résout pas le préjudice subi conduit à une réflexion plus approfondie sur le fait que le système judiciaire ne devra pas s'arrêter à l'exercice d'une «*giustizia retrospettiva*».

⁸³ Voir F. Stella, *ibidem*, 226-227. L'Auteur reconnaît dans les éléments suivants les caractéristiques du modèle Barak:

a) *l'attribuzione ai giudici del compito di protezione dei principi della democrazia;*
 b) *l'obbligo per i giudici di non far tacere in battaglia le leggi dello Stato democratico;*
 c) *l'individuazione dello strumento per attivare l'intervento giudiziario nelle petizioni di chi, cittadino o straniero, lamenti la violazione di un diritto;*

l'intervento retrospettivo perché, quando un diritto umano è stato violato, nulla al mondo può far sì che la violazione non sia avvenuta; nulla al mondo può rendere possibile una riparazione del torto subito, dei patimenti sofferti. Per far sì che la giustizia basata sui diritti diventi una realtà vissuta e attesa per l'avvenire, è indispensabile che prenda vita la garanzia dell'intervento giudiziario o della comunità internazionale, capace di impedire che il torto si consumi e che i diritti vengano violati»⁸⁴.

8. – En conclusion

À la suite des considérations exposées dans les pages précédentes il semble utile de se concentrer à nouveau sur la relation difficile entre l'urgence et le terrorisme dans un État démocratique, dont le système juridique doit être assuré dans ses principes fondamentaux en cas de danger ou de menace grave. En fait, urgence et terrorisme pourraient mettre l'État concerné à ces phénomènes, aussi imprévisibles que violentes, ou qui causent de grandes souffrances à son peuple, devant le choix de forcer les valeurs de la démocratie et du droit généralement reconnues, selon le but ultime du sauvetage du système juridique et de la sécurité de sa communauté.

La protection et la garantie des droits fondamentaux seront donc en danger, face à la nécessité de maintenir la sécurité, la prévention et la répression des actes de terrorisme, dont l'État a la suspicion de leur apparition future ou, à la place, devrait punir les coupables pour défendre l'essence même du constitutionnalisme démocratique de laquelle, évidemment, il ne sera que l'expression la plus haute. Il convient donc de se demander si on peut donner une définition claire et sans ambiguïté des concepts de terrorisme et d'urgence, considérés comme des facteurs potentiels de crise de toutes sortes, et l'effondrement consécutive des principes démocratiques garantis par la Constitution. En ce sens, il semble possible de dire que ce n'est pas facile de trouver des deux concepts ni une définition claire, ni propre, changeant-elle parfois d'un Pays à l'autre.

À propos de la définition d'urgence on doit également être démontré qu'il n'est souvent pas facile de trouver la définition de la même, mais plutôt son utilisation

d) l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici nei confronti del governo e dell'apparato esecutivo;

e) la tempistica dell'intervento giudiziario, considerata decisiva per impedire che un'azione ingiusta possa essere portata a compimento».

⁸⁴ Voir F. Stella, *ibidem*, page 241.

avec d'autres éléments qui pourraient être utiles pour une certaine compréhension de sa signification: on peut penser aux événements, définis tel comme urgence, voir la guerre, les crises économiques, les catastrophes écologiques, les catastrophes naturelles ou les diverses formes de criminalité organisée et, entre eux, en fait, celle terroriste. Temporalité et urgence permettront ensuite au pouvoir public de adopter toutes les mesures nécessaires pour remédier à l'état d'urgence, certainement en dérogation aux prévisions constitutionnelles ou même qui suspendent certains droits constitutionnels, afin de maintenir les principes fondamentaux de l'État et qui permettent le retour à la situation antérieure à l'urgence, qualifié comme normalité (constitutionnelle). À cet égard, on a observé que «il richiamo alla necessità è in realtà il richiamo a un concetto-sintesi che serve a porre in risalto come nei momenti di estremo pericolo la esigenza di trovare rimedio a minacce alla stessa sopravvivenza di una comunità non permetterebbe di impedire il ricorso a limitazioni delle garanzie costituzionali motivato dal rispetto di clausole formali di una costituzione»⁸⁵.

La définition de la notion de terrorisme⁸⁶ semble encore plus difficile si l'on pense qu'un acte terroriste qui fonde sa légitimité sur un contenu idéologique précis pourrait être considéré dans le double sens de la loi qui fonde un nouveau pacte constitutionnel, résultat de l'action de la législature ou bien un acte qui sape les fondements d'un système démocratique légal, selon des fins politiques et /ou idéologiques⁸⁷. En ce sens, l'utilisation de la littérature de droit pénal semble offrir des éléments utiles pour faciliter la compréhension de l'acte terroriste lui-même, car elle distingue un élément subjectif et un objectif de l'acte terroriste. Selon Paolo

⁸⁵ Voir G. De Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, page 219. L'Auteur, en rappelant, par exemple, une loi limitative des droits adoptée aux États-Unis après les événements du 11 Septembre 2001, affirme que «la necessità di cui si è da tempo occupata la dottrina costituzionalistica rimane sullo sfondo anche in ordinamenti che pretenderebbero porsi come modello di garantismo. Rimane dunque l'attualità potenziale del tradizionale rapporto regola-eccezione».

⁸⁶ À cet égard, il y a ce qui, en considérant le terroriste un figure similaire, pour quelques éléments à celle-ci du criminel et pour d'autres à celle de l'ennemi, a défini le terrorisme comme un «*super reato*», en intégrant dans lui certaines caractéristiques de la guerre et en légitimant ainsi la considération de son auteur comme un criminel et comme un ennemi au même temps. Voir G. Fletcher, *I fondamenti filosofico-giuridici della repressione del terrorismo*, dans M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, page 371.

⁸⁷ Il faut noter que le terrorisme, auquel on se réfère généralement après le 11 Septembre, est celui islamique, sans aucun État ou territoire, et qui contraint «*gli ordinamenti e gli Stati che siano sue vittime potenziali a combattere una guerra contro singoli criminali anziché contro un movimento, un gruppo, uno Stato*». Voir M. Donini, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, dans S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, cité, 85-108, en particulier 105-108.

Bonetti «circa l'aspetto oggettivo si ritiene che l'atto terroristico abbia alcuni tratti peculiari per lo più riconducibili alla qualità della persona offesa, rappresentante in qualche modo le istituzioni; alla potenzialità dell'offesa capace di rivolgersi a persone indeterminate e, quindi, di ingenerare timore nella collettività; all'estraneità delle vittime ai rapporti interpersonali del terrorista, in quanto le vittime sono scelte non per i loro individuali rapporti interpersonali con l'agente, ma per i loro rapporti con le istituzioni o per il solo fatto di essere membri della società. Infatti il terrorismo non allude alla mera violenza, che presuppone soltanto un aggressore ed una vittima, ma implica anche una terza parte, l'insieme dei cittadini e/o i pubblici poteri, che si vuole intimidire mostrandole quello che accade alla vittima. Circa l'aspetto soggettivo, l'atto terroristico si caratterizza per la finalità ideologica che lo sorregge e per la finalità politica in vista del quale è compiuto, secondo combinazioni variabili che magari non hanno alcuna strategia politica, ma che appaiono sempre caratterizzate da un movente di tipo ideologico che promuove la condotta»⁸⁸ ·Intéressant de noter ici que, souvent, l'acte terroriste assume une importance internationale car, en général, à partir du moment de sa création et de préparation et jusqu'à sa réalisation implique, dans ses effets tragiques, plusieurs Pays.

Il faut préciser que les actions de la communauté internationale visant à la prévention et à la répression des actes de terrorisme peuvent être pacifiques, à savoir toutes les actions qui ne impliquent pas l'utilisation de la force, qui vont à renforcer la coopération entre les États membres, avec l'objectif du maintien de la paix, et prises contre les États dont on pense que dans une certaine mesure ils donneront soutien aux terroristes (ou envers lesquels tels montrent de la tolérance) et qui leurs permettent d'utiliser leur territoire comme base pour des attaques prochains, ou le type armé, ce qui comporte les actions qui visent à capturer ou tuer les terroristes, à détruire leurs bases ou à prévenir leurs attaques, selon les normes du droit national et international qui autorisent l'utilisation de la force militaire, pouvant, dans ce cas, l'État agir individuellement ou sous la direction d'un organisme international (on peut penser aux recommandations du Conseil de sécurité des Nations Unies), et ça en dépit de la Charte des Nations Unies qui interdit l'utilisation et la menace de la force dans les relations internationales, sauf le cas de légitime défense, individuelle

⁸⁸ P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, page 7.

ou collective, à la suite d'une attaque armée ou d'agression contre un État. Dans le même temps, les constitutions de nombreux États démocratiques rejettent la guerre comme moyen pour régler les différends internationaux ou comme un instrument qui peut nuire à la liberté d'un peuple (on peut penser, par exemple, au cas de l'Italie ou au cas de l'Allemagne). Par conséquent, considéré le recours à la guerre comme un dernier moyen pour résoudre les différends internationaux⁸⁹, la question qui nous intéresse ici est de détecter que la communauté internationale n'est pas arrivée à aucune définition, générale, abstraite et communément acceptée, du terrorisme (si l'on exclut effectivement la Convention sur la prévention et la répression du terrorisme, adoptée à Genève le 16 Novembre 1937 et qui ne est jamais entrée en vigueur, qui, soulignant la nécessité pour les États d'introduire des règles internes qui pourraient incriminer les terroristes, définit le terrorisme comme un phénomène général comprenant «des faits criminels dirigés contre un État et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez des personnalités déterminées, des groupes de personnes ou dans le public»⁹⁰, préférant de traiter chaque fois les cas concrets (grâce à l'adoption des traités spécifiques, qui, cependant, n'ont souvent pas été ratifiés par les États où les terroristes ont trouvé refuge, ou desquels ils venaient, n'étaient pas obligatoires pour les États signataires et, en tout cas, n'ont pas fourni une définition uniforme du terrorisme), pour assurer, dans chaque cas, les auteurs devant un tribunal pénal. Et la communauté internationale (ainsi que, pour sa part, l'Union européenne), a démontré un engagement continu à trouver une définition commune du terrorisme, jusqu'à joindre à une notion plus spécifique, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1994 (art. 1.3 de la Résolution n. 49/60)⁹¹, qui entend le terrorisme comme tous «les actes criminels qui, à des fins politiques, sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans le public, un groupe de personnes ou chez des particuliers sont injustifiables en toutes circonstances et quels que soient les motifs de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou autre que l'on puisse invoquer pour les justifier»⁹².

⁸⁹ Voir A. Cassese, *Diritto internazionale*, vol. II, *Problemi della comunità internazionale*, il Mulino, Torino, 2004, page 174.

⁹⁰ Voir le texte intégral dans http://legal.un.org/avl/pdf/ls/RM/LoN_Convention_on_Terrorism.pdf

⁹¹ Voir le texte intégral dans <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=528e03be4>

⁹² Voir A. Cassese, *ibidem*, 162-163.

Après les événements tragiques du 11 Septembre 2001, le Conseil de sécurité des Nations Unies a approuvé à l'unanimité, la nuit du 28 Septembre 2001 Résolution n. 1373 qui prévoit des mesures sévères dans la lutte contre le terrorisme international, appelle à la coopération de tous les États membres, afin de lutter contre le financement des organisations terroristes et institue une Commission de contrôle sur la mise en œuvre effective de cette Résolution. Sur la base de la résolution.n. 1373, l'ONU a mis en place deux organes subsidiaires dans la lutte contre le terrorisme, le *Counter Terrorism Committee, CTC*, avec des tâches de surveillance et d'action contre le terrorisme et le Comité des sanctions contre Al-Qaida et les Taliban, avec la tâche de mettre en jour les listes des personnes et des entités qui leurs sont associées et de surveiller l'application des sanctions. En particulier, le Conseil de sécurité: *omissis*, «*Agissant* en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, *Décide* que tous les États doivent: prévenir et réprimer le financement des actes de terrorisme; ériger en infraction la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme; geler sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles, et des personnes et entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes et entités, y compris les fonds provenant de biens appartenant à ces personnes, et aux personnes et entités qui leur sont associées, ou contrôlés, directement ou indirectement, par elles; interdire à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes à la disposition, directement ou indirectement, de personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, d'entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et de personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes»⁹³. Au niveau régional la lutte européenne pour la prévention et la

⁹³ Le Conseil de sécurité «*Demande* à tous les États: de trouver les moyens d'intensifier et d'accélérer l'échange d'informations opérationnelles, concernant en particulier les actions ou les mouvements de terroristes ou de réseaux de terroristes, les documents de voyage contrefaits ou falsifiés, le trafic d'armes,

répression du terrorisme a vu l'adoption d'instruments certainement plus déterminés et contraignants de ceux embauchés par la communauté internationale, étant en fait, la lutte contre le terrorisme, dans les principes contenus dans le deuxième et le troisième piliers de l'Union européenne, qui a pour objectif d'offrir aux citoyens un niveau élevé de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant entre les États membres un degré élevé de coopération policière et judiciaire en matière pénale. Afin d'examiner la situation internationale après les événements du 11 Septembre, le 21 Septembre 21 2001 le Conseil européen s'est réuni en session extraordinaire à Bruxelles, où, il a affirmé que la lutte contre le terrorisme international serait un objectif prioritaire de la politique de l'Union, en approuvant un plan d'action pour renforcer la coopération policière et judiciaire et pour arrêter le financement du terrorisme et la mise en œuvre de ce-ci a vu l'adoption, dans les années suivantes, des règles communautaires précises. Le 27 Décembre 2001, considérant la position adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans la Résolution n. 1373, le Conseil a adopté la position commune du Conseil n. 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques pour lutter contre le terrorisme, dans laquelle on prévoit le gel des fonds et d'autres ressources financières ou économiques de certaines personnes, groupes et entités impliqués dans des actes terroristes, qui sont identifiés dans une liste annexée à la même position, préparée sur la base d'informations précises ou d'éléments dans le fichier d'une autorité compétente qui a pris une décision à cet égard. La liste est sujette à une mise à jour au moins tous les six mois. Et on donne ici une définition précise des «personnes, groupes et entités

d'explosifs ou de matières sensibles, l'utilisation des technologies de communication par des groupes terroristes, et la menace que constituent les armes de destruction massive en possession de groupes terroristes; d'échanger des renseignements conformément au droit international et national et de coopérer sur les plans administratif et judiciaire afin de prévenir les actes de terrorisme; de coopérer, en particulier dans le cadre d'accords et d'arrangements bilatéraux et multilatéraux, afin de prévenir et de réprimer les actes de terrorisme et de prendre des mesures contre les auteurs de tels actes; de devenir dès que possible parties aux conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme, y compris la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme en date du 9 décembre 1999; de coopérer davantage et d'appliquer intégralement les conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme ainsi que les résolutions 1269 (1999) et 1368 (2001) du Conseil de sécurité; de prendre les mesures appropriées, conformément aux dispositions pertinentes de leur législation nationale et du droit international, y compris les normes internationales relatives aux droits de l'homme, afin de s'assurer, avant d'octroyer le statut de réfugié, que les demandeurs d'asile n'ont pas organisé ou facilité la perpétration d'actes de terrorisme et n'y ont pas participé; de veiller, conformément au droit international, à ce que les auteurs ou les organisateurs d'actes de terrorisme ou ceux qui facilitent de tels actes ne détournent pas à leur profit le statut de réfugié, et à ce que la revendication de motivations politiques ne soit pas considérée comme pouvant justifier le rejet de demandes d'extradition de terroristes présumés.

Le texte intégral de la Résolution est consultable dans [www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373\(2001\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373(2001)).

impliqués dans des actes terroristes», qui ici sont tous ces «personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes terroristes ou qui participent à, ou de faciliter, groupes et entités détenus ou contrôlés directement ou indirectement par de telles personnes; et des personnes, groupes et entités agissant au nom ou sous la direction de ces personnes, groupes et entités, y compris les fonds provenant de biens leur appartenant ou contrôlés directement ou indirectement par de telles personnes ou par des personnes, groupes et entités qui leur sont associées» et de «acte de terrorisme»⁹⁴. L'acte européen suivante a été la décision-cadre du Conseil du 13 Juin 2002, n. 2002/475/JAI, qui, étant certainement plus contraignante pour les Pays membres d'une convention internationale, a conduit à l'adoption d'une définition commune des infractions terroristes (en effet cette définition manque dans la plupart des États membres de l'UE), des infractions liées à des actes

⁹⁴ «Aux fins de la présente position commune, on entend par «acte de terrorisme», l'un des actes intentionnels suivants, qui, par sa nature ou son contexte, peut gravement nuire à un pays ou à une organisation internationale, correspondant à la définition d'infraction dans le droit national, lorsqu'il est commis dans le but de:

- i) gravement intimider une population, ou
- ii) contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou
- iii) gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale:
 - a) les atteintes à la vie d'une personne, pouvant entraîner la mort;
 - b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne;
 - c) l'enlèvement ou la prise d'otage;
 - d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables;
 - e) la capture d'aéronefs, de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises;
 - f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport, la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques ou chimiques ainsi que, pour les armes biologiques ou chimiques, la recherche et le développement;
 - g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant
 - h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;
 - i) la menace de réaliser un des comportements énumérés aux point a) à h);
 - j) la direction d'un groupe terroriste;
 - k) la participation aux activités d'un groupe terroriste, y compris en lui fournissant des informations ou des moyens matériels, ou toute forme de financement de ses activités, en ayant connaissance que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par «groupe terroriste», l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des actes terroristes. Les termes «association structurée» désignent une association qui ne s'est pas constituée par hasard pour commettre immédiatement un acte terroriste et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée.»

Le texte de la position commune est consultable dans eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001E0931&from=FR.

terroristes et des organisations terroristes⁹⁵. Après l'adoption de la Décision-cadre n. 2002/475/JAI du Conseil, il était possible de réaliser le principe de la coopération judiciaire à travers la délivrance du mandat d'arrêt européen (décision-cadre no. 2002/584/JAI du Conseil, adoptée le 13 Juin 2002)⁹⁶, mais applicable uniquement aux infractions en vertu de la décision elle-même, et parmi ceux-ci, à l'infraction terroriste, selon la décision n. 2002/475/JAI. Mais les instruments adoptés au niveau international et régional européen, aux fins de lutte et la prévention de la menace terroriste, en fait, n'ont pas été adoptés même dans les législations nationales⁹⁷. En même temps, il convient de noter que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé à plusieurs reprises sur les cas des personnes soupçonnées d'avoir commis des actes terroristes, en affirmant que l'art 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, interdit, sans exception ni prédiction de dérogation, l'utilisation de la torture, des châtiments inhumains et dégradants, même

⁹⁵ Dans la Décision cadre on lit: *omissis* «Article premier *Infractions terroristes et droits et principes fondamentaux*

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels visés aux points a) à i), tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de:

- gravement intimider une population ou
- contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou
- gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale;
- a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort;
- b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne;
- c) l'enlèvement ou la prise d'otage;
- d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables;
- e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises;
- f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement;
- g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;
- h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;
- i) la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h).

2. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne».

Texte intégral dans eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0475&from=FR.

⁹⁶ Texte intégral dans eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b151647-772d-48b0-ad8c-0e4c78804c2e.0007.02/DOC_1&format=PDF.

⁹⁷ Voir M. Savino, *La disciplina italiana della lotta al finanziamento del terrorismo*, dans *Giornale di diritto amministrativo*, gennaio 2008.

si en présence d'urgence terroriste⁹⁸. La menace du terrorisme, après les événements du 11 Septembre 2001, a certainement mis les États-nations face à la nécessité de ce qui a été défini comme une *normalizzazione dell'emergenza* par l'utilisation des sources ordinaires et en particulier de la loi⁹⁹ (laissant ici effectivement le cas de l'urgence de la guerre, généralement prévue dans les textes constitutionnels démocratiques). La prévision de la législation adoptée pour répondre d'urgence (terroriste) qui limite l'exercice des droits spécifiques ou des biens protégés par la Constitution devra tenir compte du principe de proportionnalité de la mesure adoptée pour mettre fin à la situation dangereuse dans laquelle un État se pourrait trouver ou la vie de ses citoyens aussi. Et les juges constitutionnels se retrouvent souvent face à la tâche délicate de l'évaluation de la constitutionnalité des limites imposées par la législation anti-terroriste à l'exercice de certains droits constitutionnels, à en juger, bien sûr, le respect du principe de proportionnalité. L'affrontement (ou l'on pourrait dire le rendez-vous) entre les droits fondamentaux et l'urgence dans la lutte contre le terrorisme est donc une question actuelle, délicate et très difficile à résoudre. Il a été noté que, souvent, il est tenu pour certain la constatation que la situation d'urgence est une exception aux droits, en mettant en doute la survie d'eux à l'épreuve de l'urgence, qui, dans le cas du terrorisme, risque probablement d'être normalisée¹⁰⁰. La situation d'urgence terroriste, donc, semble être, dans le monde actuel, le lien entre le besoin de sécurité et le respect des droits fondamentaux, selon un double sens: la restriction des droits fondamentaux, afin de garantir la sécurité de nous tous et le respect des droits fondamentaux de ceux qui commettent des actes terroristes ou qui en sont soupçonnés. Certes, la sécurité ne sera pas garantie que par la primauté du droit, la valeur fondamentale garantie par toutes les constitutions démocratiques, qui trouvera son accomplissement par le principe de la dignité humaine, soit de la victime d'actes terroristes que de l'auteur de l'acte terroriste et/ou du suspect (car déjà enquêté).

⁹⁸ Il semble à peine nécessaire de souligner l'intérêt récent manifesté par les Institutions européennes à la pratique des *targeted killing*: Directorate General for External Policies of the Union, Policy Department, *Human Rights implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare*, Bruxelles, 3-5-2013, 1 ss., PE410.220, étude élaboré par N. Melzer sur la demande du Parlement européen, Comité des Droits humains. Directorate General for External Policies of the Union, Policy Department, *Creating accountability? Recent developments in the US's policy on drones*, Bruxelles, 28-3-2013, 1 ss., PE491.489, *policy briefing* élaboré par W. Troszczynska-Van Genderen et J. Bellelli, de la part du Policy Department, DG EXPO.

⁹⁹ Voir G. De Vergottini, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, dans *Rass. parlam.*, 2004, 432-434.

¹⁰⁰ Voir G.M. Flick, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza*, cité.

À cet égard, le cas d'Israël apparaît aussi intéressant que spectaculaire dans son actualité, étant souvent la Cour suprême israélienne contrainte à se prononcer sur l'objet d'attaques terroristes et sur les réactions suivantes de l'État contre les auteurs des actes terroristes et /ou les suspects. En particulier, la Cour a traité des assassinats ciblés des terroristes¹⁰¹, de l'obligation de résidence pour eux et leurs familles, de la destruction des maisons ou des routes, des méthodes d'interrogatoire et des moyens jugés admissibles pendant lui-même et du mur en Cisjordanie.

À partir de la nécessité fondamentale pour la défense de la démocratie, les juges israéliens ont constamment affirmé que la lutte contre le terrorisme doit toujours respecter le principe de légalité, ne pourra en aucun cas, l'État utiliser à cet égard des méthodes et des outils propres de la terreur que l'État lui-même veut combattre et vaincre: on ne devra, par conséquent, jamais oublier la nécessité d'un juste équilibre entre la protection de l'intégrité de l'État et la sécurité des citoyens d'une part et la protection de la liberté et de la dignité de la personne à l'autre. En fait, compte tenu de «il (mio) ruolo di giudice di Corte Suprema nell'ambito di una democrazia come equivalente al compito di protettore della Costituzione e della democrazia stessa (omissis) il ruolo essenziale di un giudice di Corte Suprema in una democrazia è quello di conservare e di proteggere la Costituzione e la democrazia stessa»¹⁰².

¹⁰¹ Il semble à peine nécessaire de relever que la Cour Suprême d'Israël dans l'arrêt *The Public Committee Against Torture et al. v. The Government of Israel et al.*, 11-12-2005, 769/02, propose un ensemble de conditions de légitimité du *targeting*, en particulier, elle légitime les assassinats ciblés sur la base de la réflexion que l'arrêt du sujet n'est pas possible. On peut consulter le texte dans elyon1.court.gov.il; pour un commentaire sur cet arrêt voir P. Benvenuti, *Judiciaire Review nella guerra al terrorismo nella decisione della Corte suprema israeliana sui targeted killings*, Editoriale, dans DPCE, 2007, XIII ss, en particulier page XVIII; A. Cassese, *On Some Merits of the Israeli Judgement on Targeted Killings*, dans *J. Int. l. Crim. Just.* 2007, 339 ss.

¹⁰² Voir A. Barak, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, dans *Giur. cost.* 2002, 3385-3393.



ISSN 2037-6677

2015/2

**Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei
referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli
Stati Uniti**

**Democracy and fundamental rights: the case of same-
sex marriage referenda in Ireland and United States**

Elena Falletti

Abstract

The present paper intends first to outline the cultural positions underlying the very notion of marriage. Particularly, the aim is that of problematizing the use of referendum as the proper means to recognize same-sex marriage. In order to do so, it purports to analyze the recent constitutional reform entered into in Ireland; it further intends to compare the referendum experiences in recognizing the fundamental right to marriage for same-sex couples in Ireland and United States.

Tag: marriage, same-sex, Ireland, referendum, United States



Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli Stati Uniti.

di Elena Falletti

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Il referendum costituzionale irlandese. 3. – Referendum e casi giurisprudenziali negli Stati Uniti. 4 – Conclusioni.

1. – Introduzione

Il riconoscimento alle coppie omosessuali del diritto a contrarre valido matrimonio è un tema dibattuto dall'opinione pubblica, dalla dottrina e dalla giurisprudenza in molte parti del mondo. Seppure quello al matrimonio sia affermato come diritto fondamentale della persona dall'art. 16. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il quale statuisce che «Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione», vi è chi si oppone all'inclusione in tale fattispecie del matrimonio tra le persone dello stesso sesso asserendo che la diversità di sesso tra i nubendi è requisito “*naturale*”.

Sulla scena si confrontano due posizioni dalle radici culturali e giuridiche contrapposte: da una parte si rappresenta una *Weltanschauung* più affine alla tradizione borghese ottocentesca, secondo la quale il matrimonio va celebrato

esclusivamente da una coppia composta da un uomo e una donna, che si uniscono, procreano e educano la prole e le trasmettono il patrimonio familiare. Dall'altra parte si manifestano le ragioni della privacy, del diritto all'autodeterminazione di ciascuna persona e del principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. A questo proposito è stato affermato che la famiglia basata sull'unione coniugale eterosessuale non può considerarsi né naturale, né universale, ma che al contrario un secolo di studi antropologici ha fatto emergere una vasta gamma di unioni familiari, comprese quelle omosessuali¹.

Di fronte a questa dicotomia, apparentemente non componibile, l'azione per l'ottenimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali ha visto tre differenti strategie: il riconoscimento delle Corti, la disciplina legislativa e la votazione referendaria. Quest'ultimo approccio presenta due aspetti problematici: da un lato, considerando la manifestazione della volontà popolare come espressione più alta della sovranità dello Stato, si bloccherebbe ogni spazio di riconoscimento del diritto in caso di respingimento dell'istanza o di non raggiungimento del quorum. Dall'altro lato ci si chiede come il riconoscimento di un diritto fondamentale, quale quello al matrimonio, possa essere lasciato a disposizione della volontà sovrana delle maggioranze espresse da un referendum, quando esso concerne l'accesso al medesimo istituto da parte di minoranze permanenti², come quella composta da persone di orientamento omosessuale. A questo proposito si ricorda che in dottrina per minoranza permanente si intende «un gruppo umano caratterizzato, in rapporto a uno o più altri gruppi all'interno di un medesimo spazio di riferimento (territoriale, comunitario, ideale, ecc.), da fattori di identità oggettivi (di ordine sociale, nazionale, religioso, ideologico, linguistico, di età o di genere) e soggettivi (la consapevolezza collettiva di sé, il leale senso di appartenenza dei propri membri e la manifestazione di volontà di autopreservazione) che ne fanno un'entità tendenzialmente permanente, unitaria, omogenea, consapevole e sottoposta a processi di disidentificazione ed evoluzione lenti e comunque in prevalenza naturali e spontanei»³. In merito alle rivendicazioni dei diritti delle persone omosessuali, si

¹A. Favole, *La bussola dell'antropologo*, Roma-Bari, 2015, 30; American Anthropological Association, *Statement on Marriage and the Family*, <http://www.aaanet.org/issues/policy-advocacy/Statement-on-Marriage-and-the-family.cfm>, 2004.

²R. Toniatti, voce "Minoranze, diritti delle", in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Vol. V, Roma, 1996, 701 ss.

³R. Toniatti, op. cit.

tratterebbe della realizzazione di uno dei casi di “*tirannia della maggioranza*” paventati da Alexis de Toqueville già nella prima metà dell'Ottocento⁴. La stessa Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato che «i diritti fondamentali non possono essere sottoposti a un voto; non dipendono dal risultato di alcuna elezione. Non ha importanza se i difensori del matrimonio tra persone dello stesso sesso ora godano o manchino di influsso nel processo democratico»⁵.

Tuttavia è accaduto, non raramente, che il corpo elettorale sia stato chiamato a pronunciarsi sul riconoscimento dei *same-sex marriage*, con risultati spesso prevedibili. In questa sede si tratta delle esperienze avvenute in Irlanda e negli Stati Uniti.

2. – Il referendum costituzionale irlandese

In Irlanda, il 22 maggio scorso il *Thirty-fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Bill 2015 n. 5* è stato sottoposto a referendum costituzionale attraverso il quale gli irlandesi si sono espressi con una percentuale del 62,07% a favore di un modello matrimoniale “*gender neutral*”. A seguito dell'esito positivo di tale consultazione referendaria il nuovo articolo 41, sub. 4 della Costituzione irlandese statuisce che “*Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex*”. Come è noto, l'Irlanda è un Paese a forte tradizione cattolica e questa si manifesta anche nel testo della Carta costituzionale, dove nel Preambolo e nel testo ci sono espliciti riferimenti a Dio, alla Trinità e a Gesù Cristo, alla protezione della maternità e al ruolo della donna nella vita familiare. Pertanto, seppur non apertamente stabilito, la giurisprudenza ha considerato ammissibile il solo matrimonio eterosessuale. A questo proposito, in una nota sentenza, *Zappone & Anor -v- Revenue Commissioners & Ors*⁶, le attrici, due cittadine irlandesi sposatesi a Vancouver, nel British Columbia, richiedevano il riconoscimento del loro matrimonio canadese in Irlanda. Tale istanza è stata rigettata dalla *High Court* irlandese perché l'interpretazione della Costituzione nel suo complesso impediva che potesse essere accolta una modifica costituzionale in via giurisprudenziale, seppure non fosse stabilita una definizione costituzionale del matrimonio e nonostante la

⁴A. De Tocqueville, *Democracy in America: Historical-Critical Edition*, 4 vols., [1835] <http://oll.libertyfund.org/titles/tocqueville-democracy-in-america-historical-critical-edition-4-vols-lf-ed-2010> (2010), II, 92; B. J. Cox, *The Tyranny Of The Majority Is No Myth: Its Dangers For Same-Sex Couples*, 34 Hamline J. Pub. L. & Pol'y 235, 244 (2013).

⁵*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. _____ (2015), 24.

⁶[2006] IEHC 404, [2008] 2 IR 417.

Costituzione fosse da considerare un *living document* non conservato nel “*permafrost del 1937*” (anno della sua approvazione).

Questa vicenda ha dato inizio a un dibattito politico che ha portato alla riforma costituzionale approvata con il citato referendum⁷. A questo proposito, l'art. 46 della Costituzione irlandese prevede un complesso iter di revisione costituzionale il quale afferma che la proposta di modifica di una norma costituzionale (*Amendment of the Constitution Bill*) debba essere approvata da entrambe le camere (*Seanad* e *Dail*) e poi sottoposta alla conferma referendaria popolare⁸. In questo caso l'*Amendment* ha avuto una genesi peculiare, infatti, nel 2013 il Governo irlandese ha istituito una *Constitutional Convention*, composta da 100 membri tra i quali erano presenti non soltanto parlamentari, ma anche soggetti scelti tra tutte le fasce sociali della popolazione. Nel giugno 2013 la *Constitutional Convention* ha pubblicato un dettagliato rapporto dove è emersa una netta maggioranza favorevole ad alcune modifiche costituzionali “*homosexual friendly*” affinché 1. fosse consentito alle coppie dello stesso sesso di sposarsi (79% dei commissari favorevoli); 2. che tale emendamento avesse natura vincolante (78% dei commissari favorevoli); 3. che a seguito di ciò, che lo Stato adeguasse le norme in materia di genitorialità, tutela e responsabilità nei confronti dei figli (81% dei commissari favorevoli). Tali raccomandazioni sono diventate un disegno di legge governativo di modifica della Costituzione, approvato prima dalla Camera (*Dail*) con voto palese e poi dal *Seanad*⁹. Su siffatta base è stato elaborato il quesito referendario, formulato in una risposta secca: sì o no all'emendamento. Detto referendum non prevedeva quorum, quindi è stata sufficiente la maggioranza semplice dei voti validi.

Dopo l'approvazione referendaria, la nuova norma entra in vigore a seguito della promulgazione del Presidente della Repubblica, il quale può solo effettuare un controllo formale sulla procedura legislativa, senza entrare nel merito delle modifiche costituzionali¹⁰.

Il risultato favorevole all'equiparazione del matrimonio indipendentemente dal

⁷C. Sbailò, *Same-sex Marriage. In Irlanda è stato necessario cambiare la Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 maggio 2015, 4; M. Downs, *The Consequences of Ireland's Vote for Equality*, in *UK Human Rights Blog*, May 31, 2015.

⁸D. Amram, *Il sì dell'Irlanda al matrimonio*, <http://www.articolo29.it/2015/si-dellirlanda-matrimonio/#more-10380>, 2015.

⁹C. Sbailò, op. cit.; D. Amram, op. cit..

¹⁰D. Amram, op. cit.

sesso dei nubendi dovrebbe provocare un effetto espansivo automatico a tutta la legislazione irlandese in materia di persone e famiglia, come ad esempio la sostituzione delle parole “*husband*” e “*wife*” con il termine “*spouse*”, nonché la preoccupazione per i possibili conflitti che potrebbero sorgere sul versante religioso, considerata la forte presenza di riferimenti religiosi cattolici nella legislazione. Gli osservatori internazionali hanno rilevato questa apparente contraddizione: da un lato la netta maggioranza di elettori che si è pronunciata a favore di un'apertura rifiutata dalla Chiesa Cattolica e dall'altro la crisi di autorevolezza che la medesima istituzione sta attraversando in quel Paese¹¹.

L'Irlanda, dunque, è stato il primo Paese sovrano al mondo che ha riconosciuto attraverso un voto popolare un diritto tanto dibattuto a una minoranza permanente, quella omosessuale. In realtà con questa decisione popolare di rango costituzionale, gli irlandesi hanno assimilato tale segmento della popolazione rendendolo concettualmente indistinguibile ai fini matrimoniali dalla maggioranza, anzi realizzando compiutamente il disposto dell'art. 40, co. 1 della Costituzione irlandese il quale afferma che «All citizens shall, as human persons, be held equal before the law».

3. – Referendum e casi giurisprudenziali negli Stati Uniti

Negli Stati Uniti il dibattito giurisprudenziale e referendario sull'accesso delle persone omosessuali è iniziato nel 1993 nelle Hawaii ed è terminato nel 2015 di fronte alla Corte Suprema. Durante lo scorrere di questi ventidue anni, il diritto di sposarsi reclamato dalle persone di orientamento omosessuale ha visto il passaggio dalla chiusura più netta a aperture molto dibattute fino al pieno riconoscimento giurisdizionale con la decisione *Obergefell v. Hodges* della Corte Suprema avvenuto il 26 giugno scorso. Osservando lo sviluppo di questo tema da una prospettiva storica, seppur recente, ma comprensiva di un lasso di tempo sufficiente per

¹¹C. Urquhart, *What to Know About Ireland's Historic Referendum on Gay Marriage*, Time, May 20, 2015 <http://time.com/3890583/ireland-gay-marriage-referendum>; S. Kaplan, *Priests are bucking Catholic Church leadership to support same-sex marriage in Ireland*, Washington Post, May 20, 2015, <http://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/05/20/priests-are-bucking-catholic-church-leadership-to-support-same-sex-marriage-in-ireland/>; P. McGarry, *Same-sex marriage vote an 'unmitigated disaster' for Church*, The Irish Time, May 25, 2015, <http://www.irishtimes.com/news/social-affairs/religion-and-beliefs/same-sex-marriage-vote-an-unmitigated-disaster-for-church-1.2225680>.

verificare i mutamenti avvenuti nella società, si può affermare che il faticoso processo di accettazione sociale e giuridica dei *same-sex marriage* ha conosciuto 3 diverse fasi¹².

La prima fase durò 10 anni, dal 1993 al 2003. Nel 1993, la Corte Suprema delle Hawaii¹³, imitata dalla omologa Corte dell'Alaska (*Brause v. Bureau of Vital Statistic*), aprì al riconoscimento giuridico dello status di sposi alle coppie dello stesso sesso, pur in assenza di una previsione di legge. La Corte Suprema delle Hawaii affermò che il mancato riconoscimento alle coppie omosessuali della licenza di matrimonio consisteva in una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e quindi violava il principio di uguaglianza. Tuttavia, la Corte non sembrava del tutto convinta della propria apertura, sostenendo che il diritto delle coppie omosessuali al matrimonio non era da includersi nella categoria di quelli fondamentali, poiché esso non era né radicato nella tradizione, né protetto dalle clausole della privacy¹⁴. In Alaska la Corte Suprema dello Stato affermò che la limitazione dell *civil marriage* a individui di sesso diverso violava il diritto alla riservatezza e del principio di uguaglianza sanciti dalla Costituzione statale. Secondo i giudici dell'Alaska, la decisione di una persona di sposare un individuo appartenente al suo stesso sesso era da annoverarsi tra quelle in cui lo Stato non aveva il potere di sindacare, tantomeno su criteri di sesso o di genere.

A seguito di ciò, in entrambi gli Stati i rispettivi legislatori modificarono la loro Costituzione statuendo esplicitamente che solo le coppie formate da un uomo e una donna potessero concludere valido matrimonio. In risposta a queste due timide, e soffocate, aperture ci fu una reazione convinta tanto a livello federale, con l'approvazione del DOMA (*Defense of Marriage Act*)¹⁵ il quale prevedeva che ai sensi della legge federale il matrimonio fosse quella unione legale di un uomo e una donna come marito e moglie; quanto a livello statale, poiché dal 1995 più di quaranta Stati riproducessero nei loro ordinamenti i c.d. "Mini-DOMA"¹⁶. In questo periodo, la

¹²J. S. Schacter, *What Marriage Equality Can Tell Us About Popular Constitutionalism (and Vice-Versa)*, 52 Hous. L. Rev. 1147 1155 (2015).

¹³*Baer v. Lewin*, 852 P.2d. 44 (Haw. 1993); L. D. Wardle, *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, 1996 BYU L. Rev. 1, 11 (1996).

¹⁴L. D. Wardle, op. cit.

¹⁵A. Koppelman, *Why the Defense of Marriage Act Is Unconstitutional*, 83 IOWA L. REV. (1997), 14.

¹⁶J. S. Schacter, *Courts and the Politics of Backlash: Marriage Equality Litigation, Then and Now*, 82 S. Cal. L. Rev. 1153, 1155 (2009); G. Romeo, *The Recognition of Same-Sex Couples' Rights in the US Between Counter-Majoritarian Principle and Ideological Approaches: A State Level Perspective*, in D. Gallo, L. Paladini,

visione tradizionale del matrimonio considerata di origine divina¹⁷, orientata alla procreazione e alla crescita della prole in una *societas* naturale formata da un uomo e una donna, sembrava essere indiscutibile e incrollabile.

La seconda fase iniziò a partire dal 2003 e proseguì fino al 2013. Nel 2003 si verificarono due importanti circostanze, quasi delle “pietre miliari”: da un lato la decisione *Lawrence v. Texas*¹⁸ della Corte Suprema che dichiarò incostituzionali le *sodomy laws* allora ancora vigenti in 13 Stati americani. L'importanza di questa decisione non risiedeva solo nell'apertura alla libera manifestazione del comportamento sessuale da parte delle persone omosessuali, quanto nel rifiuto di censure penali nella sfera personale degli individui, adulti e consenzienti, giudicando la liceità o meno della più intima tra le condotte umane, cioè quella sessuale, nel luogo più riservato dove si sviluppano le relazioni interpersonali, cioè la propria casa¹⁹. In tal modo, lo Stato si intrufolava nella vita privata violando il diritto a intrattenere relazioni personali, mentre il XIV Emendamento della Costituzione americana riconosce a chiunque di definire liberamente e autonomamente dette relazioni²⁰. Il successivo passaggio logico riguardava la rivendicazione del diritto a scegliere di sposare una persona indipendentemente dall'orientamento sessuale proprio e di costei, in nome del diritto alla definizione libera e autodeterminata della propria vita. Il secondo avvenimento rilevante del 2003 concerneva l'emanazione della sentenza *Goodridge*²¹ della Corte Suprema del Massachusetts che ammise i *same-sex marriage* argomentando sulla centralità del matrimonio nella vita delle persone e sull'importanza di questo istituto in relazione al benessere della società, con la conseguenza che le leggi statali non dovessero interferire in tale ambito. Successivamente, il Parlamento dello Stato tentò di inserire un apposito divieto nella Costituzione statale, ma venne nuovamente censurato dalla stessa Corte suprema in sede consultiva. Da ultimo si espletarono due ulteriori tentativi di emendare la

P. Pustorino, (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin-Heidelberg, 2014, 15.

¹⁷S. Ferrari, *Postfazione e spunti di comparazione*, in S. Ferrari, (a cura di) *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, 2006, 247.

¹⁸132 S. Ct. 2472 (2003); V. Barsotti, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: orientamenti recenti delle corti americane*, *Corr. Giur.*, 2007, 1023; C. Valentini, *La sentenza Lawrence v. Texas e l'interpretazione del XIV Emendamento*, in *Quad. Cost.* 2005, 189.

¹⁹V. Barsotti, *op. cit.*, 1023.

²⁰V. Barsotti, *op. cit.*, 1023.

²¹798 N.E.2d 941, 957 (Mass. 2003)

Costituzione con l'introduzione di apposita clausola sulla *sex diversity*, prima in via parlamentare²² poi da sottoporre a referendum popolare²³, ma la proposta venne bocciata in entrambi i casi dal legislatore statale²⁴. A seguito di questa esperienza, si moltiplicarono gli emendamenti introdotti nelle costituzioni di 31 Stati con l'esplicita previsione della diversità di sesso degli sposi nel matrimonio²⁵. Tra questi ben 18 Stati²⁶ introdussero il divieto costituzionalizzato con la votazione di apposite *Proposition* nelle tornate elettorali degli anni 2004, 2006 e 2008²⁷. Tra questi il più conosciuto concerne il referendum noto come “Proposition No. 8”, che riguardava l'introduzione di una specifica clausola sulla differenza di sesso degli sposi nel testo della Costituzione della California. È altresì noto che tale referendum venne indetto quale reazione da parte delle forze politiche conservatrici rispetto alla decisione della Corte suprema californiana del 15 maggio 2008²⁸ la quale sancì l'incostituzionalità del divieto di nozze per le persone dello stesso sesso, a sua volta introdotto con la Proposition No. 22, relativa a una legge già approvata con referendum nel 2000²⁹. Gli elettori della California votarono a favore dell'introduzione nella Costituzione della locuzione «Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California». Si manifestò una crisi politico-istituzionale poiché si trattava della reiterazione di un divieto già dichiarato incostituzionale, confezionato non più come una norma legislativa, ma come un emendamento costituzionale. Esso veniva quindi mondato dal suo difetto genetico con il voto democratico costituente, perciò prevalente nell'ordinamento rispetto alla decisione della Corte Suprema, espressione, invece, di una minoranza, seppur qualificata, ma ristretta ed elitaria³⁰. A questo punto la strategia giudiziaria si divise su due percorsi: da un lato di fronte alla Corte

²²P. Belluck, *Massachusetts Rejects Bill to Eliminate Gay Marriage*, New York Times, September 15 2005, <http://www.nytimes.com/2005/09/15/us/massachusetts-rejects-bill-to-eliminate-gay-marriage.html>.

²³P. Belluck, *Massachusetts gay marriage referendum is rejected*, New York Times, June 14, 2007, <http://www.nytimes.com/2007/06/15/world/americas/15iht-15gay-web.6150169.html>.

²⁴P. Belluck, op. cit., 2005; Id., op. cit., 2007.

²⁵W. N. Eskridge Jr., *Blacklash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States*, 93 B.U.L. Rev., 275, 286 (2013).

²⁶J. S. Schacter, op. cit., 2015, 1191.

²⁷L. Imarisio, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: casi difficili alla prova*, Milano, 2012, 106.

²⁸In Re Marriage Cases, (2008) 43 Cal.4th 757.

²⁹J. S. Schacter, op. cit., 2015, 1177.

³⁰A. H. Morse, *Second-Class Citizenship: The Tension Between The Supremacy Of The People And Minority Rights*, 43 J. Marshall L. Rev. 963, 972 (2010).

Suprema Statale, con la causa *Strauss v. Horton*³¹; e, dall'altro, di fronte alla U.S. District Court for the Northern District of California, con la causa *Perry v. Schwarzenegger*, ora conosciuta come *Hollingsworth v. Perry*. Nella prima *petition* venne sottoposto all'attenzione della Corte statale come la formulazione del quesito referendario fosse censurabile perché attuativo di una revisione della Costituzione senza le appropriate garanzie procedurali previste dalla Carta stessa, ma con l'intervento diretto del corpo elettorale. Inoltre esso avrebbe violato le garanzie di *equal protection* di una minoranza nell'esercizio del diritto fondamentale al matrimonio. La Corte suprema statale diede torto ai ricorrenti sostenendo che la Proposition No. 8 non introducesse una revisione costituzionale, ma un mero emendamento, quindi non avrebbe influito sul godimento dei diritti fondamentali, limitandosi ad aggiungere una specifica disciplina settoriale, mentre le coppie omosessuali avrebbero comunque potuto regolare gli effetti giuridici attraverso le *domestic partnership*. Il giudice distrettuale fu di opposto avviso e affermò che attraverso il voto maggioritario in un referendum costituzionale si promulgano classificazioni giuridiche delle persone in virtù di congetture, speculazioni e paure. La disapprovazione morale di certi gruppi o classi di cittadini attraverso un referendum popolare non deve essere ammessa, non importa quanto sia ampia la maggioranza che condivide quella opinione. La Proposition No. 8 californiana invece si basava solo sulla disapprovazione di un gruppo di individui, per questo essa era fuori dalla tutela costituzionale degli elettori o dei loro rappresentanti. Ulteriormente, il giudicante distrettuale osservò che la Proposition No. 8 era basata sulla nozione tradizionale di matrimonio eterosessuale e sulla disapprovazione morale dell'omosessualità, quando nessuna delle due possono costituire una base legale per una discriminazione, anzi gay e lesbiche rappresentano esattamente quel tipo di minoranza a protezione della quale esiste la tutela costituzionale.

La terza fase, dal 2013 ad oggi, vede il completamento del riconoscimento del diritto delle persone di orientamento omosessuale di contrarre matrimonio sulla base di tre decisioni della Corte Suprema americana: la notissima *Windsor v. US*³²,

³¹207 P.3d 48 (Cal. 2009); M. Mate, *State Constitutions and the Basic Structure Doctrine*, in 45 Colum. Human Rights L. Rev. 441, 448 (2014).

³²570 US, 2013; M. H. Wallace, C. G. Otten, *Marriage Equality: The "STATES" of the Law Post Windsor and Perry*, in 16 Loy. J. Pub. Int. L. 239, 239 (2014); A. Sperti, *Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale*, in GenIUS, II, 2014, 143.

relativa all'incostituzionalità del DOMA, *Hollingsworth v. Perry*³³, inerente alle vicissitudini della Proposition No. 8 e, da ultimo, *Obergefell v. Hodges*, che ha esteso il diritto costituzionale al matrimonio, a livello federale e a livello statale, a tutte le persone, senza distinzione di orientamento sessuale obbligando tutte le amministrazioni statali statunitensi a riconoscere gli effetti di tali matrimoni.

Va sottolineato che nella decisione *Hollingsworth*, i giudici della Corte Suprema hanno dismissed la causa per motivi procedurali, poiché i promotori del referendum sulla Proposition No. 8 non avevano legittimazione ad agire autonoma in quanto l'Ufficio del Governatore, legittimato a difendere gli interessi pubblici, non si era costituito né di fronte alla Corte Suprema, né di fronte ai Giudici Federali d'Appello³⁴. Ne consegue quindi che la decisione efficace è quella di primo grado, che dichiarò incostituzionale la Proposition No. 8.

4. – Conclusioni

Irlanda e Stati Uniti hanno raggiunto l'equiparazione tra persone eterosessuali e persone omosessuali nell'accesso al matrimonio percorrendo due strade diverse per modalità e lunghezza temporale dove il corpo elettorale sembra svolgere un ruolo apparentemente contraddittorio.

Da un lato, in Irlanda il referendum è inserito in un meccanismo di riforma costituzionale complesso e progressivo che vede l'intervento tanto della democrazia rappresentativa, poiché l'emendamento costituzionale è stato approvato anche dal *Seanad* e dal *Dail*, quanto della democrazia diretta referendaria, attraverso la quale i cittadini irlandesi hanno ratificato a grande maggioranza la decisione già discussa pubblicamente e approvata dai rappresentanti politici.

Dall'altro lato, nell'esperienza statunitense, invece, la contrapposizione si è manifestata molto più netta e duratura nel tempo, nonostante una lenta e progressiva apertura dell'opinione pubblica, tuttavia non sufficiente al raggiungimento costante di una maggioranza di elettori favorevoli al riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali a una minoranza permanente, nonostante alcuni esiti positivi dei referendum di abolizione del divieto della differenza di sesso,

³³133 S. Ct. 2652 (2013)

³⁴J. M. Klarman, *From Closet to the Altar: Courts, Backlash and the Struggle for Same-sex Marriage*, Oxford, 2013, XII.

come nei casi del Maine, del Maryland e dello Stato di Washington³⁵. Queste esperienze referendarie parrebbero evidenziare come l'orientamento dell'elettorato in materia di *same-sex* marriage possa diventare politicamente indifferente, indicando la possibile emancipazione di questo tema dall'ideologia politica. Tuttavia, negli Stati Uniti l'uguaglianza matrimoniale ha dovuto attendere l'intervento della Corte Suprema la quale, *expressis verbis*, manifesta che rivendicazioni come queste non devono essere sottoposte all'approvazione elettorale poiché ineriscono all'applicazione della Carta costituzionale come patto sociale di riconoscimento di dignità e diritti³⁶.

Seppure certa dottrina abbia espresso perplessità sull'abuso dello strumento referendario costituzionale negli ultimi anni, senza che ne fosse stata compiutamente studiata la natura dogmatica e la relazione con la teoria della separazione dei poteri dello Stato³⁷, il ricorso a tale strumento rappresenta un fenomeno in crescita come se, in generale, i rappresentanti della democrazia rappresentativa percepissero la crescente carenza della loro legittimazione politica e deresponsabilizzando il loro ruolo nelle riforme di natura costituzionale, come in materia di *same-sex marriage*.

Oltre a questa evidenza, va del pari osservato che negli ultimi decenni i Paesi afferenti alla tradizione giuridica occidentale hanno visto aprirsi molti fronti che "prima" (almeno fino alla Seconda Guerra Mondiale) sembravano tabù: dalla concessione del diritto di elettorato attivo e passivo alle donne al divorzio, dalla legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza, alla regolamentazione di tecniche artificiali di procreazione. Ciascuna di queste "aperture" ha visto un ruolo più attivo della donna nella società, consentendole di distaccarsi dal ruolo tradizionale di "moglie" e di "madre", come invece ancora riferito nella Costituzione irlandese, appunto approvata nel 1937. Anche il tema delle nozze tra le persone dello stesso sesso vede sullo sfondo le conseguenze della rottura di questo tabù: se le donne non hanno più il ruolo esclusivo di custodi della crescita dei figli come avveniva in passato³⁸ questo ruolo può venire assegnato anche ad una coppia di uomini, ovvero di donne, ovvero a dei singoli, sovvertendo ciò che tradizionalmente

³⁵J. S. Schatcher, op. cit., 2015, 1191.

³⁶Obergefell v. Hodges, 576 U.S. _____ (2015), 24; United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675, 2689 (2013).

³⁷S. Tierney, *Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry* in Modern Law Review, 2009, 360.

³⁸M. Perrot, *Figure e compiti*, in P. Ariès, G. Duby, (a cura di) *La Vita Privata. L'Ottocento*, (ed. or. Histoire de la vie privée. IV. De la Révolution à la Grande Guerre), Roma – Bari, 1991, 119.

sembrava incrollabile: cioè la necessarietà del ruolo femminile e del ruolo maschile all'interno della famiglia proiettata alla procreazione e alla crescita della prole. Ulteriormente, nella società contemporanea la fissità dei ruoli e dei compiti della famiglia sono messi in discussione dagli stessi componenti della famiglia tradizionale: i divorzi, ovvero l'assenza di uno dei genitori dall'espletamento del proprio ruolo, consentono di affermare che non è l'orientamento sessuale che fa di un genitore un valido supporto per il figlio, quanto piuttosto la capacità dell'adulto di dare affetto, educare, mantenere i figli e comportarsi quale valido esempio. Alla luce di questo mutamento i requisiti minimi di riservatezza e di autodeterminazione dovrebbero essere rispettati sia dalle istituzioni sia dai consociati.

Nelle differenti esperienze referendarie ivi riportate sembra emergere come i mutamenti sociali e di opinione nei confronti di concetti tradizionalmente assodati assurgano quali fattori di importanza decisiva nella formazione del risultato referendario³⁹. Tra questi vanno senza dubbio ricordati il fatto che sempre più persone familiarizzano con l'idea che la diversità di sesso non sia un requisito essenziale del matrimonio⁴⁰, che l'opinione pubblica gradualmente accetti l'involontarietà della condizione personale dell'orientamento omosessuale⁴¹, pertanto la conseguente volontà discriminatoria della maggioranza sulla minoranza verrà meno⁴² e che, infine il corpo elettorale rigenerandosi nel tempo, accoglierà tali mutamenti, come dimostrato dal referendum irlandese.

³⁹A. E. Varona, *Gender on The Frontiers--Confronting Intersectionalities: Taking Initiatives: Reconciling Race, Religion, Media and Democracy in the Quest for Marriage Equality*, in 19 Colum. J. Gender & L. 805, 893, (2010).

⁴⁰J. S. Schacter, op. cit., 1015, 1191.

⁴¹*Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648 (7th Cir. 2014).

⁴²M. H. Wallace, C. G. Otten, op. cit., 239.



ISSN 2037-6677

2015/2

Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective

**Il referendum sul matrimonio in Irlanda: una
prospettiva costituzionale**

Fergus Ryan

Abstract

The purpose of this comment is to explore the constitutional dimensions of the recently enacted constitutional reform in Ireland on same-sex marriage. Unlike other nation states, Ireland put the issue directly to the people, thereby entrenching the right of same-sex couples to marry. The aim of this paper is to compare the referendum experiences in recognizing such a fundamental right in Ireland and United States. It also purports to question a popular referendum vote as the best way to determine whether a human right should be extended to a minority.

Tag: Ireland, same-sex, marriage, minority referendum



Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective

di Fergus Ryan

SUMMARY: 1. – Introduction. 2. – Constitutional context. 3. – Social and political context. 4. – Homosexuality and the law. 5. – Law reform. 6. – Recognition of relationships. 7. – Was a referendum necessary? 8. – The referendum process and outcome. 9. – The Amendment's wording and effect. 10. – A victory for family diversity?. 11. – Referendum challenges. 12. – Conclusion.

1. – Introduction

On the 22nd of May 2015, the people of Ireland voted in a referendum to approve a constitutional amendment permitting couples of the same sex to marry. With 62% voting in favour, on a high turnout (60.5%), the referendum passed comfortably; all but one of 43 national constituencies returned a majority Yes vote. It was the first time that a sovereign nation state extended marriage to same-sex couples by means of a popular referendum, as opposed to by parliamentary legislation or by court decision.

Yet it is not simply the manner in which this change was brought about; the very fact that this has happened *at all* in Ireland is remarkable. When one thinks of typically liberal European states, Ireland does not immediately spring to mind. The

passage of the Thirty-Fourth Amendment to the Constitution – and by so comfortable a margin – signals a remarkable shift in Irish politics, culture and society. Indeed, the referendum has had reverberations outside of Ireland. The outcome has prompted fresh calls for marriage equality as far afield as in Australia and Germany, and seems also to have helped foster renewed discussion of the prospect of civil unions in Italy¹.

2. – Constitutional context

The purpose of this comment is to explore and evaluate the constitutional dimensions of this reform. Unlike other nation states that have extended marriage to same sex couples, Ireland put the issue directly to the people, and in doing so has constitutionally entrenched the right of same-sex couples to marry.

The Constitution of Ireland was enacted by popular plebiscite in 1937. The primary aim of the Constitution at the time of enactment was to assert the full sovereignty of the Irish people and State, thereby removing most of the last remaining vestiges of British rule. The Constitution broadly serves to establish the Irish State and its institutions of governance. It distributes the powers and functions of state amongst those institutions. It guarantees respect for various fundamental rights and freedoms. In cases of conflict, the Constitution prevails over all other laws, with the exception of European Union Law and certain laws passed under emergency conditions².

A notable feature of the Irish Constitution is that only the people of Ireland³ may amend it, though solely at the invitation of Parliament (the ‘Oireachtas’). Dáil Éireann (the House of Representatives, the lower House of the Oireachtas) has the exclusive right to initiate a constitutional amendment; there is no facility for popular initiative⁴. A bill to amend the Constitution must also be approved by the Seanad

¹ See also the recent European Court of Human Rights decision in *Oliari and ors. v. Italy*, applic. nos. 18766/11 and 36030/11, 21 July 2015.

² See Art.15.4 and Art.50, Constitution of Ireland 1937 (henceforth ‘Constitution’). Art.29.4 allows measures of EU law and measures passed by the State which are necessitated by the obligations of EU membership an exemption from compliance with the Constitution. Art. 28.3.3° creates a similar exemption for certain laws passed during times of war or rebellion, including conflicting taking place outside the State.

³ Specifically, Irish citizens aged 18 or over, who are ordinarily resident in Ireland, and registered to vote.

⁴ Art.46.2, Constitution.

(Senate), though the Dáil may, after a short delay, override the Seanad's refusal or failure to do so and put the amendment to the people without Seanad approval⁵. Because the Government usually has majority support in the Dáil, it is practically impossible to initiate a constitutional amendment without Government support. Nonetheless, the sole power to give effect to a constitutional amendment lies with the people⁶. No change (however small) may be made to the Constitution otherwise than by popular referendum (obtaining a majority of the votes actually cast is sufficient for the referendum to pass). Correspondingly, there are no restrictions on the types of changes that the people may be invited to make. As sovereign power, the people may approve any amendment they wish (subject to the caveat that it must be proposed by Parliament)⁷.

Since 1937, 38 constitutional amendments have been put to the Irish people; to date 27 have been approved⁸. Additionally, the Oireachtas approved a further two amendments in the early years of the State, at a time when it had a temporary power to make such amendments without reference to the people⁹. The Irish people have been asked to change the Constitution with increasing regularity in recent years; there have been 16 referendums since 2000. Controversial social issues have featured prominently in referendums, most notably the vexed topic of abortion, which has been the subject of 5 referendums to date. Bail, citizenship, the death penalty and judicial salaries have also featured in constitutional votes. EU reform treaties are routinely put to the people for approval.

Arguably, issues of policy that normally should lie within the discretion of the legislature are too readily 'constitutionalised' in Ireland. Daly, for instance, criticises what he terms "over-constitutionalisation", the practice of determining complex social, legal and political problems by reference to constitutional litigation and

⁵ See Art.23, Constitution.

⁶ Art.47, Constitution.

⁷ *Finn v. Attorney General* [1983] IR 514; *Slattery v. An Taoiseach* 1993 1 IR 286; *In the Matter of Article 26 and the Regulation of Information (Services Outside the State for the Termination of Pregnancies) Bill 1995* [1995] 1 IR 1; and *Riordan v. An Taoiseach (No 2)* [1999] 4 IR 343.

⁸ Although the 34th Amendment is the latest amendment to be approved, 29 amendments have been approved in total since 1937. There is no 12th, 22nd, 24th, 25th or 32nd Amendment.

⁹ Art.51, Constitution, temporarily allowed the Oireachtas to amend the Constitution from 1938 to 1941, without recourse to the people.

referendums rather than by parliamentary deliberation¹⁰. Thus the broad, general and often vague framework of the Constitution has become the touchstone for complex issues that should, by rights, be addressed by parliamentary deliberation. For instance, while divorce would typically be treated as solely an ordinary legislative matter elsewhere, in Ireland the Constitution lays down, and indeed locks in, the relatively strict conditions for divorce¹¹. Abortion is also constitutionally restricted. A constitutional amendment to safeguard the right to life of the unborn (defeasible only where there is a real and substantial risk to the mother's life)¹² was passed in 1983, spurred in part by a distrust of potentially activist judges and progressive legislatures¹³.

This tendency to constitutionalise matters of social and political sensitivity may reflect nervousness on the part of legislators in tackling controversial issues by ordinary legislation. As Daly argues, the Constitution is too often deployed «to deflect political responsibility»¹⁴. Whatever the motivation, it is submitted that specific and complex issues of social policy are too often addressed by constitutional amendment and constitutional litigation where, arguably, representative democracy through legislative policy-making would, in most cases, be more appropriate. Admittedly, legal change by popular vote attracts a particularly strong claim to democratic legitimacy. It is impossible, for instance, for opponents of equal marriage in Ireland to assert that change was foisted on the Irish people by unaccountable judges or liberal parliamentary élites. Nonetheless, as Daly perceptively argues, the assumption that the referendum process robustly vindicates popular sovereignty may be misplaced: «We should not be so naïve [as to] imagine that the demands of democratic participation are vindicated simply because the people are given the opportunity to passively acquiesce or veto whatever constitutional amendment government deigns to submit. Too often, “popular sovereignty” in the Irish constitutional context is unreflectively conflated with the

¹⁰ Eoin Daly, “Democracy, Citizenship and the Marriage Referendum”, Human Rights Ireland blog, July 8, 2013, <http://humanrights.ie/children-and-the-law/democracy-citizenship-and-the-marriage-referendum/> (consulted 30 July 2015).

¹¹ Art.41.3.2° of the Constitution, as amended in 1996. More detailed provision is made by the Family Law (Divorce) Act 1996.

¹² See *Attorney General v X* [1992] 1 IR 1 and the Protection of Life During Pregnancy Act 2013.

¹³ The Eighth Amendment to the Constitution, Art.40.3.3°.

¹⁴ Eoin Daly, *op. cit.*

people's nominal right to amend their constitution (at the Government's prodding)»¹⁵.

3. – Social and political context

Historically, the Roman Catholic Church dominated Irish culture and society. The Church formerly held considerable sway in political life, heavily influencing state law and policies. Mainstream politicians often proved subservient to the will of the Church and were reluctant to go against the bishops' diktat. For example, divorce remained subject to a constitutional ban until 1996, with the ban being lifted in a popular referendum by only the narrowest of margins. Access to contraception was restricted on moral grounds until the early 1990s¹⁶. Abortion laws in Ireland remain amongst the most restrictive in Europe¹⁷.

Roman Catholic social theology significantly influenced the development of the current Constitution¹⁸. Strong references to religion remain in the constitutional document. It invokes, in its Preamble, “the Most Holy Trinity” and acknowledges «all our obligations to our Divine Lord Jesus Christ...». The Constitution ends with the affirmation «for the Glory of God and the Honour of Ireland»¹⁹. While in 1972 the people removed a clause affirming the “special position” of the Roman Catholic Church, Article 44.1 still maintains that «...homage of public worship is due to Almighty God. [The State] shall hold His Name in reverence, and shall respect and honour religion». Presidents and judges alike are required to take religious oaths when taking office²⁰. Roman Catholic theology features prominently in the fundamental rights provisions of the Constitution, particularly those concerning the family, education, religion and property.

¹⁵ Eoin Daly, op. cit.

¹⁶ See the Health (Family Planning) Acts 1979-1992.

¹⁷ Abortion is permitted only in cases where there is a real and substantial risk to the life of the mother. Strict procedural rules apply in cases where a party seeks a termination on the ground of a life-threatening risk. See Art.40.3.3 of the Constitution (inserted by the Eighth Amendment to the Constitution, 1983), *Attorney General v. X* [1992] 1 IR 1 and the Protection of Life During Pregnancy Act 2013. The Thirteenth Amendment to the Constitution (1992) permits women to travel for the purpose of an abortion lawfully available in another state, such that, in practice, most Irish women who wish to terminate a pregnancy travel to the United Kingdom to do so.

¹⁸ See generally Gerard Hogan, *The Origins of the Irish Constitution: 1928-1941*, Royal Irish Academy, Dublin, 2012.

¹⁹ Author's translation from Irish.

²⁰ Arts.12.8 and 34.5.

In the most recent census in 2011, 84.2% of respondents listed themselves as Roman Catholic²¹. Yet this otherwise impressive figure hides a significant shift in the quality of religious adherence. Mass attendance, still high by European standards, has dropped considerably since 1990²². As the marriage referendum arguably demonstrated, even amongst those who attend mass regularly, loyalty to Church dogma cannot be guaranteed. The moral authority and with it the political influence once wielded by the Catholic Church has declined considerably. From the 1990s onwards, a litany of scandals came to light involving widespread and often institutionalised physical, emotional and sexual abuse of children and the serious maltreatment of women, particularly unmarried mothers, by the Church. The exposure of these horrific wrongs coupled with the Church's attempts to cover up these abuses, have significantly dented its authority. Popular confidence and trust in and support for the institutional Church have markedly declined. As Inglis has noted: «The Catholic Church is no longer the major institutional player in social, political and economic life that it once was. The strong ties that used to bind the Church and the state have been severed»²³.

4. – Homosexuality and the law

Robson has described the Republic of Ireland in 1988 as «...on paper at least, the worst legal regime in Western Europe for lesbians and gay men. There was no recognition or protection of any sort, and gay men faced a total ban on any type of sexual activity»²⁴ Ireland inherited from its time under British rule various Victorian era laws banning most forms of homosexual sexual conduct between males, even consensual acts between adults carried out in private²⁵. There did not appear to be any great enthusiasm for directly enforcing these laws, at least where private, consensual acts between adults were concerned. Nonetheless, the ban on male

²¹ *Profile 7, Religion, Ethnicity and Irish Travellers*, Central Statistics Office, Dublin, 2012, 6.

²² In 2012, Amárach Research found that 35% of Irish Catholics attended mass at least once a week. <http://www.associationofcatholicpriests.ie/wp-content/uploads/2012/04/Contemporary-Catholic-Perspectives.pdf> (consulted 30 July 2015).

²³ Tom Inglis, "Catholic Identity, Habitus and Practice in Contemporary Ireland" ISSC Discussion Paper Series; WP2004/13, University College Dublin, Dublin, 2004, 2.

²⁴ Chris Robson, "Anatomy of a Campaign" in Íde O'Carroll and Eoin Collins (eds), *Lesbian and Gay Visions of Ireland in the Twenty-First Century*, Cassell, London/New York, 1995, 47.

²⁵ These were specifically, sections 61 and 62 of the Offences Against the Person Act 1861, banning anal intercourse, even where consensual, and section 11 of the Criminal Law (Amendment) Act 1885, prohibiting 'gross indecency between men'.

homosexual acts was often used *indirectly* to justify the suppression of public discussion and manifestations of homosexuality, and to sanction discriminatory practices²⁶. Thus, notwithstanding the lack of zeal in enforcing the laws directly, homosexuality attracted «...many informal, extra-legal sanctions, for which the formal ban on male homosexual acts provided a justificatory backdrop»²⁷.

A constitutional challenge to these laws failed before the Supreme Court in 1983. In *Norris v. Attorney General*, the plaintiff, a gay man, claimed that the ban on male homosexual conduct infringed the constitutional guarantee of equality as well as his constitutional rights of privacy, free expression and free association²⁸. By a majority of 3 to 2, the Supreme Court upheld the relevant laws as constitutional. Speaking for the majority, Chief Justice O'Higgins reasoned that the State was entitled to maintain these laws with a view to safeguarding public morality and public health, the institution of the family, and marriage. In support of this conclusion, the Chief Justice claimed that homosexuality and homosexual acts caused injury both to the individual and society: «... [e]xclusive homosexuality, whether the condition be congenital or acquired, can result in great distress and unhappiness for the individual and can lead to depression, despair and suicide ...»²⁹.

Drawing on discourses of the male homosexual as 'diseased'³⁰ and homosexuality as 'contagious', O'Higgins CJ claimed that if the ban was to be removed, the «congenitally and irreversibly homosexual» could potentially corrupt the «... mildly homosexually orientated person into a way of life from which he may never recover»³¹. The Chief Justice thus concluded that the public interest superseded the plaintiff's right to a private life: «I regard the State as having an

²⁶ Kieran Rose, *Diverse Communities: The Evolution of Lesbian and Gay Politics in Ireland*, Cork University Press, Cork, 1994, 19–20, 22; Fergus Ryan, “‘Queering’ the Criminal Law: Some thoughts on the aftermath of homosexual decriminalization” (1997) 7(1) *Irish Criminal Law Journal* 38-47; Fergus Ryan, “‘We’ll have what they’re having’: Sexual Minorities and the Law in the Republic of Ireland” in Máire Leane and Elizabeth Kiely (eds), *Sexualities and Irish Society; A Reader*, Orpen Press, Dublin, 2014, Ch.3

²⁷ Fergus Ryan, “‘We’ll have what they’re having’”, op cit, 60. For instance, Kieran Rose observes how the investigation into the murder of Charles Self, a gay man, in 1982 led to police questioning 1500 gay men. Much of the questioning addressed the interviewees’ sexual lives, rather than the murder. Kieran Rose, *Diverse Communities: The Evolution of Lesbian and Gay Politics in Ireland*, Cork University Press, Cork, 1994, 19–20.

²⁸ [1984] IR 36.

²⁹ Ibid 63.

³⁰ Cf Carl Stychin, *Law’s Desire: Sexuality and the Limits of Justice*, Routledge, Oxon, 1995, 50–51, 134–138.

³¹ [1984] IR 36, 64.

interest in the general moral wellbeing of the community and as being entitled, where it is practicable to do so, to discourage conduct which is morally wrong and harmful to a way of life and to values which the State wishes to protect»³².

Notably, the strong religious underpinnings of the Constitution leaned heavily on the minds of the majority. Given the Constitution's strongly Christian tenor, O'Higgins CJ asked, how could the court infer a constitutional right to engage in conduct that Christian teaching had consistently condemned³³?

5. – Law reform

In 1988, however, the European Court of Human Rights in *Norris v Ireland* found that the comprehensive ban on male homosexual acts infringed the right to respect for private life under Article 8 of the European Convention on Human Rights³⁴. The Court drew particular attention to the disproportionately broad nature of the ban. While it would take another five years for decriminalisation of homosexual acts to occur, in 1988 Department of Finance circular prohibited discrimination on the basis of sexual orientation and HIV status within the public service³⁵. In 1989, sexual orientation was included as a ground upon which incitement to hatred was banned³⁶.

1993 saw consensual sexual acts between males aged 17 or over being decriminalised (17 is also the age of consent for heterosexual intercourse)³⁷. 1993 also witnessed an equally significant reform in the shape of the Unfair Dismissals (Amendment) Act 1993. This made it automatically unlawful to dismiss an employee on the basis of his or her sexual orientation. These two reforms together transformed the legal landscape. No longer could a gay person face criminal sanction or dismissal from employment solely on the basis of his or her sexual orientation. Thus, within the space of a year two major barriers to full and open social participation by LGBT people were removed. This was followed by the Refugee Act 1996, expressly conferring a right to asylum where a person's sexual

³² Ibid. 64.

³³ Ibid. 64.

³⁴ (1988) 13 EHRR 186. See also *Dudgeon v. United Kingdom* (1981) 4 EHRR 149.

³⁵ Department of Finance Circular 21/88, June 22, 1988.

³⁶ Prohibition on Incitement to Hatred Act 1989.

³⁷ The Criminal Law (Sexual Offences) Act 1993, since updated by the Criminal Law (Sexual Offences) Act 2006.

orientation was likely lead to persecution if he or she returned to their home country. The Employment Equality Act 1998 prohibited discrimination and harassment on the basis (inter alia) of sexual orientation in the employment context. The Equal Status Act 2000 did likewise in the arena of consumer interactions, banning sexual orientation discrimination by those selling goods and providing services and accommodation.

6. – Recognition of relationships

While these reforms placed Ireland in the vanguard of European States when it came to the treatment of LGBT people as individuals, legal recognition and protection for same-sex couples remained deficient. Indeed, until 2011, the law provided only minimal recognition of *any* union not based on marriage.

The constitutional dimensions of this approach are notable. The Constitution, in Article 41, recognises the family as the «natural primary and fundamental unit group of Society». Implicitly invoking natural law, the text acknowledges the family «as a moral institution» with natural rights «antecedent and superior to all positive law». It thus guarantees to protect the family «in its constitution and authority, as the necessary basis of social order and as indispensable to the welfare of the Nation and the State».

The courts, however, have consistently ruled that the family to which Article 41 refers is exclusively the *family based on marriage*. For a couple and their children to enjoy rights as a family under Article 41, the couple must be married³⁸. Indeed, provided they are married, a couple need not have children in order to be treated as a constitutional family³⁹. By contrast, even a long-term unmarried cohabiting couple with children is not a family under Article 41. It follows that as same-sex couples were excluded from marriage, they were also denied the constitutional protection and recognition afforded to the constitutional family. For instance, in *JMcD v PL and BM* the Supreme Court concluded that a lesbian couple and their child were not a family for constitutional purposes⁴⁰.

³⁸ *State (Nicolaou) v. An Bord Uchtála* [1966] IR 567, *WO'R v. EH* [1996] 2 IR 248, *GT v. KAO* [2008] 3 IR 567, and *JMcD v. PL* [2010] 2 IR 199.

³⁹ *Murray v. Ireland* [1985] IR 352.

⁴⁰ [2010] 2 IR 199.

Marriage itself is also constitutionally protected. Article 41.3.1° requires the State «to guard with special care the institution of Marriage, on which the Family is founded, and to protect it against attack». While this does not preclude legislative recognition of other types of union, and does not mandate discrimination, measures that discriminate against non-marital couples and even against children born outside marriage are, in principle, constitutionally permissible⁴¹. Article 41.3.1° has also been interpreted as prohibiting measures that discriminate against or penalise married couples when compared with unmarried couples (in other words, that favour unmarried couples over the married counterparts)⁴². Likewise, it would appear that legislative measures that might discourage or dissuade couples from marrying by making alternative options more attractive may also be unconstitutional⁴³.

This exclusive approach to family recognition was long reflected in legislation. Until 2011, family law generally treated unmarried couples as strangers at law. Comparatively few protections applied to non-marital couples. Those that did often excluded same-sex couples. This placed same-sex couples in a particularly precarious position. While opposite-sex couples could, in general, remedy their lack of legal status by marrying, same-sex couples could not. This meant that the significant benefits flowing from marriage in the context (inter alia) of taxation, immigration, citizenship, property, succession, and pensions were permanently denied to same-sex couples, no matter how long they had cohabited.

In *Zappone and Gilligan v Revenue Commissioners*, a lesbian couple who had married in Canada sought recognition of their marriage in Ireland⁴⁴. The High Court rejected their claim, concluding that neither the Constitution nor the European Convention on Human Rights afforded a right to marry a person of the same sex. Ms Justice Elizabeth Dunne reasoned that, although the Constitution does not expressly define ‘marriage’, marriage had long been understood in Irish law as a

⁴¹ *O’B v. S* [1984] IR 316. But see the Status of Children Act 1987, which removed most forms of discrimination against children born outside marriage.

⁴² *Murphy v. Attorney General* [1982] IR 241.

⁴³ *MhicMhathúna v. Ireland* [1989] IR 504, [1995] 1 IR 484. See Oran Doyle, *Constitutional Law: Texts, Cases and Materials*, Clarus Press, Dublin, 2008, 226-230 and John Mee, “Cohabitation, Civil Partnership and the Constitution” in Doyle and Binchy (eds.), *Committed Relationships and the Law*, Four Courts Press, Dublin, 2007, 204-206.

⁴⁴ [2008] 2 IR 417.

heterosexual union. Although acknowledging that the Constitution was capable of being interpreted in line with modern values and mores (a ‘present day’ interpretation)⁴⁵, Dunne J concluded that there was insufficient evidence of a changed consensus to allow her to redefine the settled legal and constitutional understanding of marriage. In coming to this conclusion, she relied on the express legislative ban on the marriage of parties of the same sex contained in the Civil Registration Act 2004, s.2(2)(e). Although this ban had attracted comparatively little attention when enacted (it arguably was viewed simply as a codification of the well settled common law rule) Dunne J concluded that it negated the plaintiffs’ contention that there was a growing consensus in favour of a right to equal marriage.

The position improved considerably in 2010 with the introduction of civil partnership for same-sex couples together with a more limited redress scheme for long-term cohabitants, same-sex and opposite sex⁴⁶. Civil Partnership is a form of registered union similar in many though not all respects to marriage⁴⁷. Crucially, it is confined to unrelated couples of the *same sex* only. Couples go through a registration process similar in many respects to the process for marriage save that, unlike marriage, civil partnership cannot be formalised by a religious minister or in a religious setting. Civil partners and spouses broadly have the same obligations to support each other financially. Likewise, they have largely the same entitlements as spouses in respect of taxation, social security, property, pensions, inheritance, immigration, citizenship, relief from domestic violence, and relief following dissolution.

The most notable difference in practical terms is that it is easier to exit a civil partnership than a marriage⁴⁸. While other (largely minor) gaps exist⁴⁹, the general

⁴⁵ The Courts have regularly confirmed that the Constitution can be interpreted in light of current value and circumstances; see for instance Walsh J in *McGee v. Attorney General* [1974] IR 284.

⁴⁶ Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010.

⁴⁷ See generally Fergus Ryan *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*, Round Hall, Dublin, 2011.

⁴⁸ Dissolution of a marriage requires, *inter alia*, that the parties be living apart for four of the previous five years and that there is no reasonable prospect of reconciliation. (Family Law (Divorce) Act 1996, s.5). Civil partners, by contrast, must live apart for only two of the previous three years and do not have to prove they are irreconcilable. (Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010, s.110).

trend has been towards the elimination of differences between civil partnership and marriage. For instance, the Children and Family Relationships Act 2015, once implemented, will lift the ban on civil partners and cohabitants adopting as a couple (a facility formerly reserved to married couples). The Act also enhances the rights and obligations of civil partners in respect of their partners' biological and adopted children.

7. – Was a referendum necessary?

Civil partnership offered a significant new status and important protections for same-sex couples, similar in most respects to those afforded by marriage. Yet, while some in the LGBT community welcomed civil partnership as a substantial advance, others saw it as formally confirming LGBT people's second-class citizenship⁵⁰. Crucially, the lack of constitutional recognition and the very fact of a distinction in status fuelled the LGBT community to push for full access to marriage. The adoption of equal marriage in other jurisdictions – particularly in Canada, New Zealand and neighbouring England and Wales – added to the impetus for change.

Even in the wake of the adoption of civil partnership, access to marriage remained a live political issue. Several political parties formally adopted policies in favour of marriage equality. The Labour Party, junior partner in the coalition government since 2011, pressed particularly hard for marriage equality. In 2012, its then leader and deputy prime minister called the issue «the civil rights issue of this generation»⁵¹. In April 2013, the Constitutional Convention, a Government-established body consisting of a representative grouping of 66 citizens, 33 members of Parliament, and a Chairperson, recommended by a 79% majority that an amendment be put to the people to provide equal access to marriage⁵².

Having avoided addressing the topic for some time, in late 2013 the Taoiseach (Prime Minister) Mr Enda Kenny announced that the Government proposed to ask

⁴⁹ For a summary of which see Fergus Ryan, "Civil Partnership v Marriage: Some examples of remaining differences" *The Ryan Line Blog*, April 1, 2015. <http://fergryan.blogspot.ie/2015/04/civil-partnership-v-marriage-some.html>? (consulted July 30, 2015).

⁵⁰ On the debate in the LGBT community, see Úna Mullally, *In the Name of Love*, The History Press Ireland, Dublin, 2014, especially chs.15-23.

⁵¹ Christine Bohan, "Eamon Gilmore: "The time has come on gay marriage"", *thejournal.ie*, 1 July 2012, <http://www.thejournal.ie/eamon-gilmore-gay-marriage-same-sex-marriage-government-506078-Jul2012/>(consulted 30 July 2015).

⁵² See www.constitution.ie for further details about the Convention.

Parliament to hold a referendum on marriage equality in Spring 2015. Several academic commentators have suggested, however, that it was never strictly necessary to amend the Constitution to permit equal marriage⁵³. It is possible that marriage could have been extended to same sex couples by ordinary legislation. The Constitution does not in fact expressly define or delimit marriage. It was, thus, arguably, open to the legislature to do so. In interpreting and applying the Constitution, the courts have tended to defer heavily to the Oireachtas (Parliament) in its role as lawmaker, particularly on matters of social and political controversy⁵⁴. In *Zappone and Gilligan v Revenue Commissioners* Dunne J placed particular emphasis on the legislative ban on same-sex marriage enacted by the Oireachtas in the Civil Registration Act 2004, adding that if change was to be enacted, it was for the Oireachtas rather than the courts to do so: «Ultimately, it is for the legislature to determine the extent to which such changes should be made»⁵⁵. Therefore, if the Oireachtas had legislated for marriage equality, the courts would possibly have deferred to the will of the legislature, and upheld such legislation as constitutional.

On the other hand, the advice of successive Attorney Generals (the Government's chief legal officer) was that marriage could not be extended to same-sex couples without changing the Constitution. The Government could not, it argued, propose ordinary legislation that it believed to be unconstitutional. Given the conservative tone of Article 41, there was admittedly some legitimate doubt as to whether the Constitution permitted marriage equality. Gender-essentialist

⁵³ Eoin Daly, "Same sex marriage doesn't need a referendum", (Human Rights in Ireland Blog, 15 July 2012), www.humanrights.ie/index.php/2012/07/15/same-sex-marriage-doesnt-need-a-referendum/ (consulted 30 July 2015); Fiona de Londras, "A Referendum on Marriage: Social Costs and Political Choices" (Human Rights in Ireland Blog, 11 November 2013), <http://humanrights.ie/civil-liberties/a-referendum-on-marriage-social-costs-and-political-choices/> (consulted 30 July 2015); Conor O'Mahony, "Constitution is not an obstacle to legalising gay marriage", *Irish Times*, 16 July 2012; Fergus Ryan "Out of the Shadow of the Constitution: Civil Partnership, Cohabitation and the Constitutional Family" (2012) 48 *Irish Jurist* 201–248; Fergus Ryan, "Are two Irish Mummies (even) Better than One? Heteronormativity, Homosexuality and the 1937 Constitution" in Eoin Carolan (ed.), *The Constitution of Ireland: Perspectives and Prospects*, Bloomsbury Professional, Dublin, 2012; and Brian Tobin, "Law, Politics and the Child-Centric Approach to Marriage in Ireland" (2012) 47 *Irish Jurist* 210.

⁵⁴ For instance, in *MD (A minor) v Ireland* [2012] IESC 10. See, also *MhicMhathúna v. Ireland* [1995] 1 IR 484, *T.D. v. Minister for Education*, [2001] 4 IR 259 and the discussion by David Langwallner, "Separation of Powers, Judicial Deference and the Failure to Protect the Rights of the Individual", Ch.14 in Eoin Carolan and Oran Doyle (eds), *The Irish Constitution: Governance and Values*, Round Hall, Dublin, 2008.

⁵⁵ [2008] 2 IR 417, 513.

references in Article 41 to the position of the life of women within the home, and references in Article 42 to the role of marital parents suggested that it might be unwise to legislate without constitutional change. It is possible, however, that the decision to hold a referendum was largely motivated by the concern, as Daly has put it, to «deflect political responsibility»⁵⁶; that the Oireachtas was simply too scared of the issue to deal with it on its own, and instead bounced the issue to the people. Indeed, in general, the Oireachtas has proven reluctant to tackle controversial social issues, such as surrogacy and, until recently, abortion, a tendency Daly has criticised: «the reluctance of our parliament to independently appraise equal marriage rights – in marked contrast to our neighbours – is, at one level, simply a further sign of dysfunction in our parliamentary democracy, a negation of political choice and possibility»⁵⁷.

Certainly, there are merits in going the referendum route. For LGBT people in Ireland, the Yes vote, and its size and extent, is a huge vote of acceptance and equality that resonates loudly. A referendum carries with it a high level of democratic legitimacy. The 62% majority vote in the referendum (on a higher than average turnout) provides an impressive mandate for reform, with which few can argue. In particular, claims that judges strayed outside the bounds of the judicial role or that legislators overstepped their mandate cannot be levelled in this case. In short, it is hard to argue with a verdict endorsed by 1.2 million citizens.

It is nonetheless submitted that putting the matter to the people was problematic in a number of respects. As Encarnación has argued, «there is something inherently unseemly about putting the civil rights of any group, especially a historically oppressed one, to a popular vote»⁵⁸. Kennedy J pertinently notes in the recent US Supreme Court decision in *Obergefell et al. v. Hodges et al.* that «the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights»⁵⁹. Individuals who are harmed, he added, «need not await legislative action before asserting a fundamental right»⁶⁰. As Jackson J observed (also in the US Supreme Court) in *West Virginia*

⁵⁶ Eoin Daly, op. cit.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Omar Encarnación, «Ireland's referendum, however inspiring, is not a step forward for gay rights», *Irish Times*, 26 May 2015.

⁵⁹ 576 US ____, June 26, 2015, Kennedy J (opinion of the court), 24.

⁶⁰ Ibid.

Board of Education v Barnette: «The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts.... [F]undamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections»⁶¹.

In the case of the marriage referendum, putting the matter to a national vote meant that a minority had to mount an extensive, expensive and daunting national campaign, involving considerable anxiety and potentially exacerbating minority stress. De Londras has noted the referendum's potential social costs for LGBT people who had «to debate with neighbours and family members and try to convince them to acknowledge us as equal citizens in our own country»⁶². Claims were made «that we are somehow not deserving of the institutional, legal and social recognitions that come with the right to access marriage»⁶³. Many will argue that the victory was worth it, though the troubling question remains: what if the referendum had failed? The negative impact on LGBT people would have been immense.

8. – The referendum process and outcome

The referendum campaign started in earnest in February 2015. The earliest shots in the battle accompanied the passage through Parliament of the Children and Family Relationships Act 2015. Although this measure was designed to address the issue of same-sex parenting (amongst other matters) in advance of the referendum, the timing of the Act's passage rendered it difficult to contain the issue of parenting. The No campaign, largely made up of socially conservative lay Catholic groups, focussed its energies on what it alleged would be the impact of same-sex marriage on children. A key purpose of marriage, it claimed, was the provision of a stable environment in which children could be raised. Children were generally best raised, it asserted, by parents of the opposite sex, ideally their own biological parents. This gender-essentialist perspective emphasised the 'complementarity' of different-sex parents, and the importance to a child of having role models of each gender. The

⁶¹ 319 US 624, 638 (1943).

⁶² Fiona de Londras, "A Referendum on Marriage: Social Costs and Political Choices" Human Rights in Ireland blog, 11 November 2013, <http://humanrights.ie/civil-liberties/a-referendum-on-marriage-social-costs-and-political-choices/> (consulted 30 July 2015).

⁶³ Ibid.

No campaign claimed that the passage of the referendum would prevent the State from favouring opposite-sex over same-sex married parents. Some campaigners even asserted that same-sex couples would have a constitutional right to surrogacy, though several academic commentators⁶⁴, as well as the impartial Referendum Commission⁶⁵ disputed this claim. Indeed, no married couple has a constitutional right to access surrogacy. The Oireachtas would be well within its powers to regulate or indeed ban surrogacy arrangements, notwithstanding the Thirty-Fourth Amendment.

While the Government and all major political parties supported the Amendment, the Yes campaign was spearheaded by Yes Equality: The Campaign for Civil Marriage Equality, an umbrella group led by three NGOs – the Gay and Lesbian Equality Network, the Irish Council for Civil Liberties and Marriage Equality⁶⁶. In a remarkable mobilisation, Yes Equality gathered an immensely effective nationwide network of volunteers, going door to door canvassing for votes. The Yes campaign emphasised the importance of equal treatment under civil law for same-sex couples, and implicitly for LGBT people in general. In response to No campaign claims, it emphasised that marriage did not presuppose an ability or willingness to procreate, and criticised the No campaign's reductive approach to marriage. The Constitution, after all, treats as a family a married couple even where they have no children⁶⁷. While a marriage may be avoided where a party is unable to consummate it, the inability or unwillingness of a couple to procreate does not in itself invalidate their marriage.

Correspondingly, marriage is not an essential prerequisite to bearing children: approximately one third of children born in Ireland each year since 1999 have been born outside of marriage. Around 42% of the 143,600 cohabiting couples counted in the 2011 census were raising children⁶⁸. Crucially, the passage of the Amendment would not prevent gay couples from raising children. Indeed an increasing number of lesbian and gay couples already raise children in Ireland. An impressive body of

⁶⁴ See for instance Conor O'Mahony "The Constitution, the Right to Procreate and the Marriage Referendum" April 21, 2015, Constitution Project@UCC, <http://constitutionproject.ie/?p=503> (consulted 30 July 2015).

⁶⁵ See <http://www.refcom.ie/en/>

⁶⁶ See www.yesequality.ie

⁶⁷ *Murray v. Ireland* [1985] IR 352.

⁶⁸ *This is Ireland: Highlights from Census 2011, part 1*, Central Statistics Office, Dublin, 2012, 27.

robust international research evidence suggests that the outcomes for children being raised in such families are as good as those for children being raised in heterosexual environments⁶⁹.

A notable constitutional feature of the debate was the requirement of balance. Following the decision in *Coughlan v. RTE*, state-owned broadcasters are constitutionally required to give equal airtime to the Yes and No sides of a referendum debate.⁷⁰ Under legislation, broadcasters (both private and public) are required to be neutral and balanced in addressing current affairs, particularly in matters of public controversy.⁷¹ While ensuring equality in television and radio debates, the balance requirements sometimes afforded airtime for extreme views not normally entertained in the Irish media (though most debates were civil, the No campaign emphasising that it was not anti-gay or against equality per se). The Government, moreover, is constitutionally precluded from spending public money promoting one side only of the referendum campaign, an approach that is underpinned by the constitutional equality guarantee⁷². This did not, however, preclude Government Ministers from advocating for a particular result.

The Catholic Church opposed the referendum. While Bishops campaigned for a No vote, some individual priests and nuns nonetheless broke ranks, advocating a Yes. The referendum result ultimately suggests, however, that the Church's ability to influence public opinion, even among mass-going Catholics, is in serious decline. In the final analysis, the Yes side won by 62.1% to 37.9%, with a high turnout of 60.5%. Notably, while urban areas such voted heavily in favour (70%+ in Dublin), the Yes side also won comfortably even in some more rural areas. Every constituency in the State, with one exception, voted in favour. The mobilisation of the youth vote (as evidenced by a highly successful voter registration drive on third level campuses) arguably contributed significantly to the Yes victory, though Elkind

⁶⁹ See for instance “Sexual Orientation, Parents, & Children”, American Psychological Association, 28 and 30 July 2004, <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx>, and “APA on Children Raised by Gay and Lesbian Parents”, American Psychological Association, 11 June 11 2012, <http://www.apa.org/news/press/response/gay-parents.aspx> (consulted 30 July 2015).

⁷⁰ [2000] 3 IR 1.

⁷¹ Broadcasting Act 2009, s.39.

⁷² *McKenna v. An Taoiseach (No 2)* [1995] 2 IR 10, *McCrystal v. Minister for Children and Youth Affairs* [2012] IESC 53.

et al. claim that the Yes vote would have won even without the surge in youth votes⁷³. Support in working class areas was reported as being particularly strong.

It is beyond the scope of this commentary to delve in great depth into the reasons for the strong Yes vote. The energy and positivity of a strategically impressive Yes campaign clearly played a big part. The greater visibility of LGBT people was a crucial factor; indeed the referendum saw many prominent figures, including a Government Minister, come out as gay. Many will have seen their vote as implicitly supporting greater family diversity, not just for LGBT people but also for lone parents and cohabiting couples (though, on this point, see the discussion below). Deeper factors may also have played a part. Rose has suggested that Ireland's anti-colonial struggle, and historical experiences of discrimination based on religion and nationality have made the Irish population particularly sensitive and averse to discriminatory practices⁷⁴. It is possible also that in the wake of ongoing church scandals and economic collapse the Irish people wanted to make a clear break with the past; 'out with the old, in with the new.

9. – The Amendment's wording and effect

Once it is brought into force, the Amendment will insert into the Constitution the following succinct clause as a new Article 41.4: «Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex». Effectively this means that same sex and opposite sex couples alike will equally be entitled to marry as a matter of constitutional law. Marriages, moreover, will be treated the same whether the parties thereto are of the same sex or of the opposite sex. In particular, same sex married couples will have the same constitutional and legal rights and the equivalent constitutional status as opposite sex married couples.

The Constitution is written in both English and Irish. Both are authentic texts, though in cases of conflict, the text in Irish prevails⁷⁵. Some initial concerns around

⁷³ Johan Elkind, David Farrell, Jane Suiter, Theresa Reidy, "Young people voted in droves for marriage equality in Ireland. Equality would have won without them" *Washington Post*, June 30, 2015, Monkey Cage, <http://www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2015/06/30/young-people-voted-in-droves-for-marriage-equality-in-ireland-equality-would-have-won-without-them/> (consulted 30 July 2015).

⁷⁴ Kieran Rose, *Diverse Communities: The Evolution of Lesbian and Gay Politics in Ireland*, Cork University Press, Cork, 1994.

⁷⁵ Art.25.5.4, Constitution.

the Irish text of the Amendment were remedied before the referendum bill passed through the Houses of the Oireachtas. It had been contended that the Irish text would inadvertently ban opposite-sex marriage. This contention, it is submitted, reflected an excessively literalist approach to constitutional interpretation, one that it is not in keeping with the broadly purposive approach the courts tend to favour in the realm of constitutional interpretation⁷⁶. Nonetheless, prior to the referendum, the Oireachtas amended the Irish text to reflect better the core intention to open out marriage to same-sex couples while retaining the facility for opposite-sex couples.

The use of the term ‘contracted’ and the phrase ‘in accordance with law’ necessarily imply that the Amendment relates only to civil marriage and does not affect the practice of religious marriage. The Constitution already contains strong clauses guaranteeing «[f]reedom of conscience and the free profession and practice of religion». It also confirms the right of religious denominations to manage their own affairs⁷⁷. Provided certain conditions are met, Ireland recognises as lawful marriages celebrated by representatives of religious bodies⁷⁸. It is clear, however, from the proposed Marriage Bill 2015 that while religious bodies may choose to celebrate same sex marriages, they cannot be compelled to do so. Indeed, a key element of the campaign for a Yes vote was that it was a vote for *civil* marriage equality. Yes campaigners stressed that religious marriage would not be affected.

The reference to ‘in accordance with law’ also makes it clear that, other than restrictions relating to the sex of the persons involved, the law may continue to regulate the conditions and rules of capacity, as well as the formal requirements, for entrance into a marriage. The reference to ‘two persons’, notably, copperfastens the existing ban on polygamy, confirmed both in legislation and in the jurisprudence of the High Court⁷⁹.

In principle, the constitutional amendment is self-executing⁸⁰. It is theoretically possible to contract a marriage based on the Amendment itself, the effect of which

⁷⁶ See for instance *Attorney General v. Paperlink* [1984] ILRM 373; *O’Byrne v. Minister for Finance* [1959] IR 1.

⁷⁷ See Art.44, Constitution.

⁷⁸ Civil Registration Act 2004

⁷⁹ Cf Civil Registration Act 2004, s.(2)(b) and *HAH v. SAA* [2010] IEHC 497.

⁸⁰ See Conor O’Mahony, “Same-sex marriage referendum: a legal review”, *Irish Times*, 22 January, 2015.

is to render unconstitutional any prohibition on marriage between two people of the same sex⁸¹. Nonetheless, the Government has proposed legislation (the Marriage Bill 2015) to remove the current legislative ban on same-sex marriage. The proposed legislation will also extend the ban on marrying close relatives to same-sex couples. The current ‘prohibited degrees’ will apply to relatives of the same-sex in exactly the same way as they currently apply to opposite-sex relatives. As of yet, however, it is unclear how adultery (a ground for judicial separation) and consummation (inability to consummate allows a party to avoid a marriage) – both defined as involving acts of heterosexual intercourse – will be treated once the Amendment comes into force.

The referendum has had another, less obvious outcome. In the wake of the referendum result, the Oireachtas finally passed the long-awaited Gender Recognition Act 2015, which allows transgender people to be treated for all legal purposes as being of their preferred gender. Currently, applicants for gender recognition must not be in a subsisting marriage or civil partnership (the ‘single status’ requirement) but, once the constitutional amendment comes into force, this requirement will be dropped. The strength of the referendum result, it appears, helped prompt the Government to drop its initial plans to require applicants for gender recognition to obtain a certificate of transition from an endocrinologist or psychiatrist. This means that Ireland has joined Argentina, Denmark and Malta in adopting a self-declaration model for gender recognition, another apparent by-product of the strong Yes vote.

10. – A victory for family diversity?

The referendum is rightly viewed as an immense victory for those seeking greater recognition of family diversity in Irish law and society. The Amendment has particular resonance for LGBT people, though its passage sends a powerful implicit signal also to other minorities and those in non-traditional family units. Nonetheless, the Amendment leaves intact and to some extent entrenches the privileged constitutional position enjoyed by marriage. While extending the right to marry to same-sex couples, the constitutional protections afforded to the family remain confined to the family based on marriage. Thus, non-marital cohabiting

⁸¹ Cf the Fifteenth Amendment/Divorce referendum of 1995, which was also self-executing: see *RC v. CC* [1997] 1 ILRM 401.

unions as well as single unmarried persons with children remain excluded from constitutional protection and recognition as families under Article 41. Far from throwing open the doors to family diversity, the Amendment only loosens the lock.

The passage of the referendum will see civil partnership gradually being phased out. Article 41 of the Constitution arguably prevents the creation of incentives not to enter into marriage⁸². For so long as civil partnership was confined to same-sex couples, and same-sex couples were excluded from marriage, civil partnership could not be regarded as dissuading couples who could marry each other from marrying⁸³. With the extension of marriage to same-sex couples, however, the retention of civil partnership could potentially act as a disincentive to marriage in that a couple otherwise inclined to marry (and able to do so) might choose civil partnership instead. This seems to have prompted the Government to propose that, once the Marriage Bill 2015 becomes an Act, no new civil partnerships will be permitted. Transitional provisions will apply to those who have already given notice of their intention to enter into a civil partnership; they may proceed with the civil partnership or, instead, opt for marriage. Existing civil partners will be able to remain civilly partnered, but may also opt to marry each other, the effect of their marriage being to dissolve the pre-existing civil partnership.

While protections for cohabitants will remain in place, the facility of civil partnership will thus gradually fade into history. Though few will lament its passing, this is potentially a loss to the cause of diversifying options for family recognition. For all its deficiencies, civil partnership has no history of oppression either of women or minorities; it is wholly egalitarian in its origins; it is unashamedly secular, with no trappings of religion attached. At least some couples would possibly prefer civil partnership as an alternative to marriage, with all its historical baggage.

11. – Referendum challenges

At the time writing, the referendum result was the subject of ongoing court challenges. As permitted by the Referendum Act 1994, two lay litigants sought

⁸² *MhicMhathúna v. Ireland* [1989] IR 504, [1995] 1 IR 484. See Oran Doyle, *Constitutional Law: Texts, Cases and Materials*, Clarus Press, Dublin, 2008, 226-230 and John Mee, “Cohabitation, Civil Partnership and the Constitution” in Doyle and Binchy (eds.) *Committed Relationships and the Law*, Four Courts Press, Dublin, 2007, 204-206.

⁸³ See John Mee, *op. cit.*

leave to lodge referendum petitions challenging the outcome of the referendum. They allege that what they consider to be certain technical irregularities in the conduct of the referendum materially affected its outcome. Leave to proceed with the petitions was refused in the High Court, but these refusals have been appealed to the Court of Appeal, and a decision whether to grant leave is now pending. It is, however, notoriously difficult to overturn a referendum result. The Courts are exceptionally reluctant either to impede the progress of a referendum or to strike down the decision of the sovereign people. Similar challenges to the divorce referendum of 1995 and the children's rights referendum of 2012, which relied on the unconstitutional spending of state funds to promote a Yes vote in the relevant referendums, both failed⁸⁴. The fate of these prior challenges suggests that the prospect of the current cases succeeding is very slim indeed, though for the time being they have delayed the eagerly anticipated first marriage ceremonies.

12. – Conclusion

The passage of the Thirty-Fourth Amendment shows that even the most conservative of states can have a big change of heart. In the space of just over 20 years, Ireland has gone from decriminalising homosexual acts to allowing equal marriage. The change is more remarkable still when one considers that this latter reform was achieved not by court order or legislative action but by popular vote, and by a large margin. The result is an entrenched constitutional right to marry, regardless of whether your chosen partner is of the same sex or opposite sex. While the referendum outcome sends out a powerful signal about social acceptance of LGBT people and same-sex relationships, the question nonetheless remains whether a popular referendum vote is the best way to determine whether a human right – particularly one as intimate as the right to marry – should be extended to a minority. The result also leaves some unfinished business. The privileged position of marriage remains intact and families not based on marriage continue to be denied constitutional recognition. Nonetheless, the people's verdict conveys a powerful message of inclusion, equality and acceptance of human and family diversity unparalleled in Irish constitutional history.

⁸⁴ *Hanafin v. Minister for the Environment* [1996] 2 IR 321; *Re the Referendum Act 1994 and Re Jordan*; *Jordan v. Minister for the Environment* [2015] IESC 33.



ISSN 2037-6677

2015/2

Supreme Court of Canada, Sentenza Loyola High School v. Quebec (Attorney General): è possibile insegnare la religione in modo neutro?

Supreme Court of Canada, decision Loyola High School v. Quebec (Attorney General): is it possible a religion-neutral education?

Elena Ervas

Tag: Canada , catholic, schools

www.dpce.it



Supreme Court of Canada, Sentenza Loyola High School v. Quebec (Attorney General): è possibile insegnare la religione in modo neutro?

di Elena Ervas

1. – Con la sentenza relativa al caso *Loyola High School v. Quebec* la Corte Suprema Canadese ha delimitato la progressiva laicizzazione dell’insegnamento della religione nel sistema educativo. La sentenza offre interessanti spunti circa il rapporto tra laicità e libertà religiosa anche in riferimento alla necessaria flessibilità che le istituzioni devono assumere per una garanzia effettiva del diritto. Inoltre, come vedremo, un qualche velato cenno è offerto circa la tematica dell’autonomia delle organizzazioni confessionali e del godimento da parte di queste ultime di un proprio diritto alla libertà religiosa.

2. – *Loyola High School* è una scuola privata, cattolica, per soli maschi, gestita fin dal 1848 dall’ordine gesuita. Il caso trae origine dal diniego del *Minister of Education, Recreation and Sports of Quebec* di concedere un’esonazione alla scuola dal programma di insegnamento “*Ethics and Religious Culture*” (ERC), obbligatorio per tutte le scuole pubbliche e private dal 2008. Il programma affronta le diverse religioni - cattolicesimo, protestantesimo, ebraismo, islam, induismo, buddismo e sistemi aborigeni - nonché la discussione sui differenti approcci alle questioni etiche, da una prospettiva culturale e neutra; gli obiettivi chiave del programma sono “*the recognition*

of others” basato sul principio della eguale dignità e “*the pursuit of common good*” che vuole incoraggiare la condivisione del rispetto dei diritti umani e della democrazia. L’intento dello Stato è di sviluppare la capacità degli studenti di comprendere la cultura religiosa attraverso l’analisi delle diverse realtà religiose del mondo, la capacità di riflettere su questioni etiche e l’abilità di essere aperti al dialogo. Viene specificato che non vi è alcun intento di indottrinamento ma l’approccio scelto è di tipo culturale e neutro. Una scuola privata può tuttavia fare richiesta di essere esentata dall’applicazione dell’ERC presentando un piano di studi alternativo che il Minister valuti come equivalente a quello statale (chapter V-22.1 *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*). *Loyola High School*, cinque mesi prima che il programma divenisse obbligatorio, aveva fatto richiesta di esenzione in quanto riteneva l’impostazione assolutamente neutra, incompatibile con il suo connotato di istituzione cattolica; il programma alternativo dava un rilievo particolare al punto di vista cattolico pur non trascurando di affrontare ogni profilo delle altre fedi con doveroso rispetto. L’esenzione le era stata negata poiché per il Minister qualunque insegnamento che presentasse una visione religiosa non poteva dirsi compatibile con gli obiettivi del programma.

3. – La Corte Suprema canadese si era già espressa a favore della legittimità del programma ERC nel caso *S.L. v. Commission Scolaire des Chênes* del 2012. Anche in quell’occasione il caso traeva origine da un diniego di esenzione dal programma obbligatorio. Due coppie di genitori di fede cattolica avevano infatti chiesto che i loro figli fossero esonerati dal partecipare all’ora di religione come delineata dal programma, ritenendolo contrastante con il loro diritto di crescere i figli secondo le proprie convinzioni religiose; l’insegnamento di una moltitudine di credenze religiose avrebbe rischiato di confondere i bambini, inducendoli a dubitare della verità della fede cattolica e favorendo una sorta di relativismo morale. La Corte aveva respinto il ricorso ritenendo che non vi fosse stata alcuna ingerenza con la libertà religiosa dei ricorrenti, dando sicura preminenza al carattere laico delle istituzioni. L’esposizione fin dalla tenera età dei ragazzi a realtà differenti da quella familiare era una conseguenza naturale del vivere all’interno di una società. L’assunto che esporre i bambini a una varietà di fatti religiosi fosse una violazione

della libertà religiosa, non era altro, secondo la Corte Suprema, che il rigetto della realtà multiculturale canadese (*S.L. v. Commission Scolaire des Chênes* cfr. par. 40).

Il contesto del caso *Loyola* è tuttavia differente; *S.L. v. Commission Scolaire des Chênes* riguardava una scuola pubblica mentre *Loyola High School* è una scuola privata confessionale e cattolica. La decisione del Minister sicuramente interviene nelle attività educative di un'istituzione formata per trasmettere il cattolicesimo; dunque viene in considerazione il diritto protetto dalla Carta costituzionale (cfr. par. 61).

4. – In Canada, la libertà di religione è uno dei diritti e delle libertà tutelati dalla s. 2 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; se è dimostrato che un diritto protetto dalla Charter è stato violato dall'azione dello Stato, allora il governo può tentare di giustificarne la ragionevolezza, quindi mostrare che la violazione è un «reasonable limit prescribed by law ... [that] can be demonstrably justified in a free and democratic society» (cfr. s. 1 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*). Per valutare se il diniego dell'esenzione fosse un limite ragionevole alla libertà religiosa, la Corte sottopone la decisione del Minister all'analisi stabilita nel caso *Doré v. Barreau de Québec*. «Il compito della Corte che si avvale dell'analisi *Doré* è di valutare se la decisione è ragionevole perché riflette un bilanciamento proporzionato tra le garanzie della Charter in gioco e le esigenze di legge in questione» (cfr. *Doré v. Barreau de Québec* par. 58). Alle autorità amministrative è richiesto di cercare un equilibrio proporzionato tra le garanzie costituzionali, per assicurare che non siano limitate più di quanto si renda necessario per realizzare gli scopi legislativi. In particolare la decisione del Minister sarà ragionevole se riflette «a proportionate balance between the objectives of promoting tolerance and respect for difference, and the religious freedom of the members of the Loyola Community».

Una certa enfasi viene posta sul vaglio di ragionevolezza come controllo *contestuale* (cfr. par. 41); applicando l'analisi *Doré*, in astratto, vi potrebbe ben essere più di un risultato proporzionato, tale cioè da proteggere le garanzie della Charter nel misura più ampia possibile alla luce degli obiettivi legislativi cui si aspira. Per valutare se quella determinata decisione del Minister fosse ragionevole, il controllo giudiziale non può prescindere dal particolare contesto in cui l'azione amministrativa si è trovata ad operare. Secondo la Corte il contesto da considerare in questo caso è la regolazione dell'educazione religiosa in uno stato che ha vissuto una progressiva

laicizzazione. Nell'ultima metà del ventesimo secolo infatti, una profonda diversificazione culturale all'interno della società canadese ha indotto le istituzioni politiche ad adottare un approccio multiculturalista. Il Québec in particolare ha vissuto un ulteriore e connesso cambiamento. Sicuramente, in origine, l'autonomia e l'identità dello Stato erano profondamente connesse al Cattolicesimo e alla Chiesa cattolica. Dagli anni sessanta, le trasformazioni sociali hanno condotto alla progressiva e radicale erosione del potere della Chiesa all'interno dello Stato. Se fino a quel momento l'istruzione scolastica era stata affidata esclusivamente ad enti gestiti dalle Chiese cattolica e protestante, a seguito della c.d. *"quiet revolution"* lo Stato ha iniziato a farsi carico di tale compito. Si è assistito così alla progressiva separazione tra religione e istruzione in Québec e ad un processo di secolarizzazione del sistema educativo pubblico, culminato con la sostituzione dei rimanenti programmi cattolici e protestanti di istruzione religiosa con il programma *"Ethics and Religious Culture Course"* (ERC) obbligatorio per tutte le scuole (si veda Berger B., *Religious diversity, education, and the "crisis" in state neutrality*, in *Legal Studies Research Paper Series*, n. 62, vol. 10, issue 14/2014). Come si evince dall'introduzione del programma, l'obiettivo è quello di preparare gli studenti a vivere in una realtà multiculturale; «come molte società democratiche, la società del Québec è caratterizzata da un crescente pluralismo. Evidente è la diversità di valori e convinzioni abbracciati da individui e gruppi; questa diversità contribuisce a plasmare la cultura del Québec. Importante fattore di arricchimento, la diversità può anche essere una fonte di tensione ...». Uno stato laico ha un legittimo interesse nel proteggere la dignità e nel promuovere l'eguaglianza; tuttavia rispetta le differenze religiose e non cerca di estinguerle (cfr. par. 45). La libertà religiosa è essenziale per l'effettiva esistenza del pluralismo.

5. – Avendo a mente questo contesto, il compito del Minister, nel momento in cui doveva decidere se consentire l'esenzione, era quello di bilanciare gli scopi, legittimi, dell'ERC con il rispetto della libertà di professare collettivamente la fede cattolica e di diffonderne i valori. A tal scopo essenziale è determinare cosa si dovesse intendere per "equivalenza" (cfr. par. 50). Secondo la Corte lo schema legislativo, da come appare, consente una certa flessibilità; infatti permette alle scuole private di deviare dal programma statale purché le finalità generali siano comunque raggiunte. L'intenzione del legislatore era consentire alle scuole

confessionali di insegnare il programma ERC ma senza sacrificare la loro connotazione religiosa; un programma bilanciato, insegnato da una prospettiva religiosa ma in cui tutti i punti erano affrontati con rispetto poteva ben essere un programma equivalente. La nozione di equivalenza assunta dal Minister è invece altamente restrittiva e non è confacente alla flessibilità propria del programma legislativo. Se un programma per essere ritenuto equivalente dovesse essere identico a quello obbligatorio in ogni sua parte, non avrebbe senso prevedere la possibilità di una esenzione; da ciò discende la necessità di intendere l'equivalenza in modo flessibile. E' irragionevole interpretarla come stretta aderenza allo specifico contenuto del corso, piuttosto che alle finalità che si vogliono perseguire in generale. Se interpretata invece come idoneità a raggiungere gli obiettivi, l'equivalenza consente quella flessibilità tra il programma alternativo e l'ERC che permette quelle differenze che possono accomodare la libertà religiosa (cfr. par. 56). Nell'idea del Minister, al contrario, ogni programma che si distaccasse dall'idea della stretta neutralità non poteva garantire *the respect of others and the common good*, non poteva dirsi quindi equivalente. I giudici ritengono che il Minister, escludendo a priori che un programma insegnato da una prospettiva religiosa potesse dirsi equivalente, abbia negato un qualsiasi bilanciamento con la libertà religiosa. Questo, secondo la Corte, comprometterebbe la libertà dei membri della comunità di *Loyola* che hanno scelto di dare vita alla dimensione collettiva della fede anche attraverso la partecipazione alla scuola confessionale. Inoltre interferisce con il diritto dei genitori di trasmettere la fede cattolica ai figli perché impedisce una discussione cattolica sul cattolicesimo, ignorando che la vitalità di una comunità religiosa dipende dalla capacità dei suoi membri di trasmettere la fede, attraverso l'educazione nell'ambito familiare ma anche attraverso la partecipazione alla vita comunitaria (cfr. par. 64). Lo Stato sta indicando all'istituzione cattolica come insegnare il cattolicesimo, cioè sta imponendo alla scuola cattolica di insegnare la religione che ne fonda l'identità nei termini da esso definiti e non in quelli decisi dalla istituzione stessa (par. 68). Impedire a *Loyola* di affrontare il cattolicesimo dalla sua prospettiva interferisce seriamente con la sua identità cattolica. La decisione della Corte Suprema alla fine si sostanzia nel giudizio di irragionevolezza della decisione del Minister nel suo complesso; richiedere che tutti gli aspetti del programma venissero insegnati da una prospettiva assolutamente neutra limitava la libertà di religione più di quanto fosse

necessario alla luce degli obiettivi legislativi. La Corte dunque accoglie il ricorso e rimette la questione al Minister affinché riconsideri la sua decisione.

6. – Le opinioni dei giudici differiscono per quanto riguarda l'insegnamento delle religioni diverse da quella cattolica; secondo i giudici di maggioranza infatti la decisione non sarebbe stata sproporzionata se il Minister avesse preteso l'atteggiamento imparziale per tutto ciò che riguardava le altre religioni e le questioni etiche, consentendo l'assunzione di una prospettiva religiosa per affrontare il cattolicesimo. Questo, secondo i giudici, non avrebbe interferito in modo sproporzionato con il diritto protetto; non avrebbe leso la libertà religiosa di nessuno chiedere di insegnare le altre religioni in modo rispettoso, neutro, storico, fenomenologico, anche in una scuola confessionale (cfr. par. 71). *Justice Abella* ammette che questo possa essere un aspetto particolarmente delicato nell'ambito di una scuola religiosamente orientata e tale da richiedere una certa flessibilità; tuttavia flessibilità non può voler dire filtrare le altre religioni attraverso la lente della religione cattolica; il risultato sarebbe delegittimare le altre fedi facendole apparire degne di minor considerazione se non allineate ai precetti cattolici. Questo sarebbe contrario agli obiettivi del programma (cfr. par. 73). Ma il rischio di questo approccio è delegittimare la religione cattolica dinnanzi ai membri della sua stessa comunità; come mettono in luce i giudici di minoranza *Molvader* e *McLachlin*, presentare tutti i punti di vista come equamente credibili, validi, legittimi e *quindi forse tutti falsi*, non è compatibile con l'idea di libertà di religione e certo è una prospettiva che una scuola confessionale non può essere costretta ad adottare. Inoltre sarebbe concretamente impraticabile perché forzerebbe gli insegnanti ad un innaturale silenzio pur di non trasgredire la stretta neutralità (cfr. par. 160). Dunque la pretesa di insegnare almeno le altre religioni in modo neutro non sarebbe comunque rispettosa della libertà di religione di *Loyola*.

7. – Vi è un'ultima questione che traspare dalle opinioni dei giudici di minoranza e viene invece tralasciata dalla maggioranza; quest'ultima infatti non ritiene necessario affrontarla ai fini della decisione del caso; si fa riferimento alla titolarità dell'organizzazione confessionale di un proprio diritto alla libertà religiosa. *Justice Abella* e gli altri giudici di maggioranza non si soffermano sul punto ritenendo

sufficiente il dovere dell'amministrazione di esercitare la propria discrezionalità in modo comunque ragionevole e tale da rispettare la *libertà religiosa dei membri della comunità di Loyola*. Sicuramente la Corte riconosce l'aspetto collettivo della libertà di religione; la manifestazione collettiva, la trasmissione delle convinzioni religiose e il ricorso a forme organizzate per darvi effetto, svolgono un ruolo cruciale nel caso; tuttavia non ritiene necessario sviluppare ulteriormente la questione (cfr. par. 33).

I giudici di minoranza diversamente si soffermano su questo argomento. L'*Attorney General of Quebec* negava che *Loyola* potesse godere di una protezione costituzionale in quanto persona giuridica e non fisica e come tale incapace di testimoniare un *credo sincero*, cioè la convinzione religiosa protetta dalla Charter. I giudici *Molvader* e *McLachlin*, richiamando a supporto giurisprudenza canadese e internazionale, ritengono invece che il carattere *communal* della religione implichi, per la protezione della libertà religiosa degli individui, la protezione della libertà religiosa delle organizzazioni confessionali, comprese le scuole. La Corte ha riconosciuto la dimensione anche collettiva della libertà di religione; «religion is about religious beliefs, but also about religious relationships» (si vedano, tra gli altri, i casi *Syndicat Northcrest v. Amselem* e *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*). L'aspetto individuale e collettivo di tale libertà sono strettamente connessi; la libertà di religione individuale non può prosperare senza la libertà di religione delle organizzazioni attraverso le quali gli individui esplicano le loro convinzioni e trasmettono la loro fede (cfr. par. 94). A supporto i giudici citano anche gli strumenti di protezione dei diritti umani e la giurisprudenza internazionale che riconoscono il carattere collettivo della libertà religiosa e hanno esteso la tutela anche alle organizzazioni religiose (vengono richiamati tra gli altri i casi *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694, 2012). I giudici concludono dunque che le organizzazioni religiose godono della protezione costituzionale purché però siano costituite primariamente per scopi religiosi e le loro attività siano conformi a tali scopi. Certamente questi requisiti richiederanno una maggiore qualificazione in futuro ma a parere dei giudici era chiaro che *Loyola High School* ricadesse nell'ambito di protezione costituzionale.

Sarà interessante osservare se in casi futuri la Corte nel suo complesso riterrà di soffermarsi sulla titolarità delle organizzazioni di un proprio diritto alla libertà

religiosa e di conseguenza vi sarà spazio per una riflessione sul grado di autonomia che deve essere loro riconosciuta per rendere effettiva tale garanzia.



ISSN 2037-6677

2015/2

La responsabilità per danno ambientale e il principio “chi inquina paga” al vaglio della Corte di Giustizia Europea

Responsibility for environmental damages and the polluter-pays principle under the scrutiny of the Court of Justice

Claudia Sartoretti

Tag: responsibility, CJEU, pollution

www.dpce.it



Sentenza della CGUE (Terza Sezione) 4 marzo 2015, causa C-534/13, *Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e altri contro Fipa Group srl e altri*. La responsabilità per danno ambientale e il principio “chi inquina paga” al vaglio della Corte di Giustizia Europea.

di Claudia Sartoretti

Con domanda di pronuncia pregiudiziale datata 25 settembre 2013, il Consiglio di Stato italiano ha voluto sottoporre alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea una questione riguardante l’interpretazione dei principi del diritto dell’Unione in materia ambientale, nella fattispecie i principi di «chi inquina paga», di precauzione, dell’azione preventiva e della correzione, con particolare riferimento alla loro applicazione in tema di responsabilità per danno ambientale e con riguardo al problema degli obblighi del proprietario incolpevole di un sito contaminato.

Il caso da cui è scaturito il procedimento pregiudiziale che si è concluso con la sentenza qui in esame ha avuto origine dai ricorsi presentati al Tar Toscana da alcune società (FiFa Group S.r.l., TWS Automation S.r.l. e Ivan S.r.l.) operanti in un’area industriale da risanare in provincia di Massa Carrara.

All’atto di acquisto da parte delle tre società tra il 2006 e il 2011 i terreni in contestazione risultavano dunque da tempo gravemente contaminati da sostanze chimiche in seguito alle attività economiche svolte dai precedenti proprietari, appartenenti ad un noto gruppo industriale, i quali producevano in tali siti insetticidi

e diserbanti. Un tentativo di bonifica dell'area contestata era già stato fatto nel 1995, ma l'intervento era apparso insufficiente e pertanto i terreni erano stati qualificati, nel 1998, come «sito di interesse nazionale di Massa Carrara», al fine del loro risanamento.

Successivamente, con provvedimenti amministrativi del 18 maggio 2007, del 16 settembre e 7 novembre 2011, le direzioni competenti del Ministero dell'ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ingiungevano rispettivamente alla TWS Automation, alla Ivan e alla Fifa Group l'esecuzione di misure specifiche di «messa in sicurezza d'urgenza», ai sensi del codice dell'ambiente, consistenti nella realizzazione di una barriera idraulica di emungimento per la protezione della nappa freatica, e la presentazione di una variante al progetto di bonifica del terreno risalente al 1995. Tali decisioni furono indirizzate alle tre imprese in qualità di «custodi dell'area», indipendentemente, dunque, dalla circostanza per cui le società chiamate in causa non fossero invero state le autrici della contaminazione constatata.

Deducendo pertanto la totale irresponsabilità per l'inquinamento dei terreni acquistati, parti ricorrenti adivano il Tribunale amministrativo regionale della Toscana, che, con tre sentenze distinte, annullava i provvedimenti ministeriali poiché ai sensi del principio «chi inquina paga», proprio del diritto dell'Unione e della normativa nazionale in materia ambientale, l'amministrazione non poteva imporre, sulla base delle disposizioni del titolo V della parte IV del codice dell'ambiente, l'esecuzione delle misure in parola ad imprese che non hanno alcuna responsabilità diretta sull'origine del fenomeno di contaminazione accertato nel sito.

Il Ministero ha appellato dette sentenze dinanzi al Consiglio di Stato, la cui sezione adita rimetteva all'Adunanza Plenaria del medesimo giudice la questione se, in base al principio «chi inquina paga», l'amministrazione nazionale possa o meno imporre al proprietario di un'area inquinata, che non sia anche l'autore dell'inquinamento, l'obbligo di porre in essere le misure di messa in sicurezza di emergenza di cui all'articolo 240, comma 1, lettera m), del codice dell'ambiente, ovvero se, in un'ipotesi del genere, tale proprietario sia tenuto solo agli oneri reali espressamente previsti all'articolo 253 del medesimo codice.

Nel rilevare che la giurisprudenza amministrativa italiana non è concorde sull'interpretazione delle disposizioni della parte IV del codice dell'ambiente e, più in generale, su quelle relative agli obblighi del proprietario di un sito contaminato (Vi è

infatti un orientamento minoritario secondo cui il proprietario di un'area inquinata, ancorché non sia l'autore della contaminazione, è comunque tenuto ad adottare le misure di messa in sicurezza d'emergenza e di bonifica. Sul punto si veda T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 27 giugno 2007, nn. 5286 e 5289; Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4525; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 16 luglio 2009, n. 4379; Cons. Stato, sez. II, 23 settembre 2011, parere n. 2038/2012; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 14 marzo 2011, n. 2263), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato preferiva sospendere il procedimento, demandando il 25 settembre 2013, con l'ordinanza n. 21, alla Corte di Giustizia europea il compito di pronunciarsi in merito alla compatibilità della normativa nazionale in discussione rispetto all'articolo 191, paragrafo 2, TFUE e alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, n.35 (articoli 1 e 8, n. 3; tredicesimo e ventiquattresimo considerando).

La sentenza in commento chiarisce innanzi tutto che la norma che introduce il principio "chi inquina paga" (art. 191, paragrafo 2, TFUE) si limita, invero, a definire gli obiettivi generali dell'Unione in materia ambientale, e pertanto può essere invocata solo quando non sia applicabile alcuna normativa dell'Unione adottata in base all'articolo 192 TFUE, che disciplini specificamente l'ipotesi di cui trattasi.

Chiarito questo, la C.G.E. aggiunge che nella controversia in esame il principio "chi inquina paga" può trovare applicazione «nei limiti in cui esso è attuato dalla direttiva 2004/35», «visto che la direttiva in questione si applica al danno causato da un'emissione, un evento o un incidente verificatosi il 30 aprile 2007 o dopo tale data quando tale danno derivi vuoi da attività svolte in tale data o successivamente ad essa, vuoi da attività svolte precedentemente a tale data ma non terminate prima di essa».

Qualora la direttiva 2004/35/CE fosse applicabile, conclude la Corte, la questione pregiudiziale si dovrebbe allora risolvere nel senso che la normativa europea non osta a una disciplina legislativa nazionale «come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese».

La direttiva 2004/35/CE – osserva il giudice europeo – stabilisce, infatti, in modo chiaro, che ad essere responsabili sono solo gli operatori la cui attività ha causato un danno ambientale o ha procurato minaccia imminente di tale danno, e che pertanto l'assenza di un nesso di causalità tra il nocumento apportato all'ambiente e l'azione del soggetto imputato rappresenta una situazione giuridica che non rientra nel diritto dell'UE, ma che può eventualmente essere prevista nel diritto nazionale. Secondo l'art.16 della direttiva in esame e conformemente all'articolo 193 TFUE, è tuttavia facoltà degli Stati membri mantenere e adottare disposizioni più severe in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, compresa, in particolare, l'individuazione di altri soggetti responsabili, a condizione che tali misure siano compatibili con i Trattati.

Il caso appena illustrato, oltre ad offrire una risposta chiara ed univoca al problema del ruolo del proprietario incolpevole, suggerisce altresì interessanti spunti di riflessione sul danno ambientale e la responsabilità che ne deriva, e più in generale, sulla portata dei principi che ispirano la normativa UE in materia di tutela dell'ambiente.

Certamente la direttiva 2004/35/CE che si colloca al centro della questione in esame rappresenta un significativo punto di arrivo nel panorama legislativo europeo, rispetto alle tappe istituzionali che l'hanno preceduta (si vedano, in particolare, il Libro Verde sulla responsabilità civile per danni all'ambiente adottato dalla Commissione europea nel 1993; la Convenzione di Lugano sul danno all'ambiente approvata nel 1993 dal Consiglio d'Europa; il Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente presentato dalla Commissione europea il 9 febbraio 2000), anche in considerazione delle linee guida che essa stabilisce, le quali appaiono necessarie a garantire quell'armonizzazione legislativa dei paesi dell'Unione Europea funzionale alla creazione di un modello comune di riconoscimento del danno ambientale e del suo risarcimento.

Garantire l'uniformità a livello europeo della disciplina ambientale costituisce d'altra parte un presupposto necessario alla lotta contro un inquinamento che non (ri)conosce i confini territoriali dei singoli paesi e richiede una disciplina capace di superare le "frontiere" rappresentate dalle singole esperienze domestiche per arrivare ad una gestione transfrontaliera ed unitaria del problema.

L'assetto "minimalista" della legge europea in questione ha però permesso e permette ai singoli Stati membri una certa flessibilità nel suo recepimento consentendo loro di compiere anche scelte diverse ma maggiormente rispondenti alla realtà locale. Si osservi poi che il legislatore europeo, oltre ad introdurre una disciplina quadro piuttosto limitata che consenta ai singoli paesi un certo margine di discrezionalità nell'articolazione degli obiettivi stabiliti nella direttiva, ha espressamente riconosciuto ai singoli ordinamenti nazionali il potere di adottare misure più severe, rispetto a quelle disciplinate dall'UE in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, nella prospettiva di garantire una miglior tutela ambientale ricorrendo – se necessario – anche all'inasprimento delle regole comunitarie.

Quali comunque siano gli "adattamenti" introdotti dalle singole discipline nazionali in tema di responsabilità ambientale, va osservato come complessivamente la direttiva del 2004 abbia avuto comunque il merito di introdurre una inequivocabile ed uniforme definizione di danno ambientale, attribuendole autonomia rispetto al concetto di danno tradizionale. Ciò che ha permesso anche a quegli ordinamenti europei, come ad esempio la Germania, che ancora ricorrevano a misure volte a proteggere situazioni soggettive tradizionali, quali la proprietà e il diritto alla salute, di disporre di una tutela diretta dell'ambiente, come bene autonomo rispetto alla sfera giuridica dei terzi danneggiati (V., *ex multis*, B. Pozzo, *La responsabilità ambientale in Europa: modelli di applicazione della direttiva 2004/35/CE*, in www.assonime.it/AssonimeWeb2/servletAllegati?numero=3401; G.M. Van den Broek, *Environmental Liability and Nature Protection Areas Will the EU Environmental Liability Directive Actually Lead to the Restoration of Damaged Natural Resources?* in *Utrecht Law Review*, 2009, 117 ss.; F. Benedetti, *Prevenzione e riparazione del danno ambientale in Europa. Legislazione in materia ambientale e applicazione della direttiva 2004/35/CE nei paesi dell'unione Europea*, in F. Giampietro (a cura di), *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006; M.C. Alberton, *Dalla definizione di danno ambientale alla costruzione di un sistema di responsabilità: riflessioni sui recenti sviluppi di diritto europeo*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 127 ss.; L. Berkamp, *Implementation of the Environmental Liability Directive in EU Member States*, in *ERA-Forum*, 2005, 389 ss.).

La direttiva ha poi introdotto un doppio regime di responsabilità per danno all'ambiente: responsabilità oggettiva per i soggetti esercenti attività ritenute idonee a

provocare un rischio alla salute umana e o per l'ambiente (ed espressamente elencate nell'allegato III); responsabilità soggettiva per chi esercita attività non ritenute intrinsecamente pericolose (ossia per coloro che svolgono attività non rientranti in quelle elencate nell'Allegato III) (Si veda, *ex multis*, B.Pozzo, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e ripartizione del danno ambientale*, Milano, 2005; M.P.Giracca, *Danno ambientale*, in R. Ferrara, C. E. Gallo (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente. Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, vol. I, 594 ss.; F. Giampietro, *Danno ambientale e bonifica dopo la Legge Europea n. 97/2013*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, 973 ss.). Su questo punto si è focalizzata l'attenzione della Corte di Giustizia che nell'esaminare l'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) della legge europea ha voluto offrire, nella sentenza in questione, una lettura del medesimo che fugasse ogni dubbio interpretativo circa il concetto stesso di "responsabilità oggettiva". Anche in questo caso, infatti, osserva la Corte, non si può in alcun modo prescindere da un previo accertamento del rapporto di causalità fra l'attività dell'operatore ed il danno arrecato all'ambiente, il quale resta un elemento centrale della responsabilità ambientale, indipendentemente dalla presenza o meno dell'elemento soggettivo.

Ciò trova, d'altra parte, una sua ragion d'essere nella circostanza per cui l'assenza di un nesso eziologico rischierebbe di far ricadere sul proprietario non semplicemente una responsabilità "oggettiva" ma piuttosto – come è stata definita dal Consiglio di Stato nella sua Adunanza plenaria – una responsabilità "di posizione", in quanto egli si troverebbe a dover provvedere con opere di bonifica e di messa in sicurezza a situazioni di contaminazione che non gli sarebbero imputabili né soggettivamente (per l'assenza di dolo e colpa) né oggettivamente (per la mancanza del nesso causale). Il che potrebbe tradursi in un'attenuazione *de facto* della responsabilità del soggetto effettivamente responsabile del danno, finendo, in una qualche misura, per contraddire l'intento originario della direttiva europea, quale quello di incentivare gli operatori che gestiscono un sito ad attivarsi per prevenire qualsivoglia alterazione o deterioramento dell'ambiente, salvo che essi provino che la contaminazione è stata causata da un terzo.

In linea con i principi cardine dell'azione in materia ambientale – e segnatamente con il principio "chi inquina paga" – e coerentemente con il principio dello sviluppo sostenibile, la direttiva dell'Unione europea afferma, infatti, a chiare

lettere nel suo secondo considerando che obiettivo della medesima deve essere quello di ritenere finanziariamente responsabile l'operatore la cui attività sia causa di un danno ambientale o della sua imminente minaccia. Solo così, è possibile indurre i soggetti che svolgono attività pericolose per la tutela dell'ecosistema a mettere in pratica un adeguato e soprattutto efficace sistema di misure atte a ridurre al minimo i rischi di inquinamento ambientale.

Resta infine da capire – ad avviso di chi scrive – la portata dell'art. 16 della direttiva dell'Unione Europea che consentirebbe, come si è già accennato, agli Stati di adottare disposizioni più severe in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, compresa l'individuazione di altri soggetti responsabili. Una norma che lascerebbe supporre che il principio “chi inquina paga” fissato dalla direttiva non sia sempre applicabile nei paesi membri ai quali è riconosciuto un livello di autonomia tale da consentire loro di prevedere eccezioni.

La Corte, sul punto, si limita a rinviare a quanto disposto dalla norma citata precisando, però, che l'adozione di misure più severe da parte dei paesi membri, così come prevista dalla direttiva, debba avvenire in conformità dell'art.193, e quindi a condizione che i provvedimenti nazionali risultino compatibili con i Trattati.

Il richiamo all'art.193 sembra così, in un certo senso, limitare il rischio di una lettura dell'art.16 che autorizzi a livello nazionale l'introduzione di una responsabilità “da posizione”.

L'obbligo di non disattendere i Trattati e i suoi principi, primo fra i quali quello di “chi inquina paga” conferma, infatti, un'imputazione del danno ambientale, con conseguente obbligo di riparazione dello stesso, a carico degli operatori hanno contribuito al verificarsi dell'illecito ambientale. I principi europei posti a tutela dell'ambiente non possono infatti essere completamente travolti per conseguire l'obiettivo di una tutela ambientale ancora maggiore.

Il principio «chi inquina paga», anche inteso come principio di “responsabilità”, presuppone l'attribuzione di un valore economico al bene-ambiente e si fonda sull'idea che ogni intervento finalizzato a ristabilire l'equilibrio ambientale turbato dall'azione umana comporti necessariamente dei costi di ripristino, i quali devono essere riallocati in modo efficiente ed efficace. Il risultato concreto che ne deriva non può allora che essere quello di porre a carico dell'operatore responsabile del

danno arrecato all'ambiente le conseguenze economiche che derivano dall'esercizio di un'attività inquinante.

La possibile adozione di misure più severe può dunque, in quest'ottica, essere interpretata come facoltà riconosciuta ai singoli Stati di introdurre, ad esempio, obblighi "minori" a carico di coloro che, pur non essendo responsabili di produrre e trarre profitti attraverso lo svolgimento di attività che compromettono la risorsa ecologica illecitamente, rivestono però il ruolo di proprietari dell'area contaminata.

Il diritto interno, in definitiva, può ben individuare a sua discrezione responsabili ulteriori che rispondano in via sussidiaria del danneggiamento arrecato all'ambiente, senza però che il principio «chi inquina paga» venga svuotato del suo contenuto e senza escludere la legittima imputazione all'inquinatore degli oneri necessari ad evitare o a riparare il danno causato. (Cfr., P. Salvemini, *la parola fine della corte di giustizia sui confini della responsabilità per danno ambientale del proprietario incolpevole del sito inquinato. nota a corte di giustizia Ue, sentenza 4 marzo 2015, c - 534/13*, in *Rivista online dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2015; S. Campilongo, *Più severa la disciplina del danno ambientale*, in *Guida Dir.*, 2013, 90 ss.; R. Rotigliano, *Ancora sui presunti obblighi di facere in capo al proprietario non responsabile del sito contaminato: dove sta il più (il proprietario non è tenuto a fare alcunché), sta il meno (figurarsi l'ex proprietario)*, in *Foro amm.*, 2012, 2917 ss.).



ISSN 2037-6677

2015/2

“Maternità surrogata” fra giurisprudenza della Corte di Strasburgo e diritto statutale

Surrogacy: case-law of the Strasbourg Court and domestic law

Fabrizio Giulimondi

Tag: ECHR, surrogacy, adoption



Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Sezione Seconda). Sentenza 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia. “Maternità surrogata” fra giurisprudenza della Corte di Strasburgo e diritto statale

di Fabrizio Giulimondi

1. – La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo con la sentenza in epigrafe ha accolto, con 5 voti favorevoli e due contrari, il ricorso promosso nell’aprile del 2012 da due coniugi italiani per violazione dell’articolo 8 CEDU (diritto alla vita privata e familiare), in ragione del rifiuto delle autorità italiane di registrare il certificato russo di nascita di un bambino nato mediante l’utilizzazione della “maternità surrogata”, con conseguente suo allontanamento dalla abitazione dei ricorrenti (da ultimo, sul tema: B. Salone, *Figli su commissione: profili civilistici sulla maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal–Rivista di biodiritto*, 2014, 2, ove ampi richiami di dottrina).

Più specificamente i ricorrenti hanno lamentato davanti alla Corte EDU la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare per avere il tribunale per i minorenni di Campobasso affidato ai servizi sociali il bambino di nove mesi, nato in Russia a seguito di un contratto di “maternità surrogata” concluso dai medesimi, non volendo questi ultimi procedere all’adozione in Italia già concessa a fronte di loro istanza.

Il Governo ha presentato - entro il termine *ad quem* di scadenza del 27 aprile 2015 ed istruita dai Ministeri della giustizia e della salute - la domanda di rinvio alla Grande Camera della Corte per un nuovo esame della questione, alla luce della normativa e giurisprudenza italiana e di Strasburgo, oltre in ragione della esistenza di un “margine di apprezzamento” riservato allo Stato relativamente al momento valutativo e decisionale in materie eticamente sensibili. La Francia sta valutando se intervenire come “terzo” *ad adiuvandum* del Governo italiano.

Si tratta di un quarto caso di “maternità surrogata” giudicato dalla Corte di Strasburgo dopo i procedimenti *Mannesson* e altri c. Francia (n. 65192/11) e *Labassee* e altri c. Francia (n. 65941/11) conclusisi con le “sentenze gemelle” del 26 giugno 2014 e D. e altri c. Belgio (n. 29176/13), decisa con statuizione dell’8 luglio 2014.

Allo stato attuale, altri casi di contenzioso sullo stesso *thema disputandum* sono pendenti innanzi alla Corte: *Laborie* c. Francia (n. 44024/13); *Foulon* c. Francia (n. 9063/14); *Bouvet* c. Francia (n. 10410/14).

2. – La Corte ha accolto parzialmente le doglianze dei coniugi condannando l’Italia al pagamento a loro favore di una somma di complessivi 20.000 euro, a titolo di ristoro del danno morale derivato dalla ingiusta rottura dei rapporti familiari che – a dire dei ricorrenti – si erano venuti a creare tra loro ed il bambino, non disponendo, tuttavia, la “restituzione” del figlio che *medio tempore* era stato regolarmente dato in affidamento ad altri. Tale condanna per “equa soddisfazione” non appare condivisibile, visto che dal testo della decisione sembra che il reale danneggiato sia proprio il minore, senza voler dimenticare che i ricorrenti hanno commesso un reato, non apparendo pertanto meritevoli di alcun ristoro economico.

3. – La coppia italiana, pur avendo ottenuto dalle autorità italiane l’autorizzazione alla adozione internazionale di un bambino, ha stipulato un contratto a titolo oneroso per la individuazione di una donna che accettasse di farsi impiantare nel grembo un embrione, apparentemente frutto della fecondazione dell’ovocita della consorte ad opera degli spermatozoi del marito. In realtà i gameti utilizzati – a seguito di prove genetiche – sono risultati appartenere a terzi donatori mai rintracciati. Pertanto si configura un caso di fecondazione bilaterale eterologa con impianto dell’embrione in utero di “terzo”, la cui gestazione e parto sono stati

retribuiti in forza di un contratto fra i due sposi italiani ed una società russa specializzata in tali pratiche nel rispetto della propria normativa nazionale, in forza del quale il bambino, una volta nato, è stato “ceduto” ai contraenti.

In Italia, al rifiuto opposto dalla anagrafe comunale di provvedere alla registrazione del certificato di nascita del bambino rilasciato dagli organismi russi, sono scaturiti procedimenti di natura penale e minorile – incluso l’allontanamento del bambino dalla abitazione dei ricorrenti - per violazione dell’art. 12, c. 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40 (divieto di “maternità surrogata”) e dell’art. 72, legge 4 maggio 1983, n. 184 (che prevede una fattispecie penale incriminatrice per mancato rispetto delle prescrizioni previste per le procedure di adozione internazionale di un bambino).

Ad oggi le tecniche di “maternità surrogata” sono praticate negli Stati Uniti, in Canada, in India, in Russia e in Ucraina. Esse si fondano su un contratto stipulato tra gli aspiranti genitori e la gestante, attraverso il quale una donna, previo corrispettivo o a titolo gratuito, “noleggia”, “affitta”, mette a disposizione, il proprio utero a una coppia, impegnandosi a farsi fecondare artificialmente con il seme dell’altro *partner*, ovvero attraverso pratiche di inseminazione artificiale che contemplino l’utilizzo di materiale genetico proveniente dai gameti della coppia stessa o di donatori ad essa estranei; a condurre a termine la gravidanza; e, infine, a consegnare (*id est* alienare) il figlio appena nato, rinunciando a qualsivoglia diritto su di esso (per una rassegna *in subiecta materia* v. A. Pizzo, *Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive*, in *Dialegesthai. Rivista telematica di filosofia*, 2006, in www.mondodomani.org/dialegesthai).

4. – Secondo la Corte il “miglior interesse del bambino” è di rimanere nella “famiglia di fatto”(sulla stessa linea di pensiero v. G. Mattiello, *Utero in affitto: pratica vietata in Italia, il minore è adottabile*, in *Altalex*, 14-11-2014, in senso critico della Corte cass., sez. I civ, 11-11- 2014, n. 24001) nonostante essa si sia formata a seguito di utilizzazione di tecnologie (“maternità surrogata”) e procedure (aliene alla disciplina italiana riguardante l’istituto della adozione internazionale) marcatamente lesive, anche con risvolti giuspenalistici, di disposizioni legislative interne all’ordinamento italiano: tale “interesse” – secondo i giudici di Strasburgo - prevarrebbe sull’ordine pubblico interno. Una consolidata giurisprudenza italiana di merito (da ultime v.

Trib. Roma, sez. I civ, ord 8-8-2014; Trib. Bologna, sez. I civ, ord. 14-8-2014) e di legittimità (*last but not least* Corte cass., sez. I civ, 11-11-2014, n. 24001)(i testi di tali provvedimenti sono reperibili in *Guida dir.*, 2014, 37, 14-33) ritiene inequivocabilmente intangibile il divieto di pratiche determinanti il superamento del disposto di cui all'art. 269, c. 3, c. c., secondo cui «madre è colei che partorisce», salvo l'applicazione dell'istituto dell'adozione. Il divieto di “maternità surrogata”, a mente dell'art. 12, c. 6, legge 40/2004 – il cui testo non è stato toccato dallo scrutinio di legittimità costituzionale della sentenza della Consulta 9 aprile 2014, n. 162 – sostanzia *pleno iure* per i giudicanti il profilo di ordine pubblico *ex art.* 65, legge 218/1995, stante la sanzione penale contemplata in caso di sua violazione e il coinvolgimento di beni giuridici fondamentali, quali la dignità umana della gestante - su cui da qui a poco ci intratteremo più diffusamente -, nonché il palese contrasto con le regole poste a baluardo delle procedure adottive.

Già da queste prime battute si concorda con la perplessità di alcuni Autori (cfr. M. Orlandi, “*Miglior interesse del bambino*” e “*maternità surrogata*”: secondo Strasburgo, gli “*illegittimi*” genitori vanno risarciti. Sulla ragionevolezza del giudizio “*Paradiso e Campanelli c. Italia*”, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27-1-2015, in *Diritto Mercato Tecnologia*, Quaderni, V, 1) circa la peculiare dinamica di “auto-legittimazione giurisprudenziale” della Corte nel procedere di volta in volta alla individuazione dell’“interesse prevalente del bambino” – uno tra i principi sanciti dalla Convenzione internazionale di New York del 20 novembre 1989 sui diritti dell'infanzia, che all'art. 3 sottolinea la necessità che in tutte le azioni riguardanti i bambini, promosse da istituzioni di assistenza sociale, private o pubbliche, o da organi di carattere legislativo, amministrativo o giudiziario, si debba prendere in considerazione innanzitutto il “miglior interesse del bambino” – e del concetto di famiglia. La sentenza in commento valida come unione familiare meritevole di tutela il rapporto determinatosi nei sei mesi vissuti - sia pure illecitamente – fra i coniugi ed il bambino, ritenendo *best interest of child* la permanenza del minore in un nucleo familiare in siffatta maniera creatosi.

Il “miglior interesse del bambino”, la illecità per l'ordinamento italiano del *quomodo* di “acquisizione” del bambino e la brevità del tempo trascorso con i coniugi sono i tre caposaldi su cui si puntella l'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, di cui vale la pena riportare un passaggio chiave: «In effetti, la

vita familiare (o vita privata) *de facto* dei ricorrenti con il minore si basava su un legame debole, in particolare se si tiene conto del periodo molto breve durante il quale ne avrebbero avuto custodia. Riteniamo che la Corte, in situazioni come quelle che ha dovuto esaminare nella presente causa, debba tenere conto delle circostanze nelle quali il minore è stato dato in custodia alle persone interessate nel momento in cui deve stabilire se sia o meno sviluppata una vita familiare *de facto*. Sottolineiamo che l'articolo 8 par. 1 non può, secondo noi, essere interpretato nel senso di sancire una 'vita familiare' tra un minore e delle persone prive di qualsiasi legame biologico con lo stesso quando i fatti, ragionevolmente chiariti, suggeriscono che alla base della custodia vi è un atto illegale con cui si è contravvenuto all'ordine pubblico. In ogni caso, riteniamo che, nell'analisi della proporzionalità che si impone nel contesto dell'articolo 8, si debba tenere conto delle considerazioni legate ad una eventuale illegalità sulle quali è fondato l'accertamento di una vita familiare *de facto* (par. 3)» (*contra* G. Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 3, 329 ss. che afferma la prevalenza del rispetto della vita anche relazionale e anche "transitoriamente" instaurata fra il bambino e i c. d genitori sulla attuazione delle norme che vietano la surrogazione; U. A. Salanitro, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Familia*, 2004, I, 489 ss. che ritiene *the best interest of child* il riconoscimento di uno *status filiationis* del fanciullo con i soggetti con cui è stato stabilito, anche per un breve lasso di tempo, un rapporto genitoriale, seppur in assenza o in contrasto con una normativa nazionale di settore).

Anche su questi aspetti dovrà esprimersi la Grande Camera, chiarendo sino a che punto la Corte possa discostarsi dalle regole imposte dall'ordinamento giuridico dello Stato convenuto e, quale sia il perimetro della *actio finium regondorum* entro il quale si possa correttamente configurare la locuzione "miglior interesse del minore".

5. – In merito alla contestata ingerenza delle autorità italiane su questioni private e familiari i *dissenting opinion* affermano: «A nostro parere, tale ingerenza era prevista dalla legge, perseguiva uno scopo legittimo ed era necessaria in una società democratica (par. 5)». Forse, se si è frapposta una ingerenza, pare più verosimile che sia stata realizzata da parte della Corte, che si è sostituita, senza una fondata ragione, alla valutazione di corti italiane, minando i principi di sussidiarietà e della dottrina della "quarta istanza" (par. 13 del parere dissenziente). I tribunali interni si trovano

ad affrontare questioni difficili riguardanti il bilanciamento degli interessi del bambino e dell'ordine pubblico, e sarebbe opportuno che la Corte EDU si limitasse a valutare se le decisioni degli uffici giudiziari interni siano palesemente arbitrarie oppure no.

Gli Stati facenti parte della Convenzione godono *de qua* di ampio margine di apprezzamento. La legittima facoltà di non riconoscere effetti giuridici alla “maternità surrogata” verrebbe meno seguendo l'interpretazione fornita dalla Corte in questo caso: il principio sancito dalla Corte EDU obbligherebbe le autorità nazionali a riconoscere effetti giuridici alla vita familiare così sorta, vanificando le eventuali differenti soluzioni liberamente adottate dalle assemblee italiane.

I giudici di Strasburgo hanno agito come una quarta istanza, sostituendo la propria valutazione a quelle delle autorità giudiziarie nazionali, vanificando il principio di sussidiarietà, più volte ribadito dalla stessa Corte Edu (cfr. M. R. Morelli, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, Atti Convegno, Presidenza Consiglio Ministri, *Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 20-9-2013, in www.cortecostituzionale.it). Peraltro, la magistratura minorile non dispone di discrezionalità nel caso di specie, dal momento che l'interesse superiore del minore è perseguito dal legislatore italiano attribuendo la maternità a colei che partorisce oppure affidandosi all'istituto dell'adozione, realizzato con le garanzie proprie di un procedimento giurisdizionale. Non sussiste, dunque, alcuna scelta in capo alle autorità giudiziarie, poiché la valutazione viene operata a monte *ope legis*.

La Corte, inoltre, con la decisione in epigrafe smentisce se stessa e, segnatamente, la precedente sentenza, Grande Camera, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/00, S. H. c. Austria, in tema di procreazione medicalmente assistita (per un *excursus* su tale tematica così come affrontata dalla Corte EDU e dalla Corte costituzionale italiana v. U. Salanitro, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Padova, Cedam, 2012, 634 ss.), con la quale, vista la delicatezza del tema inclusivo di importanti questioni etiche e morali, non ha ritenuto opportuno sostituire la propria visione a quella delle autorità nazionali austriache.

Se i poteri statuali legislativi e giurisdizionali ritengono a livello amministrativo, civilistico e penale *contra ius* un certo comportamento, e da siffatta qualificazione scaturiscono una serie di conseguenze anche di natura giudiziaria, non tenerne affatto conto nelle proprie decisioni potrebbe sostanziare da parte della Corte una sua sostituzione illegittima nelle competenze costituzionali di uno Stato sovrano.

6. – Inoltre, nella ricerca delle singole posizioni giuridiche soggettive dei soggetti protagonisti della contesa giudiziaria, la Corte non ha preso in considerazione il diritto alla dignità delle persone e, segnatamente, della “madre surrogata”.

A tale proposito vengono in supporto disposizioni di provenienza sovranazionale, oltre che costituzionali nazionali.

L’art. 21 (rubricato “divieto di profitto”) della Convenzione per la protezione dei diritti dell’uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazione della biologia e della medicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997, esplicita a chiare lettere il principio che «Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto».

E ancora: l’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea del dicembre 2010 recita: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

Nella Costituzione italiana, invece, difetta una definizione del concetto in questione ed una sua, per quanto generica, collocazione in seno all’ordinamento giuridico, a differenza del par. 1 della Costituzione tedesca il quale sottolinea che: «la dignità dell’uomo è intangibile» e che «è dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla».

Invero, il Costituente ha fornito una ampia strumentazione di garanzie in ordine a quei diritti che nell’ordinamento comunitario si inseriscono nell’orbita della dignità umana. La dignità come valore trova così la propria implicita affermazione nel riconoscimento del principio contenuto nell’art. 2 Cost. – laddove stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» – in quanto attributo primo ed irrinunciabile della “persona”. La dignità si configura essenzialmente come un presupposto del riconoscimento del valore della persona in quanto tale, che merita

assoluto rispetto di per sé (cfr. M. Bellocci, P. Passaglia, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, Roma, Palazzo della Consulta, 30-9/1-10-2007, in www.cortecostituzionale.it).

L'essere umano è, come direbbe Kant, degno perché ontologicamente fine “in se stesso”, con il conseguente divieto assoluto di ogni sua strumentalizzazione. Il programma negoziale che vede una donna trasformarsi in madre in forza di un contratto può far insorgere il *fumus* che possano essere stati lesi la dignità dell'essere umano, oltre i principi sottesi alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, firmata a Varsavia il 16 gennaio 2005.

7. – Ultimo elemento da prendere in debita considerazione è il diritto di ogni individuo alla propria “biografia” (interessante il recente contributo di E. Bilotti, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, in *Atti del Convegno 'Quale diritto per i figli dell'eterologa?*, 3-6-2014, Camera dei Deputati, in www.dimt.it; *amplius* E. Stefanini, *Dati genetici condivisi: una nuova frontiera per la privacy*, in questa Rivista, 2008, 3).

Le vicende francesi oggetto delle già citate “sentenze gemelle” del 26 giugno 2014 (*Mennesson c. Francia*; *Labassee c. Francia*) hanno mostrato le preoccupazioni delle autorità transalpine in ordine al fatto che le pratiche in questione possano insidiare l'identità dei minori dentro la società francese. Il patrimonio genetico non possiede solamente una valenza individuale ma anche – e soprattutto – un valore legato ad un gruppo, ad una comunità, ad un *continuum* di persone, di ascendenti che generano discendenti, che a loro volta diverranno ascendenti: una persona è *uti singulus* e, nello stesso tempo, *uti socius*. Il diritto della personalità costituito dal diritto alla identità è inscindibilmente e imprescindibilmente agganciato alla verità genetica, alla sua appartenenza ad un patrimonio genomico. Molto approfondita a tale riguardo la Raccomandazione n. 5(97) del Consiglio d'Europa: «I caratteri genetici ... formano il patrimonio di un gruppo di individui legati da vincoli di parentela». Il documento di lavoro sui dati genetici redatto dal Gruppo 29 a Bruxelles il 17 marzo 2004 (in www.privacy.it), attuativo dell'art. 29 direttiva europea sulla *privacy* 95/46/CE del 24 ottobre 1995 del Parlamento europeo e del Consiglio (in *G.U.U.E.* L.281, 23-11-1995, 31) parte dal presupposto che i dati genetici hanno una “dimensione familiare” e, di conseguenza, sussiste un diritto dei componenti della nucleo familiare su tali informazioni “condivise” che possono avere implicazioni, ad

esempio, sullo stato di salute fisica e psichica (cfr. A. Santosuosso, *Persone fisiche e confini biologici: chi determina chi*, in *Pol. dir.*, 2002, 525 ss; Id., *Individui e diritti: una prospettiva ancora valida in genetica?*, in R. Prodomo (cur.), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2004, 49 ss.; A. Bazzi, P. Vezzoni, *Biotecnologie della vita quotidiana*, Roma-Bari, Laterza, 2003, in particolare cap. IV, *Storie di famiglie e di destini*, 78 ss.; A. Liuzzi, *Informazioni genetiche. Patrimonio individuale o comune?*, in *Soc. dir.* 2002, 9 ss.).

Il bambino “conteso” vanta *iure proprio* un diritto della personalità – e, in quanto tale, assoluto – alla propria “biografia”, alla propria storia genetica e familiare (cfr. Corte cost., sent. 18-11-2013, n. 278, in www.cortecostituzionale.it, sul diritto dell’adottato a conoscere la propria famiglia naturale; di particolare interesse anche il ddl 784-A/C (“Disposizioni in materia di accesso del figlio adottato alle informazioni sulle proprie origini e sulla propria identità”), in discussione in aula della Camera dei Deputati dal 15-6-2015).

La Grande Camera, in conclusione, dopo avere esaminato la questione di ricevibilità del rinvio da parte del Governo italiano, dovrà dare una risposta alle questioni sollevate nel corso del procedimento, avendo l’onere di dipanare una congerie vasta e numerosa di temi tutti egualmente spinosi e complessi, da far tremare le vene dei polsi, perché in ballo v’è l’uomo nella sua realtà esistenziale primigenia.



ISSN 2037-6677

2015/2

**Giurisprudenza Cedu e ordinamento interno: nuove
istruzioni per l'uso da parte della Corte costituzionale
italiana**

**ECHR case-law and the domestic legal system: new
user instructions from the Italian Constitutional
Court**

Giada Ragone

Tag: ECHR, conventionality, review,

www.dpce.it



Nota a Corte cost. 49/2015. Giurisprudenza Cedu e ordinamento interno: nuove istruzioni per l'uso da parte della Corte costituzionale italiana

di Giada Ragone

1. – Lo scorso aprile è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la sentenza costituzionale n. 49/2015, in materia di confisca in seguito al reato di lottizzazione abusiva. Come preannuncia il fitto dibattito dottrinale di cui è già stata oggetto, la decisione in parola è destinata ad occupare a lungo l'attenzione di penalisti e giuspubblicisti (tra i primi autorevoli commenti si vedano, *ex plurimis*, V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.osservatorioaic.it; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno* e F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, entrambi in www.penalecontemporaneo.it). Due ragioni, in particolare, fondano questa predizione: *in primis*, la sentenza segna un nuovo passaggio della *querelle* che da alcuni anni coinvolge l'Italia e la Corte europea dei diritti dell'uomo circa la natura e il regime della confisca c.d. urbanistica; *in secundis*, essa prospetta un'inedita o, quanto meno, una più definita fisionomia dei rapporti

tra sistema EDU e ordinamento nazionale. Su quest'ultimo aspetto, in particolare, si focalizzerà l'attenzione del presente contributo.

Quanto al primo, si procederà esclusivamente ad una brachilogica ricostruzione di quanto avvenuto in occasione delle decisioni *Sud Fondi* (2009) e *Varvara* (2013) c. Italia, perché sia chiaro come l'istituto della confisca – e specificamente della confisca urbanistica – rappresenti da tempo un importante punto di frizione, o almeno di dibattito, tra il nostro ordinamento e la Corte europea. Non si può, infatti, escludere che la fermezza di certe affermazioni della Consulta circa l'efficacia del giudicato EDU, sia parzialmente dettata dalla volontà di ridimensionare i termini della *querelle*.

Innanzitutto, in occasione della sentenza *Sud Fondi*, la Corte europea ha contestato l'inquadramento della confisca urbanistica nel novero delle misure di sicurezza, considerandola piuttosto una vera e propria sanzione penale. Conseguentemente ha giudicato incompatibile con l'art. 7 CEDU la mancata applicazione nell'ordinamento italiano delle garanzie derivanti dai principi di legalità e di irretroattività delle pene anche alla confisca in parola. Nella sentenza *Varvara*, invece, il Giudice di Strasburgo ha sancito il divieto di applicare l'istituto *de quo* senza che sia accertata la responsabilità per il reato di lottizzazione abusiva. Anche il superamento di tale proibizione concreterebbe una violazione delle prerogative derivanti dall'art. 7 della Convenzione. Queste due decisioni s'inseriscono nel più ampio solco della giurisprudenza CEDU in materia di confisca, ferma – sin dal caso *Welch c. Regno Unito* (1995) – nel ritenere che, a prescindere dalla qualificazione formale che se ne dia, ogni misura a carattere punitivo-afflittivo debba soggiacere alla medesima disciplina delle sanzioni penali in senso stretto.

Ebbene, pur a fronte del descritto orientamento di Strasburgo, l'interpretazione della Cassazione italiana sull'istituto della confisca urbanistica (disciplinato all'art. 44, 2 del d.P.R. n. 380/2001) è rimasta legata alla nozione di sanzione amministrativa, nonché alla possibilità di una sua applicazione anche in presenza di sentenza di proscioglimento per estinzione del reato, purché quest'ultimo sia stato in concreto accertato.

Tale apparente discrepanza tra giurisprudenza CEDU e diritto vivente italiano è all'origine della questione di legittimità decisa dalla Consulta con la sent. 49/2015 e vertente sull'art. 44, 2 del Testo Unico sull'edilizia.

2. – Il dubbio sulla legittimità del suddetto articolo è stato sollevato con differenti argomentazioni da due distinti giudici *a quibus*: il Tribunale di Teramo e la terza sezione della Corte di Cassazione penale.

In sintesi, entrambi i rimettenti sono stati mossi dalla convinzione che, a seguito della sentenza *Varvara c. Italia*, vigesse per i giudici comuni italiani l'obbligo derivante dall'ordinamento CEDU di disporre la confisca urbanistica solo unitamente a sentenza di condanna; ed entrambi hanno reputato che tale significato si prestasse a rilievi di costituzionalità. Ma, mentre per il tribunale di Teramo la questione era rivolta a ottenere un adeguamento del diritto nazionale al giudicato europeo, la Cassazione ha chiesto alla Corte costituzionale di intervenire per impedire che una lettura incostituzionale – seppur convenzionale – dell'art. 44, 2 del d.P.R. del 2001 trovasse applicazione nel nostro ordinamento. In sostanza, entrambi i giudici *a quo* riscontravano una incompatibilità tra l'art. 7 Cedu e il diritto interno; ma proponevano di risolverla in modi diametralmente opposti.

Secondo la Corte costituzionale, le due questioni sono allo stesso modo inammissibili, in quanto erroneo è il loro comune assunto di partenza. A parere della Consulta, non sarebbe infatti corretto (per le ragioni che si diranno *infra*) affidare alle sentenze di Strasburgo il compito di fornire la corretta interpretazione del contenuto della disposizione legislativa nazionale. Inoltre, nel caso dell'ordinanza di rimessione della Cassazione, oggetto della questione di legittimità sarebbe dovuta al più essere la legge italiana di ratifica della Convenzione, nella parte in cui con essa si è conferita esecuzione ad una norma sospettata di incostituzionalità. La Corte costituzionale ha pertanto scelto la via della pronuncia d'inammissibilità, reputando che le questioni fossero malposte. Ciò non di meno, il nucleo di argomentazioni che ruota intorno al rilievo dalla sentenza *Varvara* nel nostro ordinamento (le quali avrebbero forse potuto condurre anche a una sentenza interpretativa di rigetto) merita particolare

attenzione. La Corte, infatti, innovando rispetto a quanto detto in occasione delle sentenze c.d. gemelle del 2007 e delle gemelle-*bis* del 2009, afferma in termini chiari la supremazia assiologica della Costituzione rispetto alla Convenzione e individua un numero chiuso di *condiciones sine quibus non*, che permettono al giudicato CEDU di essere utilizzato come parametro interpretativo dai giudici comuni.

3. – Procedendo con ordine, si è detto che la Corte costituzionale contesta anzitutto l'idea – sottesa a entrambe le argomentazioni dei giudici *a quibus* – che «competa alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle superiori previsioni della CEDU» (§4, *Considerato in diritto*). Senza lasciare spazio a dubbi di sorta, il Giudice delle leggi “confisca” lo scettro dell'interpretazione della legislazione nazionale alla Corte di Strasburgo e lo pone saldamente nelle mani dei giudici interni. Aggiunge poi che «naturalmente, non è in discussione che ... compete al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente» (§4, *C.i.d.*) alla CEDU e all'interpretazione che di essa fornisce la Corte europea, ma ciò incontra alcune importanti restrizioni. E infatti, sostiene la Corte, il giudicato europeo può vincolare le decisioni dei giudici italiani in due sole evenienze: 1) quella in cui il giudice comune debba tornare ad occuparsi del medesimo caso su cui si è pronunciata la Corte europea; 2) il caso in cui ci si trovi dinnanzi a “giurisprudenza consolidata”.

Gli indici che permettono di affermare che tale ultimo requisito sia presente sono i seguenti: deve trattarsi di sentenze pronunciate dalla Grande Camera, caratterizzate da un basso tasso di creatività innovativa; non devono rinvenire contrasti tra precedenti EDU, né essere fornite opinioni dissenzienti da parte dei giudici di minoranza; da ultimo, si deve poter escludere il dubbio che, nel caso specifico, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale. L'unica eccezione ammessa è l'ipotesi di sentenza c.d. pilota, ossia di decisione presa dalla Corte in pendenza di numerosi

casi analoghi a quello giudicato. In questa evenienza i casi ripetitivi vengono sospesi al dichiarato scopo di permettere soluzioni nazionali convenzionalmente orientate senza che sia necessaria un'ulteriore pronuncia del Giudice europeo.

Solo quando tutte le condizioni *supra* elencate sono soddisfatte «il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale» (§7, *C.i.d.*). Fuori dalle suddette ipotesi – ed è questo il caso della pronuncia *Varvara*, decisa da una sezione semplice anziché dalla Grande Camera – il giudice comune sarà libero dall'obbligo d'interpretazione convenzionalmente orientata.

4. – Il quadro così definito non implica che l'interprete nazionale debba agire *sicut* la giurisprudenza EDU non consolidata *non esset*; ma significa che l'interpretazione ad essa orientata non deve rivelarsi del tutto eccentrica rispetto alla lettera della legge. E ciò in quanto il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU è «subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» (§4, *C.i.d.*). Quest'ultima sottolineatura svela tutta la prudenza che anima la Corte costituzionale nei riguardi degli approcci di operatori giuridici e corti sovranazionali quanto alla tutela dei diritti fondamentali, soprattutto quando si tratti di soluzioni isolate. Sebbene la Consulta non manchi di auspicare la più ampia convergenza tra soluzioni adottate in ambito domestico e in contesto internazionale, essa afferma altresì che «nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana» (§4, *C.i.d.*). Ecco dunque il richiamo all'impiego dei principi costituzionali come ultimo baluardo verso l'ingresso nel nostro ordinamento di un diritto vivente eteronomo. Nel caso in commento, la terza sezione della Cassazione penale aveva chiesto l'azionamento di

questo meccanismo al Giudice delle leggi, auspicando una dichiarazione di illegittimità costituzionale. Tuttavia la sent. 49/2015 nega la necessità di un ricorso a tale procedura per il caso di giurisprudenza CEDU non consolidata: in tale evenienza è affidato al giudice comune il compito di evitare – attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata – che le indicazioni promananti da Strasburgo introducano nel nostro ordinamento regole *contra Constitutionem*.

Semplificando, laddove il giudice comune sospetti che il giudicato europeo pertinente al proprio *thema decidendum* sia incompatibile con i principi espressi dalla nostra Costituzione, dovrà agire in maniera differente a seconda che si tratti di giurisprudenza consolidata (o sentenza pilota) oppure no. Nel primo caso dovrà adire la Corte costituzionale, nel secondo dovrà semplicemente rinunciare a utilizzare la giurisprudenza in parola come canone ermeneutico.

Nessuna di queste soluzioni è, peraltro, quella che secondo la Consulta avrebbero dovuto seguire il Tribunale di Teramo e la Cassazione. Una lettura della sentenza *Varvara* che tenga conto delle ineludibili differenze terminologiche tra diritto nazionale e sovranazionale avrebbe, infatti, permesso di superare l’apparente antinomia di vedute sulla confisca urbanistica e, conseguentemente, i dubbi d’incostituzionalità. Afferma la Corte che «il giudice europeo, quando ragiona espressamente in termini di “condanna”», come requisito per l’applicazione della confisca, non ha «a mente la forma del pronunciamento del giudice», bensì «la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia, [...] vale a dire l’accertamento della responsabilità» (§6.2, *C.i.d.*). *Ergo*, poiché anche in assenza di condanna, l’Italia richiede comunque che per l’applicazione della confisca sia dimostrata la presunzione di colpevolezza, il diritto vivente italiano non contrasterebbe con il giudicato europeo in materia, il quale proprio sul requisito della colpevolezza pone l’accento. Come si è accennato *supra*, quest’ultima indicazione permette di sostenere che, sebbene si tratti formalmente di pronuncia di inammissibilità, la sentenza in commento assomigli in certa misura ad una interpretativa di rigetto.

5. – Volgendo a conclusione, siano concesse alcune brevi valutazioni sulla sentenza esaminata, pur con la premessa che solo il tempo e le concreta applicazione dei principi in essa enunciati permetteranno di sciogliere le riserve sui molti chiaroscuri di questa pronuncia (cfr. A. Pin, *A Jurisprudence to Handle with Care: The European Court of Human Rights' Unsettled Case Law, its Authority, and its Future, According to the Italian Constitutional Court*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, www.iconnectblog.com).

Innanzitutto, un cauto plauso può essere rivolto al tentativo di mettere in guardia i giudici nazionali rispetto alla tentazione di assumere un atteggiamento di eccessiva deferenza verso le decisioni europee. Da questo punto di vista il richiamo ad una lettura critica della giurisprudenza EDU, soprattutto avuto riguardo all'alto numero di decisioni – talvolta tra loro contrastanti – che le varie sezioni della Corte di Strasburgo adottano, è apprezzabile (sul rapido evolvere e mutare della giurisprudenza europea v., *ex multis*, S. Dothan, *Judicial tactics in the European court of human rights*, *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, 1/2011, 115-142; F. Tulkens, *La Cour européenne des droits de l'homme : le chemin parcouru, les défis de demain*, in *Les Cahiers de droit*, vol. 53, 2/2012, 419-445). E lo è sia tenuto conto di una generale esigenza di certezza del diritto (che sarebbe minata laddove ogni giudice comune ritenesse di dover interpretare la legge sulla base di isolate indicazioni strasburghesi), sia in ragione del fatto che, ancorché tenda «ad assumere un valore generale e di principio», ogni pronuncia dalla Corte europea «resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata» (§6.2, *C.i.d.*).

Di contro non è semplice pronosticare se gli argini individuati dalla Corte costituzionale siano davvero adeguati. Anzitutto, alcuni degli indici che permettono di valutare se una certa giurisprudenza sia consolidata o meno non sembrerebbero di oggettiva interpretazione: si pensi, in particolare, al giudizio circa «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea» e al dubbio che «il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale» (§7, *C.i.d.*). Secondariamente e conseguentemente, qualche preoccupazione è data dalla nodale responsabilità

affidata ai giudici comuni. Si ricordi che dalla valutazione operata dal giudice nazionale circa il consolidamento di un certo giudicato CEDU dipende l'obbligatorietà, per il medesimo soggetto, di operare un'interpretazione convenzionalmente orientata oppure no. Pertanto non si può escludere il rischio che il giudice restio all'applicazione di una determinata indicazione della Corte europea, possa facilmente escluderla dai propri strumenti ermeneutici, appellandosi a quegli tra gli indici elencati dalla Consulta che appaiono maggiormente discrezionali. O viceversa, che egli si adegui ad una certa giurisprudenza CEDU, sottovalutando l'esistenza di uno degli indici ostativi.

Da ultimo, sia permesso sottolineare l'aspetto della sentenza commentata che pare maggiormente apprezzabile: l'invito a non attribuire alla giurisprudenza europea una funzione nomofilattica del diritto interno, che non le spetta, e ad applicare nei suoi riguardi una lettura che tenga conto della sua naturale estraneità al linguaggio e alle categorie proprie degli ordinamenti a cui, pure, le sue sentenze si rivolgono. La Corte costituzionale, infatti, rimprovera ai giudici *a quibus* di non aver saputo dare alla sentenza *Varvara* l'interpretazione, «compatibile con il testo della decisione e gli estremi della vicenda decisa, più armonica rispetto alla tradizionale logica della giurisprudenza europea, e comunque rispettosa del principio costituzionale di sussidiarietà in materia penale, nonché della discrezionalità legislativa nella politica sanzionatoria degli illeciti» (6.2§, *C.i.d.*).



ISSN 2037-6677

2015/2

Stop alle procedure di police brutality: la tutela degli human rights tra sistema europeo e interamericano

Stop police brutality procedures: The human rights protection in the European and Interamerican system

Paola Santone

Tag: police, brutality, ECHR



Corte europea dei diritti dell'uomo (Quinta sezione). Decisione unanime 27 novembre 2014, ric. 10493/2012. *Adnaralov v. Ukraine*. Stop alle procedure di *police brutality*: la tutela degli *human rights* tra sistema europeo e interamericano

di Paola Santone

1. – Con la decisione del 27 novembre 2014 la quinta sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo si occupa – tra gli altri – principalmente del tema relativo all'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, che sancisce la proibizione della tortura ed il divieto di essere sottoposti a pene o trattamenti inumani o degradanti.

Il caso ha origine dal ricorso *ex art. 34 CEDU* presentato dal Sig. Adnaralov, di origine ucraina, nei confronti dello Stato di appartenenza, relativamente al procedimento penale incardinato nei suoi confronti nel maggio 2004 allorquando fu arrestato dalla polizia locale per condotte di corruzione e trattenuto per l'intera notte in caserma, ove fu sottoposto, da parte degli stessi agenti, a trattamenti disumani e torture al fine di ottenere una confessione giudiziale. Tale illecita condotta perpetrata ai danni dell'Adnaralov fu oggetto di approfondimenti ed investigazioni che, per mezzo di perizia medico-legale, accertarono che l'indagato aveva riportato numerose ferite su viso, petto, braccia, gambe ed un dente scheggiato. Tali deprecabili condotte consistenti in lesioni e violenze poste in essere sul corpo della

vittima, tuttavia, non furono oggetto di accurate indagini giudiziarie tanto che le doglianze di quest'ultimo e l'espletata consulenza medica, alla quale seguì il ricovero in ospedale, non erano state ritenute sufficienti a determinare l'insorgere di un procedimento a carico degli autori delle condotte sopra descritte per ravvisata carenza di nesso di causalità tra le contusioni riportate e i lamentati riferiti maltrattamenti, ragion per cui si appellava alla Corte europea dei diritti umani contestando la violazione, da parte dello Stato d'origine, degli articoli 3 e 13 CEDU, chiedendo la condanna di quest'ultimo al pagamento del danno subito.

La Corte, attraverso una minuziosa e particolareggiata ricostruzione del fatto, riprende e conferma l'orientamento della giurisprudenza europea sul tema della *police brutality*, ravvisando una violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU nella misura in cui sussiste la prova della commissione della violenza e dell'utilizzo ingiustificato della forza, da parte delle autorità di pubblica sicurezza, nell'esercizio delle proprie funzioni, nonché una violazione formale dello stesso articolo nella misura in cui ravvisa l'ineffettività delle indagini statali in relazione alle violenze denunciate dal soggetto maltrattato (di recente, in tal senso, anche *Cüneyt Polat c. Turchia*, sent. 13-11-2014; *Aktürk c. Turchia*, sent. 13-11-2014). Per quanto concerne gli aspetti relativi alla violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU, corre l'obbligo di effettuare una precisazione in merito all'utilizzo della forza; la Corte europea, in più pronunce, ribadisce che il disposto normativo della Convenzione non proibisce l'uso della forza in talune ben definite circostanze, nelle quali l'utilizzo della stessa si renda assolutamente necessario, e che l'onere della prova di mostrare la necessità di tale trattamento incombe sulle autorità statali (cfr. *Bulgaru c. Repubblica Moldava*, sent. 20 settembre 2014; *Rudyac c. Ucraina*, sent. 4-9-2014). È evidente che, nel caso di specie, l'utilizzo della forza non era assolutamente necessario né indispensabile e che lo Stato ucraino non ne ha dimostrato la necessità né ha seguito una linea difensiva tale da fornire una spiegazione plausibile per le lesioni riportate dal soggetto sotto il controllo delle autorità di sicurezza, motivando esaustivamente che la provenienza delle ferite e dei traumi avevano cause differenti da quelle invece indicate dalla vittima (p.to 45). La presenza di elementi chiari, precisi e concordanti, valutati dalla Corte e riscontrati nel caso oggetto di giudizio, la presenza, in sostanza, di fatti inconfutabili, ha determinato l'applicazione, come da consolidata giurisprudenza, del principio del *beyond reasonable doubt* – espresso dalla Corte anche nel caso *Ireland v. the*

United Kingdom, sent. 18-1-1978, p.to 161, pronuncia nota come la prima storica sentenza nella quale la Corte si è soffermata anche sulla identificazione di elementi che possono portare alla configurazione di una tortura – conseguentemente affermando la violazione dell’art. 3 CEDU da parte dello Stato ucraino per aver sottoposto il ricorrente ad un trattamento disumano e degradante. In vero, la difesa attuata dallo Stato non appare particolarmente decisa ed incalzante («The Government did not submit any observations on the merits. However, in further submissions they maintained, without any further elaboration, that the applicant’s rights guaranteed by the Convention had not been violated», p.to 42). Per quanto concerne, invece, aspetti inerenti l’ammissibilità del ricorso, seppur senza successo lo Stato, nel seguire un’incerta linea difensiva, sostiene dapprima che il ricorrente non ha esperito, esaurendoli, tutti i rimedi nazionali prima di adire la Corte europea, e poi solleva la manifesta infondatezza dell’azione proposta dal singolo ai sensi dell’art. 35, comma 3, lett. a) della Convenzione, argomento che la Corte subito supera dichiarando l’ammissibilità del ricorso. In un passaggio particolarmente delicato della decisione la Corte ribadisce l’importanza dell’art. 3 in quanto sancisce uno dei principali valori delle società democratiche ed estende il divieto di tortura e l’inflizione di trattamenti disumani e degradanti anche alle circostanze più difficili, come le battaglie contro il terrorismo e la criminalità organizzata.

Il filo conduttore che guida ed orienta la Corte appare saldamente ancorato all’esigenza di tutela dei diritti umani fondamentali, insistendo nel riconoscimento dell’assolutezza del principio statuito dall’art 3 della Convenzione. Nel ribadire l’individuazione di una serie di diritti fondamentali che non tollera, in alcun modo, restrizioni, la Corte si riallaccia ad una giurisprudenza ormai consolidata che non consente più di effettuare un bilanciamento tra l’interesse individuale del soggetto a non subire trattamenti disumani o torture ed interessi collettivi, sulla base della convinzione della natura assoluta del divieto di tortura. Dal punto di vista procedurale, la violazione dell’art. 3 della Convenzione emerge in relazione alla lamentata inefficacia delle indagini sui maltrattamenti denunciati, essendosi queste limitate unicamente alle inchieste preliminari, e non avendo determinato l’incardinarsi di una completa istruttoria che avesse previsto anche un esame *in loco*. Lo Stato ucraino, infatti, nel contestare genericamente le puntuali accuse con la semplice affermazione di assenza di violazione dei diritti del ricorrente garantiti dalla

Convenzione, viene richiamato dalla Corte, la quale chiarisce che le indagini per le accuse di maltrattamento devono essere trasversali e afferma che, per accertare la verità, si devono adottare tutte le misure disponibili per cristallizzare le prove, incluse, tra le altre, testimonianze oculari e prove scientifiche. Nel caso oggetto di annotazione, le innumerevoli mancanze riscontrate e la lungaggine dell'inchiesta hanno condotto la Corte a ritenere la violazione anche formale dell'art. 3 della Convenzione (in alcuni casi, la Corte ha ravvisato la sola violazione formale e non anche sostanziale dell'art. 3; si veda, *Exterbarria Caballero e Atauri c. Spagna*, sent. 7-10-2014, accogliendo il ricorso con riguardo al solo profilo procedurale ritenendo assolutamente insufficiente l'attività posta in essere dagli organi giudiziari al solo fine di accertare la verità in ordine alle denunce presentate).

2. – La contrapposizione tra libertà e sicurezza ha assunto una rilevanza fondamentale per la trattazione della tutela universale dei diritti umani e presenta tratti di evidente complessità se la si affronta nell'ottica del rapporto tra principio di *habeas corpus* e contrasto ai fenomeni criminosi e al terrorismo internazionale. Lo strumento giuridico che meglio può fungere da regolatore in siffatta materia, tanto delicata quanto complessa, è rappresentato dalla disciplina internazionalistica. Se da un lato è viva l'esigenza di assicurare gli autori di *crimina iuris gentium* alla giustizia, dall'altro è indispensabile concretizzare una serie di norme per regolare la responsabilità penale individuale a livello internazionale e dotare la comunità mondiale di una corte penale deputata a giudicare tali crimini. L'elaborazione, dunque, di un diritto penale internazionale sostanziale rappresenta un'esigenza che fin dagli anni novanta s'impone con urgenza, attualità ed improrogabile impellenza. Il crimine può inserirsi nel contesto internazionale in diverse dimensioni, a seconda che coinvolga la normativa sia internazionale che interna; tuttavia, è il diritto penale sovranazionale, ovvero quello riguardante i principali crimini riconosciuti dal diritto internazionale consuetudinario e pattizio, quello che rientra nell'ambito del diritto penale internazionale, configurando una «dimensione dominata da un pluralismo culturale e da un'eterogeneità di caratteri a prima vista difficilmente comprimibile negli schemi della legalità classicamente intesa» (R. Borsari, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Milano, 2007, p. 256).

In tale sistema le norme operano in un contesto in cui gli attori non sono più unicamente rappresentati da soggetti statuali, ma si avverte la presenza di una “ultrastatualità”, di un evidente superamento del tradizionale scenario in vista di una concreta internazionalizzazione finalizzata alla tutela reale dei diritti dell’uomo, in un processo caratterizzato da una lenta ma progressiva compenetrazione tra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni. In questa ottica si intersecano inevitabilmente i punti di connessione tra diritto penale internazionale e diritto internazionale dei diritti umani generando, però, alcune problematiche sul piano di interessi e di valori (per approfondimenti, P. De Stefani, *Profili di diritto penale internazionale nella prospettiva dei diritti umani*, in *Quaderni del Centro di studi e formazione sui diritti della persona dei popoli*, n. 1, Padova, 2000). *In primis*, il diritto penale internazionale include nella nozione di crimini anche le condotte che costituiscono violazione di norme sui diritti umani, come per esempio norme che sanciscono il divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti; il ricondurre il diritto penale internazionale nella sfera delle norme a tutela dei diritti umani produce conseguenze che, sul piano pratico, appaiono idonee a compromettere i capisaldi dell’ordinamento internazionale, determinando una graduale «verticalizzazione» del modello tradizionale di comunità internazionale e costruzione di comunità globale (cfr. G. Ziccardi Capaldo, *Diritto Globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010). In secondo luogo, la violazione dei diritti umani punita dalle norme penalistiche dà luogo ad una responsabilità, per gli autori dei relativi crimini, di tipo anche civilistico, facendo nascere in capo alle vittime il diritto ad ottenere la riparazione, inteso come la possibilità di conseguire il ristoro del pregiudizio subito in conseguenza della commissione, ai loro danni, di un crimine.

Da un lato, quindi, assume rilievo la repressione penale del crimine, dall’altro, pur non avendo uguale importanza e non costituendo il fine primario della norma, prende piede l’accertamento della responsabilità internazionale dello stato ed eventualmente della riparazione per le lesioni subite dall’individuo. Il rapporto che ne consegue tra le parti del processo, individuo da una parte e stato dall’altro, può comportare condotte finalizzate all’esclusione e all’allontanamento delle vittime, ancor più amplificate rispetto ad una situazione in cui parti sono persone fisiche (D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 1999, p. 48 ss.). Infine, un ulteriore aspetto che merita segnalazione nell’osmosi non sempre perfetta

determinatasi tra diritto internazionale dei diritti umani e diritto penale internazionale riguarda l'ambito della pace e della sicurezza internazionale, valori che possono essere seriamente minacciati nel momento in cui vengono commesse gravi e massicce violazioni dei diritti umani. L'uso della forza armata, peraltro vietata dal diritto internazionale, non può rappresentare lo strumento principale per tutelare i diritti umani e porre fine alle gravi violazioni che vengono perpetrate a livello mondiale; tuttavia, se dalla valutazione oggettiva – e non politica – della situazione, in un'ottica di contemperamento e bilanciamento dei valori messi in pericolo, si ritiene che la condotta criminale vada repressa, il limite rappresentato dalla sovranità interna degli stati dovrebbe venir meno per lasciare adottare una soluzione condivisa dalla comunità internazionale.

3. – La tutela dei diritti umani rappresenta un tema che ben si inserisce nella problematica relativa alla internazionalizzazione del costituzionalismo; la riduzione del potere statale ed il contestuale fenomeno di accrescimento della sovranità a livello sovranazionale rappresenta in maniera chiara il fenomeno che conduce ad un sistema di interazione tra diversi livelli normativi, che, unitamente alle letture delle disposizioni costituzionali sempre effettuate nella diversa ottica applicata sulla scia del mutato contesto sociale, politico ed economico, contribuiscono a offrirci nel campo dei diritti fondamentali un quadro che, se opportunamente contestualizzato, risulta intriso di elementi di novità.

Le principali Corti preposte alla garanzia dei diritti umani, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, concretizzano i due principali sistemi regionali di tutela dei diritti fondamentali; l'indubbia somiglianza tra i due sistemi e le convergenze tra gli stessi rendono interessante la comparazione, anche se, a pochi anni dalla creazione del sistema americano di protezione dei diritti umani, un giudice appartenente a tale Corte «chiariva le differenze tra i due sistemi nella declinazione delle garanzie dei diritti fondamentali e metteva in guardia i giudici di San José da decisioni schiacciate sui modelli elaborati dalla Corte europea di Strasburgo: non si dovevano dimenticare la specificità e l'univocità delle problematiche dei diritti umani presenti nel continente americano» (L. Cassetti, *Il diritto di "vivere con dignità" nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, in www.federalismi.it, 2010). Tematiche di cui Strasburgo si occupa ormai da tempo,

come, per esempio, il divieto di tortura, il diritto alla vita, il diritto alla libertà, all'equo processo, sono contestualmente anche oggetto di ricorsi per violazione della Convenzione americana.

I due sistemi a confronto – da un lato quello europeo che si fonda sull'adesione dei paesi alla Convenzione dei diritti dell'uomo, e dall'altro quello interamericano che si fonda sulla stratificazione di diverse fonti pattizie, ed in particolare sulla Carta dell'Organizzazione americana degli Stati (OAS) firmata durante la Conferenza di Bogotà nel 1948 e la Convenzione americana anche conosciuta come Patto di San José del 1969 – portano ad effettuare riflessioni che palesano tratti di similarità per un verso, e di differenza per un altro, sia sotto il profilo sostanziale, ovvero dei diritti sanciti dalle rispettive carte, sia sotto quello procedurale, ovvero delle garanzie giurisdizionali previste (cfr., sul punto, T. Buergenthal, *The American and the European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences*, in *Am. Univ. Law Review*, 30, 1980-81, 155 ss.). Con l'entrata in vigore della Convenzione – avvenuta solo nel 1978, perché ai sensi dell'art. 74 comma 2 erano necessari strumenti di ratifica ed adesione da parte di almeno undici paesi dell'OAS, condizione che si è verificata solo dopo molto tempo dalla sottoscrizione – il sistema americano si vede rinvigorito dalla presenza della Corte interamericana, istituita per la tutela giurisdizionale dei diritti umani, affiancato alla Commissione interamericana, organo politico avente funzioni di monitoraggio e controllo sul rispetto dei diritti umani da parte degli stati membri dell'OAS. La funzione della Corte, dunque, non è limitata alla risoluzione delle controversie ma, per meglio espletare le funzioni di garante dei diritti fondamentali, ha facoltà di emanare pareri consultivi richiesti dalla Commissione, da altri organi e dagli Stati membri dell'OAS. Nel rivestire la titolarità di due tipi di giurisdizione, contenziosa e consultiva, in merito alla prima esplica funzioni di accertamento della violazione di un diritto convenzionale, con finalità di garantire l'obiettivo di protezione dei diritti fondamentali da un lato e scoraggiare la reiterazione delle violazioni dall'altro. Per quanto concerne, invece, la funzione contenziosa, il compito dell'organo giurisdizionale è quello di individuare i limiti delle responsabilità statali e, dal punto di vista strettamente procedurale, quello di vagliare sull'ammissibilità dei ricorsi. Nel sistema della Convenzione interamericana, i singoli non possono ricorrere direttamente alla Corte come avviene nella struttura organizzativa CEDU; infatti, i soggetti che ritengono essere vittime di violazioni di

diritti garantiti dalla Convenzione possono proporre ricorso alla Commissione, che si pone in una posizione intermedia tra le persone fisiche e la Corte, previo accertamento, da parte di quest'ultima, dell'ammissibilità.

Una delle differenze più nette che emerge tra la valutazione di un caso effettuata dalla Corte interamericana e quella europea sta nel fatto che la prima, pur prendendo spunto dalla condotta del singolo, ripone maggiore attenzione sul comportamento dello Stato e sulle ripercussioni che quel tipo di comportamento attivo o omissivo che sia stato posto in essere possa aver determinato sull'organizzazione interna. In pratica, la Corte, in virtù del potere interpretativo che detiene, chiarisce e concretizza i contenuti delle disposizioni contenute nella Convenzione affinché possano essere rispettati ed applicati dagli Stati; anche la giurisprudenza interamericana, in diverse pronunce, ha sottolineato – nello specifico con riguardo al diritto alla vita - l'obbligo dello Stato di creare condizioni necessarie per evitare le violazioni di diritti inalienabili evitando, le violazioni, da parte dei suoi agenti (cfr. *Juan Umberto Sanchez c. Honduras*, del 7-10-2003, in cui al punto 110 si afferma: «The States have the obligation to ensure creation of the conditions required to avoid violations of this inalienable right and, specifically, the duty of avoiding violations of this right by its agents. Compliance with Article 4, in combination with Article 1(1) of the American Convention, not only requires that no person be deprived of his life arbitrarily (negative obligation), but also that the States take all appropriate measures to protect and preserve the right to life (positive obligation), as part of their duty to ensure full and free exercise of the rights by all persons under their jurisdiction. This active protection of the right to life by the State does not only involve legislators, but all State institutions and those who must protect security, both its police forces and its armed forces. Due to the above, the States must take all necessary measures not only to prevent and punish deprivation of life as a consequence of criminal acts, but also to prevent arbitrary executions by its own security forces»). Nella stessa prospettiva, la Corte europea in alcune pronunce ha censurato l'inadeguatezza degli ordinamenti interni nel salvaguardare i diritti fondamentali dei singoli; nel caso specifico, secondo la Corte di Strasburgo, pur non essendo la violazione direttamente riconducibile allo Stato, quest'ultimo è comunque responsabile in quanto ha ommesso di adottare leggi penali che puniscano determinate condotte e cristallizzino, in modo chiaro ed univoco, quali sono le

condizioni che legittimano l'uso della forza (nel caso *Nachova c. Bulgaria*, 6-07-2005, le autorità bulgare vengono ritenute responsabili di aver violato il diritto alla vita in combinato disposto con il divieto di trattamento discriminatorio. Due cittadini appartenenti alla comunità rom erano stati uccisi dalla polizia durante l'esecuzione di un arresto che, data la situazione, non giustificava il ricorso all'utilizzo della forza, che secondo l'art. 2 della Convenzione, deve essere «assolutamente necessario»). Una delle materie in cui c'è stata un'influenza reciproca tra la Corte europea e quella interamericana riguarda il divieto di trattamenti inumani e degradanti; inizialmente, è stata la Corte di Strasburgo a plagiare la Corte interamericana che, in una nota pronuncia del 1997 (*Loayza-Tamayo c. Perù*, 3-11-1997), ha sposato l'interpretazione europeistica secondo la quale le violenze psicologiche esercitate nei confronti di un soggetto sottoposto ad interrogatorio possono integrare la nozione di trattamento inumano e degradante (*Irlanda c. Regno Unito*, 18-01-1978 e *Ribitsch c. Austria*, 4-12-1975).

In sintonia con la linea adottata, la Corte interamericana ha successivamente sancito, con giurisprudenza successiva (*Cantoral-Benavides c. Perù*, 18-08-2000), che il divieto di tortura non può mai essere derogato, qualunque sia il pericolo che minaccia la nazione, aderendo ancora una volta a quanto affermato dalla Corte europea nella citata sentenza *Irlanda c. Regno Unito*. Viceversa, la Corte interamericana influenza quella europea nella medesima materia quando quest'ultima si trova a dover risolvere casi, sempre più frequenti, di detenzioni arbitrarie ed esecuzioni illegali senza, tuttavia, menzionare esplicitamente le pronunce prese a riferimento. Le due Corti, in ogni caso, anche in assenza di citazioni esplicite, hanno sviluppato nel corso degli anni una convergenza di approccio nei confronti di tali violazioni (cfr. M. Philip-Gay, *La poursuite des auteurs de graves violations de droits de l'homme: une influence de la jurisprudence interaméricaine sur le système européen?* in E. Lambert Abdelgawad, K. Martin-Chenut (a cura di), *Réparer les violations grave set massives des droits de l'homme: la cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, Paris, 2010, p. 263 ss.). La Corte interamericana, nella qualità di garante della tutela degli *human rights*, che molto spesso in alcune realtà statunitensi rischiano di essere diritti seriamente sacrificati dalle autorità di governo, non accorda mai la possibilità di derogare – neanche nelle situazioni di emergenza nelle quali possa essere compromessa l'integrità territoriale di uno Stato – specie quando si tratti di divieto di tortura e diritto alla vita.

La giurisprudenza della Corte europea si avvicina a quella della Corte interamericana anche nelle situazioni in cui i diritti umani lesi sono molteplici; per esempio, in materia di sparizioni forzate qualificate come violazioni continuate. Nella sentenza *Varnava c. Turchia*, 18-09-2009, la Corte di Strasburgo richiama espressamente la giurisprudenza interamericana sul punto ed afferma la sussistenza delle violazioni degli artt. 2 e 5 CEDU, qualora le autorità statali non abbiano svolto indagini adeguate ed efficaci volte ad accertare la sorte di individui scomparsi in circostanze di pericolo per la loro vita; l'assenza prolungata di informazioni circa la sorte dei propri cari ingenera nei familiari uno stato di ansia e sofferenza tale da essere qualificato come trattamento inumano e degradante ex art. 3 CEDU. In questa pronuncia, sono presenti riferimenti a diverse decisioni nelle quali la Commissione interamericana aveva riconosciuto la propria competenza a conoscere di violazioni perpetuatesi prima dell'accettazione da parte dello Stato della giurisdizione della Corte stessa; in particolare si richiama *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 29-07-1988, *Sorelle Serrano Cruz c. El Salvador*, 23-11-2004, *Comunità di Moivana c. Suriname*, 15-06-2005). Nella pronuncia *Zontul c. Grecia*, la Corte di Strasburgo richiama la giurisprudenza della Corte interamericana mettendo in risalto la convergenza delle impostazioni, in tema di trattamenti disumani e degradanti sui detenuti, soprattutto in ordine alla classificazione di alcune condotte (cfr. *Zontul c. Grecia*, 17-01-2012 e *Penal Miguel Castro Castro c. Perù*, 25-11-2006. Le due Corti, anche se titolari di posizioni ed approcci differenti dovuti per lo più alla diversità di contesti nei quali si trovano ad operare, hanno conosciuto un dialogo che si manifesta lievemente più intenso in tema di trattamenti inumani e degradanti e divieto di tortura rispetto ad altre violazioni di diritti fondamentali; se, tuttavia, il rapporto tra le due fosse maggiormente incrementato, non solo attraverso citazioni giurisprudenziali ma anche per mezzo di scambi di idee e posizioni con incontri tra i componenti delle relative Corti, si potrebbe certamente raggiungere un equilibrio più solido e concretizzare dei punti condivisi in un contesto internazionale in tema di difesa dei diritti fondamentali.

Il delicato bilanciamento tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali di sovente appare in pericolo tanto in Europa quanto in America, soprattutto quando viene compromesso il principio di legalità. Se da un lato, in Europa, si è assistito ad un rafforzamento degli strumenti giuridici per combattere la

lotta al terrorismo ed alla criminalità organizzata come, per esempio, l'introduzione nel sistema del mandato d'arresto europeo, dall'altro è preoccupante che alcuni governi europei si mostrino favorevoli all'utilizzo, nei processi, di prove acquisite da fonti segrete e non note a nessun'altra parte processuale, in spregio e totale inosservanza di ogni disposizione esistente sul giusto processo. Nel sistema americano, pur prendendo atto che sono stati compiuti sforzi notevoli per cercare quanto meno di limitare ogni forma di tortura e maltrattamento, la lotta al terrorismo rappresenta una delle priorità e condotte inenarrabili come quelle che hanno reso noto il centro di detenzione di Guantanamo sono assolutamente bandite e censurate dall'attuale amministrazione statunitense. I giudici della Corte di San José intervengono, con decisione ed inflessibilità, se sono messi in pericolo valori fondamentali dei principi del costituzionalismo ma insegnano che esiste uno standard minimo di tutela che deve necessariamente essere verificato ed applicato dagli organi nazionali e sovranazionali garanti dei diritti. Quando quei confini vengono oltrepassati determinando un superamento di competenze ed una confusione generale che contribuisce a minare i principi fondamentali, intervengono inesorabilmente le Corti a ripristinare quella soglia minima che è stata persa di vista dai poteri statali.



ISSN 2037-6677

2015/2

Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014

The right to health in the context of migrations and subsidiary protection: the approach of the CJEU in the decision c-542/13 of 18 December 2014

Beatrice Catallo

Tag: health, right, foreigner,



Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014

di Beatrice Catallo

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2 – La condizione giuridica dello straniero malato: il caso Mohamed M'Bodj. 3 – Diritto alla salute e immigrazione: il punto di vista normativo internazionale ed europeo. 3.1 – L'accesso alle cure sanitarie dei migranti: il persistere di problemi e disuguaglianze. 4 – Conclusioni.

1. – Introduzione

Lo scorso aprile l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha definito i consistenti flussi migratori che stanno interessando il continente europeo, e in particolar modo le coste italiane, «un'importante emergenza sanitaria»¹. Le stime oggi parlano di un miliardo di migranti nel mondo, di cui 214 milioni migranti

¹ In occasione degli sbarchi avvenuti a Lampedusa lo scorso Aprile, Santino Severoni – Coordinatore dell'Ufficio Regionale Europeo per la Salute Pubblica e la Migrazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità ha ribadito l'assistenza tecnica ed il supporto dell'Ufficio nei confronti dell'Italia e degli Stati europei con l'obiettivo di rafforzare la capacità dei sistemi sanitari di gestire i flussi di migranti attraverso l'elaborazione di nuove politiche sanitarie. Secondo Severoni, infatti, siamo di fronte ad «una sfida che va affrontata con il supporto di tutti gli Stati membri e con la consapevolezza delle specificità che gli stessi possono mettere sul piatto per gestire l'emergenza umanitaria» (v. http://www.agi.it/salute/notizie/immigrati_oms_e_anche_emergenza_sanitaria-201504221322-hpg-rsa1019).

internazionali e 740 milioni migranti interni². I flussi comprendono una popolazione variegata, caratterizzata da migranti economici, rifugiati, richiedenti protezione internazionale. Per questa ragione i bisogni, i livelli di vulnerabilità e le condizioni di salute sono ovviamente diversi³.

In questo quadro, negli ultimi anni si è assistito ad un crescente interesse per il tema della salute dei migranti che si è andato sviluppando lungo due linee direttrici: un primo punto di vista tecnico scientifico, ovvero un approccio medico che analizza le dinamiche connesse alla salute e le sue conseguenze; l'altro, un punto di vista giuridico che pone l'attenzione sulla legislazione e sugli orientamenti, internazionali e nazionali, in materia. Due aspetti, questi appena descritti, in realtà strettamente interdipendenti tra loro.

L'evidenza empirica ha mostrato un importante dato: se inizialmente i migranti sono più sani rispetto alla popolazione del paese di arrivo in un secondo momento, dati i vincoli strutturali presenti durante il processo di migrazione e le barriere nel paese di destinazione, la loro salute è esposta ad alti rischi⁴. Numerosi studi condotti in Nord America hanno difatti concluso che gli immigrati di recente arrivo tendono ad avere una salute migliore rispetto alla popolazione locale e agli stessi immigrati presenti già da tempo su quel territorio⁵.

Questa situazione presenta tuttavia dei contorni paradossali, in quanto molti immigrati arrivano da condizioni di povertà e da un basso *status* socio-economico: ciò comporta, rispetto alla popolazione locale, scarse possibilità di accesso all'assistenza sanitaria. Eppure con il tempo la loro salute sembra deteriorarsi, dando

² Dati dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) relativi alla salute dei migranti: v. http://www.who.int/hac/techguidance/health_of_migrants/en/.

³ Per una classificazione con riferimento all'ingresso, o al tentativo di ingresso, di un migrante in un Paese straniero (migranti regolari, migranti privi di documentazione, richiedenti asilo o rifugiati, apolidi, vittime delle tratte di essere umani, minori non accompagnati) cfr. International Commission of Jurist, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani - Guida per operatori del diritto n. 6*, Ginevra, 2012, pp.33-34.

⁴ Alcuni interessanti studi su questo argomento sono: K.B. Newbold, *Self-rated health within the Canadian immigrant population: risk and the healthy immigrant effect*, *Social Science and Medicine*, n.60 (6), 2005, pp. 1359-70; E. Fuller-Thomson, A.M. Noack, U. George, *Health decline among recent immigrants to Canada: findings from a nationally-representative longitudinal survey*, *Can J Public Health* 2011, n. 102 (4), pp. 273-80.

⁵ Questo paradosso è stato definito *healthy immigrant effect* (HIE) o *healthy migrant effect*. Non esiste una teoria univoca sulle cause dell'HIE, tuttavia sono state delineate alcune possibili spiegazioni come: l'autoselezione dell'immigrazione, il c.d. «*cultural buffering*», lo *screening* sanitario da parte delle autorità del Paese ospitante prima della migrazione. Per quanto riguarda questo ultimo punto, i controlli sanitari preventivi permetterebbero così di limitare le partenze dei casi medici sospetti. È stato tuttavia precisato che l'*healthy immigrant effect* è meno evidente tra i rifugiati che spesso mostrano *deficit* di salute dovuti alle condizioni di vita incontrate nei campi rifugiati, in questo caso infatti questi potrebbero aver bisogno di cure particolari o di protezione nel Paese ospitante. Cfr. A. Domnich, D. Panatto, R. Gasparini, D. Amicizia, *The "healthy immigration" effect: does it exist in Europe today?*, in "Italian journal of public health", volume 9, numero 3, 2012.

vita a forti disparità in questo campo⁶. Come è stato osservato, questa situazione è correlata a diversi fattori di rischio come il disagio psicologico dovuto alla condizione di immigrato, la mancanza di risorse economiche e quindi d'indipendenza, l'impiego in lavori rischiosi, l'alloggio in abitazioni degradate, la mancanza del supporto familiare, le possibili discriminazioni nell'accesso ai servizi sanitari. Infatti, un buono stato di salute è determinato da diversi elementi che facilitano la migrazione tra cui l'età, le competenze lavorative impiegabili nel Paese ospitante, la motivazione e volontà di migliorare la propria situazione sociale ed economica.

Anche a livello europeo diversi studi hanno concluso che nel lungo periodo la permanenza nel Paese ospitante conduce al deterioramento della salute di alcuni gruppi di migranti come risultato di condizioni di vita e di lavoro difficili⁷.

Inoltre i protagonisti dei flussi migratori affetti da patologie più o meno gravi, la cui condizione sanitaria richieda trattamenti medici specializzati e assistenza sociale, sono costretti a richiedere tali cure nei Paesi dell'Ue, poiché il proprio Paese di origine spesso non è in grado di assicurarle.

Da queste ricerche si evince che il diritto alla salute dovrebbe in realtà comprendere la tutela della salute di tutta la popolazione, compresa quella straniera, superando quella declinazione che in passato la concepiva principalmente in termini di sicurezza per la popolazione ospitante. Infatti, il discorso sugli immigrati e la salute è quasi sempre stato affrontato come «rischio infettivologico» che questi potevano rappresentare nei confronti della popolazione nativa, nonché come problema o costo per la sanità pubblica locale⁸. In un'ottica globale, invece, la tutela

⁶ Ad esempio, in Italia è stato osservato come a fronte di miglioramenti della salute della popolazione immigrata si registri ancora un maggiore livello di interruzioni volontarie di gravidanza, di infortuni sul lavoro, di difficoltà di accesso all'assistenza sanitaria rispetto alla popolazione italiana. V. G. Baglio, S. Geraci, *Salute degli immigrati*, Rapporto Osservasalute, 2008, pp. 283-319.

⁷ La suddetta condizione è stata definita «*the exhausted migrant effect*» da D. Ingleby, M. Chimienti, P. Hatziprokopiou, *The role of health in integration*, in ML Fonseca, J Malheiros J, *Social integration and mobility: education, housing and health*, IMISCOE Cluster B5 State of the art report, Estudos para o Planeamento Regional e Urbano, Lisbon Centro de Estudos Geográficos, n. 67, 2005, pp. 88-119.

⁸ Interessante a questo proposito è lo studio effettuato da un gruppo di medici che, coniugando l'analisi della situazione contingente alla messa in campo di soluzioni pratiche, si concentra sulle politiche per la salute dei migranti in un'ottica europea ed italiana. L'obiettivo di questo lavoro è quello di superare l'approccio meramente assistenzialistico al tema in favore di uno più ampio di promozione della salute attraverso politiche di natura intersettoriale, per rendere i servizi sanitari e le politiche migratorie più attente ad ogni persona. V. G. Civitelli, M. Marceca, L. Paglione, A. Rinaldi, *Le politiche per la tutela della salute dei migranti: il contesto europeo e il caso italiano*, in "Revista interdisciplinar da Mobilidade Humana", anno XXI, n. 40, Brasília, jan./juin. 2013, pp. 9-26

della salute deve comprendere anche la sicurezza del popolo migrante attraverso l'attivazione di politiche eque e inclusive per tutti.

Le migrazioni pongono all'Unione europea molteplici sfide connesse a questo tema: alcune sono legate alla promozione della salute, alla prevenzione delle malattie, all'accesso ai servizi sanitari; altre riguardano i fattori determinanti per lo stato di salute come la promozione di un ambiente di lavoro sicuro, un buon alloggio, uno stile di vita sano. Questo discorso acquista poi un peso diverso alla luce della crisi economica mondiale e quindi della forte riduzione dei fondi destinati alle politiche sociali. In questo quadro la salute dei migranti rappresenta un'ulteriore criticità per i sistemi di *welfare* degli Stati membri dell'Unione.

In questa situazione, afferma l'antropologo francese Didier Fassin, la «salute e la malattia sono diventate progressivamente il terreno più accreditato per ottenere uno *status* legale»⁹. Infatti, continua lo studioso, la malattia accertata fornisce una delle possibilità di risiedere legalmente nel paese ospite e, in questo modo, viene «attribuita maggiore importanza al corpo sofferente rispetto al corpo minacciato, e il diritto alla vita viene spostato dall'ambito politico a quello umanitario»¹⁰.

Le politiche per la salute e l'assistenza sanitaria per gli immigrati si intrecciano così con la più ampia questione delle politiche nazionali ed europee in materia di

⁹ D. Fassin, *La Biopolitica dell'alterità. Clandestini e discriminazione razziale nel dibattito pubblico in Francia*, in I. Quaranta (cur.), *Antropologia medica. I testi fondamentali*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2006.

¹⁰ Alcune interpretazioni su questo punto sono il riferimento alla possibilità di ottenere un permesso di soggiorno per cure mediche e il diritto alle cure e all'assistenza anche per gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato. A livello italiano la Corte Costituzionale ha stabilito con la sentenza n. 352/2011 che non può eseguirsi l'espulsione nei confronti dell'immigrato irregolare bisognoso di cure per malattia oppure per infortunio. La Corte, quindi, interpretando l'art. 19 del Testo Unico sull'Immigrazione («Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili») ha decretato la possibilità di ottenere, in seguito alla dichiarazione di non espellibilità dell'immigrato irregolare espressa dallo Stato, un permesso di soggiorno nel periodo in cui si sottopone alle cure di cui ha provato di avere bisogno: la decisione di allontanamento deve essere preceduta dalla valutazione dello stato di salute del soggetto e della indifferibilità delle cure. A livello europeo, invece, gli stranieri destinatari di una decisione di espulsione non possono in linea di principio rivendicare il diritto a restare sul territorio dello Stato contraente al fine di continuare a beneficiare dell'assistenza medica e assicurata durante il soggiorno dallo Stato che espelle. Tuttavia un'espulsione che comporti una violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo («Proibizione della tortura») può determinare la decisione di limitare questo allontanamento. Il caso D. c. Regno Unito, sentenza del 2 maggio 1997, è il punto di riferimento della giurisprudenza europea in materia: in questa circostanza la Corte europea ha stabilito che la decisione di espellere uno straniero malato grave verso un paese nel quale i mezzi per curare la malattia siano inferiori a quelli disponibili nello Stato contraente può porre problemi dal punto di vista dell'art. 3, ma soltanto in casi molto eccezionali, quando le considerazioni umanitarie che militano contro l'espulsione sono imperative. Nella sentenza del 2011 la Grande Camera ha precisato che, benché in genere i casi che le si sono presentati riguardassero persone sieropositive, gli stessi principi devono applicarsi all'espulsione di tutte le persone colpite da una malattia fisica o mentale grave sopraggiunta naturalmente, suscettibile di provocare sofferenze e dolore e di ridurre la speranza di vita, e necessitante di cure mediche specialistiche che possono non essere facilmente ottenute nel paese d'origine del ricorrente o che possono essere disponibili, ma sono molto costose.

immigrazione ed asilo, nonché con le diverse forme di protezione internazionale esistenti¹¹.

A questo riguardo è opportuno esaminare la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue con riferimento ai «richiedenti protezione sussidiaria affetti da gravi patologie», con lo scopo di verificare gli attuali contorni di un istituto dai tratti ancora incerti ed ambigui¹². Si deve ricordare che, ai sensi dell'articolo 2 lettera e) della «direttiva qualifiche», è «persona ammissibile alla protezione sussidiaria» il cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine (o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale), correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno o a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese.

Le interpretazioni della Corte europea, oltre ad approfondire le caratteristiche principali di questo *status* attraverso il vaglio della direttiva del 2004, darà modo di delineare l'evoluzione della recente normativa e dell'orientamento europeo in materia di immigrazione e salute con particolare riferimento alle più significative risoluzioni, ai rapporti, alle conferenze sul tema oggetto di questo lavoro.

2. – La condizione giuridica dello straniero malato: il caso Mohamed M'Bodj

La sentenza qui analizzata trae origine dalla domanda di pronuncia pregiudiziale presentata alla Corte di Giustizia dell'Ue dalla Corte costituzionale

¹¹ L'art. 78, par. 1 del TFUE stabilisce che «L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea, volta ad offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto dei principi di non respingimento».

¹² Una delle critiche mosse alla disciplina della protezione sussidiaria introdotta con la direttiva n. 2004/83 è quella di dar vita a «garanzie ridotte» ovvero a discriminazioni tra beneficiari dello *status* di rifugiato e beneficiari della protezione sussidiaria, riconoscendo a questi ultimi diritti e benefici interiori (ad esempio l'assistenza sociale e quella sanitaria possono essere limitate alle prestazioni essenziali). Tuttavia, con il decreto legislativo 21 febbraio 2014 n.18, che dà attuazione alla direttiva 2011/95/UE («recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta»), in Italia è stato fatto un importante passo in avanti che amplia i diritti attribuiti ai beneficiari della protezione sussidiaria (permesso di soggiorni di cinque anni invece di tre). Tuttavia il Consiglio italiano per i rifugiati ha ricordato come questo decreto legislativo non risolve il problema dell'abbandono sociale di cui sono spesso vittima tanti rifugiati. Per un'analisi delle critiche cfr. U. Draetta, A. Santini (cur.), *L'Unione europea in cerca di identità. Problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione"*, Giuffrè, Milano, 2008.

belga ai sensi dell'art. 267 del TFUE¹³. Il giudice nazionale ha chiesto alla Corte l'esatta interpretazione di alcuni articoli della direttiva 2004/83/CE, Direttiva Qualifiche (oggi integrata dalla direttiva 2011/95/CE), con l'obiettivo di chiarire se gli Stati membri sono obbligati a concedere assistenza sanitaria e sociale ai sensi degli articoli 28 e 29 della suddetta Direttiva a un cittadino di un Paese terzo autorizzato a rimanere sul territorio dello Stato sulla base di una normativa nazionale che fa riferimento a motivi di salute¹⁴. In particolare la questione presentata dal giudice del rinvio può essere così riassunta: qualora una normativa – in questo caso quella belga – riconosca a un cittadino straniero un diritto al soggiorno in caso di malattia che comporti un rischio effettivo per la vita o l'integrità fisica o un rischio effettivo di trattamenti inumani e degradanti, a causa della mancanza di terapie nel Paese di origine o in quello di precedente residenza, lo Stato membro è tenuto a concedere l'assistenza sociale e sanitaria prevista dagli art. 28 e 29 della Direttiva Qualifiche e, dunque, a concedergli lo *status* di protezione sussidiaria.

I fatti all'origine di questa controversia vedono protagonista il sig. M'Bodj, cittadino mauritano, in Belgio dal 3 gennaio 2006. Egli aveva presentato una domanda di asilo e successivamente una domanda di permesso di soggiorno per motivi di salute, entrambe respinte, proponendo inoltre (senza successo) vari ricorsi contro le decisioni di rigetto di tali domande. Il 27 marzo 2008 il sig. M'Bodj ha proposto, ai sensi dell'articolo 9-ter della legge del 15 dicembre 1980, una nuova domanda di permesso di soggiorno per motivi di salute, motivata dai postumi gravi di cui avrebbe sofferto in seguito a un'aggressione di cui era stato vittima in Belgio¹⁵.

¹³ Per una lettura completa della sentenza si rinvia al sito della Corte di Giustizia UE (il testo si legge all'indirizzo

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Carta%2Bdei%2Bdiritti&docid=160947&pageIndex=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7396#ctx1>).

¹⁴ La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 2, lettere e) e f), 15, 18, 20 paragrafo 3, 28 e 29 della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta. Il suo scopo principale «è quello, da una parte, di assicurare che gli Stati membri applichino criteri comuni per l'identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale e dall'altra, di assicurare che un livello minimo di prestazioni sia disponibile per tali persone in tutti gli Stati membri». In particolare gli articoli 28 («Assistenza sociale») e 29 («Assistenza sanitaria»), oggetto di interpretazione nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue, prevedono l'attribuzione di prestazioni di assistenza sociale e l'accesso all'assistenza sanitaria ai beneficiari dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria.

¹⁵ L'articolo 9-ter della legge del 15 dicembre 1980 sull'accesso al territorio, sul soggiorno, sullo stabilimento e sull'allontanamento degli stranieri, nella sua versione applicabile ai fatti di causa (in prosieguo: la «legge del 15 dicembre 1980»), enuncia quanto segue al suo paragrafo 1:

«Lo straniero soggiornante in Belgio che dimostri la propria identità in conformità al § 2 e che soffra di una malattia tale da comportare un rischio effettivo per la vita o l'integrità fisica o un rischio effettivo di

Tale domanda è stata dichiarata ricevibile il 19 settembre 2008, il che ha comportato l'iscrizione dell'interessato nel registro degli stranieri. Su questa linea, in seguito al rilascio di un'attestazione generale che ha riconosciuto una riduzione di capacità di guadagno e perdita di autonomia dovuto all'aggressione subita, il 21 aprile 2009 il sig. M'Bodj ha proposto una domanda di assegni sostitutivi dei redditi e di assegni integrativi. Tale domanda tuttavia è stata respinta il 5 ottobre 2009 dal *Service fédéral Sécurité* con la motivazione che il richiedente non soddisfaceva i requisiti di cittadinanza previsti dall'art. 4, paragrafo 1, della legge 27 febbraio 1987¹⁶.

Il 31 dicembre 2009 il sig. M'Bodj ha proposto ricorso contro la decisione di rigetto della predetta domanda dinanzi al *Tribunal du travail de Liège*. Indipendentemente dalla proposizione di tale ricorso, il 17 maggio 2010 il sig. M'Bodj è stato autorizzato a soggiornare a tempo indeterminato in Belgio, a causa del suo stato di salute. Con sentenza dell'8 novembre 2012, il Tribunale di Liège ha deciso di sottoporre alla *Cour constitutionnelle* una questione pregiudiziale diretta, in sostanza, a determinare se l'articolo 4 della legge del 27 febbraio 1987 violi determinate disposizioni della Costituzione belga, lette congiuntamente all'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2004/83, in quanto esso esclude l'attribuzione di assegni ai disabili che soggiornano in Belgio a norma dell'articolo 9-ter della legge del 15 dicembre 1980. Le condizioni previste dalla normativa nazionale belga sembrano, infatti, escludere l'attribuzione di tali forme di assistenza a coloro che beneficino dello *status* di protezione sussidiaria, riservando, invece, una forma di protezione internazionale ai soli rifugiati. A tal riguardo, tuttavia, «occorre precisare che non poteva essere altrimenti, visto che la normativa nazionale di riferimento era precedente all'introduzione dell'istituto della protezione sussidiaria nell'ordinamento giuridico dell'Unione»¹⁷.

trattamenti inumani o degradanti, qualora non esista alcuna terapia adeguata nel suo paese d'origine o nel paese in cui risiede, può inoltrare al ministro o al suo delegato domanda di permesso di soggiorno nel Regno».

¹⁶ L'articolo 4 della legge del 27 febbraio 1987 relativa agli assegni per disabili (in prosieguo: la «legge del 27 febbraio 1987») così dispone:

«§ 1. Le prestazioni di cui all'articolo 1 possono essere erogate solo ai soggetti che abbiano la propria residenza effettiva in Belgio e siano: cittadini belgi; cittadini di un paese membro dell'Unione europea; rifugiati (...);

§ 2. Con decreto adottato in sede di Consiglio dei Ministri il Re può, alle condizioni che Egli stabilisce, estendere l'applicazione della presente legge a categorie di persone diverse da quelle indicate al paragrafo 1 che abbiano la propria residenza effettiva in Belgio(...)».

Tuttavia il *Service public fédéral Sécurité sociale* aveva inoltre rilevato che sig. M'Bodj era iscritto al registro degli stranieri e che non aveva, quindi, il diritto di stabilirsi in Belgio.

¹⁷ M. Messina, *La Corte Di Giustizia precisa l'ambito di applicazione della direttiva 2004/83, in particolare, i requisiti stabiliti dal legislatore dell'Unione per la concessione dello status di protezione sussidiaria, con riferimento ad una persona*

A questo punto la Corte belga ha deciso di sospendere il procedimento e di rimmetterlo alla Corte di Giustizia dell'Ue ai fini di chiarire i profili della sfera di applicazione *ratione personae et materiae* della direttiva qualifiche stabilendo quindi se tra i beneficiari dell'assistenza sociale e sanitaria, ai sensi degli articoli 28 e 29, possano ricomprendersi alla stregua di coloro che godono anche gli stranieri che siano stati autorizzati a soggiornare nel territorio di uno Stato membro Ue.

Il 18 dicembre 2014 la Corte europea si è tuttavia pronunciata negativamente su questo quesito. Alla base della decisione della *Grande Chambre* vi è l'analisi del combinato disposto di alcuni articoli della direttiva 2004/83, in particolare l'articolo 2, lettere c) ed e), l'articolo 15, l'articolo 6, e gli articoli 28 e 29¹⁸. Dalla lettura congiunta di queste disposizioni emerge che, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, è necessaria l'esistenza di due condizioni: il rischio di persecuzioni o di danno grave cui l'interessato si esporrebbe ove rientrasse nel proprio paese, unito alla responsabilità dello Stato territoriale le cui Autorità sono all'origine delle persecuzioni ovvero ne incoraggiano o tollerano la realizzazione da parte di partiti politici, organizzazioni o soggetti non statuali, tanto da giustificare la mancanza di volontà della persona di avvalersi della protezione del proprio Paese. L'articolo 15 lettera b) definisce come danno grave «la condanna a morte o all'esecuzione; o la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o a minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale». Tuttavia i giudici hanno sottolineato che, ai sensi dell'art. 6 della medesima direttiva, il pericolo di tortura o altra forma di pena o trattamento inumano e degradante deve derivare «dal comportamento di un terzo e [...] non può, quindi, derivare semplicemente da carenze generali del sistema sanitario del paese d'origine» (paragrafo 35)¹⁹.

sofferente di una grave malattia, in *Ordine internazionale e diritti umani*, Osservatorio sulla Corte di Giustizia dell'Unione europea, n.1/2015, p. 219.

¹⁸ Oltre gli articoli 28 e 29 già citati nelle note precedenti, l'articolo 2, lettere c) ed e), che definisce l'applicazione *ratione personae* dello status di rifugiato e di protezione sussidiaria; l'articolo 15, che disciplina le differenti fattispecie di danno grave, quale requisito per poter beneficiare della protezione sussidiaria; l'articolo 6, che identifica i possibili responsabili della persecuzione o del danno grave inflitto allo straniero.

¹⁹ Come stabilito nel paragrafo 37 della sentenza: «Tale interpretazione è, inoltre, confortata dai *considerando* 5, 6, 9 e 24 della direttiva 2004/83, da cui risulta che, sebbene tale direttiva miri a completare, tramite la protezione sussidiaria, la protezione dei rifugiati sancita dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, identificando le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale (v., in tal senso, sentenza *Diakité*, EU:C:2014:39, punto 33), nel suo ambito di applicazione

Tale interpretazione è supportata dal preambolo della Direttiva e, in particolare, dal paragrafo n. 26: lì si precisa che i rischi cui è esposta in generale la popolazione di un Paese o parte di essa di norma non costituiscono di per sé una minaccia individuale definibile come danno grave.

La “non estensione” delle forme di assistenza in oggetto è stata giustificata dal fatto che la mancanza di tali terapie – e la conseguente privazione di assistenza sanitaria – non fosse in queste circostanze imputabile ad un’attività volontaria, quindi intenzionale, nei confronti dello straniero da parte del proprio Stato d’origine o di ultima residenza²⁰. È l’elemento dell’intenzionalità, secondo la Corte, a differenziare le condizioni per il riconoscimento di una forma di protezione internazionale, quale lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, da quello della protezione nazionale riconosciuta al sig. M’Bodj nella causa di specie, consistente nella possibilità di soggiornare nel territorio belga in ragione della sua malattia grave che non potrebbe essere adeguatamente curata nel proprio Stato d’origine²¹. Le carenze generali del sistema sanitario nel Paese di origine, dunque, non possono essere alla base del riconoscimento della protezione sussidiaria; il discorso cambia laddove vi sia una privazione intenzionale di assistenza sanitaria²².

Con la sua decisione la Corte di Giustizia ha voluto evidenziare l’obiettivo attribuito alla Direttiva 2004/83 e alla previsione della protezione sussidiaria: aggiungere un’ulteriore forma di protezione a quella dei rifugiati sanciti dalla Convenzione di Ginevra del 1951, relativa allo *status* dei rifugiati, ampliando così il quadro delle persone che hanno bisogno di protezione internazionale, escludendo

non rientrano tuttavia le persone autorizzate a soggiornare nel territorio degli Stati membri per altre ragioni, vale a dire a titolo discrezionale e per ragioni caritatevoli o umanitarie».

²⁰ La Corte ha preso in considerazione anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e in particolare la sentenza N. contro Regno Unito del 27 maggio 2008, dove è stato affermato il principio secondo cui, «in casi del tutto eccezionali, un cittadino di un paese terzo affetto da una grave malattia non possa [...] essere allontanato verso un paese in cui non esistono terapie adeguate». Tuttavia, secondo la Corte di Giustizia, ciò non significa che alla persona in questione debba essere riconosciuta la protezione sussidiaria. (par. 40)

Il provvedimento d’allontanamento può infatti ricadere nell’ambito d’applicazione dell’art. 3 CEDU al fine di garantire che esso non sia attuato prima che l’autorità competente sia pronunciata su una presunta violazione dell’art.5 della direttiva rimpatri e dell’art. 19 par. 2 della Carta.

²¹ M. Messina, *La Corte Di Giustizia precisa l’ambito di applicazione della direttiva 2004/83*, cit., p. 220.

²² Per un commento alla sentenza presa in esame in questo lavoro v. le sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea rilevanti in materia di asilo analizzate da *Asilo in Europa, Mohamed M’Bodj c. État belge C-542/13*, 18 dicembre 2014 in http://www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2013/12/Mohamed-MBodj_C_542_13.pdf.

però dal suo ambito di applicazione le persone autorizzate a soggiornare nel territorio per motivi caritatevoli o umanitari.

L'interesse alla base di questa sentenza risiede nell'opportunità fornita alla Corte di precisare la sfera di applicazione degli art. 28 e 29 della Direttiva Qualifiche e di meglio delineare i contorni della nozione di «danno grave» quale requisito per poter beneficiare della protezione sussidiaria²³. Tuttavia, come è stato giustamente sottolineato, la restrizione effettuata dalla Corte circa i beneficiari dello *status* della protezione sussidiaria con riferimento a cittadini di Paesi terzi affetti da gravi patologie può destare preoccupazioni per la tutela della salute di queste persone, in particolar modo in relazione alla possibilità di ricevere nel loro Paese cure adeguate. Secondo questo punto di vista l'interpretazione da parte della Corte nella sentenza M'Bodj, nell'escludere «l'imputabilità allo Stato di origine del richiedente protezione internazionale delle carenze del sistema sanitario nazionale», sembra voler limitare l'ingresso dei flussi migratori in Europa, in quanto ritenuti difficilmente controllabili²⁴.

In realtà, accanto a quello che sembra essere un passo indietro nel rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito delle migrazioni, la Corte ha provveduto nel medesimo giorno al riconoscimento di importanti garanzie procedurali in materia nella pronuncia del caso Abdida (c-562/13)²⁵. Infatti, questa decisione ha permesso

²³ Nelle due sentenze Elgafaji (C. 465/07, *Elgafaji c. Saatssecretaris Van Justitie*) del 17 febbraio 2009 e Diakité (C-285/12, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides*) della Corte di Giustizia Ue, il giudice di Lussemburgo aveva chiarito la nozione di «minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale» di cui alla lettera c) dell'art. 15.

²⁴ Il punto di vista è stato espresso da Claudio Di Turi, Professore associato di Diritto internazionale all'Università della Calabria (Dipartimento di Scienze aziendali e giuridiche), che ha analizzato il caso M'Bodj in una più ampia analisi della condizione giuridica dello straniero malato richiedente protezione sussidiaria all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG). L'art. 67, par. 1 del TFUE enuncia, infatti, uno dei principi cardine dell'SLSG ovvero che tale spazio si realizza nel rispetto dei diritti fondamentali. V. C. Di Turi, *Recenti tendenze in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia: la condizione giuridica dello straniero malato richiedente protezione sussidiaria tra diritti sostanziali e garanzia procedurali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, Osservatorio sulla Corte di Giustizia dell'Unione europea, n.1/2015, pp. 15/28.

²⁵ La pronuncia dei giudici di Lussemburgo in relazione al caso Abdida è stata resa nell'ambito di una controversia tra un cittadino nigeriano affetto da AIDS e lo Stato belga che aveva respinto la sua domanda di permesso di soggiorno per motivi di salute, ordinandogli di lasciare il territorio e fare rientro nel proprio Paese d'origine, le cui infrastrutture sanitarie erano ritenute tali da poter accogliere soggetti affetti da gravi patologie. Tuttavia il provvedimento di rigetto dell'istanza veniva impugnato dal ricorrente anche se, ai sensi del diritto belga, a tale rimedio non veniva riconosciuta efficacia sospensiva; inoltre egli si vedeva privato dell'assistenza sociale ad eccezione dei trattamenti sanitari urgenti. La *Cour du travail* di Bruxelles, ovvero il giudice del rinvio, chiedeva alla Corte di Giustizia di valutare se la norma nazionale che esclude piena efficacia sospensiva al ricorso contro la decisione di rigetto della domanda di permesso di soggiorno, limitando le garanzie d'assistenza unicamente alle cure urgenti, fosse compatibile col diritto dell'Unione europea.

di individuare una forma alternativa di protezione nella Direttiva Rimpatri (Direttiva 2008/11/UE) che, letta alla luce della Carta dei diritti fondamentali, obbliga così gli Stati membri a: «conferire effetto sospensivo a un ricorso proposto contro una decisione che ordina a un cittadino di Paese terzo affetto da una grave malattia di lasciare il loro territorio, quando l'esecuzione di tale decisione può esporre tale cittadino a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute» e prevedere «la presa in carico per quanto possibile, delle necessità primarie di detto cittadino di Paese terzo, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nelle more del ricorso».

Le pronunce sopra citate hanno permesso ai giudici di Lussemburgo di aggiungere un ulteriore tassello al tentativo di attenuare le differenze tra le condizioni di soggiornante regolare, d'immigrato irregolare, di chi cerca asilo o protezione sussidiaria: in realtà tutti *status* giuridici riconducibili alla categoria più ampia di «essere umano» titolare di diritti fondamentali universali, indipendentemente dalla condizione giuridica di migrante²⁶. Infatti «nessuno può essere privato dei propri diritti umani perché ha fatto ingresso o si è trattenuto in un Paese contravvenendo alla normativa nazionale sull'immigrazione, o perché ha l'aspetto di uno "straniero" [...]. Il principio dell'universalità dei diritti è prezioso per i migranti»²⁷.

Tuttavia, nonostante l'accesso alle cure sanitarie di base si presenti come indipendente dalla condizione giuridica della persona, nella realtà dei fatti, per gli immigrati l'accesso ai servizi sanitari, le domande di salute e la capacità di accoglienza da parte delle strutture sanitarie predisposte si presentano in modo

²⁶ Il Gruppo Mondiale sulla Migrazione (*Global Migration Group*) ha affermato che «i diritti fondamentali di tutte le persone, indipendentemente dalla loro condizione giuridica in quanto migranti» sono: a) il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona, di essere liberi da arresti o detenzioni arbitrarie, e il diritto di cercare asilo dalle persecuzioni; b) il diritto di essere liberi da discriminazioni basate sulla razza, sesso, lingua, religione, l'origine sociale o nazionale, o altra condizione; c) il diritto di essere protetti da abusi e sfruttamento, di essere liberi dalla schiavitù, e dalla schiavitù involontaria, e di essere liberi dalla tortura e da trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti; d) il diritto a un equo processo e ai rimedi legali; e) i diritti alla tutela dei diritti economici, sociali e culturali, includendo il diritto alla salute, a un adeguato tenore di vita, alla sicurezza sociale, all'alloggio, all'educazione, e a condizioni di lavoro giuste e favorevoli; f) altri diritti umani garantiti dagli strumenti internazionali dei diritti umani a cui lo Stato parte ha aderito e dal diritto internazionale consuetudinario. Tutti questi diritti sono riconosciuti come diritti umani, la cui titolarità spetta a tutte le persone senza eccezioni: non vengono quindi acquisiti ad esempio con lo *status* di cittadini o di lavoratori. International Commission of Jurist, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani - Guida per operatori del diritto n. 6*, Ginevra, 2012.

²⁷ *Ibidem*, p. 31.

alquanto diversificato. È infatti possibile riscontrare una notevole disparità tra quadro teorico normativo e consuetudine delle politiche dei singoli Stati: in queste ultime si continuano di fatto a rilevare molteplici ostacoli nell'accesso ai servizi sanitari.

Nelle prossime pagine, quindi, ci concentreremo sul rapporto tra «diritto formale», ovvero il riconoscimento del diritto alla salute come garantito dalla legge, e il «diritto reale», cioè la fruibilità della prestazione, con l'obiettivo di delineare future proposte in vista di una reale concretizzazione del diritto previsto sulla Carta nella quotidianità dei singoli Paesi europei.

3. – Diritto alla salute e immigrazione: il punto di vista normativo internazionale ed europeo

Il diritto alla salute, annoverato tra i diritti fondamentali, ha trovato nel tempo un riconoscimento pressoché universale testimoniato dalla sua inclusione in un'ampia gamma di strumenti internazionali²⁸.

Per diritto alla salute si intende il diritto di tutti ad accedere al più alto livello di cura disponibile nel Paese di residenza come sancito nel Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali del 1966²⁹. Il Comitato che ha sancito questo Patto ha inoltre aggiunto che «il diritto alla salute comprende un vasto campo di fattori socio-economici finalizzati a promuovere le condizioni per condurre una vita sana che si estende ai fattori di base determinanti per la salute: il cibo e la nutrizione, l'alloggio, l'accesso all'acqua potabile sicura e ai servizi igienici adeguati, condizioni di lavoro sicure e salutari, e un ambiente salubre».

L'obiettivo portato avanti è la realizzazione di un sistema sanitario efficiente che possa rispondere alla crescente domanda di assistenza sanitaria nel rispetto dei diritti umani. Nel diritto internazionale è contenuto il diritto alla salute per tutti gli

²⁸ Ad esempio all'interno della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, all'art. 25, come parte del diritto ad un livello di vita adeguato; nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, nell'art. 12; all'art. II. I (f) e 12 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979. Inoltre tra i principali trattati internazionali rilevanti per il diritto alla salute possiamo annoverare la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990 (artt. 28, 43 (e) e 45 (c)), e la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2008 (art. 25):

²⁹ Il diritto alla salute è stato espresso per la prima come *standard* normativo nella Costituzione del 1946 dell'Organizzazione mondiale della sanità: la salute viene definita «uno stato di completo benessere fisico, mente e sociale» e non quale semplice assenza di malattia o infermità. Inoltre si afferma che «il godimento delle migliori condizioni di salute raggiungibili costituiscono uno dei diritti fondamentali di ogni essere umano, senza distinzione di razza, religione, credo politico, condizione economica o sociale».

individui, indipendentemente dalla loro nazionalità o residenza o condizione migratoria: esso include il diritto a ricevere l'assistenza sanitaria e di emergenza, ad esempio anche nel contesto della detenzione³⁰.

Alla luce dei profondi cambiamenti globali determinati dal crescente aumento dei flussi migratori, oggi garantire un diritto alla salute ai massimi *standard* disponibili significa prendere in considerazione anche quella parte di popolazioni che ricade in situazioni di marginalità e disagio sociale, così come in situazioni economiche di povertà. L'assistenza sanitaria deve essere accessibile, anche economicamente, e disponibile a tutta la popolazione senza discriminazioni. Gli Stati sono chiamati a rispondere al principio di non discriminazione e il divieto di adottare misure retroattive che interessino il diritto alla salute: il dovere di non discriminazione, per quanto riguarda il diritto alla salute, comprende la discriminazione nei confronti dei migranti e dei richiedenti asilo, indipendentemente dal loro *status*. Questo punto è stato confermato dal Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale e dal Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali. Il primo ha affermato che gli Stati hanno l'obbligo di «garantire il diritto degli stranieri a un adeguato livello di salute fisica e mentale, tra l'altro, evitando di negare o limitare l'accesso ai servizi sanitari preventivi, curativi palliativi»; il secondo ha stabilito che «tutte le persone, indipendentemente dalla loro nazionalità, residenza o *status* di immigrazione, hanno diritto all'assistenza sanitaria primaria e di emergenza».

In questa situazione negli anni si è consolidata la necessità di un approccio di tutela specifico per le popolazioni in movimento. Come ricordato nel primo paragrafo, il rapporto tra immigrazione e salute è stato oggetto di numerosi studi: alcuni di loro si sono concentrati su un'analisi della situazione dei migranti presenti nei Paesi europei, altri hanno invece raccolto un ventaglio di possibili soluzioni per risolvere i problemi che caratterizzano la salute di questa categoria di persone³¹.

Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue qui analizzata, uno sguardo al quadro concettuale e normativo avente oggetto il tema della salute dei

³⁰ Per un approfondimento sull'accesso alle cure sanitarie per i detenuti v. International Commission of Jurist, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 181-184.

³¹ Per una rassegna di questi studi cfr. Laboratorio dei diritti fondamentali, *La salute come diritto fondamentale: una ricerca sui migranti a Torino*, in *Rapporti di ricerca LDF*, n. 1, Torino, 2012, pp. 12-13.

migranti permetterà di illustrare la linea di azione adottata in ambito internazionale ed europeo.

Per quanto riguarda il primo livello di analisi, ovvero il contesto internazionale, il punto di riferimento a questo riguardo è la Risoluzione «Salute dei Migranti» approvata durante la 61^a Assemblea mondiale della Sanità all'OMS di Ginevra (2008) che ha definito la salute dei migranti «un'importante questione di salute pubblica»³². La risoluzione dell'OMS (n. WHA 61.17), partendo dalla premessa che «le condizioni sanitarie possono essere influenzate dalle molteplici dimensioni della migrazione», ha lanciato un appello agli Stati membri perché promuovano politiche sanitarie sensibili verso i migranti e perché ad essi venga garantito un accesso equo alla promozione della salute, alla prevenzione e alla cura delle malattie senza discriminazioni di sesso, età, religione, nazionalità o razza. Ha quindi riconosciuto il ruolo che la salute ha per un effettivo processo di integrazione e inclusione sociale dei migranti, e richiamato l'urgenza di una formazione specifica del personale sanitario, perché sia in grado di rispondere alle implicazioni sanitarie della migrazione e della crescente mobilità umana. Nel suo lavoro l'OMS ha quindi posto l'accento sulla formulazione di politiche, strategie, programmi di azione, piuttosto che sulla legislazione.

Alla Risoluzione del 2008 ha poi fatto seguito nel 2010 a Madrid la *Global Consultation on Migrant Health* organizzata dall'OMS, dall'Organizzazione Internazionale per i Migranti (OIM) e dal Ministero della Salute e delle Politiche Sociali spagnolo.

A livello europeo, invece, le tappe da ricordare riguardano in primo luogo la Risoluzione del 2007 del Consiglio d'Europa «*Health and Migration in the Ue*» nella quale l'istituzione europea ha riconosciuto la centralità dei temi legati alla salute nel contesto delle migrazioni. Questa Risoluzione, insieme alla n. 1509 («Regolarizzazione dei programmi per migranti irregolari»), sollecita gli Stati all'applicazione di una normativa nazionale che preveda un accesso equo alla promozione della salute, alla prevenzione delle malattie, e alla cura dei migranti sia in situazioni di regolarità che di irregolarità.

³² Per una lettura completa della Risoluzione WHA 61.17 del 24 maggio 2008 v. http://saluteinternazionale.info/wp-content/uploads/2009/07/martinassemblea_mondiale_sanita_risoluzione_oms_salute_dei_migranti_ita_2008.pdf.

Nel novembre dello scorso anno si è tenuta a Bratislava l'8^a Conferenza Ministeriale «Gente in Movimento: i diritti umani e le sfide per i sistemi sanitari» che ha rappresentato un importante passo in avanti per i Paesi europei, con particolare riferimento a quelli privi di particolarità giuridica. Il tema principale della conferenza che ha visto protagonisti i Ministri europei della salute è stato quello della migrazione-mobilità, tuttavia sono stati trattati anche due importanti questioni non secondarie: l'impatto della migrazione-mobilità sui diritti dei pazienti e l'impatto della migrazione-mobilità sui sistemi sanitari.

Nella Dichiarazione finale dal titolo *Migrazioni, la salute e i diritti umani*, gli Stati membri si sono impegnati ad assicurare che «i migranti irregolari avranno accesso ai servizi sanitari in linea con i trattati internazionali e il diritto nazionale in vigore nonché con le politiche nazionali». Il Consiglio europeo ha ricordato come la salvaguardia e la promozione della salute sono due linee d'azione sulle quali fondare una politica europea per la sanità basata sull'etica. Questa politica può essere perseguita attraverso la combinazione di diversi fattori come i diritti umani, la coesione sociale, i programmi sanitari, l'armonizzazione delle politiche sanitarie degli stati membri relativamente alla sicurezza e alla qualità, lo sviluppo dell'educazione preventiva in materia di medicina e sanità e ancora la promozione dei diritti dei pazienti, dell'accesso alle cure mediche, della partecipazione dei cittadini e della tutela dei gruppi vulnerabili.

Il 2011 è stato segnato da altri due importanti punti di riferimento in ambito europeo per la tutela della salute nell'ambito delle migrazioni. A marzo è stato presentato dal Parlamento europeo il Rapporto sulla riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell'Unione europea, che invita gli Stati membri ad affrontare le differenze nell'accesso alle cure sanitarie anche per gli immigrati irregolari³³. Per adottare politiche in grado di tutelare realmente la dignità, la salute e la qualità della vita dei migranti, gli Stati membri sono invitati infatti a proseguire gli sforzi per risolvere le disuguaglianze socio-economiche, il che permetterebbe di risolvere alcune delle disuguaglianze in materia di assistenza sanitaria. Inoltre, sulla base dei valori universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, gli Stati membri sono chiamati a concentrarsi sulle esigenze dei gruppi vulnerabili, tra

³³ Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 marzo 2011 sulla riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell'UE, 2010/2089(INI). Disponibile on-line su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0081+0+DOC+XML+V0//IT>.

cui i migranti svantaggiati, le persone appartenenti a minoranze etniche, i bambini e gli adolescenti³⁴.

Infine, nell'aprile 2011 ha avuto luogo a Roma il vertice «Circolazione delle popolazioni migranti nei Paesi mediterranei dell'Ue: le future sfide per i sistemi sanitari», organizzato dal ministero della Salute, in collaborazione con la Direzione generale salute e protezione dei consumatori della Commissione europea e con il sostegno dell'Ufficio regionale per l'Europa dell'Organizzazione mondiale della sanità³⁵. Durante le discussioni, l'attenzione è stata posta sul tempestivo accesso degli immigrati ai servizi sanitari essenziali che rappresenta un «prerequisito per proteggere la salute della popolazione dei Paesi ospitanti. Allo stesso tempo, assistere i Paesi in conflitto ad aumentare progressivamente la capacità dei sistemi sanitari nazionali, anche attraverso un maggiore sostegno economico e la formazione del personale sanitario, è stato considerato un passo fondamentale per garantire l'accesso alle cure sanitarie sia nei Paesi di origine che di transito». Nelle considerazioni conclusive del vertice è dunque «evidenziata la necessità di rafforzare la preparazione e la capacità di risposta dei sistemi sanitari tanto nei Paesi di origine quanto in quelli di accoglienza, e di rafforzare la cooperazione internazionale, alla luce dell'aumento dei movimenti di popolazioni sia in relazione alla crisi attuale nel Mediterraneo, sia nel caso emergano nuovi scenari, non prevedibili al momento».

Dalla lettura trasversale di questi documenti si evince come il riconoscimento del diritto alla salute da parte dell'ordinamento comunitario risente della natura

³⁴ A questo proposito il Preambolo della Carta europea dei diritti fondamentali recita: «L'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto».

³⁵ Questo vertice ha riunito ministri, Segretari di Stato e funzionari di alto livello provenienti da Italia, Cipro, Francia, Grecia, Malta, Spagna e Ungheria, Rappresentanti dell'OMS, Ufficio regionale per il Mediterraneo Orientale, dell'Organizzazione internazionale per la migrazione (OIM), e del Centro europeo per prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC). In particolare, i partecipanti hanno concordato i seguenti principi: a) Garantire a tutti i migranti il diritto alla salute ed evitare di stigmatizzarli in base a pregiudizi secondo i quali le popolazioni migranti rappresenterebbero una minaccia per la salute pubblica (nei paesi sviluppati, il rischio di una epidemia di malattie tropicali importate come la malaria, il colera, la tubercolosi, o le febbri emorragiche virali è molto improbabile); b) rafforzare la preparazione e la risposta nei paesi dell'Unione europea per fronteggiare un eventuale aumento del fabbisogno di cure sanitarie per malattie croniche, per prevenire le epidemie di malattie infettive, e per affrontare le criticità ambientali, con il supporto tecnico dell'ECDC e dell'OMS; c) Rafforzare la cooperazione e la solidarietà internazionali sugli aspetti di sanità pubblica della crisi, con il sostegno della Commissione europea, degli Uffici regionali dell'OMS e con il coordinamento delle Nazioni Unite, coinvolgendo anche la società civile; d) Migliorare la raccolta e la condivisione di informazioni attraverso strumenti esistenti (Regolamento sanitario internazionale, *Early Warning Response System*) così come la ricerca, l'analisi e la formazione sugli impatti delle migrazioni sulla salute; e) valutare l'assegnazione delle risorse finanziarie a livello europeo alla preparazione e alla risposta dei sistemi sanitari sulle conseguenze delle migrazioni su larga scala.

stessa della costruzione europea: la forte propensione economica nei Trattati originari e quindi lo sviluppo graduale dell'attenzione alla tutela dei diritti fondamentali all'interno del sistema europeo, mantiene, ancor oggi, alcune caratteristiche proprie dell'Unione³⁶. La politica sanitaria europea ha difatti avuto origine dalle disposizioni in materia di salute e sicurezza, e solo successivamente si è sviluppata in conseguenza della libera circolazione delle persone e dei beni nel mercato interno in quanto fenomeno che richiedeva il coordinamento delle questioni di sanità pubblica.

Nell'ordinamento dell'Ue il diritto alla salute, così come gli altri diritti sociali fondamentali, si caratterizza, per quella che è stata definita come una «tutela imperfetta», che «si ancora ad una serie di atti normativi secondari i quali, settorialmente, intervengono a disciplinare aspetti specifici del diritto in questione»³⁷.

Il trattato di Lisbona ha tuttavia rafforzato l'importanza della politica sanitaria stabilendo che, «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione europea è garantito un livello elevato di protezione della salute umana» (art. 168 TFUE), un obiettivo che deve essere raggiunto mediante il sostegno dell'Unione agli Stati membri nonché favorendo la cooperazione tra di loro. Quindi, la responsabilità primaria per la tutela della salute e, in particolare, per gli stessi sistemi sanitari rimane degli Stati membri mentre all'Unione spetta un ruolo importante nel miglioramento della sanità pubblica in termini di prevenzione e gestione delle malattie, limitazione delle fonti di pericolo per la salute umana e armonizzazione delle strategie sanitarie tra gli Stati membri³⁸.

L'Ue negli ultimi anni ha messo in campo una politica globale mediante la strategia sanitaria «Un impegno comune per la salute» e il suo programma d'azione

³⁶ Per una critica sulla rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito delle politiche relative all'immigrazione e all'asilo nel Trattato di Lisbona v. F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 90.

³⁷ Laboratorio dei diritti fondamentali, *La salute come diritto fondamentale*, cit., pp. 25-26.

³⁸ I tre obiettivi strategici della politica sanitaria dell'UE sono : a) «Promuovere un buono stato di salute: prevenire le malattie e incoraggiare stili di vita sani, affrontando le problematiche della nutrizione, dell'attività fisica, del consumo di alcool, di tabacco e di droghe, dei rischi ambientali e delle lesioni da incidenti; con l'invecchiamento della popolazione anche le esigenze sanitarie specifiche degli anziani richiedono maggiore attenzione»; b) «Proteggere i cittadini dalle minacce per la salute: rafforzare la vigilanza nonché la preparazione alle epidemie e al bioterrorismo migliorando altresì la capacità di reagire alle nuove sfide per la salute come ad esempio il cambiamento climatico», c) «Sostenere sistemi sanitari dinamici: aiutare i sistemi sanitari degli Stati membri a raccogliere le sfide poste dall'invecchiamento della popolazione e dalle crescenti aspettative dei cittadini nonché dalla mobilità dei pazienti e dei professionisti della salute». Vd. in http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/it/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.5.3.html.

(2007-2013), nonché con il regolamento (UE) n. 282/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, sull'istituzione del terzo programma d'azione dell'Unione in materia di salute (2014-2020) che dà seguito al precedente programma³⁹.

A livello europeo, il diritto alle cure sanitarie è inoltre previsto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: ai sensi dell'art. 35 il diritto alle cure sanitarie comprende il diritto di tutte le persone «ad accedere alla prevenzione in materia di salute e di beneficiare dei suoi medici nelle condizioni stabilite dalla legislazione e prassi nazionali». Secondo l'art. 51 le istituzioni dell'Ue e gli Stati membri devono applicare la Carta nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Il diritto europeo e internazionale in materia di diritti dell'uomo impone quindi agli Stati membri dell'UE l'obbligo di garantire il rispetto dei diritti umani a ciascun individuo che si trova nella loro giurisdizione, compresi gli immigrati irregolari. Infatti, questi Stati sono tenuti a rispettare un nucleo fondamentale di norme in materia di diritti umani, tra cui l'accesso: alle cure mediche necessarie per tutti, compresa l'assistenza sanitaria di emergenza; all'assistenza sanitaria nel caso delle donne in gravidanza e all'assistenza sanitaria e all'istruzione nel caso dei bambini, senza discriminazioni rispetto ai cittadini dello Stato in questione; alla giustizia, con l'introduzione di un meccanismo che permetta a una persona di sporgere denuncia e di ottenere riparazione, per esempio un risarcimento in caso di infortunio sul lavoro.

Tuttavia il profilo della salute è oggi ancora condizionato da molteplici fattori ed eventi che limitano il pieno rispetto del quadro normativo sopra descritto. Ai fini di un'esauriente analisi del rapporto tra salute ed immigrazione, l'esame dell'evoluzione del percorso normativo deve essere accompagnato da un breve approfondimento sulle barriere che ostacolano una piena fruibilità degli servizi sociosanitari da parte degli immigrati.

³⁹ Il programma "Salute per la crescita" (2014–2020) è il terzo programma pluriennale d'azione dell'Unione europea (UE). Esso opera di concerto con gli Stati membri e li sostiene al fine di: «intraprendere le riforme necessarie per sistemi sanitari innovativi e sostenibili; migliorare l'accesso ad un'assistenza sanitaria migliore e più sicura per i cittadini; promuovere la salute dei cittadini europei e prevenire le malattie; proteggere i cittadini europei dalle minacce transfrontaliere». http://europa.eu/legislation_summaries/public_health/european_health_strategy/sp0017_it.htm

3.1 – L'accesso alle cure sanitarie dei migranti: il persistere di problemi e disuguaglianze

A livello nazionale ed europeo recenti ricerche hanno tentato, seppur con tagli diversi, di analizzare e spiegare i motivi delle disuguaglianze di salute che continuano a caratterizzare gli immigrati rispetto agli abitanti dei Paesi ospitanti⁴⁰.

Il tema immigrazione-salute ha infatti portato studiosi ed esperti a riflettere in termini di «medicina transculturale» in virtù della quale «determinati comportamenti, patologie, pratiche mediche vengono considerati come fenomeni socialmente e culturalmente condizionati»⁴¹.

Tra gli Stati membri dell'Ue, una delle maggiori difficoltà risiede nelle diverse procedure e normative sanitarie previste per gli immigrati irregolari e per coloro che richiedono il permesso di soggiorno. Sistemi eterogenei che corrispondono a diversi modelli di *welfare*.

Una breve panoramica in chiave comparata sui sistemi sanitari di alcuni Paesi europei come, ad esempio, Belgio, Francia, Regno Unito, Spagna, Italia può mettere in luce queste differenze⁴². In Belgio il rilascio del permesso di soggiorno temporaneo per ricevere cure è previsto previa presentazione del certificato medico e in caso di dubbio la diagnosi viene confermata da un collegio medico. La durata del permesso è pari al periodo di trattamento necessario certificata dal medico tuttavia, in caso di allontanamento o espulsione nei confronti dello straniero malato, il medico può verificare se le cure possono essere somministrate nel paese di origine

⁴⁰ In ambito europeo l'Agenzia europea per i Diritti Fondamentali (FRA) ha pubblicato nel 2011 tre rapporti con oggetto il diritto alla salute dei migranti irregolari ovvero «*Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*» (Diritti fondamentali degli immigrati irregolari nell'Unione europea) del novembre 2011, «*Migrants in an irregular situation employed in domestic work: Fundamental rights challenges for the European Union and its Member States*» (Immigrati irregolari impiegati nel lavoro domestico. Le sfide in materia di diritti fondamentali per l'Unione europea e i suoi Stati membri) del luglio 2011, ed infine «*Migrants in an irregular situation: access to healthcare in 10 European Union Member States*» (Immigrati irregolari: accesso all'assistenza sanitaria in 10 Stati membri dell'Unione europea) nel ottobre dello stesso anno.

In ambito nazionale segnaliamo invece il lavoro: Mara Tognetti Bordogna (cur.), *Diseguglianze di salute e immigrazione*, Franco Angeli, Milano, 2008; e Salvatore Geraci, Issa El Hamad, *Migranti e accessibilità ai servizi sanitari: luci e ombre*, IJPH, anno 9, volume 8, numero 3, suppl. 3, 2011. Il primo lavoro accanto alle riflessioni teoriche sul tema, concentra il suo sguardo su alcuni Paesi mediterranei (Algeria, Egitto, Marocco, Tunisia) e sul caso italiano; il secondo analizza i problemi che caratterizzano il sistema italiano di accessibilità ai servizi sanitari.

⁴¹ Nicola Pasini, Mario Picozzi (cur.), *Salute e immigrazione: un modello teorico-pratico per le aziende sanitarie*, Franco Angeli, Milano, 2008, p 10.

⁴² Analisi delle procedure sanitarie previste dagli Stati membri dell'Unione europea per i cittadini extracomunitari irregolari e per coloro che richiedono il permesso di soggiorno effettuata su Austria, Belgio, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Spagna, Svezia, Ungheria. Vd. http://www.simmweb.it/fileadmin/documenti/Simm_x_news/Ricci_-_SCHEDE_PAESE.pdf

o nel paese dove è autorizzato il soggiorno. Gli stranieri illegali ricevono cure mediche dal servizio MADA (Associazione di medicina presente alla frontiera) ma nel caso si presentasse la necessità di cure specifiche sono trasferiti presso le strutture sanitarie adeguate: in ogni caso lo straniero che soggiorna illegalmente nel Paese ha diritto alle prestazioni sanitarie urgenti.

In Francia, invece, in due casi è prevista una visita medica obbligatoria: all'atto della concessione del primo permesso di soggiorno per individuare eventuali patologie (es. TBC) il cui accertamento implica la necessità di sospendere l'autorizzazione al soggiorno in territorio francese (analoga misura viene intrapresa anche in caso di gravi disturbi mentali che potrebbero compromettere la sicurezza delle persone), e per i richiedenti asilo che sono sottoposti ad una visita medica all'ingresso e all'uscita dai Centri di accoglienza. Tuttavia, gli stranieri irregolari che vivono sul territorio francese da almeno 3 mesi beneficiano di cure mediche gratuite con copertura totale, che comprende l'accesso agli ospedali ed ai servizi medici della città per qualunque tipologia di patologie urgente o meno.

Nel Regno Unito non sono previste visite obbligatorie ma l'Ufficio immigrazione è autorizzato a richiedere al soggetto di sottoporsi ad esame medico le cui risultanze sono tenute in considerazione dallo stesso Ufficio per la sua ammissione nel Paese. In ogni caso gli stranieri irregolari sono sottoposti a controllo medico generico entro 24 ore dal loro arrivo nei centri di accoglienza temporanea e hanno diritto delle cure immediate presso il pronto soccorso ai clandestini nonché a cure gratuite per tre mesi se iscritti nelle liste del National Health Service (NHS).

In Spagna, è sufficiente la presentazione del certificato medico di assenza di malattie soggette a quarantena per la richiesta della tessera di residenza. Gli irregolari portati nei centri per l'espulsione hanno diritto a ricevere assistenza medica e sanitaria idonea da parte dei servizi di assistenza dei centri, mentre gli stranieri irregolari se iscritti all'anagrafe del luogo in cui risiedono in modo fisso hanno diritto all'assistenza sanitaria. Se, invece, non risultano essere iscritti hanno diritto solo all'assistenza sanitaria di urgenza nei casi di malattia grave o di incidente fino a quando vengano considerati guariti dal medico curante. L'assistenza sanitaria è garantita nel corso della gravidanza, durante e dopo il parto..

Infine, in Italia non sono previste visite mediche di controllo ai fini del rilascio del permesso di soggiorno. Gli stranieri trattenuti nei centri di permanenza

temporanea ricevono cure di pronto soccorso sanitario e, in caso di necessità, sono ricoverati in luoghi di cura adeguati. I cittadini stranieri regolarmente presenti in Italia possono accedere alle strutture del SSN con modalità diverse a seconda del motivo del soggiorno: quelli temporaneamente presenti per un periodo non superiore a 90 giorni (es. turisti), possono usufruire delle prestazioni sanitarie urgenti e di elezione dietro pagamento delle relative tariffe regionali. Ai cittadini stranieri non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno invece vengono assicurate nelle strutture sanitarie accreditate del Sistema sanitario nazionale (SSN): le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti (non differibili senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona) o comunque essenziali (prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita) per malattia ed infortunio; gli interventi di medicina preventiva e prestazioni di cura ad esiti correlate a salvaguardia della salute individuale e collettiva⁴³. Le prestazioni rese a soggetti privi di risorse economiche sufficienti sono erogate senza oneri a carico del richiedente⁴⁴.

Nel caso italiano, i principali fattori che ostacolano l'accesso ai servizi sanitari possono riassumersi in quattro aree tematiche: le barriere giuridico-legali, le barriere burocratico normative, e quindi organizzative; barriere culturali, ed infine, ma non per ordine di importanza, quelle economiche.

Per quanto riguarda i primi due punti, le politiche sanitarie per la tutela della salute degli immigrati e dei rifugiati in Italia sono regolate dalla legge n. 40 «Turco-Napolitano» del 1998, successivamente confluita nel «Testo Unico sull'Immigrazione» che sanciscono il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria per i cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale. Tuttavia sul territorio del Paese si riscontra una mancanza di uniformità nella sua applicazione legata in primo luogo al

⁴³ Questi interventi individuati nei punti a)-b)-c)-d)-e) del comma 3 dell'art. 35 del D.Lgs 286/98, ed esattamente: a) la tutela della gravidanza e della maternità a parità di trattamento con le cittadine italiane; b) la tutela della salute del minore; c) le vaccinazioni obbligatorie nell'ambito di interventi di prevenzione collettiva autorizzati dalle Regioni; d) gli interventi di profilassi internazionale; e) la profilassi, la diagnosi, l cur. malattie infettive ed eventuale bonifica dei relativi focolai.

⁴⁴ Esistono due tipi di iscrizione al Servizio sanitario: l'iscrizione obbligatoria e l'iscrizione facoltativa. Devono chiedere obbligatoriamente l'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale presso il presidio territoriale della ASL del Comune di residenza o di dimora gli stranieri titolari di permesso di soggiorno per uno dei seguenti motivi: lavoro subordinato, Lavoro autonomo motivi familiari, asilo (ai sensi della Convenzione di Ginevra), motivi umanitari, per richiesta asilo (ai sensi della Convenzione di Ginevra), per attesa adozione, per attesa affidamento, per attesa acquisto della cittadinanza.

processo di decentramento amministrativo e politico dell'offerta sanitaria. Il progetto "Migrazione e Salute" condotto dall'Istituto Superiore di Sanità ha analizzato le politiche locali, individuando alcune variabili (linee guida, analisi del bisogno/osservatori, prevenzione e promozione della salute, formazione, mediazione in sanità) attraverso le quali confrontare i diversi casi regionali⁴⁵. Da tale analisi è emerso che, a livello generale, nonostante la presenza di una programmazione sensibile attorno ai temi della salute degli immigrati, la realtà dell'offerta dei servizi può esserne concretamente molto distante da Regione a Regione; inoltre è anche emerso quanto sia più difficile che sussistano pratiche eque ed efficaci di tutela della salute della popolazione straniera.

Le barriere culturali sono invece sempre più visibili nelle attuali società caratterizzate da multiculturalismo e multietnicità, dove sono le stesse nozioni di salute e malattia ad essere cambiate. In queste situazioni, alle nuove definizioni corrispondono diverse esigenze di singoli individui nonché diversi bisogni dei quali si richiede soddisfacimento. Tale concezione differenziata della salute può diventare un elemento di criticità per quanto riguarda, ad esempio, la medicina preventiva come nel caso nella diffusione delle vaccinazioni. Tuttavia, oltre ad una difficoltà connessa a visioni culturali diverse delle pratiche sanitarie, si riscontra anche una difficoltà pratica di relazione tra il medico e il paziente immigrato: l'iniziale barriera è sicuramente quella linguistica, ed è quindi costituita da una difficoltà comunicativa; una seconda problematica riguarda gli ostacoli più tipicamente culturali a rapportarsi con il personale sanitario, quali le difficoltà da parte delle donne di alcune comunità a farsi visitare da medici di sesso maschile.

In questa situazione le richieste di salute avanzate dagli stranieri immigrati richiedono un duplice impegno relativo, da una parte, ad «uno sforzo di comprensione dell'esperienza malattia e del significato simbolico che essa assume nell'ambito della loro cultura» e, dall'altro, in riferimento alle risposte elaborate⁴⁶.

⁴⁵ Istituto superiore della Sanità, *Migrazione e Salute*. "Migrazione: sistema di accoglienza verso la popolazione immigrata dei servizi sanitari e verifica dell'osservanza del diritto alla salute di queste popolazioni", giugno 2010, vd. http://www.iss.it/binary/pres/cont/SINTESI_PROGETTOMigrazione_e_Salute_CONVEGNO.pdf
A Roma, il 17 febbraio 2015 si è tenuto il XIII Convegno dell'*Italian National Focal Point Infectious Diseases and Migrant*, Salute e Migrazione: nuovi scenari internazionali e nazionali, organizzato dall'Istituto Superiore di Sanità.

⁴⁶ N. Pasini, M. Picozzi (cur.), *Salute e immigrazione: un modello teorico-pratico per le aziende sanitarie*, cit., p. 30.

Infine, in un contesto di crisi economica l'Italia – ma anche l'intera Unione – si trova di fronte alla necessità di contenere le spese pubbliche in materia di sanità ponendo così un problema di allocazione delle risorse. Questa situazione ha avuto importanti conseguenze sulla tutela dei diritti fondamentali a causa della riduzione delle risorse finanziarie necessarie per garantire i diritti e i servizi sociali.

La dimensione economica del problema investe essenzialmente due aspetti, uno riguardante la «domanda di servizi sanitari» da parte della popolazione immigrata, l'altro relativo all'«offerta di servizi» da parte dello Stato italiano e in particolare delle regioni⁴⁷. Dal punto di vista della domanda un ostacolo è costituito dalla condizione di difficoltà economica degli immigrati, soprattutto degli irregolari e dei regolari da poco insediatesi sul territorio nazionale, che rende difficile il pagamento dei *ticket* previsti dal SSN. Per ovviare a questo problema la politica sanitaria espressa nel Testo Unico sull'Immigrazione ha previsto l'iscrizione gratuita al SSN per quei cittadini stranieri iscritti alle liste di collocamento o l'esenzione dal *ticket* per richiedenti asilo e detenuti. Dal lato dell'offerta, invece, ci si interroga sulla sostenibilità da parte del SSN della fornitura dei servizi sanitari a favore dei migranti, dal momento che la spesa pubblica destinata in tale direzione è in aumento, in proporzione alla crescita delle dimensioni del fenomeno migratorio.

In diverse occasioni – soprattutto in ambito europeo – per rispondere a questa situazione, sono stata varate politiche di austerità tuttavia si deve ricordare che la garanzia dei diritti fondamentali non è “a costo zero”, ma esige investimenti, capitale sociale e risorse finanziarie⁴⁸.

Come è stato giustamente osservato, le decisioni pubbliche vengono prese all'interno di un ordinamento privilegiando alcune alternative rispetto ad altre alla luce di valori più o meno condivisi nella società e non valutando i differenti bisogni come fossero sullo stesso piano valoriale. Ed «ecco perché le scelte in ambito sanitario in genere non riguardano solo la medicina ma hanno più a che fare con la politica, le leggi, l'etica»⁴⁹.

⁴⁷ Per un'analisi dei problemi nell'accesso ai servizi sanitari vd. Sara Giunti, *L'accesso ai servizi sanitari degli immigrati in Italia. Analisi delle problematiche attraverso la metodologia della growth diagnostic*, in *Jura Gentium*, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, 2011.

<http://www.juragentium.org/topics/global/it/giunti.htm>

⁴⁸ Per quanto riguarda il rapporto tra *welfare*, risorse economiche e diritti fondamentali vd. Stefano Rodotà, *Solidarietà. un'utopia necessaria*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 141

⁴⁹ N. Pasini, M. Picozzi (cur.), *Salute e immigrazione: un modello teorico-pratico per le aziende sanitarie*, cit., p 10.

4. – Conclusioni

Il diritto alla salute, e quindi la medicina, si pone come obiettivo ultimo il raggiungimento del benessere dei malati e un equo accesso di tutti all'assistenza sanitaria secondo gli standard più elevati.

Il problema del diritto alla salute nel contesto delle migrazioni assume tuttavia un diverso significato mostrandosi, da un lato, come una delle facce della poliedrica questione dell'immigrazione ma, dall'altro, costituisce un tema fondamentale da cui prendere spunto per l'analisi approfondita del rispetto dei diritti umani al di là della condizione giuridica della persona interessata.

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue ha precisato la sfera di applicazione degli art. 28 e 29 della direttiva 2004/83/CE, per meglio definire i contorni dell'istituto della protezione sussidiaria e ricavare indicazioni più precise in ordine al Sistema europeo comune d'asilo.

Nonostante la decisione negativa del giudice di Lussemburgo, il messaggio che si può evincere da questa pronuncia è la necessità che tutti i migranti, indipendentemente dal loro *status* giuridico, vedano garantiti i propri diritti fondamentali e, quindi, ricevere un tempestivo accesso ai servizi sanitari essenziali.

Tuttavia, benché negli ultimi anni sia maturata la consapevolezza dell'importanza di inserire nell'ambito delle politiche europee per la salute l'attenzione per il popolo migrante, i processi di implementazione a livello locale rimangono ancora precari e incerti. Infatti, ancora oggi in molti Paesi queste persone hanno rilevanti impedimenti di accesso ai servizi socio-sanitari sia nei paesi di transito che di destinazione. Tali difficoltà fanno emergere *deficit* interni agli stessi servizi sanitari. Infatti, secondo uno studio effettuato su 194 Paesi, sono ancora molti i sistemi sanitari inadeguati a rispondere ai diversi bisogni degli utenti, immigrati compresi⁵⁰.

Dall'analisi degli studi utilizzati emerge come salute e migrazione siano due fenomeni globali che richiedono risposte globali urgenti, rispetto alle quali l'Ue dovrebbe assumere un ruolo guida nell'elaborazione di politiche che sappiano aprire la strada a soluzioni pratiche in grado di assicurare migliore salute per tutti. In

⁵⁰ G. Backman, P. Hunt, R. Khosla et al. *Health systems and the right to health: an assessment of 194 countries*, Lancet, 2008, v. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19097280>.

questo senso, sono di fondamentale importanza la riduzione della povertà e la promozione dell'integrazione dei migranti, garantendo a tutti loro, anche quelli sprovvisti di documenti, l'accesso a cure qualificate ed eque. Da questo punto di vista è necessario intervenire sulle cause di vulnerabilità prevenendo e alleviando le difficoltà che i migranti incontrano durante la partenza, l'arrivo, la permanenza dal Paese di origine a quello di destinazione.

In Italia, una risposta sanitaria efficace deve prendere in considerazione le difficoltà di carattere sociale e lavorativo di quella parte della popolazione particolarmente vulnerabile composta dagli stranieri e dagli immigrati irregolari. Ad esempio, l'eliminazione di barriere organizzative e burocratiche potrebbero rendere le strutture territoriali facilmente accessibili (di bassa soglia con ampia flessibilità degli orari di apertura) con conseguenze positive loro salute.

Si pone quindi la necessità di una pianificazione istituzionale, con un coinvolgimento pieno della struttura pubblica territoriale, eventualmente in collaborazione con le organizzazioni del volontariato aventi esperienza specifica nel settore. L'approccio alla promozione della salute degli immigrati deve infatti essere «pluridimensionale» e coinvolgere diverse discipline come la biomedicina, la bioetica, la psicologia, la sociologia, la giurisprudenza, l'economia.

Per concludere, un interessante spunto è dato dai risultati della Conferenza Europea «*Health and Migration in the UE. Better Health for all in an inclusive society*» promossa dalla Presidenza del Consiglio d'Europa. Essa ha invitato gli Stati ad avviare, nei confronti dei migranti, un'azione politica e sociale ad ampio spettro che includa: accoglienza, inserimento, casa, lavoro, diritti costituzionali in genere. L'accessibilità ai servizi sanitari da parte dei migranti può facilitare la loro integrazione e la partecipazione all'interno dei Paesi ospitanti promuovendo l'inclusione: le politiche sanitarie possano contribuire in modo determinante all'inserimento degli immigrati e alla costruzione di una società basata sull'accoglienza, sull'integrazione e sulla crescita reciproca.

Gli Stati membri devono mettere in campo politiche e prassi che permettano l'eliminazione di quelle barriere giuridico-legali, economiche, burocratiche, organizzative che ostacolano l'accesso dei migranti all'assistenza sanitaria. Anche in Italia, tutto ciò sarà comunque efficace «se inserito in un percorso di politiche di

integrazione che facciano dello straniero immigrato nel nostro Paese un cosciente e partecipe “nuovo cittadino”...»⁵¹.

⁵¹ S. Geraci, *Per una buona salute servono politiche giuste*, in Caritas/Migrantes, Immigrazione, Dossier Statistico 2010, XX Rapporto sull'immigrazione, Idos, 2010, pp. 227-32.



ISSN 2037-6677

2015/2

Elettorato attivo dei detenuti e referendum per la secessione scozzese: gli spazi per la giurisdizione nazionale, tra valori democratici e interpretazione letterale della CEDU

The right to vote of detainees and the Scottish referendum on secession: room for domestic jurisdiction, between democratic values and the literal interpretation of ECHR

Flavio Guella

Tag: referendum, Scotland, inmates

www.dpce.it



Elettorato attivo dei detenuti e referendum per la secessione scozzese: gli spazi per la giurisdizione nazionale, tra valori democratici e interpretazione letterale della CEDU

di Flavio Guella

1. – La Corte suprema del Regno Unito è intervenuta sul tema del c.d. *disenfranchisement* dei detenuti, in particolare con riguardo alla legittimità dell'esclusione dell'elettorato attivo nel caso del referendum per la secessione scozzese, aggiungendo così una nuova ipotesi alla recente giurisprudenza in materia.

La motivazione della sentenza *Moohan and another (Appellants) c. The Lord Advocate (Respondent)* [2014] UKSC 67 è stata resa il 17 dicembre 2014, dopo che la Corte aveva deciso il caso – in via d'urgenza – immediatamente dopo l'udienza del 24 luglio 2014, al fine di definire il dispositivo prima della data fissata per la consultazione referendaria. La decisione della *Supreme Court* ha confermato quanto statuito dalla *Outer House* della *Court of Session* in prima istanza, e poi ribadito dalla *First Division* della *Inner House* ([2014] CSIH 56).

In particolare, nonostante anche il Regno Unito abbia dovuto riconoscere l'incompatibilità con il sistema CEDU della privazione generalizzata del diritto di elettorato attivo per i soggetti condannati in sede penale che stiano scontando la pena in stato di detenzione, nondimeno è stato evidenziato come per il voto espresso nell'ambito di un referendum non si tratterebbe invece di un'ipotesi enunciata

esplicitamente nella Convenzione (nella forma di diritto a libere elezioni) e, quindi, è stata esclusa l'applicazione dell'art. 3 del Prot. 1 al caso di specie (per un commento al caso *Moohan*, svolto sulla base dei primi gradi di giudizio, cfr. A. Tickell, *Prisoner voting gambits: disappointment all round in Chester, McGeoch and Moohan*, in *Edinburgh Law Review*, 2014, pp. 289 ss.).

È così stata rigettata – con maggioranza di cinque giudici su sette – la richiesta di *judicial review* della legislazione scozzese, condotta sulla base della competenza della *Supreme Court* per i c.d. *devolution issues* (per riferimenti alle forme di controllo giurisdizionale sulla legislazione devoluta sia consentito rinviare a F. Guella, *Il pluralismo giurisdizionale nel Regno Unito: la devolution alla prova del "potere giudiziario"*, in *DPCE*, 2014, pp. 1071 ss.); in particolare, la contestazione della competenza legislativa del Parlamento scozzese, esclusa ai sensi della *Subsection 29(2)(d)* dello *Scotland Act 1998* in tutti i casi di incompatibilità con il diritto convenzionale o dell'Unione europea, è stata ritenuta infondata.

Ai sensi dello *Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013* – adottato sulla base dell'Accordo di Edimburgo, concluso tra i Governi britannico e scozzese il 15 ottobre 2012, con cui si è operato un trasferimento temporaneo dell'autorità legale in materia all'amministrazione devoluta (*Order in Council* approvato dalle Camere mediante *The Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013* e ratificato in sede di *Privy Council* il 12 febbraio 2013) – i detenuti non hanno quindi potuto votare per il referendum del 18 settembre 2014, in quanto la normativa citata ha fatto rinvio, per l'individuazione dell'elettorato attivo, alla disciplina sulle elezioni del *local government* (e per tali consultazioni il *Representation of the People Act 1983* prevede alla *Section 3(1)* un'ipotesi di incapacità per i *convicted prisoners*).

Tale esclusione, pertanto, non è stata ritenuta contrastante con un'interpretazione letterale dell'art. 3, Prot. 1, della CEDU e con la relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, di modo che la vicenda presenta uno specifico interesse tanto per quanto riguarda le corrette modalità di interpretazione della CEDU in generale (e del diritto a libere elezioni in particolare), quanto per ciò che concerne gli spazi di cui il giudice nazionale dispone nell'applicazione del catalogo di diritti previsto dalla Convenzione, eventualmente individuando significati evolutivi rispetto a quanto già statuito dalla Corte EDU.

2. – Il riconoscimento del diritto di voto ai detenuti è stato oggetto di una specifica giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sulla cui base si è ritenuto che una preclusione generale e automatica nelle elezioni legislative, che colpisca tale categoria di soggetti nella fruizione di questo diritto politico, viola l'art. 3 del Prot. 1 della CEDU (diritto a libere elezioni); tale interpretazione, che ha avuto un impatto specifico sull'ordinamento britannico per quanto concerne le elezioni generali, presenta però tratti di specificità che la renderebbe non estensibile – in questa ipotesi – alla fattispecie analizzata.

A partire dal caso *Hirst c. Regno Unito* (n. 2), ricorso n. 74025/01, sentenza del 6 ottobre 2005, la Corte EDU aveva statuito per la contrarietà a Convenzione della privazione generalizzata del diritto di voto per la durata della detenzione indipendentemente dall'estensione temporale della condanna e indipendentemente dalla natura o gravità del reato e dalle circostanze individuali; ciò integrerebbe infatti una restrizione “generale, automatica e indiscriminata” incompatibile con l'idea di elezioni libere e democratiche sottesa all'art. 3, Prot. 1, in cui è insita l'idea di suffragio universale (per un commento al caso *Hirst* cfr. G. Bryan, *Lions under the throne: the constitutional implications of the debate on prisoner enfranchisement*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, pp. 274 ss.) Sul tema era poi intervenuta nuovamente la Corte EDU, con la sentenza *Frodl c. Austria* (ricorso n. 20201/04, del 8 aprile 2010, par. 29), dove si era sostenuta anche la necessità della determinazione in via giudiziaria, caso per caso, dell'eventuale privazione selettiva del diritto di voto per singoli detenuti, il che avrebbe integrato un'estensione della giurisprudenza *Hirst* idonea a comprimere ulteriormente la discrezionalità degli Stati membri.

Nel Regno Unito la violazione dei diritti elettorali dei detenuti presentava peraltro carattere strutturale, e erano quindi richieste misure correttive a carattere generale per ottemperare alle indicazioni della Corte di Strasburgo, con modifica della normativa nazionale sul diritto di voto (cfr. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Hirst against the United Kingdom No. 2*, risoluzione interinale CM/ResDH(2009)160 del 3 dicembre 2009). A fronte dell'inerzia del Regno Unito nell'adeguarsi, la Corte EDU ha successivamente adottato una c.d. sentenza pilota, che si è sostanziata nell'indicazione di misure generali ai sensi dell'art. 46 CEDU (per un commento che considera specificamente tale richiesta, collocandola nell'ambito di un'analisi del dialogo tra le Corti e del complesso di relazioni istituzionali tra sistema CEDU e

ordinamento britannico che la vicenda del diritto di voto dei detenuti ha originato, cfr. tra tutti S. Briant, *Dialogue, diplomacy and defiance: prisoners' voting rights at home and in Strasbourg*, in *European Human Rights Law Review*, 2011, pp. 243 ss. e, in particolare, a p. 246 per la ricostruzione della sentenza polota); nel caso *Greens e M.T. c. Regno Unito* (ricorsi n. 60041/08 e n. 60054/08, sentenza del 23 novembre 2010), infatti, la Corte di Strasburgo ha disposto per un termine di sei mesi di cui il Regno Unito avrebbe potuto fruire per adeguarsi, termine poi interrotto nell'attesa della successiva sentenza sul caso *Scoppola c. Italia* (n. 3), ricorso n. 126/05, sentenza del 18 gennaio 2011, su analoga questione.

La Grande Camera nel caso *Scoppola* ha successivamente confermato l'incompatibilità dell'art. 3, Prot. 1, con un bando generale del diritto di voto per i detenuti, senza mutare impostazione di fondo nell'interpretazione di tale disposizione. Non poteva infatti giustificarsi un *overruling* della ricostruzione ermeneutica che aveva letto, nella libertà delle elezioni, un necessario suffragio universale mai limitabile mediante esclusioni generali; in particolare, una diversa interpretazione era esclusa anche sulla base dei criteri fissati nella giurisprudenza *Christine Goodwin* che richiede – per giustificare un mutamento di orientamento (non solo in senso progressivo ma, come chiedeva il Regno Unito nel caso *Scoppola*, anche nel senso di un restringimento nella tutela dei diritti individuali già riconosciuta in *Hirst*) – l'esistenza di una “evoluzione convergente” negli ordinamenti degli Stati contraenti “circa lo standard di tutela che debba essere garantito” (*Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, sentenza del 11 luglio 2002, par. 74).

Nondimeno, il caso *Scoppola* è rilevante – al di là della conferma dell'interpretazione espansiva dell'art. 3, Prot. 1 – anche per l'accoglimento dell'argomento dell'ampiezza del margine di apprezzamento nelle modalità della garanzia della “non generalizzazione” del divieto. Argomento sostenuto anche dal Regno Unito e volto a far riconoscere che gli Stati membri godono di ampia discrezionalità nell'individuare le modalità con cui regolare l'estensione delle limitazioni all'elettorato attivo dei detenuti, possibili purché – semplicemente – non generali, automatiche ed indiscriminate, così facendosi salva la disciplina italiana (per la quale cfr. art. 28 e 29 c.p.; art. 178 c.p.; art. 32 del d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223) che non prevede un vaglio giurisdizionale caso per caso.

La limitazione selettiva dell'elettorato attivo dei detenuti è quindi ammissibile anche se disposta con meccanismi alternativi a quelli – giurisdizionali – che la Corte EDU aveva prospettato nel caso *Frodtk*: la giurisprudenza *Scoppola* per tale profilo si limita pertanto a sostenere che – in linea di principio – il rispetto della proporzionalità nelle restrizioni al diritto di voto dei detenuti è meglio garantito da una valutazione operata caso per caso, ma il requisito di proporzionalità può essere rispettato anche se le circostanze in cui il diritto di voto viene ristretto sono “dettagliate in legge”, purché allora sia la legge stessa a prendere in considerazione “fattori quali la natura o la gravità del reato commesso” (cfr. par. 99 ss. della sentenza *Scoppola* n. 3; in dottrina cfr. C. Pitea, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti: il dilemma tra giustizia “individuale” e giustizia “costituzionale” dinanzi alla Grande Camera della Corte europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 663 ss. e, per un commento nella prospettiva del Regno Unito, S. Foster, *Prisoners’ voting rights and the ECHR: still hazy after all these years*, in *Coventry Law Journal*, 2012, pp. 75 ss.).

A seguito del consolidarsi in questo senso della giurisprudenza della Corte EDU, sul piano rimediabile nel Regno Unito si è avuto un sostanziale recepimento delle esigenze di tutela descritte. Nel caso *McGeoch c. Lord President of the Council* 2014 SC (UKSC) 25 (*R (Chester) c. Secretary of State for Justice* [2014] AC 271) la *Supreme Court* ha applicato i principi delle sentenze *Hirst* e *Scoppola* n. 3 nell’ambito di ricorsi avanzati ai sensi dello *Human Rights Act 1998*, quindi impiegando le interpretazioni della CEDU consolidate dalla Corte di Strasburgo quale diritto incorporato, ma – in tali specifiche ipotesi – senza dare seguito ad una *declaration of incompatibility* (in quanto le circostanze specifiche portavano la Corte nazionale a valutare come non sproporzionata, in concreto, la sospensione dell’elettorato attivo).

Sul piano legislativo invece – dopo una prima bozza di *Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (Presentato dal Governo il 22 novembre 2012 e analizzato dal *Joint Committee* delle due Camere con report del 18 dicembre 2013) – si è registrata una sostanziale inerzia, che ha portato a nuove condanne da parte della Corte EDU nei recenti casi *Frith and others c. UK* (agosto 2014) e *McHugh and others c. UK* (febbraio 2015), mentre sul piano politico – nel dicembre del 2014 – il Governo britannico ha annunciato che il voto ai detenuti non verrà comunque riconosciuto prima delle elezioni generali 2015 (per una ricostruzione complessiva delle modalità di relazione conflittuali tra ordinamenti sviluppatasi a partire dalla giurisprudenza citata, e gli esiti politici delle stesse, cfr. S.

Fredman, *From dialogue to deliberation: human rights adjudication and prisoners' rights to vote*, in *Public Law*, 2013, pp. 292 ss.).

3. – In questo contesto la negazione del diritto di voto ai detenuti nel referendum scozzese, operata per rinvio recettizio alla disciplina per l'elezione delle assemblee rappresentative di livello locale (a sua volta astrattamente sospettabile di contrasto con la CEDU, sebbene le elezioni del *local government* ricadano di massima fuori dello scopo dell'art. 3, Prot. 1; cfr. *infra* e in *McLean & Cole c. United Kingdom* (2013) 57 EHRR SE95), ha fornito un'ulteriore occasione di contestazione. Occasione che si pone però nel quadro di una fattispecie particolare come quella referendaria scozzese, a fronte della quale la *Supreme Court* ha potuto evidenziare i profili peculiari della protezione fornita dall'art. 3 del Prot. 1, ed affrontare anche argomenti ulteriori portati dai ricorrenti.

In particolare, accanto ai profili di convenzionalità si porrebbero – per il carattere secessionista del referendum – anche possibili problemi di contrasto con il diritto dell'Unione europea, sempre suscettibili di fondare un *judicial review* della legislazione scozzese ai sensi della sec. 29(2)(d) dello *Scotland Act 1998*. I profili di diritto dell'Unione europea emergerebbero in particolare nella misura in cui l'impossibilità di voto nel referendum istituzionale avrebbe potuto portare ad una perdita della cittadinanza UE, subita dal detenuto senza aver espresso la propria capacità di concorrere alla decisione democratica che ne costituisce il presupposto.

La *Supreme Court* ha tuttavia ritenuto privo di fondamento questo profilo di contestazione, in primo luogo perché il risultato del referendum non è di per sé determinativo della cittadinanza europea dei votanti (par. 23 della sentenza), in quanto i Governi scozzese e britannico avrebbero poi dovuto – in caso di esito positivo – negoziare i termini della secessione, ed era quindi non prevedibile *ex ante* quale regime di acquisizione della nuova cittadinanza scozzese e perdita di quella britannica (e quindi europea) sarebbe eventualmente stato introdotto (per un ragionamento distinto rispetto a questa logica cfr. in passato Corte giust., sent. 2-3-2010, causa C-135/08, *Rottmann c. Freistaat Bayern*, in Racc. I-01449). In secondo luogo, inoltre, la *Supreme Court* ricorda che il diritto dell'Unione europea non incorpora nessun diritto di voto (par. 24 della sentenza), come è stato confermato dalla stessa Corte in altre vicende (*McGeoch c. Lord President of the Council* 2014 SC (UKSC) 25, par. 56-59).

Una tutela specifica del diritto di voto esterna al parametro convenzionale dell'art. 1, Prot. 3, della CEDU non è pertanto individuabile – ai fini di un *judicial review of legislation* – nel diritto dell'Unione europea, e nemmeno nel *common law*, che pure i ricorrenti hanno invocato sulla base di una ricostruzione evolutiva del ruolo del suffragio universale nell'ambito della *rule of law*. Ricostruzione che è stata invece ammessa nell'ordinamento canadese, per dichiarare l'illegittimità di analoghi limiti al diritto di voto dei detenuti, ma ciò grazie a un riferimento positivo nelle sec. 3 e 15(1) della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* che ha permesso alla *Supreme Court of Canada* di assumere il pieno suffragio universale come un elemento costituente della *rule of law*, più per il carattere costituzionale di tale diritto al suffragio che non per una sua diretta riconducibilità al *common law* (cfr. *Sauvé c. Attorney General of Canada* [2002] 3 SCR 519; va però notato che anche nell'ordinamento canadese – nonostante tale riferimento positivo – si è ritenuto che i principi della *rule of law* non escludano possibili limitazioni alle consultazioni di tipo referendario, come nel caso *Haig c. Canada* [1993] 2 SCR 995).

Per quanto riguarda il Regno Unito, l'opinione di maggioranza della *Supreme Court* ha ammesso la possibilità di ricostruire il diritto di voto come un diritto costituzionale fondamentale, insito nell'ordinamento britannico (così già la *House of Lords* in *Watkins c. Secretary of State for the Home Department* [2006] 2 AC 395), ma nonostante questa qualificazione è pacifico che tale diritto non è stato sviluppato dal *common law* – fino al riconoscimento di un diritto universale al suffragio che sia privo di deroghe – e rimane invece una posizione giuridica soggettiva di natura *statutory*; posizione rispetto alla quale la sovranità parlamentare si presenta pertanto come piena, senza essere vincolata al rispetto di parametri di proporzionalità nell'individuazione delle restrizioni (par. 33 e 34). Lo sviluppo del *common law* a garanzia di nuove situazioni soggettive è infatti pacificamente ammesso dalla giurisprudenza britannica, ma negli ambiti già coperti dall'esercizio della *Parliamentary sovereignty* – e a maggior ragione negli ambiti dove il Parlamento regola il proprio ordinamento, come per la materia elettorale – si prevede una forte cautela nel riconoscere possibili evoluzioni nel *common law* (cfr. *In re McKerr* [2004] 1 WLR 807, par. 30, e *R c. Lyons* [2003] 1 AC 976).

4. – Esclusa l'utilizzabilità del diritto UE e del *common law* quali parametri di giudizio, l'argomento principale di contestazione del *disenfranchisement* nella legislazione

scozzese sul referendum secessionistico rimaneva – per il *judicial review of legislation* ai sensi della *Subsection 29(2)(d)* – quello della violazione dei *Convention rights*, invocando (sulla base della più ampia giurisprudenza della Corte di Strasburgo citata in precedenza) la CEDU come limite alla discrezionalità del legislatore devoluto.

Le disposizioni della Convenzione impiegabili a questo riguardo sono state peraltro individuate non solo nell'art. 3, Prot. 1 (specificamente dedicato al diritto a elezioni libere e democratiche), ma – per supplire alle difficoltà connesse al campo di applicazione di tale prima disposizione, non pacificamente estensibile al referendum – anche nella più ampia disposizione dell'art. 10 CEDU, incentrata sulla libertà di espressione (di cui il suffragio costituirebbe una manifestazione).

La *Supreme Court* ha tuttavia dichiarato non pertinente tale parametro (par. 19 della sentenza), anche invocando la specifica giurisprudenza internazionale con cui ripetutamente è stata esclusa – sulla base del criterio della specialità – la tutelabilità del diritto di voto sulla base di previsioni diverse dall'articolo specificamente dedicato al diritto ad elezioni libere e democratiche (cfr. *Liberal Party c. United Kingdom* (1980) 4 EHRR 106, par. 14-16; *Anchugov and Gladkov*, par. 113-116; *Ždanoka c. Latvia* (2006) 45 EHRR 478, par. 141).

Per quanto invece riguarda l'utilizzo dell'art. 3 del Prot. 1, la *Supreme Court* ha constatato – sia nell'opinione di maggioranza (diffusamente), sia nell'opinione concorrente di Lord Neuberger (cfr. par. 44-46) – come il significato letterale della disposizione porti ad escludere dal relativo campo di applicazione le consultazioni referendarie.

La prima metà dell'art. 3 (“le Alte Parti contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni”) impone infatti un dovere di “prestazione” politica gravante sulla sfera pubblica, consistente nel garantire periodicamente libere elezioni, coesenziali al carattere democratico dell'ordinamento. La seconda metà dell'articolo (“a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo”) è diretta invece a precisare quali sono le caratteristiche qualitative di tale evento democratico garantito. La proposizione dalla quale dipende la risoluzione della fattispecie analizzata dalla *Supreme Court* – ovvero “in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo” – non si dovrebbe quindi applicare ad ogni consultazione elettorale, ma soltanto a quelle connotate come periodiche e che siano dirette alla

scelta del corpo legislativo (per un commento al testo cfr. M. Starita, *Art. 3 Prot. 1*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2011, pp. 832 ss.).

Il dato letterale della disposizione, che utilizza i termini “elezioni”, “intervalli ragionevoli” e “scelta del corpo legislativo”, escluderebbe quindi le consultazioni referendarie dal campo di applicazione della norma, in quanto strumento di partecipazione democratica fondato sì sul diritto di voto, ma non connotato dai tre caratteri citati.

Anche la giurisprudenza della Corte EDU sembra confermare questa impostazione, posto che in vari casi è stata esclusa l'applicazione dell'art. 3, Prot. 1, della CEDU alle consultazioni referendarie. Così nel caso del referendum sulla permanenza del Regno Unito nella CEE del 1975 (*X c. United Kingdom* (Application No 7096/75, 3 October 1975), nei referendum sull'accesso all'Unione europea della Lettonia (*Ž c. Latvia* (Application No 14755/03, 26 January 2006)) e della Polonia (*Niedźwiedź c. Poland* (2008) 47 EHRR SE6), nonché nel caso del referendum britannico sul c.d. voto alternativo (in sostituzione del metodo *majoritarian* del “*first-past-the-post*”; cfr. *McLean & Cole c. United Kingdom*). Inoltre, la Corte EDU ha analogamente escluso la copertura del medesimo articolo anche per le elezioni locali (cfr. ancora *McLean & Cole c. UK*) e presidenziali (così in *Anchugov and Gladkov c. Russia* [2013] ECHR 638), la letteralità della disposizione richiedendo che si tratti di elezioni dell'organo legislativo (indipendentemente dalla natura dello stesso, di modo che anche l'elezione del Parlamento europeo è stata fatta ricadere sotto la specifica tutela CEDU nel caso *Matthews c. UK* (1999) 28 EHRR 361).

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui casi di referendum per l'accesso all'Unione europea (casi *Z c. Latvia* e *Niedźwiedź c. Poland*) presenterebbe un adeguato livello di analogia strutturale con il referendum secessionista scozzese, così che la *Supreme Court* del Regno Unito si è potuta avvalere proprio dell'interpretazione già consolidata a livello internazionale per respingere le richieste di tutela dei detenuti; interpretazione che è stata usata però come argomento nell'ambito di un ragionamento giuridico più ampio, svolto sulla base del diritto interno. Infatti, per il sistema dello *Human Rights Act 1998*, in forza dell'incorporazione del catalogo dei diritti CEDU il giudice nazionale – chiamato alla loro tutela – non impiega le disposizioni della Convenzione come mere norme internazionali, ma come

proprio diritto; quale conseguenza, la *Supreme Court* non è vincolata ai precedenti della Corte EDU (sec. 2 dello *Human Rights Act 1998*), ma nondimeno normalmente si attiene agli stessi quando – come sostenuto dall’opinione di maggioranza per questo caso – esista una “*clear and constant line of decisions*” della Corte di Strasburgo che delinea adeguatamente lo scopo della CEDU (cfr. il par. 13 della decisione).

L’opinione di maggioranza, nell’aderire all’interpretazione letterale dell’art. 3 anche per quanto riguarda la specifica fattispecie del referendum di tipo secessionista, ha optato quindi per una soluzione ermeneutica mediante la quale la giurisprudenza nazionale non innova rispetto alle interpretazioni della CEDU (e relativo standard di tutela) già offerte dalla Corte di Strasburgo.

D’altro lato, le opinioni di minoranza hanno evidenziato come altre ricostruzioni interpretative fossero possibili, prospettando l’opportunità di un *distinguishing* nella decisione (nazionale) da rendere nel caso di specie, la cui fattispecie si discosterebbe significativamente dai precedenti della Corte EDU sopra citati.

Esisterebbe infatti una rilevante differenza tra le varie fattispecie di referendum, che imporrebbe al giudice nazionale di dare una propria interpretazione dell’art. 3, Prot. 1, valida ai fini specifici (e non trattati dalla Corte EDU) della consultazione popolare secessionista; interpretazione nella quale andrebbero impiegati non più i criteri ermeneutici letterali, bensì altre tecniche di esegesi maggiormente orientate ai valori di fondo della Convenzione. Andrebbero cioè valorizzate quelle tecniche di interpretazione – già prospettate dall’art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, dove accanto al significato letterale si fa riferimento anche criteri di interpretazione sistematica (fondati su scopi e oggetto del trattato, nonché sull’intenzione delle Parti) – che si pongono come maggiormente aderenti al metodo dell’interpretazione dei testi costituzionali, cui anche la natura della Convenzione europea si andrebbe avvicinando (cfr. – per tali prospettive – già a partire da L. Wildhaber, *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 161 ss. e S. Greer, *Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, p. 405 ss.).

5. – Le opinioni dissenzienti sono quindi incentrate sulla relativizzazione dei risultati dell’interpretazione letterale dell’art. 3, Prot. 1, in quanto criterio ermeneutico che la giurisprudenza della stessa Corte EDU ha considerato non necessariamente

prioritario (cfr. *Pretto c. Italy* (1983) 6 EHRR 182). Infatti, alle argomentazioni letterali dell'opinione maggioritaria è possibile muovere delle obiezioni di portata più sistematica, sia focalizzate sulla natura peculiare del referendum secessionista scozzese (cfr. in questo paragrafo), sia relative alle modalità di interpretazione della CEDU e al ruolo dei valori democratici nell'ambito della stessa (cfr. il successivo par. 6 di questa nota).

Per mezzo del primo ordine di rilievi, relativi alla particolarità della natura del referendum scozzese del 2014, si opera in particolare una forte distinzione tra i precedenti della Corte EDU nei quali si è esclusa l'applicabilità dell'art. 3 a consultazioni elettorali di carattere non legislativo e la fattispecie specifica del referendum secessionista. Non si tratta infatti di un referendum di tipo abrogativo o confermativo (su una legge, come nel caso *Bader c. Austria*), per mezzo di tale consultazione definendosi invece – appunto – lo status costituzionale del legislatore stesso (sostanzialmente decidendo se quello scozzese debba essere un Parlamento sovrano o meno, e se il Parlamento di Westminster debba continuare a rappresentare anche il popolo scozzese); si ricadrebbe quindi in una situazione non dissimile dall'elezione del legislativo, ed anzi logicamente presupposta alla stessa, così che se l'art. 3 del Prot. 1 protegge effettivamente le elezioni periodiche dei Parlamenti, allora – *a fortiori* – dovrebbero ricondursi alla tutela per suo tramite anche le votazioni che ne definiscono una volta per tutte lo status (cfr. le opinioni dissenzienti di Lord Kerr e Lord Wilson).

In questo senso, anche i referendum per l'accesso all'Unione – che presentano una parziale identità strutturale con quello secessionista (costituendone in un certo senso l'opposto), e che la Corte EDU ha nondimeno escluso dal campo di applicazione dell'art 3 (cfr. ancora i casi *Z c. Latvia* e *Niedźwiedź c. Poland*) – non potrebbero essere validamente invocati per fondare un'interpretazione preclusiva della tutela nel caso di specie. Si sarebbe infatti potuta rilevare una sostanziale differenza tra la cessione dell'esercizio di una parte della sovranità (parlamentare) ad un ente più ampio (come l'Unione europea, al cui governo l'ente statale – e il relativo potere legislativo – continua a partecipare in forme diverse) e la vera e propria eliminazione di qualunque ruolo di un legislatore attualmente esistente, ma che cesserebbe dalle sue funzioni con la creazione di un nuovo Stato (cfr. l'opinione di Lord Wilson, par. 102).

Ancora più nello specifico, la stessa giurisprudenza della Corte EDU sembra offrire degli argomenti per escludere l'identità tra le fattispecie dalla stessa già analizzate e il caso del referendum secessionista. Nel caso *X c. United Kingdom* – in particolare – la Commissione europea dei diritti dell'uomo aveva affermato che il referendum per la permanenza del Regno Unito nell'Unione europea ricadeva al di fuori del campo applicativo dell'art. 3, Prot. 1 in quanto, da un lato, presentava carattere puramente consultivo e, d'altro lato, non vi era nessuna obbligazione legale di organizzare tale referendum; entrambi criteri che, invece, stante la disciplina adottata sulla base dell'accordo di Edimburgo, sarebbero da considerare come soddisfatti dalla struttura del referendum per la secessione della Scozia.

Inoltre, nel caso *McLean and Cole*, la Corte EDU al par. 33 aveva affermato che “*there is nothing in the nature of the referendum at issue in the present case which would lead the Court to reach a different conclusion here*”, sottendendo che sebbene la consultazione analizzata in quel caso non poteva essere ricondotta all'art. 3, nondimeno non era escluso che quesiti diversamente formulati e strutturati avrebbero potuto rientrare tra gli scopi della protezione CEDU di elezioni libere e democratiche.

A fronte di tale ricostruzione alternativa, sarebbe quindi venuta a mancare una giurisprudenza della Corte EDU a cui la *Supreme Court* si potesse rifare adesivamente per l'interpretazione dell'art. 3, che rimarrebbe invece privo di precedenti in termini e aperto pertanto ad una ri-espansione del ruolo di interprete del giudice nazionale (che potrebbe allora usare pienamente la disposizione convenzionale come diritto interno, incorporato). Così argomentando, la Corte suprema del Regno Unito avrebbe potuto assumere una decisione alternativa, tale da porsi non contro, ma “oltre”, la giurisprudenza della Corte EDU (della quale sarebbero prospettabili ipotetiche evoluzioni giurisprudenziali sul punto del referendum secessionista, se la fattispecie gli fosse poi sottoposta); il giudice nazionale avrebbe potuto cioè interpretare immediatamente e da sé la CEDU, proprio in quanto sul punto sussisterebbe una lacuna nei precedenti della Corte di Strasburgo (cfr. il par. 105 nell'opinione dissenziente).

La sec. 2(1) dello *Human Rights Act 1998* obbliga il giudice nazionale britannico semplicemente a “tenere in considerazione” la giurisprudenza della Corte EDU nell'interpretare i diritti incorporati nell'ordinamento britannico. Per il sistema dello *Human Rights Act* la *Supreme Court* dovrebbe quindi seguire di norma le interpretazioni

offerte dalla Corte di Strasburgo quando esiste “*a clear and constant line of decisions*”, ma purché gli effetti di tale giurisprudenza non siano “*inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of [UK] law*” e i ragionamenti sottesi alla giurisprudenza internazionale non appaiano “*to overlook or misunderstand some argument or point of principle*” (cfr. *Manchester City Council c. Pinnock* (Nos 1 and 2) [2011] 2 AC 104, par. 48; e cfr. anche *Rabone c. Pennine Care NHS Trust* [2012] 2 AC 72, par. 112, *In re G (Adoption: Unmarried Couple)* [2009] AC 173 e, per la prima formulazione compiuta di questa prassi, *R (Alconbury Developments Ltd) c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295, par. 26). Impostazione, questa citata, che coniuga – per il giudice britannico – la non vincolatività delle interpretazioni della Corte EDU con un’ordinaria conformazione ai relativi precedenti, in assenza di forti ragioni di incompatibilità con l’ordinamento interno; il tutto secondo una ricostruzione del sistema delle fonti che, negli effetti finali, riconosce una consistenza del vincolo ai precedenti che in linea di principio non è dissimile da quella che la Corte costituzionale italiana ha ricostruito – sulla base dell’art. 117, co. 1, Cost. – come regola generale, ma fatta salva la verifica della coerenza con le norme di rango costituzionale (cfr. sentenze 348 e 349/2007, che in Italia accentrano di fatto in capo alla Corte costituzionale la verifica dell’esigenza di discostarsi dai precedenti della Corte EDU, mentre nel Regno Unito tale accertamento rimane naturalmente diffuso nel corpo giudiziario).

Su tali basi, la questione va rideclinata proceduralmente al fine di individuare le modalità di condotta che il giudice nazionale britannico deve seguire in caso – appunto – dovesse mancare una giurisprudenza specifica della Corte EDU; e, quindi, per definire quale grado di libertà avrebbe avuto la *Supreme Court* nell’eventualmente offrire *ex novo* un’esegesi dell’art. 3 ai fini del referendum secessionista scozzese, stabilendo se la stessa possa o meno considerarsi abilitata a fornire delle interpretazioni evolutive della Convenzione, che vadano oltre il dato letterale.

Sul punto, nella giurisprudenza del Regno Unito è fondamentale il c.d. *Ullab principle*, come formulato da Lord Bingham of Cornhill (che pure in un caso precedente, *In Brown c. Stott* [2003] 1 AC 681, aveva parlato della CEDU come di un “*living tree*”). Sulla base di tale regola di giudizio le Corti nazionali devono assumere un atteggiamento deferente verso gli standard di tutela dei diritti definiti a livello internazionale, garantendo – da un lato – che non vi siano arretramenti dai livelli di

tutela rispetto a quanto definito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma – d’altro lato – anche non contribuendo unilateralmente ad evoluzioni ulteriori degli standard (“*the duty of national Courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less*”, così in *R (Ullah) c. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323, par. 20).

Tale posizione sarebbe fondata sulla natura comunque ibrida della CEDU, ai fini dell’ordinamento britannico: per quanto le disposizioni CEDU siano incorporate nello *Human Rights Act 1998* (e quindi costituiscano *domestic law*, la cui interpretazione è affidata al giudice nazionale; così in *In re McKerr* [2004] UKHL 12, [2004] 1 WLR 807, par. 63), al contempo esse rimangono pur sempre uno strumento internazionale, la cui corretta interpretazione è riservata alla Corte EDU, di modo che tra le due dimensioni – interna e internazionale – è sempre opportuno mantenere una forte coerenza (evitando divergenze interpretative).

L’applicazione rigorosa del principio affermato nel caso *Ullah* è stata fatta oggetto però di riflessioni ulteriori, nell’ambito delle quali i giudici della *Supreme Court* hanno espresso a più riprese riserve e una certa insofferenza verso un vincolo alla giurisprudenza della Corte EDU che, così come descritto in prima battuta, si sarebbe presentato quale vincolo troppo stringente; cfr. ad esempio Lord Brown of Eaton-under-Heywood in *R (Al-Skeini) c. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, par. 106; Lord Bingham in *Secretary of State for the Home Department c. JJ* [2007] UKHL 45, par. 19; Lord Hope of Craighead in *In re G (Adoption: Unmarried Couple)* [2008] UKHL 38, par. 50; Lord Phillips of Worth Matravers in *R c. Horncastle* [2009] UKSC 14, par. 11; Lord Neuberger in *Manchester City Council c. Pinnock* [2011] UKSC 6, par. 48; Lord Kerr in *Ambrose c. Harris* [2011] UKSC 43, par. 126-130; Lord Mance in *R (Chester) c. Secretary of State for Justice*, par. 27; Lord Sumption in *R (Chester) c. Secretary of State for Justice*, par. 121; Lord Neuberger in *Surrey County Council c. P* [2014] UKSC 19, par. 62.

Per quanto riguarda nello specifico il profilo limitante riconducibile all’impossibilità di portare le interpretazioni della CEDU a sviluppi ulteriori rispetto a quelli già consolidati nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, vanno evidenziate le riflessioni di Lord Brown nel caso *Rabone*, dalle quali sembra emergere – quale idea di fondo – l’opportunità di ricondurre il c.d. *Ullah principle* alla semplice regola di condotta per cui il giudice nazionale non deve proattivamente volgersi alla ricerca di nuove violazioni dei diritti della Convenzione (alla rincorsa di artificiose elevazioni

dello standard di tutela, in concorrenza con la Corte EDU), a meno che – però – a tale evoluzione rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo non sia chiaramente obbligato dall'interpretazione del diritto interno e della CEDU stessa.

A tale ultimo riguardo, infatti, si è osservato che sarebbe assurdo – se una tutela fosse enucleabile interpretativamente *ex novo* a partire dalla CEDU, ma la Corte di Strasburgo non avesse ancora avuto occasione di pronunciarsi su quello specifico profilo – che il giudice nazionale dovesse attendere, per offrire tutela, il verificarsi di una violazione in concreto; eventualmente ponendo in essere tale violazione egli stesso, per fondare l'interpretazione delle disposizioni CEDU (che peraltro sono comunque diritto nazionale, incorporato) anche sul piano internazionale (cfr. così in *Rabone c. Pennine Care NHS Trust* [2012] UKSC 2, par. 112).

Inoltre, l'esistenza di un dovere per il giudice nazionale – *ex sec. 6* dello *Human Rights Act 1998* – di non agire in modo incompatibile con i diritti della Convenzione è sembrata richiedere logicamente che il giudice nazionale (chiamato a dare tutela prima dell'eventuale intervento sussidiario della Corte EDU) si debba pronunciare sull'esistenza di diritti convenzionali anche quando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non ha ancora avuto occasione di dare una chiara risposta sulla desumibilità dalla CEDU della tutela invocata – per ora – davanti al solo giudice nazionale (cfr. per le premesse di questo ragionamento Lord Kerr in *Surrey County Council c. P*, par. 86).

A fronte di ciò, si può affermare che nell'impostazione seguita dalla *Supreme Court* si è verificata un'evoluzione significativa rispetto alla prima – semplicistica – affermazione del principio di non modificazione dello standard di tutela convenzionale, sottesa al caso *Ullah*.

In particolare, qualora non vi siano precedenti rilevanti della Corte di Strasburgo con i quali sia possibile (e quindi “appropriato” ai sensi dello *Human Rights Act 1998*) per il giudice nazionale di conformarsi nella propria decisione interna, la *Supreme Court* ritiene ora di potere e dovere sviluppare autonomamente l'interpretazione della CEDU, per offrire una tutela completa dei diritti individuali (quali diritti, al contempo, convenzionali e domestici).

Buona parte delle opinioni affermate nella giurisprudenza più recente sembrano infatti deporre per l'autonomia nazionale nella determinazione dell'esistenza di diritti convenzionali. Ciò con l'unico limite per cui, nell'individuare interpretativamente tali

ipotesi di tutela (non letterali), la *Supreme Court* ritiene comunque utile (per coerenza tra le due dimensioni – interna e internazionale – del catalogo dei diritti CEDU) tenere in conto tutte le decisioni della Corte di Strasburgo indirettamente rilevanti per apprezzare gli spazi interpretativi (sistematici, storici, valoriali) della CEDU in modo da adottare – a livello nazionale – la decisione che si ritiene potrebbe essere un “*natural development*” della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; ovvero, come sarebbe stato nel caso di specie, per verificare quale decisione sarebbe prevedibilmente adottabile dalla Corte di Strasburgo – in punto di interpretazione dell’art. 3, del Prot. 1 – in una fattispecie come quella del referendum secessionista.

L’interpretazione evolutiva della CEDU da parte del giudice nazionale britannico è quindi astrattamente ammissibile (sebbene nel caso di specie l’opinione di maggioranza non abbia ritenuto di procedere in questo senso) e, per verificare la tenuta anche in concreto delle soluzioni dissenzienti, è quindi necessario verificare se tale interpretazione non letterale – evolutiva – sarebbe stata possibile nel caso di specie.

6. – Un percorso decisionale alternativo a quello prospettato nella sentenza *Moohan* sarebbe quindi volto a verificare se l’art. 3, Prot. 1, CEDU sia interpretabile evolutivamente da parte del giudice nazionale britannico come garanzia idonea a coprire anche un referendum sullo status indipendente o meno del legislatore scozzese. A tal fine sono quindi possibili tre ordini di considerazioni più generali sulla portata della Convenzione stessa, che trascendono il solo ordinamento britannico e che – in particolare – sono incentrati sul come interpretare la CEDU alla luce del diritto internazionale generale, dei lavori preparatori e dei valori complessivi sottesi alla sua sistematica democratica.

Per quanto riguarda il primo profilo, va notato che la *Supreme Court* ha respinto l’argomento fondato sul diritto internazionale, la cui portata rimane comunque significativa ai fini di una più generale riflessione sull’interpretazione dell’art. 3, Prot. 1, CEDU.

Infatti, l’art. 25 del Patto internazionale sui diritti civili e politici protegge specificamente il diritto a partecipare a referendum sull’autodeterminazione (cfr. i par. a e b, dell’art. 25 e quanto statuito dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani nel par. 6 del commento generale adottato *ex art.* 40, par. 4 del Patto, il 27 agosto

1996, e in *Gillot c. France* (Communication No 932/2000) (2002) 10 IHRR 22, per l'autodeterminazione della Nuova Caledonia). A riguardo, tuttavia, l'opinione di maggioranza ha escluso che tale previsione possa essere usata come disposizione idonea a fondare un'autonoma obbligazione per il Regno Unito (in quanto manca l'incorporazione nel diritto domestico; cfr. il par. 30 della sentenza e i casi *In re McKerr* [2004] 1 WLR 807, par. 25 e 62-63; *R c. Secretary of State for the Home Department, Ex p Brind* [1991] 1 AC 696, pp. 747G-748F), e certamente la medesima disposizione non è neppure impiegabile per fondare un *judicial review* della legislazione scozzese (in quanto, dai parametri che – *ex sec. 29(2)* dello *Scotland Act 1998* – possono limitare l'attività del Parlamento scozzese, la lettura combinata con la successiva *sec.126(10)* esclude logicamente gli strumenti di diritto internazionali che non siano riconducibili al diritto UE o alla CEDU; in questo senso cfr. anche la portata della *sec. 35(1)*, come precisata in *Whaley c. Lord Advocate* 2008 SC (HL) 107, par. 8-9).

Nondimeno, pur nella diversità della formulazione letterale, non è impossibile individuare una parziale comparabilità dello scopo dell'art. 25 del Patto internazionale sui diritti civili e politici con l'art. 3 del Prot. 1 CEDU, posta la loro comune strumentalità alla tutela di forme di suffragio assunte quale mezzo di partecipazione democratica.

Più in particolare, per quanto riguarda la specifica fattispecie del referendum secessionista scozzese, la mancata incorporazione del Patto nell'ordinamento del Regno Unito non escluderebbe comunque che l'art. 3, Prot. 1, della CEDU possa essere interpretato alla luce di quelle disposizioni del Patto che sono considerate non mero diritto pattizio, in quanto ricognitive dello *ius cogens*. In questo senso, riconoscendo il diritto all'autodeterminazione dei popoli, l'art. 1 del Patto andrebbe inteso come disposizione direttamente applicabile a prescindere dalla *incorporation* (cfr. il par. 82 nell'opinione dissenziente di Lord Kerr), e l'art. 25 del medesimo Patto – nel combinato disposto con l'art. 1 e quale espressione di uno degli strumenti con cui può esprimersi il diritto internazionale generale all'autodeterminazione – sarebbe allora in grado di estendere per tale via la sua efficacia anche come ausilio interpretativo dell'art. 3 del Prot. 1 della CEDU (in quanto lo *ius cogens* vincola l'interpretazione di tutto il diritto internazionale e, quindi, il diritto CEDU a libere elezioni dovrebbe essere reso per quanto più possibile compatibile con le esigenze di tutela del diritto all'autodeterminazione dei popoli).

Accanto a tale argomento esterno alla sistematica della CEDU, vanno poi considerate le possibilità interpretative connesse alla Convenzione stessa, che possano portare ad un'esegesi del campo di applicazione dell'art. 3, Prot. 1 come non confinato alle elezioni parlamentari.

In questo senso, il ricorso ai lavori preparatori pare deporre per un'interpretazione dell'intenzione delle Parti potenzialmente diversa dal significato letterale impiegato dalla *Supreme Court*. L'intenzione soggettiva posta alla base della CEDU è infatti rilevante *ex* ultimo comma dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ed è ritenuta desumibile anche da mezzi complementari d'interpretazione quali – appunto – i lavori preparatori, specificamente contemplati dall'art. 32 della medesima Convenzione.

In questo senso, è particolarmente significativo osservare come nella stesura dell'art. 3 del Prot. 1 si fosse parlato di “scelta del corpo legislativo” (“*choice of the legislature*” / “*choix du corps législatif*”) perché le due monarchie formalmente costituzionali partecipanti al Consiglio d'Europa (Svezia e Norvegia) avevano manifestato delle difficoltà ad accettare formulazioni più ampie, che prevedessero – in generale – una garanzia di decisione elettorale, libera e democratica, sulle questioni “di governo”. La stesura dell'art 3 era quindi stata effettuata anche sulla base di tale contingenza, tenendo presente principalmente la divisione dei poteri: muovendo da questa impostazione, pertanto, era logico esprimere il diritto a elezioni libere – esclusi l'esecutivo e il giudiziario – come diritto di partecipare ai rinnovi periodici del legislativo (cfr. *Preparatory work on article 3 of Protocol No 1 to the ECHR*, Cour(86)36, p. 59).

A fronte di un'accezione legata alla divisione dei poteri, desumibile dalla volontà originaria delle Parti, un referendum istituzionale che definisca *pro futuro* lo status del legislatore ricadrebbe però allora sotto il campo di applicazione del diritto a libere elezioni, in quanto la decisione referendaria – costituendo la premessa costituzionale per le successive elezioni periodiche del nuovo Parlamento sovrano (piena espressione del potere legislativo) – integra certamente espressione di potere normativo (costituente), e non di potere esecutivo.

Infine, un terzo argomento impiegabile per sostenere un'interpretazione evolutiva dell'art. 3, Prot. 1, sarebbe stato riconducibile ad una lettura sistematica della

CEDU che valorizzasse il ruolo svolto da un generale principio democratico, immanente alla stessa.

Sebbene l'opinione di maggioranza della *Supreme Court* abbia ritenuto che i casi della Corte EDU sul campo di applicazione dell'art. 3 Prot. 1 dimostrino che l'importanza politica di una decisione democratica non è il criterio che definisce il campo di applicazione dell'art. 3 medesimo (cfr. par. 17), nondimeno nell'applicare la Convenzione come un "*living instrument*" (cfr. *Tyrer c. United Kingdom* (1978) 2 EHRR 1) la Corte EDU e le Corti nazionali hanno l'obbligo di interpretare anche l'art. 3 Prot. 1 alla luce dell'oggetto e degli scopi generali della Convenzione stessa, tra i quali è prioritario l'obiettivo di garanzia di una "*effective political democracy*", come fondamento per tutti gli altri diritti della Convenzione (cfr. i riferimenti alla democrazia nel preambolo e nei singoli articoli della CEDU, su cui – per riferimenti più ampi alla relativa giurisprudenza – si rinvia a quanto citato in *United Communist Party of Turkey c. Turkey* (1998) 26 EHRR 121, par. 45, dove tra l'altro è stato affermato che "*democracy is without doubt a fundamental feature of the European public order*").

La tutela della democrazia integra infatti un obiettivo generale della CEDU, che sarebbe frustrato non estendendo le salvaguardie previste originariamente per le ordinarie elezioni legislative anche a votazioni fondamentali, più rilevanti delle elezioni parlamentari stesse (punti 68-69 della sentenza; nel Regno Unito, peraltro, proprio l'art. 3, Prot. 1, era stato considerato dalla Grande Camera della *Supreme Court* come l'elemento fondamentale per assicurare un'effettiva democraticità dei sistemi nazionali; cfr. *R (Barclay) c. Lord Chancellor and Secretary of State for Justice* [2009] UKSC 9, par. 53).

La rilevanza democratica della decisione referendaria in questione farebbe quindi sì che – delle varie parti dell'art. 3, Prot. 1 – un ruolo prioritario sia assunto dall'esigenza di "assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo" (par. 93 della sentenza), così che l'inciso "a intervalli ragionevoli" si porrebbe come servente allo scopo partecipativo più ampio (par. 94) e la letteralità di tale inciso non potrebbe essere interpretata per contrastare l'effetto e l'obiettivo della parte principale della previsione (par. 96).

È quindi fondamentale sull'argomento democratico che la minoranza della *Supreme Court* ha prospettato una soluzione alternativa, rilevando l'incoerenza di fondo tra l'indirizzo invasivo della giurisprudenza della Corte EDU in tema di voto ai

detenuti per le elezioni politiche (a partire dal caso *Hirst*), e il ritirarsi della *Supreme Court* dall'occasione di garantire essa stessa in modo diretto (prima di future interpretazioni evolutive della Corte di Strasburgo) uno standard di protezione più elevato in una fattispecie che – per la portata valoriale dell'oggetto della decisione – *a fortiori* richiedeva una tutela forte.

In questo senso, l'interpretazione letterale dell'art 3, Prot. 1 può essere percepita come frustrante per le premesse democratiche della Convenzione, e il triplice ordine di argomenti impiegabili – legati a *ius cogens*, lavori preparatori e valori democratici – offre un qualche spunto per possibili interpretazioni evolutive future, che però la *Supreme Court* non ha voluto seguire nel caso di specie, e che non è detto sarebbero accoglibili neppure da future decisioni della Corte EDU.

Gli argomenti citati forzerebbero infatti molto in senso evolutivo l'interpretazione dell'art. 3, Prot. 1, nell'ambito di una vicenda – quella generale del voto ai detenuti – che peraltro ha registrato e continua ad evidenziare un elevato grado di tensione tra sistema CEDU ed ordinamento britannico. In tale contesto, la fattispecie concreta del referendum per la secessione scozzese, pur certamente rilevante sul piano della sua consistenza democratica, non ha consentito di svolgere – da parte del giudice nazionale – quella necessaria prognosi di futura evoluzione dell'interpretazione, anche a livello di Corte EDU, che è opportuno riscontrare per evitare scollamenti tra i significati attribuibili alle disposizioni della Convenzione (qualora alternativamente assunte o come diritto domestico, o come diritto internazionale).

La previsione di un'evoluzione nella giurisprudenza della Corte EDU non sarebbe allora sufficientemente solida (la stessa Corte già in *Anchugov and Gladkov c. Russia* avendo dimostrato di non considerare la rilevanza politica dell'elezione come criterio per estendere il campo di applicazione dell'art. 3, Prot. 1), e la prospettabilità di argomenti validi ai fini di ipotetiche interpretazioni evolutive non è stata quindi sufficiente per consigliare al giudice nazionale britannico di adottare da sé, prima dell'eventuale attivazione del rimedio sussidiario, una soluzione nuova che stabilisse un più elevato standard di tutela del suffragio universale.



ISSN 2037-6677

2015/2

**La Corte di giustizia e l’embrione umano:
una definizione meno ampia e più
funzionale, sempre scientificamente e
tecnologicamente condizionata**

**The CJEU and the human embryo: a less
extensive and more functional definition,
always scientifically and technologically
conditioned**

Marta Tomasi



La Corte di giustizia e l’embrione umano: una definizione meno ampia e più funzionale, sempre scientificamente e tecnologicamente condizionata

di Marta Tomasi

1. – Tre anni dopo la decisione del caso *Brüstle*, la Corte di giustizia dell’Unione Europea torna sulla questione relativa alla definizione del concetto di “embrione”, funzionale all’applicazione della clausola di esclusione dalla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, posta dal diritto dell’Unione Europea.

La questione giunta all’attenzione della Corte origina da una domanda brevettuale proposta dalla *International Stem Cell Corporation* all’*Intellectual Property Office* del Regno Unito, rigettata in ragione del fatto che le invenzioni esposte nella richiesta avrebbero potuto costituire utilizzazioni di embrioni, non brevettabili alla luce dell’interpretazione fornita dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza *Brüstle*.

Nel rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *High Court of Justice* di Inghilterra e Galles, la Corte di giustizia ridefinisce la configurazione dei limiti alla brevettabilità rappresentati dalle «utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali» (art. 6, par. 2, lett. c) direttiva 98/44/CE), ricalibrando l’ampia definizione fornita in precedenza, così da renderla maggiormente funzionale alla realizzazione di un bilanciamento fra i diversi interessi in gioco.

2. – L’approccio generale confermato dalla Corte di Lussemburgo è quello di privilegiare un’interpretazione ampia della nozione oggetto del rinvio pregiudiziale, destinata a produrre i suoi effetti in un contesto ben delimitato. Nel caso *Brüstle*, la nozione di “embrione umano” era stata interpretata «in senso ampio» (§34, C-34/10), così da includere non solo l’ovulo umano fecondato, ma anche l’ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e l’ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi.

La definizione «in senso ampio» elaborata dalla Corte non era tuttavia destinata a trovare applicazione *omnibus*: lungi dal voler «affrontare questioni di natura medica o etica», l’intenzione dei giudici europei era quella di «limitarsi ad un’interpretazione giuridica delle pertinenti disposizioni della direttiva» (§30, C-34/10) e di svolgere un’analisi orientata «dal senso e dallo scopo» della stessa (§27, C-34/10).

Se può dunque profilarsi all’orizzonte la questione di come stabilire l’essenza dell’umano, il ben più limitato scopo perseguito dalla Corte di Lussemburgo nel caso *Brüstle* è stato quello di individuare una definizione di embrione umano utile «ai fini dell’applicazione della direttiva» (§27, C-34/10) e quindi alla costruzione di un mercato comune all’interno del quale differenti modulazioni della tutela brevettuale rischierebbero di compromettere i meccanismi della concorrenza e della competizione (§28, C-34-10). Come chiarito in quel caso nelle conclusioni dell’Avvocato generale Bot, dalla definizione individuata dalla Corte non potranno in alcun caso ricavarsi «conseguenze altrettanto giuridiche in altri settori che riguardano la vita umana ma che sono situati ad un livello diverso, ed, innanzitutto, al di fuori del diritto dell’Unione» (§49, conclusioni dell’avvocato generale Bot). I principi elaborati non potranno in alcun modo estendersi ad ambiti, quali la tutela della salute e l’autodeterminazione della donna, altri rispetto a quello interessato dalla direttiva (P.I. D’Andrea, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali*, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 luglio 2012).

3. – Ricostruito il punto di approdo della pronuncia del 2011, confermato nel suo assetto sostanziale dalla più recente decisione in commento, è agevole identificare il profilo sul quale interviene il chiarimento interpretativo richiesto alla Corte di giustizia.

La domanda pregiudiziale proposta dalla *High Court of Justice* si propone come finalità quella di chiarire se gli ovuli umani non fecondati, stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso la partenogenesi, debbano essere compresi nell'espressione "embrioni umani", di cui all'art. 6, par. 2, lett. c) della direttiva. Tale dubbio sorge, in particolare, dalla considerazione del fatto che essi, a differenza degli ovuli fecondati, contengono unicamente cellule pluripotenti e non sono in grado di svilupparsi in esseri umani.

Secondo il giudice del rinvio, il ragionamento svolto nella decisione di pochi anni prima non avrebbe consentito di affermare con la dovuta certezza che la Corte di giustizia avrebbe risposto allo stesso modo laddove si fosse trovata di fronte la specificazione fornita nella questione sottoposta nel caso di specie.

Isolata dal contesto argomentativo che la precede, la portata letterale della massima della sentenza *Brüstle* appare in effetti piuttosto chiara nel ricomprendere nella definizione di embrione «qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi». Tracciando un parallelo con gli ovuli fecondati, quindi, la Corte aveva identificato nella capacità di «dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano» (§35 e §36, C-34/10) il criterio decisivo per poter qualificare un ovulo non fecondato come "embrione umano".

Bisogna notare che al ristretto ambito materiale di applicazione della nozione configurata dalla sentenza del 2011 – quello della direttiva sulla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche – soggiace un complesso bilanciamento, reso manifesto dal giudice del rinvio. L'inclusione del prodotto della partenogenesi – il c.d. partenote – nella nozione di embrione rischierebbe di sbilanciare in maniera irragionevole l'assetto di equilibri costruito dalla direttiva, introducendo un ostacolo al raggiungimento dell'obiettivo della promozione della ricerca scientifica in ambito biotecnologico e producendo una assolutizzazione difficilmente giustificabile della tutela della dignità e integrità della persona.

La chiave di lettura utile a ricondurre a ragionevolezza le affermazioni della Corte del caso *Brüstle* è rinvenibile nella attenta ricostruzione presentata nelle conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón: l'argomentazione sviluppata nella sentenza *Brüstle* chiarisce l'intento della Corte di stabilire una equivalenza funzionale fra ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non

fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi. Tale equivalenza potrebbe essere sostenuta solo laddove gli ovuli non fecondati fossero – così come quelli fecondati – nelle condizioni di poter evolvere in un essere umano formato.

Siffatta capacità deriverebbe agli ovuli umani non fecondati stimolati a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi solo a seguito di interventi di manipolazione genetica supplementari (esplicitamente esclusi nelle richieste brevettuali presentate nel caso concreto).

Considerato l'immenso potenziale dell'impiego di cellule staminali a fini di ricerca – richiamato dal giudice di rinvio – sarebbe dunque opportuno escludere dall'ampia definizione perimetrata dai giudici europei nel 2011 quelle entità biologiche che, pur essendo in grado di avviarsi allo sviluppo di un essere umano, non siano nelle condizioni di portare a completamento tale processo.

La lettura prospettata dall'Avvocato generale è stata avvalorata dalla Corte, secondo la quale il criterio dirimente del quale si dovrebbe tenere conto per stabilire se un ovulo non fecondato sia un embrione umano è quello della sua *capacità intrinseca* di svilupparsi in un essere umano («per poter essere qualificato come «embrione umano», un ovulo umano non fecondato deve necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano. [...] nell'ipotesi in cui un ovulo umano non fecondato non soddisfi tale condizione, il solo fatto che tale organismo inizi un processo di sviluppo non è sufficiente per considerarlo un “embrione umano”, ai sensi e ai fini dell'applicazione della direttiva 98/44», §28 e §29, C-364/13).

La definizione, che rappresenta l'elemento determinante per assestare il bilanciamento fra i diversi interessi in gioco (la promozione dello sviluppo della ricerca e la dovuta protezione della natura umana) è profondamente condizionata dagli avanzamenti della scienza e dalle tecnologie disponibili.

4. – È proprio il carattere scientificamente e tecnologicamente condizionato della definizione un ulteriore elemento cardine di entrambe le decisioni della Corte, quella del 2011 e quella del 2014, che ne segna e qualifica il rapporto consequenziale.

Le due decisioni sono infatti basate su un sostrato informativo non del tutto identico: mentre nella causa che ha dato luogo alla sentenza Brüstle risultava, dalle osservazioni presentate in giudizio, che un ovulo non fecondato, indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi, avesse la capacità di evolversi in essere umano, l'opinione diametralmente opposta era concordemente sostenuta da tutte le parti intervenute nella causa più recente. Il giudice del rinvio della causa in commento, in linea con l'opinione di tutti coloro che hanno presentato osservazioni scritte davanti alla Corte, avrebbe sottolineato che «secondo le conoscenze scientifiche di cui dispone, un partenote umano, per effetto della tecnica usata per ottenerlo, non è in grado in quanto tale di dare inizio al processo di sviluppo che conduce ad un essere umano» (§33, C-364/13).

Questa asimmetria nella documentazione, secondo l'avvocato generale Cruz Villalón «non rappresenta la peculiarità meno importante del caso di specie» poiché, come era già stato notato dall'avvocato generale Bot nelle conclusioni relative alla causa Brüstle, l'individuazione di una soluzione accettabile e condivisa, in materie profondamente e direttamente dipendenti dallo stato delle conoscenze, non può che basarsi su dati oggettivi ed acquisiti dalla scienza (§47, conclusioni dell'avvocato generale Bot).

La sentenza in commento conferma che proprio la poco informata rappresentazione della realtà scientifica avrebbe portato la Corte del caso Brüstle ad equiparare, dal punto di vista funzionale, l'ovulo non fecondato attivato per partenogenesi a quello fecondato, senza ulteriori specificazioni, determinando un *vulnus* nell'adeguatezza scientifica dell'argomentazione svolta (S. Penasa, La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di "embrione umano": l'ultima (?) fase della saga Brüstle, Forum di Quaderni Costituzionali, 7 gennaio 2015).

Il carattere profondamente condizionato – tecnologicamente e dunque temporalmente – della definizione di embrione costruita in queste sentenze riaffiora dalla risposta "esclusiva" dell'avvocato generale Cruz Villalón che propone di sottrarre *con riserva* il partenote alla definizione di embrione, non potendo escludere che in futuro manipolazioni genetiche possano condurre tale entità biologica allo sviluppo completo di un essere umano. Si tratta di soluzioni che valgono solo «al momento della loro formulazione», che potranno essere incise in futuro dai progressi della conoscenza, basandosi sull'oggettività, pur temporanea, di

un'acquisizione, di un silenzio o di una incapacità di dimostrare (§48, conclusioni dell'avvocato generale Bot).

E torna, in questo caso come nel precedente, la delega al giudice nazionale, incaricato di verificare se, «alla luce delle conoscenze sufficientemente comprovate e convalidate dalla scienza medica internazionale», partenoti umani abbiano o meno la capacità intrinseca di svilupparsi in esseri umani (§36, C-364/13).

Un recipiente, la definizione di embrione umano elaborata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, condizionato allo spazio di applicazione e al tempo, la cui forma e il cui grado di capienza sono stabiliti dalla giurisprudenza nazionale sulla base delle acquisizioni e degli sviluppi della scienza.



ISSN 2037-6677

2015/2

Sui costi privati del pubblico interesse nella comunicazione giornalistica

On private costs of public interest in journal communication

Marta Ferrara

Tag: journalism, ECHR, Haldimann



Sui costi privati del pubblico interesse nella comunicazione giornalistica – Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Haldimann et autres c. Suisse*, 24 febbraio 2015, ric. n. 21830/09

di Marta Ferrara

1. – Lo scorso febbraio la Corte Edu è stata chiamata a giudicare della condanna penale erogata dal Tribunale federale svizzero nei confronti di quattro giornalisti, a seguito della messa in onda televisiva di un reportage sulla vendita di prodotti assicurativi, da loro realizzato; l’inchiesta era stata condotta in forma di conversazione con un broker, ignaro di essere ripreso da una telecamera nascosta.

Sulla scorta degli artt. 179 bis e ter c.p., che vietano rispettivamente la riproduzione e la registrazione non autorizzata di conversazioni, il Tribunale elvetico aveva irrogato una sanzione pecuniaria variamente commisurata tra le parti, nonostante fosse stato garantito all’assicuratore l’anonimato, mediante l’alterazione della voce e la pixelatura delle immagini che lo ritraevano.

In sede sovranazionale, le doglianze presentate dai ricorrenti nei confronti del Governo, incentrate principalmente sulla lesione del diritto di informazione (art. 10, par. I CEDU), vengono accolte sulla base di un ragionamento tanto estensivo delle maglie della libertà di espressione, quanto rigoroso sulle ingerenze statali (art. 10, par. II). Sin qui, nulla di più di una conferma del trend in materia di libertà di stampa e media (*Handyside c. United Kingdom*, 1976; *Sunday Times c. United Kingdom*,

II, 1991; Van Hannover c. Germania, 2004; Belpietro c. Italia, 2013), si sarebbe portati a sostenere, se non fosse che è la prima volta che i giudici di Strasburgo ritengono convenzionalmente legittimo l'uso di telecamere nascoste per un'inchiesta giornalistica che, proprio per le modalità con cui è stata condotta, viola la privacy del soggetto filmato (art. 8, par. I CEDU), come sottolinea il comunicato stampa diffuso dalla Corte nel giorno stesso della decisione (*Convinction of journalists for an interview using an hidden camera infringed their freedom of expression*, in hudoc.echr.coe.int).

Procedendo con ordine, il costrutto della pronuncia muove da un dato ormai acquisito, consistente nel ruolo democratico svolto dal giornalista entro la società, su cui convergono da tempo sia la giurisprudenza della Corte, sia l'attività monitoria del Consiglio d'Europa nei confronti degli Stati parte della Convenzione: lo dimostrano la recente attivazione della Piattaforma di monitoraggio per la salvaguardia della libertà di informazione e la sicurezza dei giornalisti (www.coe.int/en/web/media-freedom/home), nonché la frequenza con cui si susseguono dichiarazioni di principio sulla funzione sociale della stampa – “the vital public-watchdog role of the press” (*Goodwin v. the United Kingdom*, 1996, § 39; *Handyside c. United Kingdom*, 1976, § 48) - e statuizioni – “Member States have ... a positive obligation under Articles 2 and 10 of the Convention to protect journalists against attacks on their lives and freedom of expression, and prevent impunity of the perpetrators” (*Resolution 1920 (2013)*), *The state of media freedom in Europe*, p.1) -, che lasciano altresì intuire l'ampiezza interpretativa conferita all'art. 10 CEDU (A. Saccucci, *Libertà di informazione e rispetto della vita privata delle personalità politiche e di governo secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. um. e dir. int.*, 4, 2010, 105-24). Prosegue, quindi, attraverso argomentazioni che muovono nella direzione di una riformulazione del bilanciamento effettuato dal giudice interno tra la libertà di informazione e la tutela della riservatezza privata. Ed è proprio tale ultimo passaggio, peraltro non unanime, data la dissenting opinion espressa dal giudice belga Lemmens, a costituire l'*aliquid novi* della pronuncia in esame, come si tenterà oltre di dimostrare.

2. – Come molte tra le fattispecie convenzionali, la disposizione dell'art. 10 CEDU nel mentre accorda la più ampia tutela al diritto a ricevere e comunicare

informazioni od idee, ne restringe la portata in alcune ipotesi tassative, in cui è ammesso l'intervento dello Stato (par. 2), purché l'ingerenza - preventiva o successiva - sia provvista di una copertura legale, legittima nel fine perseguito, quindi, necessaria per assicurare il regolare svolgimento della vita democratica (Art. 10, in Commentario breve alla Convenzione dei diritti dell'Uomo, a cura di S. Bartole – S. De Sena – V. Zagrebelsky, Padova, Cedam, 2012, 398 ss.).

La giurisprudenza sovranazionale sembra tuttavia modulare il sindacato sulla non assolutezza della libertà in parola in relazione all'area "di pertinenza" delle informazioni diffuse, dando così vita ad un orientamento sulle ingerenze statali a rigidità decrescente, incentrato su tre principali temi di informazione: il dibattito politico; gli argomenti di pubblico interesse; la comunicazione commerciale (G. Ferranti, *L'evoluzione della libertà di informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappichelli, 2004, 305 ss.).

Soprattutto quando le notizie involgono questioni di rilievo pubblico, dunque, non si rintraccia nell'ottica convenzionale alcuna preclusione funzionale in ordine alle modalità di conduzione di un'inchiesta giornalistica: ciò non solo perché la formulazione dell'art. 10 nulla prevede al riguardo, lasciando volutamente aperta la strada alla versatilità strumentale; ma anche perché la stessa Corte si dichiara incompetente sul punto, riservando alla discrezionalità dell'informatore la scelta della cifra comunicativa ("Journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation", *Pedersen and Baadsgaard c. Denmark*, 2004, § 71) e delle tecniche di ricerca delle informazioni ("it is not for the Court, any more than it is for the national courts, to substitute its own views for those of the press as to what techniques of reporting should be adopted in a particular case", *Axel Springer AG c. Germany*, 2012, § 81), ed al più rilevando, nella vicenda in esame (§ 65), come in altre (*Pedersen and Baadsgaard c. Denmark*, 2004, § 79), il maggiore impatto dell'utilizzo del mezzo televisivo sulla reputazione personale del soggetto filmato, in ragione della agevole associabilità delle immagini ai tratti identificativi personali.

Nel caso de qua, in particolare, sulla scorta del principio di legalità e dei suoi corollari – riserva di legge, sul piano della fonti; accessibility e foreseeability, su quello, invece, dei contenuti normativi -, la Corte sgombra il campo dall'ipotesi che

le violazioni commesse potessero derivare dalla struttura delle fattispecie incriminatrici, carenti, secondo i ricorrenti, nell'assicurare lo standard minimo di prevedibilità degli effetti penali che discendono dalle condotte: sebbene le fattispecie penali rilevanti non rechino alcuna descrizione circa le modalità tecniche con cui può integrarsi una lesione alla reputazione personale, il legislatore svizzero ha in ogni caso previsto, secondo la Corte Edu, il reato con una norma a tutti accessibile, ed a fortiori rimproverabile a giornalisti professionisti (§§ 36-40), secondo una presunzione di diligenza professionale peraltro utilizzata in varie pronunce (Vogt c. Germania, 1995, § 48).

D'altro canto, neppure gli indizi di chiara adesione alle regole deontologiche da parte delle vittime (come l'indiscussa veridicità delle informazioni diffuse, non smentita neppure dal Governo, o l'invito rivolto al broker a partecipare alla trasmissione televisiva), sono sufficienti ad evitare la compressione della reputazione personale, che il legislatore svizzero ha inteso presidiare mediante apposita fattispecie penale (§§ 41-43).

I giudici sovranazionali ritengono, infatti, di non poter trascurare la situazione soggettiva di chi, come l'assicuratore, confidando nella spontaneità delle conversazioni intercorse con un (falso) cliente, gode di una «raisonnablement croire au caractère privé», ovvero di una ragionevole aspettativa di riservatezza, protetta dall'art. 8 CEDU (F. G. Jacobs - C. Ovey - R. C.A. White, Protection of private and family life, in *The European Convention on Human Rights*, IV ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, 241 ss., spec. 296-98). Ciò a meno di non voler considerare, come sembrano proseguire i giudici, un assicuratore non quale soggetto privato filmato a sua insaputa da una telecamera, ma come un professionista di un settore in cui si pongono in essere pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori (§ 60). Da tale ultima angolazione, infatti, il bilanciamento tra il diritto alla riservatezza personale e quello generale ad una corretta informazione sembra mutare di segno; l'interesse pubblico prevalere sulla reputazione del singolo; il margine di apprezzamento riservato allo Stato, infine, ridursi sensibilmente.

Si sta tentando di dire, in altri termini, che, una volta accertato il rispetto dei principi di legalità e di finalità legittima delle fattispecie ex artt. 179 bis e ter c.p., è il requisito della convincente necessità dell'interferenza statale nella vita

democratica ad essere dirimente per la fissazione dei limiti alla libertà di informazione nel caso di specie.

3. – L’assunto di partenza per valutare “il bisogno sociale” (Riolo c. Italia, 2008, § 57) di una condanna nei confronti dei giornalisti è, come visto, il riconoscimento del diritto ad un’informazione pluralista. Da qui, seguendo il ragionamento della Corte, se la doverosità dell’istanza punitiva trova fondamento in un interesse da tutelare, allora solo l’esistenza di un’esigenza diversa, ma superiore può rendere (convenzionalmente) ingiustificata la restrizione apposta alla libertà di espressione, scriminando in definitiva il valore della reputazione personale nella fase di bilanciamento.

Ebbene, in quest’ottica, i giudici di Strasburgo si servono dei criteri già utilizzati nel caso *Axel Springer AG c. Germania* (2012) - il contributo della condotta addebitata al dibattito pubblico (a); il ruolo ricoperto dal soggetto di cui siano state diffuse informazioni (b) ed il suo atteggiamento con la stampa (c); le modalità di ottenimento delle informazioni e la veridicità di queste ultime (d); il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione (e); infine, la severità della sanzione applicata (f) (§§ 89-95) - per valutare la legittimità dell’intervento repressivo penale.

L’approdo cui giunge la Corte nella sua ricostruzione è che l’esistenza di un pubblico dibattito intorno al tema dell’inchiesta attenui il disvalore connesso alla accertata lesione della riservatezza personale e professionale del broker assicurativo, e che, conseguentemente, la condanna emessa nei confronti dei giornalisti rappresenti un *vulnus* alla libertà di ricevere e comunicare informazioni.

La statuizione merita ulteriori riflessioni, sulla dinamica processuale da cui è geminata, anzitutto. Non pare infatti senza rilievo la circostanza che un membro giudicante sia in disaccordo rispetto al bilanciamento effettuato, sulla base di una diversa interpretazione della posizione giuridica del soggetto registrato senza il suo consenso, così come tutelato dalle disposizioni penali del codice elvetico: secondo l’opinione dissenziente, infatti, la diretta derivazione dal piano normativo in capo al soggetto filmato di una situazione soggettiva “piena”, non assimilabile alla mera aspettativa di riservatezza, come invece sostenuto dalla maggioranza, è destinata ad alterare il rapporto di tensione tra i diritti convenzionali in gioco, abilitando così esiti valutativi differenti.

Quindi, di merito, giacché la Corte non smentisce l'avvenuta lesione della riservatezza privata già accertata dal giudice interno, ma anzi la presuppone, ritenendola meno grave, almeno nell'ottica convenzionale, rispetto alla violazione dell'art. 10.

Infine, di metodo, poiché l'evidente influenza assunta ai fini della decisione dalle circostanze in cui il reportage è stato realizzato (videoripresa in luogo diverso da quello ove abitualmente l'assicuratore esercitava la sua professione; oscuramento delle immagini personali...) se per un verso non sorprende, ove si pensi alla concretezza propria del giudizio innanzi alla Corte Edu, per l'altro, invece, sembra muovere nella direzione di una funzionalizzazione della privacy del singolo per finalità generali; tuttavia, mentre in altri pronunciamenti la Corte ha utilizzato quale criterio discretivo ai fini dell'applicabilità dell'art. 10 CEDU l'esistenza di un nesso tra il soggetto al centro delle indiscrezioni giornalistiche e l'esercizio di pubbliche funzioni (Standard Verlags GmbH c. Austria (II), 2009, § 51), nel caso in parola, invece, ha ritenuto sufficiente il rilievo assunto da uno specifico settore commerciale per declinare al plurale, o se si vuole, professionalizzare, la riservatezza di un privato assicuratore.

4. – E' affermazione frequente da parte degli stessi giudici di Strasburgo che la Corte Edu non rappresenti un'autorità di quarta istanza, data la specifica competenza affidatagli dagli Stati parte ai sensi dell'art. 32 CEDU, non estensibile al riesame di eventuali errori commessi dai giudici interni (Perlala c. Grece, 2007, § 25). Tuttavia, il dato non sottovalutabile è che la pronuncia in commento ribalta il ragionamento della Corte federale, pur condividendone il presupposto di avvenuta lesione alla privacy del soggetto filmato di nascosto; né, d'altra parte, i giudici svizzeri avrebbero potuto applicare una fattispecie differente, visto che la disciplina interna sanziona espressamente condotte come quella esaminata.

Ed allora parrebbe legittimo a questo punto domandarsi se esista ancora un'area di apprezzamento effettivo riservata all'interprete nazionale o, se, piuttosto, l'obbligo per il giudice di servirsi di un'interpretazione convenzionalmente orientata, cui la Corte fa diretto riferimento ammettendo la piena fungibilità ermeneutica tra piano interno e sovranazionale nel caso siano applicati i parametri convenzionali (§ 55), muova verso l'elusione - quando non la violazione diretta - del piano normativo

interno; giacché, se il margine riservato allo Stato parte consiste nel valutare la gravità della condotta addebitata alla luce di interessi nazionali ulteriori che pure potrebbero venire in rilievo, la Corte Edu non sembra tenerne conto, almeno nella vicenda de qua.

Vero è che, come più volte statuito dai giudici di Strasburgo, la Corte europea è competente a giudicare in ultima istanza «se una restrizione si concili con la libertà di espressione tutelata dall'art. 10 CEDU» (Riolo c. Italia, cit., § 57), ma questo non risolve il problema centrale, ovvero la relatività dell'interpretazione convenzionalmente conforme, questione che va oltre, evidentemente, la soggettività ontologica dell'attività ermeneutica.

Due correttivi, l'uno di meccanica processuale, l'altro squisitamente interpretativo, potrebbero, tuttavia, agevolare l'armonizzazione tra piano interno e piano sovranazionale. Partendo dal primo, l'introduzione di un meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte Edu con carattere facoltativo, previsto protocollo 16 (ora in fase di ratifica) sulla falsariga di quello comunitario (art. 267 T.F.U.E.), consentirebbe al giudice interno di conoscere l'orientamento sovranazionale su una particolare disposizione della Convenzione, prevenendo - ma non precludendo, evidentemente - la presentazione di eventuali ricorsi futuri (G. Raimondi, La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea di diritti dell'uomo, in *Rivista AIC*, 3 s.; E. Crivelli, I protocolli n. 15 e 16 alla Cedu: nel futuro della corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?, in *Quad. cost.*, 4, 2013, 1021 ss., *Rapporto esplicativo. Introduzione al protocollo n. 16*, a cura del Ministero della giustizia, in www.echr.coe.int).

Assumendo tale rimedio come già operativo nel caso in esame, la cd. advisory opinion fornita da Strasburgo avrebbe dunque permesso alla Corte elvetica di leggere le disposizioni interne attraverso il filtro dell'art. 10 CEDU, senza tuttavia fornire alcuna garanzia circa l'eliminazione dei rischi di incompatibilità con la Convenzione, stante il suo carattere non vincolante. Ecco perché, pur rimettendo la piena valutazione sull'effettività del rinvio pregiudiziale alla Corte Edu alla prova applicativa, nella presente sede non può non avanzarsi qualche dubbio circa una sua concreta portata che vada oltre l'influenza potenziale sull'interpretazione del giudice nazionale.

La seconda valvola ermeneutica, invece, spinge l'interprete ad inserire la pronuncia in commento nel solco dei pronunciamenti sovranazionali che pongono l'art. 10 CEDU in connessione con il diritto ad ottenere corrette informazioni commerciali («Article 10 does not apply solely to certain types of information or ideas or forms of expression ..., in particular those of a political nature; it also encompasses artistic expression ..., information of a commercial nature ... - as the Commission rightly pointed out - and even light music and commercials transmitted by cable», *Casado Coca c. Spagna*, 1994, § 35; *Krone Verlag GmbH & Co. KG (III) c. Austria*, 2003) e su cui la Corte Edu, a partire da alcune dissenting opinions, ha sviluppato più di recente un atteggiamento critico nei riguardi delle Corti interne, incapaci di tutelare in modo soddisfacente i consumatori.

Sulla scorta di questo trend giurisprudenziale, il giudice elvetico avrebbe potuto forse considerare nella fase di bilanciamento anche il collegamento tra la libertà di trasmissione delle informazioni e la tutela del mercato concorrenziale; tuttavia, tralasciando la considerazione per cui è difficile in casi come quelli richiamati discernere il pubblico interesse dalle esigenze commerciali, le fattispecie interne ex artt. 179 bis e ter c.p. restano un elemento di valutazione imprescindibile per l'operatore giuridico nazionale, tanto più in ragione del fatto che esse, tutelando la reputazione personale, sembrerebbero rientrare nella prescrizione del II paragrafo dell'art.10 CEDU, così legittimando l'intervento statale di tipo repressivo.

Ma, come i giudici di Strasburgo insegnano, è tutta questione di circostanze (*Axel Springer AG c. Germany*, cit., § 90).



ISSN 2037-6677

2015/2

**La tutela della concorrenza giustifica le offerte
anticoncorrenziali? La Corte di Giustizia dell'Unione europea
torna a ribadire, seppur con dei limiti, il diritto degli enti pubblici
economici di partecipare ad appalti pubblici di servizi**

**Does the protection of competition allows for anticompetitive
bids? The CJEU repeats, with some limitations, the right for
economic public entities to participate in public procurements in
the field of services**

Carlo Alberto Ciaralli

Tag: Public, procurement, competition



La tutela della concorrenza giustifica le offerte anticoncorrenziali? La Corte di Giustizia dell'Unione europea torna a ribadire, seppur con dei limiti, il diritto degli enti pubblici economici di partecipare ad appalti pubblici di servizi – Corte di Giustizia dell'Unione europea (quinta sezione). Sentenza 18 dicembre 2014, causa c-568/13, Azienda Ospedaliero - Universitaria di Careggi - Firenze c. Data Medical Service Srl.

di Carlo Alberto Ciaralli

1. – La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella sentenza che qui si annota, è tornata a pronunciarsi in merito alla disciplina, vigente nell'Unione europea, della libertà di partecipazione ad appalti pubblici di servizi. In particolare, il tema oggetto della pronuncia della Corte concerneva l'interpretazione di alcune disposizioni contenute nella Direttiva 92/50/CEE (la presente Direttiva è stata successivamente rifiuta, al pari delle Direttive 93/36/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, concernente le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, avente ad oggetto il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, nella Direttiva quadro 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, avente ad oggetto il «coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi». Di recente, quest'ultima Direttiva è stata esplicitamente abrogata dalla Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del

Consiglio del 26 febbraio 2014, avente ad oggetto la disciplina degli appalti pubblici), la quale coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi in ambito europeo. La Corte, nella sua articolata pronuncia, ha ribadito il diritto di partecipare ad appalti inerenti la fornitura di servizi da parte degli enti pubblici economici, nonostante il loro carattere di enti finanziati da fondi pubblici permetta agli stessi di formulare offerte maggiormente competitive rispetto ai concorrenti privati.

2. – Nell’ottobre del 2005 la Regione Lombardia aveva promosso una gara d’appalto avente ad oggetto l’elaborazione di dati per la valutazione esterna sulla qualità dei farmaci. Il criterio premiante di detto appalto era quello, a parità di servizio erogato dai partecipanti alla procedura di aggiudicazione, dell’offerta economicamente più vantaggiosa per l’amministrazione aggiudicatrice.

La gara venne vinta dall’Azienda Ospedaliero – Universitaria di Careggi – Firenze la quale, in virtù del proprio status di ente pubblico economico, beneficiario di sovvenzioni pubbliche, ha effettuato un’offerta del 59% inferiore a quella del principale concorrente, la Data Medical Service Srl. Quest’ultima, sostenendo che un ente pubblico non abbia i requisiti per partecipare ad una gara d’appalto, dato anche il carattere «anormalmente basso» dell’offerta presentata dall’Azienda Ospedaliera (che andrebbe a ledere, tra l’altro, il fondamentale principio dalla tutela della concorrenza in ambito nazionale ed europeo) ha proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia.

Il giudice amministrativo lombardo, sposando in parte le ragioni addotte dal ricorrente, ha accolto il ricorso, sostenendo che, in forza della normativa dell’Unione europea in tema di appalti e delle disposizioni nazionali che hanno convertito le direttive stesse (La Direttiva 92/50/CEE è stata trasposta nell’ordinamento italiano mediante il D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, recante la «Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi»), l’Azienda Ospedaliera universitaria, in quanto ente di carattere pubblico, non potrebbe agire in regime di libera concorrenza con gli altri soggetti privati presenti sul mercato.

L’Azienda Ospedaliera, a fronte della pronuncia del TAR a lei avversa, ha proposto appello innanzi al Consiglio di Stato. In via preliminare, il Consiglio di

Stato ha sottolineato come non vi siano disposizioni giuridiche che vietino agli enti pubblici di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalto pubblici. E', invero, la Corte di Giustizia, a parere del Consiglio di Stato, ad aver frapposto, in via giurisprudenziale, due limitazioni alla partecipazione degli enti pubblici economici alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: *a)* deve esservi un nesso di strumentalità, rispetto ai fini statutari dell'ente, dell'attività di cui è oggetto l'appalto; *b)* non deve essere apposto alcun divieto espresso, in funzione di tutela del mercato e della libera concorrenza, alla partecipazione alle procedure suddette (per quanto concerne i precedenti giurisprudenziali, in ambito europeo, sul tema della partecipazione agli appalti pubblici di enti pubblici economici, il riferimento va alle sentenze 18 novembre 1999, causa C-107/98 – *Teckal*; 7 dicembre 2000, causa C-94/99 – *ARGE*; 23 dicembre 2009 C-305/08 – *CoNISMA*; 19 dicembre 2012 C-159/11 – *Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce*).

Sulla scorta di tali argomentazioni, il Consiglio di Stato ha sospeso il giudizio, sottoponendo alla Corte di Giustizia due distinte questioni pregiudiziali: *a)* se l'art. 1 della Direttiva 92/50/CEE, letto in combinato disposto con l'art. 1, par. 8, della Direttiva 2004/18/CE (le disposizioni in parola fanno rispettivamente riferimento alle definizioni, preliminari al successivo sviluppo della disciplina contenuta nella direttiva, di «appalti pubblici di servizi», «amministrazioni aggiudicatrici», «prestatori di servizi», «procedure aperte», «procedure ristrette», «procedure negoziate», «concorsi di progettazione» e di «imprenditore», «fornitore», «prestatore di servizi», «offerente») osti ad una legislazione interna che, interpretata in senso restrittivo, escluda la partecipazione degli enti pubblici economici dalla partecipazione alle gare d'appalto; *b)* se il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici escluda una disciplina di livello nazionale tesa a consentire agli enti pubblici economici, i quali godono di un'indubbia posizione di vantaggio competitivo, data la natura pubblica dei finanziamenti di cui beneficiano, di sfruttare la propria condizione, senza che siano apprestate delle misure correttive idonee ad evitare effetti distorsivi della libera concorrenza nel mercato.

3. – Con specifico segno alla questione sub *a)*, la Corte di Giustizia dell'Unione europea è chiamata ad esprimersi circa la possibilità per l'Azienda Ospedaliera, nella sua veste di ente pubblico economico (sulla nozione di Ente pubblico economico, in

un quadro di ricostruzione storica, si veda, per tutti, V. Ottaviano, *Ente pubblico economico (voce)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI, Torino, 1991, 85 ss.), di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici (Sulla disciplina degli Appalti pubblici in ambito europeo si fa rinvio, tra gli altri, a G. Morbidelli – M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in M. P. Chiti – G. Greco (cur.), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, I, Milano, 2007, 424 ss.; sul contenuto della Direttiva 92/50/CEE, ma anche sulla disciplina internazionale ed europea degli appalti pubblici ante Direttiva 92/50/CEE, una chiara ricostruzione è approntata da G. Cusumano – F. Gattuccio, *Gli appalti pubblici nelle norme internazionali e comunitarie: affidamenti diretti ex articolo 6 della direttiva 92/50*, in *Amministrare*, 3/2006, 299 ss.).

In tal senso, in via introduttiva, la Corte specifica che le disposizioni rilevanti ai fini della propria pronuncia sono unicamente quelle contenute nella Direttiva 92/50/CEE, in quanto la Direttiva 2004/18/CE, essendo entrata in vigore in data 31 gennaio 2006, ha potuto spiegare i propri effetti solo in un momento successivo rispetto all'avvio della procedura di aggiudicazione dell'appalto, la quale è disciplinata, «*ratione temporis*», dalle norme in vigore al tempo della pubblicazione del bando, risalente al 5 ottobre 2005 (CGUE, causa C-568/13, *Azienda Ospedaliero – Universitaria di Careggi – Firenze*, p.to 32).

Nel merito, la Corte di Giustizia osserva come l'art. 1, lettera c), della Direttiva 92/50/CEE affermi esplicitamente che per «“prestatori di servizi” (si devono intendere) le persone fisiche o giuridiche, *inclusi gli enti pubblici* che forniscono servizi. Viene chiamato "offerente" il prestatore di servizi che presenti un'offerta e "candidato" chi solleciti un invito a partecipare ad una procedura ristretta o negoziata»; non sarebbe, dunque, un ostacolo alla partecipazione ad appalti pubblici la sola qualificazione di «ente pubblico economico» per un'azienda operante nel mercato (nel caso di specie, l'Azienda Ospedaliero – Universitaria di Careggi – Firenze).

Inoltre, con una giurisprudenza del tutto consolidata (CGCE, cause C-107/98 (*Teckal*, p.to 51: «Occorre pertanto risolvere la questione pregiudiziale nel senso che la direttiva 93/36 è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale

ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno»); C-94/99 (*ARGE*, p.to 40: «Ad ogni buon fine, occorre rilevare che la Corte ha esaminato una questione analoga nella sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal* Essa ha dichiarato che questa direttiva è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso e avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia o meno a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice») e CGUE, cause C-305/08 (*CoNISMA*, p.to 38: «In tale ottica di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, la Corte ha altresì statuito che la normativa comunitaria in materia è applicabile qualora il soggetto con cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice. Orbene, ai sensi dell'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18, un'amministrazione aggiudicatrice è un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale. Un organismo di questo tipo non esercita, a titolo principale, un'attività lucrativa sul mercato»); C-159/11 (*Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce*, p.to 26: «Al riguardo, in primo luogo, è ininfluenza la circostanza che tale operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice. È inoltre indifferente che l'ente in questione non persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia una struttura imprenditoriale, od anche che non assicuri una presenza continua sul mercato»), la stessa Corte di Giustizia non ha interposto divieti alla partecipazione ad appalti pubblici da parte di Enti che non abbiano natura di soggetto privato e siano attivi sul mercato, anche mediante sovvenzioni pubbliche.

A ben vedere, tuttavia, la questione non involge solo il piano della mera qualificazione giuridica del soggetto offerente (ovvero che l'ente coinvolto abbia natura pubblicistica e goda di pubbliche sovvenzioni), bensì è direttamente connessa al tema della tutela della concorrenza (Per un approfondimento sul tema della tutela della concorrenza nell'Unione europea si rinvia a M. Antonioli, *Concorrenza*, in M. P. Chiti – G. Greco (cur.), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, II, Milano, 2007, 848 ss.), principio di capitale importanza nell'ambito dell'Unione europea, affinché sul mercato vi sia un'effettiva parità, nella *starting grid*, tra le imprese competitive.

Com'è stato correttamente sostenuto (G. Cusumano – F. Gattuccio, *Gli appalti pubblici nelle norme internazionali e comunitarie: affidamenti diretti ex articolo 6 della direttiva 92/50*, op. cit., 303 – 304) le «Direttive comunitarie (in tema di appalti) si pongono l'obiettivo di assicurare i principi del Trattato istitutivo in tema di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali e, conseguentemente, l'obiettivo di garantire l'instaurazione di un mercato comune nel quale la concorrenza non sia falsata e gli interessi degli operatori economici siano effettivamente protetti. [...] La stessa Corte (cfr. CGCE, sentt. 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, p.to 17; 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c. Varkauden Taitotalo Oy*, p.to 52) ha precisato che le direttive concernenti gli appalti pubblici si pongono l'obiettivo di «escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nelle attribuzioni degli appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali, o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche».

La Corte di Giustizia, infatti, ha sempre posto in evidenza come la disciplina europea in tema di appalti pubblici abbia la precipua funzione di garantire «l'apertura alla concorrenza la più ampia possibile» (cfr. CGCE, sentenza 22 dicembre 2008, causa C-336/07 (*Bayerischer Rundfunk e a.*, p.to 39).

Interesse alla trasparenza ed alla libera concorrenza nel mercato comune che non si pone unicamente come garanzia nei confronti dei partecipanti alle procedure di aggiudicazione delle gare d'appalto, bensì (ed in misura parimenti rilevante), come sostiene la stessa Corte di Giustizia nella pronuncia che qui si annota, anche «nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata» (CGUE, causa C-568/13, *Azienda Ospedaliero – Universitaria di Careggi – Firenze*, p.to 34).

La scelta operata dalla Corte, in buona sostanza, sacrifica l'interesse alla parità di condizioni nell'accesso al mercato degli appalti tra enti pubblici economici e operatori economici privati in nome della tutela della libera concorrenza fra le parti, anche nell'interesse dell'amministrazione aggiudicatrice. Un bilanciamento che, d'altro canto, rischia di risultare eccessivamente penalizzante per gli operatori

privati, in mancanza di effettivi contrappesi che vincolino gli operatori economici pubblici a non trarre eccessivo profitto dalla propria condizione di vantaggio competitivo.

Gli Stati membri, per altro verso, hanno la facoltà di disciplinare l'attività sul mercato di enti pubblici non aventi come scopo precipuo quello di ottenere profitti (Università, Enti di ricerca, Aziende ospedaliere – universitarie); infatti, è possibile che la normativa interna imponga agli enti suddetti di astenersi dalla partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici qualora l'attività oggetto della procedura di aggiudicazione non sia compatibile con le finalità istituzionali dell'ente.

Ne deriva, conseguentemente, che gli Stati membri non possono impedire agli enti pubblici economici di partecipare a procedure di aggiudicazione di pubblici appalti che siano inerenti e/o compatibili con le finalità istituzionali e statutarie dell'ente medesimo.

Sulla base delle considerazioni svolte, la Corte di Giustizia risolve la prima delle due questioni sottoposte nel senso di dichiarare incompatibili, rispetto alla disciplina contenuta nella Direttiva 92/50/CEE (in particolare, l'art. 1, lettera *c*)), le norme interne agli Stati membri tese ad escludere un'azienda ospedaliera pubblica, a cagione della propria natura di ente pubblico economico, dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, nei limiti in cui tale attività sia compatibile con i fini istituzionali dell'azienda stessa.

4. – Con riguardo alla questione sub *b*), il giudice del rinvio chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione europea se la disciplina contenuta nella Direttiva 92/50/CEE, letta anche alla luce dei principi che hanno ispirato la disciplina in parola (libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione), debba essere interpretata come un impedimento, posto nei confronti della normativa interna agli Stati membri, che consenta la partecipazione di un'azienda ospedaliera – universitaria alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici e la presentazione di un'offerta alla quale non sia possibile opporre un'adeguata concorrenza, data la sua veste di ente pubblico economico ed i relativi finanziamenti pubblici della quale essa beneficia, senza che siano previste misure correttive tendenti ad evitare lo squilibrio del mercato e la correlata distorsione della libera concorrenza.

Analizzando la disciplina contenuta nella Direttiva 92/50/CEE e la predetta giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, viene in rilievo l'impossibilità di escludere dalle procedure di aggiudicazione dalle gare d'appalto gli enti pubblici economici, a causa unicamente dei benefici connessi alle sovvenzioni pubbliche di cui essi godono.

D'altro canto, precisa la Corte, «la circostanza che l'ente pubblico di cui trattasi disponga di una contabilità separata tra le attività esercitate sul mercato e le altre attività può permettere di verificare se un'offerta sia anormalmente bassa a causa di un elemento integrante un aiuto di Stato» (CGUE, causa C-568/13, *Azienda Ospedaliero – Universitaria di Careggi – Firenze*, p.to 45).

Nel caso in cui vi sia, da parte di un partecipante alla procedura di aggiudicazione della gara d'appalto, un'offerta anormalmente bassa rispetto alla prestazione da eseguire, l'amministrazione, a norma dell'art. 37 della Direttiva 92/50/CEE, «prima di poter eventualmente respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione che essa considera pertinenti e verifica detti elementi costitutivi tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute. ... Se i documenti relativi all'appalto prevedono l'attribuzione al prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice deve comunicare alla Commissione il rifiuto delle offerte ritenute troppo basse».

In tale disposizione viene enucleato il secondo contrappeso imposto alla partecipazione degli enti pubblici economici alle gare d'appalto. Il primo, come veduto in precedenza, è costituito dall'affinità dell'attività oggetto della procedura di aggiudicazione con gli scopi istituzionali e statutari dell'ente. Il secondo, che nell'ultima parte della pronuncia viene in rilievo, è la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di verificare che l'opportunità di approntare un'offerta sensibilmente più bassa rispetto agli altri *competitor* non derivi da aiuti di Stato illegittimamente percepiti dall'ente. In contraddittorio, l'ente pubblico coinvolto dovrà fornire all'amministrazione aggiudicatrice le motivazioni per le quali, a buon diritto, lo stesso sia in grado di formulare un'offerta anormalmente più bassa rispetto agli altri partecipanti, in funzione della prestazione che l'ente si impegna a approfondire. E' proprio l'esistenza di un reale contraddittorio tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente offerente, a parere della Corte, a costituire la garanzia richiesta dalla normativa europea «al fine di evitare l'arbitrio

dell'amministrazione aggiudicatrice e di garantire una sana concorrenza tra le imprese» (CGUE, causa C-568/13, *Azienda Ospedaliero – Universitaria di Careggi – Firenze*, p.to 48).

In realtà, un problema di non secondaria natura si pone in merito alla nozione di «offerta anormalmente bassa». Infatti, la Direttiva 92/50/CEE non definisce cosa sia e come si possa individuare un'offerta anormalmente bassa, ma aggancia il carattere di offerta anormalmente bassa alla prestazione di cui è oggetto la procedura di aggiudicazione. In altre parole, la Direttiva impone una diretta correlazione tra l'offerta e la prestazione, cosicché un'offerta sarà effettivamente «anormalmente bassa» solo se rapportata alla prestazione da eseguire nel caso concreto. In questo senso, è la stessa Corte di Giustizia ad affermare come sia compito degli Stati membri, in particolare delle amministrazioni aggiudicatrici, definire le modalità per individuare un limite oltre il quale si ravveda l'anomalia dell'offerta rispetto alla prestazione da offrire (si veda, in particolare, CGCE, sentenza 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, *Lombardini e Mantovani c. Anas*).

La Corte di Giustizia, sulla base delle valutazioni di cui sopra, sciogliendo la riserva inerente la seconda domanda pregiudiziale oggetto del giudizio, ha interpretato quanto statuito nella Direttiva 92/50/CEE, letta alla luce dei suddetti principi di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità, nel senso che la disciplina europea non si pone in maniera ostativa rispetto ad una normativa nazionale che permetta ad un'Azienda Ospedaliero – Universitaria, nella sua qualità di ente pubblico economico, di presentare un'offerta, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, sensibilmente più conveniente rispetto agli altri partecipanti, in funzione delle sovvenzioni pubbliche di cui essa beneficia. L'amministrazione aggiudicatrice, in compenso, potrà valutare l'esistenza di tali finanziamenti, dopo un'attenta ponderazione del caso concreto e della prestazione oggetto della procedura di aggiudicazione ed a seguito di un procedimento in contraddittorio con l'interessato, al fine di disporre l'esclusione dalla procedura aggiudicativa dell'ente pubblico medesimo.



ISSN 2037-6677

2015/2

Principi comunitari ed obblighi di bonifica per il proprietario non responsabile. Il diritto comparato insegna come correggere gli errori del Codice dell'ambiente

European principles and the duty of reclamation for the non-responsible landlord. Comparative Law teaches how to amend shortcomings in the Environmental Code

Laura Assunta Scialla

Tag: decontamination, landowner, CJEU

www.dpce.it



Principi comunitari ed obblighi di bonifica per il proprietario non responsabile. Il diritto comparato insegna come correggere gli errori del Codice dell'ambiente – Corte di Giustizia dell'Unione europea (terza sezione). Sentenza 4 marzo 2015, causa C-534/13, *Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e a c Fipa Group Srl e a.*

di Laura Assunta Scialla

1. – La sentenza in commento affronta una problematica di particolare interesse che, nell'ordinamento italiano, ha provocato un intenso dibattito dottrinale e contrasti giurisprudenziali: quella relativa, cioè, alla possibile estensione dell'obbligo di effettuare la bonifica dei siti inquinati anche nei confronti del proprietario del terreno che non sia il diretto responsabile dell'inquinamento (In dottrina F. Giampietro, *Codice dell'ambiente: l'incoerente attuazione dei principi ambientali in materia di bonifica e danno ambientale*, in *Ambiente svil.*, 2009, n.4, 333 ss.; R. Russo, *Bonifica e messa in sicurezza dei siti contaminati: osservazioni sull'art. 17 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, 429 ss.; P. Pagliara, *I profili amministrativi, penali e civili della nuova disciplina sulla bonifica dei siti inquinati – Osservazioni (critiche) a margine dei decreti "Ronchi" e "Ronchi bis"*, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 1998, 202 ss.; M. Santaloci, *La bonifica e il ripristino dei siti inquinati nel decreto n. 471/1999*, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2000, n.1, 227 ss.; G. Manfredi, *La bonifica dei siti inquinati tra sanzioni, misure*

ripristinatorie e risarcimento del danno all'ambiente, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, 667 ss.). Gli articoli 241, 242, 244 del Codice dell'ambiente (d.lgs 3 aprile 2006 n.152) impongono alle amministrazioni statali e provinciali di individuare il responsabile dell'inquinamento: l'obbligo della messa in sicurezza sembrerebbe imporsi a carico di chi abbia materialmente prodotto il danno in virtù del principio di inquinamento.

Accanto a tali disposizioni, ci sono tuttavia varie norme che in un certo qual modo identificano una funzione, una responsabilità anche in capo al proprietario, in termini di responsabilità oggettiva.

Mentre una parte della giurisprudenza, basandosi sui principi europei di precauzione, dell'azione preventiva e del "chi inquina paga", ritiene che il proprietario sia tenuto ad adottare le misure di messa in sicurezza di emergenza e di bonifica anche qualora non sia l'autore della contaminazione, un'altra parte della magistratura italiana esclude, al contrario, qualsiasi responsabilità del proprietario non responsabile della contaminazione e nega, di conseguenza, che l'amministrazione possa imporgli la bonifica del proprio suolo (*Ex multis* A. Savini, *Sito contaminato e proprietario successore incolpevole. Ovvero della responsabilità immaginaria*, nota a TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 10 aprile 2011, n. 573, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2011, n. 6, 425 ss.). In qualche pronuncia il giudice amministrativo ha precisato che il soggetto non responsabile dell'inquinamento non può rispondere del danno prodotto, neanche a titolo di responsabilità oggettiva, che presupporrebbe almeno l'imputabilità del fatto materiale della condotta (Cfr TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 19 aprile 2007, n. 1913, in *Riv. giur. ambiente*, 2007, 830).

Gli orientamenti che si sono espressi a favore dell'imputabilità dell'obbligo di bonifica anche nei confronti del proprietario non responsabile hanno per lo più impostato le proprie argomentazioni prendendo in considerazione l'articolo 245 dell'ambiente, che consente anche ai proprietari di attivare il procedimento di bonifica. In realtà si tratta di un'evidente forzatura delle disposizioni vigenti, dal momento che la norma non impone, ma conferisce la facoltà al proprietario di prendere l'iniziativa per la messa in sicurezza. Non si tratta, quindi, di un'imposizione, ma di un comportamento soltanto eventuale; secondo altri orientamenti, a norma dell'art. 253 del Codice dell'ambiente, il criterio d'imputazione dell'obbligo di bonifica al proprietario sarebbe ricavabile dal riferimento agli oneri reali, che insistono sul terreno, e che quindi graverebbero

sull'acquirente o sul proprietario, prescindendo dal titolo di responsabilità, e sfuggendo dal criterio d'imputazione soggettiva e dal nesso causale (cfr. A. Nervi, *Tutela ambientale e bonifica di siti contaminati*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004, n.2, 708 ss., che sottolinea il ruolo svolto dalla proprietà, quale "criterio per imputare a singoli consociati l'obbligo di procedere alla bonifica ambientale". In senso analogo R. Russo, *Osservazioni sull'art. 17 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, 444 e P. Carpentieri, *Bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati: obblighi del proprietario (I) (II)*, in *Ambiente*, 2002, 635 ss. In giurisprudenza TAR Lazio, Roma, 14 marzo 2011, n. 2263, in www.giustizia-amministrativa.it). La giurisprudenza ha ritenuto, infine, ammissibile che il proprietario non responsabile fosse coinvolto nella messa in sicurezza del fondo, attraverso un provvedimento contingibile ed urgente ex art. 54 d. lgs 18 agosto 2000, n. 267, adottato dall'ente comunale (Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 27 giugno 2007, nn. 5286 e 5289; Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4525; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 16 luglio 2009, n. 4379, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina F. Vanetti, E. Alotto, *Responsabile dell'inquinamento. Comportamenti omissivi e responsabilità ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, n.6, 773 ss.).

La questione è giunta all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che ha optato per l'interpretazione maggiormente letterale delle disposizioni relative agli obblighi di bonifica ed ha escluso che la normativa italiana estenda questa responsabilità anche al proprietario che non sia responsabile dell'inquinamento prodotto, per assenza del nesso causale. Tuttavia il giudice amministrativo ha comunque rimesso il giudizio alla Corte di Giustizia, che è stata chiamata a verificare se la disciplina italiana, per come interpretata nel provvedimento di remissione, sia conforme al principio "chi inquina paga".

2. – Il principio europeo impone all'operatore, responsabile dell'inquinamento, di sostenere i costi della prevenzione o della riparazione, così come stabiliti dalla pubblica autorità, per aspirare al mantenimento di uno stato accettabile dell'ambiente. Tale principio, pur avendo origini consolidate nel diritto internazionale e in quello comunitario, presenta rilevanti difficoltà applicative e interpretative. Infatti se inizialmente, nel diritto europeo, l'approccio alle tematiche ambientali era tipicamente di natura economica, si è poi giunti ad una

interpretazione prevalentemente giuridica da cui far discendere la responsabilità civile e il risarcimento del danno da parte dei soggetti responsabili, con lo svolgimento delle proprie attività, dei danni arrecati all'ambiente (In dottrina A.M. Citrigno, G. Moschella, *Tutela dell'ambiente e principio "chi inquina paga"*, Milano, Giuffrè, 2014). Il principio, pertanto, presuppone che sia stato arrecato un danno all'ambiente e i costi siano da imputare al soggetto responsabile; esso opera laddove le misure preventive non siano state efficaci.

L'applicazione del principio "chi inquina paga" non sembra prevedere che l'operatore non responsabile possa essere tenuto a sostenere oneri collegati con la riparazione di un danno ambientale. I meri proprietari di fondi danneggiati che non hanno causato il danno non svolgono alcun ruolo nel sistema della direttiva sulla responsabilità ambientale e quest'ultima non trova alcuna applicazione nei loro confronti. Si afferma cioè l'idea che il principio "chi inquina paga" si rivolga in sostanza all'azione della Comunità e non ai singoli, con l'effetto che non possa applicarsi per sostituire o integrare una norma nazionale. La Corte di Giustizia ha ritenuto, con la pronuncia in commento, che la dir. 04/35 vada interpretata nel senso che, qualora sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito, la normativa nazionale non incorre nella violazione del diritto comunitario se non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione anche al proprietario del sito, non responsabile della contaminazione.

Il principio "chi inquina paga", garantisce quindi agli Stati un livello di autonomia, che consente di prevedere eccezioni. Nell'ordinamento italiano il d. lgs 152/2006, che si ispira a tale principio, si fonda sul nesso di causalità ed individua nella responsabilità dell'autore dell'inquinamento, a titolo di dolo o di colpa, la fonte dell'obbligo a provvedere alla messa in sicurezza e all'eventuale bonifica del sito inquinato. Rispetto al proprietario che non sia direttamente responsabile dell'inquinamento, il Codice dell'ambiente prevede una responsabilità patrimoniale piuttosto limitata, che si sostanzia nell'obbligo di rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione dei suindicati interventi.

3. – Se, dunque, l’ordinamento comunitario pare non costituire un ostacolo alla vigente disciplina nazionale che, in sostanza, viene interpretata nel senso di escludere l’obbligo di bonifica a carico di proprietari non responsabili (in senso conforme P. Salvemini, *La parola fine della Corte di Giustizia sui confini della responsabilità per danno ambientale del proprietario incolpevole del sito inquinato. Nota a Corte di Giustizia UE*, sentenza 4 marzo 2015, C-534/13, in www.rivistaaic.it), va anche considerato che la stessa direttiva comunitaria consente agli Stati membri di adottare misure maggiormente restrittive di tutela ambientale. Uno sguardo, seppur rapido, alle discipline vigenti in altri Paesi mostra che le impostazioni normative si fondano non solo sul criterio della diretta responsabilità degli inquinamenti provocati, ma su un principio di maggiore funzionalizzazione degli obblighi di bonifica. Nell’ordinamento giuridico francese, la legge n.366 del 24 marzo 2014 obbliga alla messa in sicurezza sia il responsabile dell’inquinamento che colui che avrebbe dovuto controllare sulla corretta gestione del sito. Nel caso di inquinamento del suolo, prodotto da diverse tipologie di attività, tra cui quella realizzata da una *installation classée pour la protection de l’environnement*, o da un’installazione nucleare di base, il soggetto ritenuto responsabile del danno è individuato nell’ultimo *exploitant* della struttura. Come ipotesi generale, l’art. L556-3 del Codice dell’ambiente ha statuito che, a titolo sussidiario, qualora non si individui uno dei responsabili sopra descritti, debba ritenersi responsabile del danno il proprietario del terreno in cui sono presenti i suoli inquinati, se è dimostrabile la sua negligenza o che non sia estraneo a tale inquinamento. Simile impostazione si riscontra in Germania dove, con la legge federale sulla protezione del suolo e sul risanamento dei siti contaminati” del 17 marzo 1998, modificata nel 2012, è previsto che ogni soggetto, che svolga un’attività potenzialmente inquinante, ha l’obbligo generale di agire in modo da non arrecare danni al suolo. L’obbligo di ripristino ambientale sorge in capo al soggetto responsabile, e in sua assenza, ne rispondono il proprietario o il gestore del sito. Qualora non sia possibile compiere un’operazione di bonifica, per arginare i possibili rischi alla salute umana e all’ambiente, devono essere adottate altre misure di messa in sicurezza e di protezione del sito. Nel Regno Unito l’*Environmental Protection Act* 1990, successivamente modificato, all’art. 78 F, corredata dalle dettagliate previsioni delle linee guida (par. 7: *Liability*), attribuisce alle autorità locali il compito di individuare il soggetto o il gruppo di soggetti nei cui

confronti, in applicazione del principio “chi inquina paga”, siano imputabili i costi da sostenere per il risanamento, distinguendo due categorie di responsabilità: la prima fa riferimento ai soggetti la cui attività sia accertata in rapporto di causalità con l'inquinamento, e la seconda (in assenza dei primi) ai proprietari o ai detentori dei siti inquinati. Nel caso di concorso di più soggetti nella produzione o diffusione di fonti di inquinamento, possono essere statuite responsabilità concorrenti graduate, tramite una riparto di operazioni e di costi finanziari. Nell'ipotesi in cui non sia possibile individuare un soggetto direttamente responsabile dell'inquinamento, l'assunzione dei costi è a carico della *enforcing authority*. La possibilità di poter recuperare, totalmente o parzialmente, i costi rientra nel potere decisionale dell'autorità locale. In Spagna, con la legge n. 22 del 28 luglio 2011, è prescritto che le operazioni di decontaminazione e di recupero dei suoli inquinati, su richiesta delle Comunità autonome, siano svolte dai soggetti inquinatori che rispondono di tale obbligo solidalmente con i proprietari e possessori dei suoli contaminati.

E' dall'analisi comparativa quindi, e non è dall'ordinamento comunitario, che proviene l'impostazione maggiormente rigorosa e funzionale al ripristino dell'ambiente inquinato. Se l'unica categoria giuridica che viene considerata resta quella dello stretto nesso di causalità tra produttore del danno e soggetto obbligato alla bonifica, si mostra in realtà di applicare il minimo comune denominatore nella disciplina ambientale, ma che può non essere sufficiente in situazioni di degrado come quelle che esistono in alcuni territori italiani. Quando al contrario, come avviene in altre esperienze giuridiche, l'ambiente assume un valore particolarmente apprezzato, si nota che la problematica del nesso causale resta sullo sfondo ed appare maggiormente sfumata, perché ciò che rileva è soltanto la materiale risoluzione dell'inquinamento. Entrano in gioco allora altre e diverse categorie giuridiche, già presenti anche nel nostro ordinamento, se si pensa alla disciplina ricavabile dagli articoli 2051 e 2053 del codice civile, senza voler considerare le varie ipotesi di responsabilità oggettiva. L'obbligo di bonifica anche sul proprietario non responsabile produrrebbe un maggiore controllo sulla gestione e manutenzione dei terreni, poiché costringerebbe i titolari del diritto di proprietà a predisporre misure per impedire l'accesso ai suoli da parte di sconosciuti, quando e nei casi in cui lo stesso proprietario non sia anche in accordo con gli inquinatori. D'altronde la

proprietà è funzionalizzata ai fini sociali, nel nostro ordinamento, e non vi sarebbero contrasti con i principi costituzionali. Con tale finalità l'estensione dell'obbligo di bonifica costituirebbe applicazione del principio di prevenzione, piuttosto che "chi inquina paga", e si prescinderebbe dai limiti rigidi imposti dall'esigenza di ricercare sempre e comunque il nesso causale. La Corte di Giustizia ha in sostanza soltanto segnalato all'Italia che l'inserimento di una disciplina diversa e maggiormente incisiva, in questo stato di cose, non può avvenire attraverso l'interpretazione giurisprudenziale. Ma ben può il Parlamento, qualora in tal senso si orientasse la volontà politica, allinearsi alla normativa degli altri Paesi ed indirizzarsi verso una normativa maggiormente efficace al rispetto del valore dell'ambiente, tenendo sempre ben presente che è il modello preventivo che va costantemente ricercato e perseguito.



ISSN 2037-6677

2015/2

Lavoratori distaccati e nozione di tariffe minime salariali a giudizio della Corte UE

Displaced workers and the notion of minimum wage under the scrutiny of the Court of Justice

Celeste Pesce

Tag: workers, displaced, CJEU



Lavoratori distaccati e nozione di tariffe minime salariali a giudizio della Corte UE

di Celeste Pesce

1. – Il 12 febbraio 2015, la Corte dell’Unione europea, rispondendo ai quesiti pregiudiziali posti dal tribunale finlandese (Tribunale di primo grado di Satakunta), ha fornito la corretta interpretazione dell’istituto del distacco di lavoratori nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di assunzione, nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi.

La domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia pendente tra il Sähköalojen ammattiliitto ry (in seguito: Sähköalojen ammattiliitto o sindacato finlandese), sindacato finlandese del settore dell’energia elettrica, e la Elektrobudowa Spółka Akcyjna (in seguito: ESA), società con sede in Polonia, in merito ai crediti salariali derivanti da rapporti di lavoro. L’ESA, per eseguire lavori di elettrificazione sul cantiere della centrale nucleare di Olkiluoto, nel comune di Eurajoki (Finlandia), ha concluso, in Polonia e in applicazione del diritto polacco, contratti di lavoro con 186 lavoratori. Questi ultimi sono stati distaccati presso la succursale finlandese di detta società, assegnati al cantiere di Olkiluoto e alloggiati in appartamenti siti a Eurajoki, a circa 15 km da tale cantiere. I lavoratori, lamentando che l’ESA non ha concesso loro la retribuzione minima spettante in base ai contratti collettivi

finlandesi delle branche dell'elettrificazione e degli impianti tecnici di edificio, applicabili a norma del diritto dell'Unione, hanno individualmente ceduto i propri crediti al Sähköalojen ammattiliitto ai fini della riscossione. Dinanzi al giudice del rinvio, il sindacato finlandese ha sostenuto che i contratti collettivi in questione prevedono un calcolo della retribuzione minima basato su criteri più favorevoli ai lavoratori rispetto a quelli applicati dall'ESA. Tali criteri riguardano la classificazione dei lavoratori in gruppi retributivi, la considerazione di una retribuzione a tempo o a cottimo, la concessione ai lavoratori di una gratifica per ferie, di un'indennità giornaliera, di un'indennità per il tragitto nonché l'accollo dei costi di alloggio. Pertanto, il sindacato finlandese ha chiesto la condanna dell'ESA al pagamento in suo favore di un importo totale corrispondente ai crediti cedutigli, oltre ai relativi interessi. Mentre, l'ESA ha chiesto il rigetto dei ricorsi, sostenendo che il Sähköalojen ammattiliitto non dispone della legittimazione ad agire in nome dei lavoratori distaccati, in quanto il diritto polacco vieta la cessione di crediti derivanti da un rapporto di lavoro.

Il Tribunale di primo grado di Satakunta nutrendo dubbi in merito alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione ha sospeso il procedimento ed ha posto sei quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia UE ex art. 267 TFUE. Nel complesso, oggetto del rinvio pregiudiziale è stata l'interpretazione degli artt. 56 e 57 TFUE, degli artt. 12 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in seguito: Carta), del protocollo (n. 30) sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito, allegato al Trattato FUE, degli artt. 3, 5, secondo comma, e 6 della direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (in seguito: direttiva), nonché dell'art. 14, par. 2, del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) (in seguito: regolamento).

L'analisi proposta nelle pagine seguenti intende esporre i passaggi interpretativi della Corte lussemburghese al fine di porne in evidenza gli aspetti critici ed innovativi per la materia trattata. Invero, come di qui a poco diremo, la sentenza è destinata a fare stato in analoghe questioni future in quanto fornisce, per la prima volta, inequivocabili chiavi interpretative a favore della legittimità e della rappresentatività sindacale. La pronuncia pregiudiziale chiarisce altresì la nozione di

retribuzione minima spettante ai lavoratori distaccati in altri Paesi dell'Unione, inserendosi nel relativo filone giurisprudenziale europeo che arricchisce di passaggi argomentativi di indubbia comprensibilità e legittimità che non lasceranno spazio a future interpretazioni in senso opposto.

2. – Seguendo il raggruppamento dei quesiti pregiudiziali in due macroquestioni operato dalla Corte, le prime cinque domande chiedono se, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, la direttiva, letta alla luce dell'art. 47 della Carta, osti a che una normativa dello Stato membro in cui ha sede l'impresa che ha distaccato alcuni lavoratori nel territorio di un altro Stato membro, in forza della quale è vietata la cessione di crediti derivanti da rapporti di lavoro, impedisca ad un sindacato (come il Sähköalojen ammattiliitto) di presentare un ricorso dinanzi a un giudice del secondo di tali Stati membri, nel quale è eseguita la prestazione lavorativa, al fine di recuperare i crediti salariali di tali lavoratori. Al riguardo, la Corte non ha dubbi che la legittimazione del Sähköalojen ammattiliitto ad agire dinanzi al giudice del rinvio è disciplinata dal diritto processuale finlandese, applicabile in base al principio della *lex fori* e che il diritto finlandese accordi al ricorrente la legittimazione ad agire in nome dei lavoratori distaccati. Pertanto, la normativa contenuta nel codice del lavoro polacco, fatta valere dalla parte datoriale (ESA), non è pertinente con riferimento alla legittimazione ad agire del Sähköalojen ammattiliitto dinanzi al giudice del rinvio, e non osta al diritto di quest'ultimo di presentare un ricorso dinanzi alle autorità giurisdizionali finlandesi.

A fortiori, l'oggetto del procedimento principale riguarda la determinazione della portata della nozione di tariffe minime salariali, dettata dalla direttiva, cui possono aver diritto i lavoratori polacchi distaccati in Finlandia. In merito, a giudizio della Corte, la portata letterale dell'art. 3, par. 1, secondo comma, della direttiva induce ad affermare che le questioni vertenti sulle tariffe minime salariali sono disciplinate, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, dalla normativa dello Stato membro in cui i lavoratori sono distaccati per fornire la prestazione lavorativa, ossia, nel caso di specie, la Finlandia. In tale contesto, non sussiste alcun motivo che possa rimettere in discussione l'azione promossa dal sindacato finlandese. Altrimenti detto, non trova applicazione una normativa dello Stato membro in cui ha sede l'impresa che ha distaccato taluni lavoratori nel territorio di un altro Stato membro,

la quale vieti la cessione di crediti derivanti da rapporti di lavoro ed impedisca ad un sindacato di presentare un ricorso dinanzi a un giudice dello Stato UE, ove avviene il distacco al fine di recuperare, a favore dei lavoratori distaccati, taluni crediti salariali attinenti al salario minimo, ceduti conformemente al diritto vigente nel paese ospite nel cui territorio viene eseguita la prestazione lavorativa.

Quanto detto è pienamente conforme alla lettura della direttiva congiuntamente all'art. 47 della Carta in materia di diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. Del resto, in una situazione simile, negare la legittimazione ad agire al sindacato significherebbe contravvenire al principio sancito dalla Carta alla disposizione citata secondo cui ogni persona, i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge, entro un termine ragionevole. Nondimeno, spetta al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo nel rispetto non solo del citato diritto a un'effettiva tutela giurisdizionale, previsto all'art. 47 della Carta, ma anche dei principi di equivalenza e di effettività dell'Unione (v., in tal senso, Corte giust. sent. 11-3-2015, cause riunite C-464/13 e C-465/13, *Europäische Schule München*, EU:C:2014:2169; sent. 16-6-2009, causa C-12/08, *Mono Car Styling*, EU:C:2009:466; sent. 3-10-2010, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, EU:C:2013:625; sent. 28-4-2015, causa C-456/13 P, *T & L Sugars Ltd e a.*).

Allo stesso modo, la soluzione offerta dalla Corte nel senso della *lex fori* è in perfetta sintonia con il filone giurisprudenziale giuslavorista secondo cui il diritto dell'Unione ammette che gli Stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi dalle parti sociali, in materia di minimi salariali, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche a carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro (v., in particolare, Corte giust., sent. 3-2-1982, cause riunite 62/81 e 63/81, *Seco e Desquenne & Giral*, in *Racc.*, 223, p.to 14; sent. 24-1-2002, causa C-164/99, *Portugaia Construções*, in *Racc.*, I-787, p.to 21). Tuttavia, l'applicazione di tali norme deve garantire il conseguimento dello scopo perseguito, vale a dire la protezione dei lavoratori distaccati, e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento conformemente, ancora una volta, ai principi di equivalenza ed effettività (Corte giust., sent. 23-11-1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, in *Racc.*,

I-8453, p.to 35; sent. 14-4-2005, causa C-341/02, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, I-2733, p.to 24; sent. 18-12-2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, EU:C:2007:809, p.to 56).

3. – La pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea chiarisce, poi, la nozione di «tariffe minime salariali» dei lavoratori distaccati, risolvendo la sesta questione posta dal giudice del rinvio, relativa all'art. 3 della direttiva, letto alla luce degli artt. 56 e 57 TFUE. Nel dettaglio, il giudice nazionale chiedeva chiarimenti sulla possibilità di escludere taluni elementi retributivi (oggetto del procedimento principale) dalla nozione di salario minimo riconosciuto ai lavoratori distaccati, come definiti da un contratto collettivo rientrante nell'allegato di tale direttiva, di applicazione generale nello Stato membro in cui è avvenuto il distacco *de quo*, oppure come previsti dal rapporto di lavoro tra i lavoratori distaccati e il loro datore di lavoro nello Stato UE di origine.

La Corte si muove nel senso della più ampia tutela possibile dei lavoratori distaccati. Così, in primo luogo, ribadisce il rispetto del principio fondamentale dell'Unione di non discriminazione e/o della parità di trattamento (artt. 1, 18, 57 e 157 TFUE). Pertanto, i lavoratori di aziende straniere di uno Stato membro dell'Unione che operano in regime di distacco hanno diritto di ricevere un trattamento economico non inferiore a quello previsto dal CCNL applicabile nel paese ove si opera. Nello specifico, va garantita la parità di condizioni retributive riservata ai prestatori di servizio dall'art. 57 TFUE secondo cui, senza pregiudizio delle disposizioni relative al diritto di stabilimento, il prestatore può esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini (Corte giust., sent. 23-1-2014, causa C-296/12, *Commissione europea c. Regno del Belgio*, EU:C:2014:24; sent. 11-12-2014, causa C-678/11, *Commissione c. Spagna*, EU:C:2014:2434; sent. 3-12-2014, causa C-315/13, *De Clercq e a.*, EU:C:2014:2408). Ne consegue che, conformemente alla citata giurisprudenza dell'Unione in materia di tariffe minime salariali e alle disposizioni della direttiva, le condizioni di lavoro e di occupazione garantite ai lavoratori distaccati sono fissate dalla normativa dello Stato membro ospitante e/o, nel settore edile, dai contratti collettivi dichiarati di applicazione generale nello Stato membro ospitante.

Nondimeno, come la Corte ricorda, la direttiva (considerando 6) intende realizzare una leale concorrenza tra le imprese nazionali e quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale. A tale scopo, il testo vuole individuare le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro nel caso in cui un'impresa stabilita in un certo Stato membro distacchi temporaneamente lavoratori sul territorio di un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi (Corte giust., sent. 7-11-2013, causa C-522/12, *Isbir*, EU:C:2013:711). L'atto in esame riserva, quindi, ai lavoratori distaccati un nucleo di norme imperative di protezione minima dello Stato membro ospitante, che, tuttavia, non risulta armonizzato, ma solo sommariamente delineato. Invero, l'art. 3, par. 1, primo comma, della direttiva, dispone che gli Stati membri provvedano affinché le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie ivi indicate. Codesta interpretazione riprende la giurisprudenza UE relativa alla disposizione menzionata e rafforza il principio della parità di trattamento in capo ai lavoratori distaccati genericamente considerati, in quanto ne garantisce il rispetto qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale (in particolare: Corte giust., sent. 18-12-2007, causa C-341/05, cit.). Ancora, l'art. 3, par. 1, secondo comma, della direttiva, al fine di determinare le tariffe minime salariali, fa espresso rinvio alla legislazione o alla prassi nazionale dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato (Corte giust., sent. 7-11-2013, causa C-522/12, cit., p.to 36). Da quanto detto si differenzia esclusivamente l'art. 3, par. 7, secondo comma, della direttiva, laddove stabilisce in maniera espressa in che misura le indennità specifiche per il distacco sono considerate parte integrante del salario minimo nel caso di lavoratori distaccati. Pertanto, fatto salvo quanto indicato all'art. 3, par. 7, secondo comma, della direttiva (v. *infra*), la definizione di quali siano gli elementi costitutivi della nozione di salario minimo rientra nell'ambito del diritto dello Stato membro in cui avviene il distacco, fermo restando che tale definizione non può avere l'effetto di ostacolare la libera prestazione dei servizi tra gli Stati membri, sia che risulti dalla legislazione o dai pertinenti contratti collettivi nazionali sia che derivi dall'interpretazione che ne danno i giudici nazionali (Corte giust., sent. 7-11-2013, causa C-522/12, cit., p.to 37).

Venendo al caso di specie, il giudice UE osserva che la legge finlandese relativa al distacco dei lavoratori prevede che il salario minimo sia una retribuzione determinata sulla base di un contratto collettivo di applicazione generale. A suo giudizio, risulta esplicitamente dal tenore letterale dell'art. 3, par. 1, secondo comma, della direttiva che le tariffe minime salariali sono definite dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato. Tale formulazione implica anche che le modalità di calcolo delle suddette tariffe e i criteri ad esso applicati siano di competenza dello Stato membro ospitante. Per tale via, le norme vigenti in quest'ultimo paese possono determinare se il calcolo del salario minimo debba essere effettuato su base oraria o a cottimo. Tuttavia, tali norme, per essere opponibili al datore di lavoro che distacca i suoi lavoratori in tale Stato membro, devono essere vincolanti e soddisfare i requisiti di trasparenza, accessibilità e chiarezza. In applicazione di tali criteri, il salario minimo, calcolato facendo riferimento ai contratti collettivi pertinenti, non può dipendere dalla libera scelta del datore di lavoro che distacca alcuni dipendenti al solo fine di proporre un costo del lavoro minore rispetto a quello dei lavoratori locali. Al contrario, spetta al giudice nazionale verificare il carattere vincolante e trasparente delle norme relative a tale calcolo, applicate in forza dei pertinenti contratti collettivi. Del resto, l'intervento ermeneutico del giudice nazionale garantisce una valutazione oggettiva e legittima della normativa rilevante, in grado di contemperare gli interessi delle parti senza trascurare il beneficio per il mercato e la libera concorrenza che ne deriva.

Ugualmente, le norme sull'inquadramento dei lavoratori in gruppi retributivi, applicate nello Stato membro ospitante sulla base di diversi criteri (la qualifica, la formazione, l'esperienza dei lavoratori e/o la natura del lavoro svolto da questi ultimi) si applicano in luogo di quelle applicabili ai lavoratori distaccati nello Stato membro di origine. E, aggiunge la Corte, l'inquadramento effettuato dallo Stato membro di origine va preso in considerazione soltanto in via residuale e qualora sia più favorevole per il lavoratore nell'ambito di un confronto tra le condizioni di lavoro e di occupazione, di cui all'art. 3, par. 7, primo comma, della direttiva, applicate nello Stato membro di origine e quelle vigenti nello Stato membro ospitante. In definitiva, la Corte conclude nel senso che è conforme all'art. 3, par. 1, della direttiva, letto alla luce degli artt. 56 e 57 TFUE, il calcolo del salario minimo orario e/o a cottimo, basato sull'inquadramento dei lavoratori in gruppi retributivi,

come previsto dai pertinenti contratti collettivi dello Stato membro ospitante, purché tale calcolo e tale inquadramento siano effettuati sulla base di norme vincolanti e trasparenti poste al vaglio del giudice *a quo*.

4. – A seguire, il giudice dell'Unione esamina ciascun elemento retributivo menzionato nell'ordinanza di rinvio, al fine di stabilire quale di essi possa considerarsi parte integrante del salario minimo da riconoscere ai lavoratori distaccati ai sensi dell'art. 3 della direttiva. E fa ricorso ai propri precedenti giurisprudenziali in materia di qualificazione degli elementi retributivi non inclusi nel salario minimo e alle disposizioni dettagliate di cui all'art. 3, par. 7, secondo comma della direttiva che disciplina la misura in cui le indennità specifiche per il distacco sono considerate parte integrante del salario minimo nel caso di lavoratori distaccati. Al riguardo, va ricordato che, per giurisprudenza costante dell'Unione, non possono essere considerati componenti del salario minimo, ai sensi della direttiva, da un lato, le maggiorazioni e i supplementi che non sono riconosciuti quali componenti della retribuzione minima dalla normativa o dalla prassi nazionale dello Stato membro in cui avviene il distacco e che modificano il rapporto tra la prestazione del lavoratore; dall'altro il corrispettivo percepito. (Corte giust., sent. 14-4-2005, *Commissione c. Germania*, C-341/02, EU:C:2005:220, p.to 39).

In dettaglio, il giudice dell'Unione si pronuncia a favore della inclusione nella nozione di salario minimo dei lavoratori distaccati dell'indennità giornaliera, dell'indennità per il tragitto giornaliero e della gratifica per ferie. Riguardo al primo elemento, la Corte constata che i pertinenti contratti collettivi di lavoro in Finlandia prevedono la concessione di un'indennità giornaliera ai lavoratori distaccati. Conformemente ad essi, la suddetta indennità è concessa sotto forma di pagamento giornaliero di una somma fissa che, tuttavia, non è versata ai lavoratori a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco, ai sensi dell'art. 3, par. 7, secondo comma, della direttiva. Infatti, l'indennità in parola è destinata a garantire la tutela sociale dei lavoratori interessati, compensando i disagi dovuti all'allontanamento degli stessi dal loro ambiente abituale. Ne deriva che una siffatta indennità deve essere qualificata come «indennità specifica per il distacco», ai sensi dell'art. 3, par. 7, secondo comma, della direttiva. Inoltre, l'indennità giornaliera deve essere versata ai lavoratori distaccati nella stessa misura in cui ne beneficiano i

lavoratori locali in occasione di un distacco nel territorio finlandese. Sicché, l'indennità giornaliera è parte integrante del salario minimo ed è sottoposta alle stesse condizioni per la sua inclusione nel salario minimo versato ai lavoratori locali in occasione di un loro distacco. Ancora, la questione sollevata circa l'indennità per il tragitto giornaliero verte non già sulla compensazione dei costi per gli spostamenti effettuati dai lavoratori interessati per recarsi al loro luogo di lavoro e fare da esso ritorno, bensì sull'interpretazione dell'art. 3 della direttiva nel senso che una compensazione per il tempo del tragitto giornaliero sia un elemento del salario minimo. Secondo le pertinenti disposizioni dei contratti collettivi finlandesi, un'indennità per il tragitto è versata ai lavoratori se la durata del tragitto di andata e ritorno che questi ultimi effettuano quotidianamente eccede un'ora. Nondimeno, il calcolo della durata spetta al giudice del rinvio, il quale, alla luce dei fatti di causa, accerta se i lavoratori *de quibus* soddisfano il requisito relativo alla durata, previsto dalla normativa applicabile in Finlandia per il versamento dell'indennità per il tragitto. Parimenti, qualora una siffatta indennità per il tragitto non sia versata a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute dal lavoratore a causa del distacco, essa deve essere considerata, conformemente all'art. 3, par. 7, secondo comma, della direttiva, come un'indennità specifica per il distacco e, dunque, come facente parte integrante del salario minimo. Si deve dunque considerare che un'indennità per il tragitto, versata ai lavoratori a condizione che la durata del tragitto giornaliero che essi effettuano per recarsi sul loro luogo di lavoro e per fare da esso ritorno ecceda un'ora, è parte integrante del salario minimo dei lavoratori distaccati, sempreché il giudice nazionale accerti tale condizione.

Infine, in relazione alla gratifica per ferie, la Corte ricorda, in via preliminare, che, a norma dell'art. 31, par. 2, della Carta, ogni lavoratore ha diritto a ferie annuali retribuite. Secondo costante giurisprudenza, tale diritto deve essere considerato come un principio di diritto sociale dell'Unione ed accordato a ogni lavoratore, indipendentemente dalla sua sede di servizio nell'Unione (Corte giust., sent. 20-1-2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff e a.*, EU:C:2009:18, p.to 54; sent. 22-5-2014, causa C-539/12, *Locke*, EU:C:2014:351, p.to 14). Del resto, come ribadito dalla Corte in più occasioni, l'espressione «ferie annuali retribuite», che compare all'art. 31 della Carta e all'art. 7, par. 1, della direttiva 2003/88/CE, significa che, per la durata delle ferie, la retribuzione deve essere mantenuta e,

quindi, il lavoratore deve percepire la retribuzione ordinaria per tale periodo di riposo (Corte giust., sent. 16-3-2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele e a.*, EU:C:2006:177, p.to 50). Ne segue che ai sensi dell'art. 3 della direttiva, letto alla luce degli artt. 56 e 57 TFUE, la gratifica minima per ferie, riconosciuta al lavoratore per la durata minima delle ferie annuali retribuite, conformemente all'art. 3, par. 1, secondo trattino, lett. *b*), di tale direttiva, corrisponde al salario minimo cui il lavoratore ha diritto durante il periodo di riferimento.

Viceversa, il giudice UE esclude dalla nozione di salario minimo l'accollo dei costi di alloggio e i buoni pasto. Infatti, atteso che l'ESA ha preso a carico tali spese senza che i lavoratori abbiano dovuto anticiparle e chiederne il rimborso, la modalità dell'accollo dei costi scelta dall'ESA non rileva ai fini della qualificazione giuridica di tali spese. In merito ai buoni pasto, il giudice lussemburghese constata che la loro distribuzione non trova fondamento né nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dello Stato membro ospitante, né nei pertinenti contratti collettivi, fatti valere dal sindacato finlandese, bensì trae origine dal rapporto di lavoro costituito in Polonia tra i lavoratori distaccati e l'ESA, datore di lavoro. Inoltre, al pari del versamento delle indennità accordate al fine di compensare le spese di alloggio, tali indennità sono versate a titolo di compensazione del costo della vita effettivamente sostenuto dai lavoratori a causa del loro distacco. Pertanto, risulta chiaramente dall'art. 3, parr. 1 e 7, della direttiva che le suddette indennità non devono essere considerate come facenti parte integrante del salario minimo, ai sensi dell'art. 3 di tale direttiva.

I problemi posti dal caso di specie di definire il concetto di «tariffe minime salariali» non sono interamente nuovi. In effetti, la Corte ha già offerto indicazioni in merito agli elementi da *non* considerarsi inclusi nelle tariffe minime salariali (v. giurisprudenza cit. *supra*). Tuttavia, la giurisprudenza non aveva sinora offerto una risposta esplicita alla questione di cosa intendere effettivamente per «tariffe minime salariali». Nella fattispecie in esame, la Corte è stata espressamente chiamata a trovare un equilibrio fra gli interessi delle imprese che desiderano avvalersi del vantaggio competitivo potenzialmente offerto dal distacco di lavoratori da uno Stato membro a un altro e quelli dei lavoratori in questione.

La soluzione offerta non si discosta dalla giurisprudenza in merito (*ex multis*: Corte giust., sent. 20-1-2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, cit.; sent. 22-5-2014, causa C-539/12, cit.). Anzi, arricchisce quest'ultima con un'analisi dettagliata e puntuale di ciascun elemento, suffragata da chiare e precise disposizioni della direttiva aventi effetto diretto.

Va sottolineato che la particolareggiata disamina offerta dalla Corte è destinata a divenire precedente in future questioni analoghe nonché a confluire nella prassi dell'atto chiaro che – come noto – non necessita di ulteriore interpretazione ed è in grado di realizzare un effetto deflattivo delle controversie.

5. – In passato, la giurisprudenza dell'Unione ha acceso il dibattito circa le conseguenze della libera prestazione dei servizi sui diritti dei lavoratori (e sui diritti dei sindacati di tutelare tali diritti) in situazioni transfrontaliere (Corte giust., sent. 18-12-2007, causa C-341/05, cit.; sent. 3-4-2008, causa C-346/06, *Riiffert*, EU:C:2008:189; sent. 19-6-2008, causa C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*, EU:C:2008:350). Allo stesso modo, la presente causa dimostra come la prestazione di servizi transnazionale rimanga una questione controversa legata a talune difficoltà relative alla posizione dei lavoratori distaccati in uno Stato membro diverso da quello di assunzione. Il nodo centrale resta, quindi, capire come procedere per stabilire livelli di tutela appropriati per tali lavoratori. La direttiva intende offrire risposte in merito a quando debbano essere applicati i livelli stabiliti dallo Stato membro ospitante. Da questo punto di vista, il suo preambolo indica le regole dello Stato membro ospitante che le imprese estere sono tenute ad applicare ai lavoratori distaccati, dimostrando di voler conciliare l'obiettivo di promuovere la prestazione di servizi transfrontalieri con la politica della concorrenza leale. Non vi è dubbio che dietro le espressioni menzionate si celino, rispettivamente, il mondo dei lavoratori distaccati e la parte datoriale. In questo contesto, la direttiva chiede agli Stati membri di adottare provvedimenti appropriati a garantire un livello minimo di tutela per i lavoratori interessati che, al contempo, tengano conto della tutela del mercato concorrenziale.

L'assenza di uniformità fra i costi del lavoro nei vari Stati membri ha indubbiamente indotto l'Unione ad introdurre regole disciplinanti il distacco transnazionale di lavoratori. In effetti, prima dell'entrata in vigore della direttiva, era

la giurisprudenza UE a indicare, di volta in volta, quale legge applicare ai lavoratori distaccati. Di particolare rilievo è che la Corte di giustizia abbia, in passato, accordato allo Stato membro ospitante un ampio potere discrezionale di applicare le loro leggi in materia di diritto del lavoro ai lavoratori distaccati, fatto salvo il rispetto delle disposizioni pertinenti del Trattato in materia di libera prestazione di servizi (Corte giust., sent. 27-3-1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa*, EU:C:1990:142; sent. 9-8-1994, causa C-43/93, *Vander Elst*, EU:C:1994:310). Ciò dava agli Stati membri ospitanti la possibilità di estendere ai lavoratori distaccati l'applicazione dell'intero complesso del proprio diritto interno del lavoro. E, le imprese estere erano libere di prestare servizi nello Stato membro ospitante, a patto di adattarsi a tale normativa. In siffatto contesto, la direttiva ha rappresentato un compromesso fra gli interessi contrapposti degli Stati membri che distaccano lavoratori stranieri e di quelli che li ricevono. Ma, come sostenuto dall'Avvocato generale Nils Wahl nelle sue conclusioni del 18 settembre 2014, si registra una certa contraddizione fra gli obiettivi della direttiva. Oltre alla libertà di movimento, la direttiva racchiude anche l'intento degli Stati membri di tutelare i propri mercati del lavoro. Mentre le disposizioni del Trattato in base a cui la direttiva è stata adottata (*i.e.* libera prestazione dei servizi) mettono chiaramente l'accento sulla promozione della prestazione transnazionale di servizi, il risultato finale è una direttiva a favore della tutela delle legislazioni nazionali sul lavoro. Così, conformemente al livello minimo di tutela per i lavoratori distaccati di cui all'art. 3, par. 1, della direttiva, le imprese che distaccano i propri dipendenti sono tenute ad applicare la legislazione del paese di esecuzione del contratto, salvo nei casi in cui la legge dello Stato di origine risulti più favorevole per il lavoratore.

A prescindere dall'obiettivo originale della direttiva - stabilire dei limiti piuttosto che promuovere la libera prestazione di servizi (o, più probabilmente, conciliare i due intenti) -, gli sviluppi della giurisprudenza risultano di estrema importanza qualora si interpretano le disposizioni della direttiva dal momento che quest'ultima non armonizza espressamente il contenuto materiale di tali norme imperative, come ricordato anche dalla Corte nella recente pronuncia, ma, al contrario, lascia agli Stati membri la facoltà di adottare strategie diverse, a condizione di rispettare il diritto dell'Unione. Così, va ricordato che la giurisprudenza dell'Unione successiva all'adozione della direttiva, ha spostato l'attenzione dalla tutela del mercato del

lavoro nazionale alla libera prestazione di servizi (in particolare, Corte giust., sent. 18-12-2007, causa C-341/05, cit.). A quest'ultimo filone giurisprudenziale, la sentenza del febbraio 2015, aggiunge, quale logico corollario dell'obiettivo di promuovere la libera prestazione di servizi, la necessità di garantire diritti minimi ai lavoratori distaccati, al fine di scongiurare il *dumping* sociale. Il nucleo essenziale di diritti così individuato è presumibilmente volto a garantire ai lavoratori distaccati un adeguato livello di protezione sociale durante il distacco. A tale riguardo, salari minimi chiaramente fissati offrono ai lavoratori mezzi sufficienti per provvedere alle proprie necessità nello Stato membro ospitante per il periodo del distacco. Seguendo tale ottica, il giudice dell'Unione ha inteso rafforzare le tutele garantite ai prestatori distaccati in situazioni transnazionali dal punto di vista sia strettamente giuridico sia politico-sociale volendo tendere all'inserimento dei lavoratori in questione nel tessuto sociale del paese ospite per la durata del distacco o, viceversa, al riconoscimento economico del "disagio" agli stessi arrecato a seguito dell'allontanamento dal proprio contesto abituale e familiare. Altrimenti detto, la sentenza in commento segna un passo in avanti nella tutela dei diritti riconosciuti ai lavoratori distaccati in situazioni transfrontaliere nonché dei diritti fondamentali agli stessi accordati in quanto persona.



ISSN 2037-6677

2015/2

La Corte di giustizia interviene sulle modalità di accertamento dell'orientamento sessuale per l'attribuzione della qualifica di “rifugiato”. Una soluzione a metà

The Court of Justice rules on the conditions to ascertain sexual orientation to grant the refugee status. An incomplete solution

Francesco Monceri

Tag: sexual, orientation, refugee



La Corte di giustizia interviene sulle modalità di accertamento dell'orientamento sessuale per l'attribuzione della qualifica di “rifugiato”. Una soluzione a metà. - Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza 2 dicembre 2014, cause riunite C-148/13 C-149/13 C-150/13, *Raad van State (Paesi Bassi)/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, non ancora pubblicata nella Raccolta.

di Francesco Monceri

1. – La decisione che ci si accinge ad annotare offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni a margine dell'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela dell'orientamento sessuale (cfr. *ex multis* Corte giust., sent. 17-02-1998, Causa C-249/96, *Grant*, in Racc., I-00621 ss. Per una ampia analisi si veda A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa, 2013, 32 ss.; v. Anche F. Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011, 69 ss.) che, in questo caso, viene preso in considerazione sotto il profilo del procedimento di riconoscimento dello *status* di "rifugiato" nell'ambito della concessione del diritto di asilo da parte di uno Stato membro (il sistema europeo comune di asilo, c.d. CEAS, ha avuto inizio con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam al fine di dare attuazione, in ambito europeo, alla Convenzione di Ginevra). Tutela che, inizialmente elaborata in sede

pretoria, è andata rafforzandosi a seguito dell'approvazione della Carta di Nizza e della sua inclusione tra gli allegati del Trattato di Lisbona ricevendo per questa strada uno *status* giuridico formale (M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, in Id. (cur.), *I diritti in azione*, Bologna, 2007; si veda anche G.F. Ferrari (cur.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001), delle garanzie provenienti dal sistema CEDU pur esso recentemente "richiamato" esplicitamente dai Trattati e, nel caso in discorso, della specifica protezione offerta dall'articolo 1, sezione A, paragrafo 2, primo comma, della Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951 e entrata in vigore il 22 aprile 1954, ai soggetti che potrebbero essere discriminati, nel proprio paese, per "l'appartenenza a un determinato gruppo sociale" (norma richiamata dall'art.10, par.1, lett.d) della dir. 2004/83). Il che ha progressivamente esitato in una tutela europea dei diritti fondamentali, soprattutto dei c.d. diritti di nuova generazione, in certa misura più avanzata di quella nazionale. Circostanza che è ancora più chiaramente desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia appunto da quando essa è chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto europeo, in questo caso sull'esatta portata della direttiva qualifiche e della direttiva procedure, potendo legittimamente fondare le proprie decisioni su un *corpus* normativo europeo che include, attualizzandola alla luce del diritto europeo, la protezione dei diritti di "ultima generazione" elaborata nelle giurisprudenze costituzionali degli Stati membri. Al punto che proprio tali norme europee, in quanto di più recente elaborazione, vengono oggi a costituire la più completa ricognizione dei diritti tutelati in ambito europeo (M. Cartabia, *I "nuovi" diritti*, 2010, consultabile in www.olir.it). Non potendosi approfondire oltre su questo aspetto basti, in questa sede, rimandare al fatto che la tutela dell'orientamento sessuale, così come quella di altri diritti che solo di recente hanno trovato specifico riconoscimento, trovano esplicito riferimento nella Carta di Nizza e non nella Costituzione nazionale.

2. – La questione oggetto di domanda di pronuncia pregiudiziale origina da tre procedimenti, riuniti in quanto attinenti al medesimo oggetto, vertenti sull'interpretazione dell'art.4 della direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 (in *G.U.U.E.* L 302, 12 ss., sostituita dalla direttiva 2011/9/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13-12-2011, in *G.U.U.E.* L 307, 9)

concernente l'attribuibilità della qualifica di "rifugiato" o di persona "bisogno di protezione internazionale" in relazione alle possibili discriminazioni cui i ricorrenti potrebbero andare incontro nel paese d'origine, in caso di mancata concessione del diritto d'asilo da parte dei Paesi Bassi, a causa del proprio "orientamento sessuale" omosessuale, condizione significativamente ricondotta alla nozione di specifico "gruppo sociale".

La questione principale, intorno alle quali ruotano le questioni interpretative proposte alla Corte, attiene al mancato riconoscimento della qualifica di persona omosessuale da parte del *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (Segretario di Stato alla Sicurezza e alla Giustizia), con provvedimento confermato in primo grado dal *Rechtbank 's-Gravenhage* e, sospeso, dal Giudice dell'appello, il *Raad van State* per rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

All'origine della controversia si situa la denegata concessione del diritto d'asilo opposto dal *Staatssecretaris* a causa della mancata prova da parte degli interessati della propria condizione di omosessualità, circostanza che, alla stregua delle altre condizioni per ottenere il permesso temporaneo di soggiorno deve essere, a giudizio degli organi nazionali, sufficientemente provata dalla parte interessata. Il che introduce la tematica principale che andrà a costituire il nucleo fondamentale della decisione in cui la Corte statuisce il principio della necessità di una "procedura di accertamento differenziata" per quelle particolari condizioni personali (sensibili), come l'orientamento sessuale, protette in via generale dall'art.1 della Carta di Nizza.

Dunque, anche nella misura in cui appaia difficilmente contestabile che la procedura delineata nella dir. 2004/83/CE, e nella dir. 2005/85 che detta norme minime uniformi per l'esame della domanda, richiamate dal diritto nazionale, imponga al richiedente di provare la propria condizione di omosessuale, la vera questione si sposta sui limiti e sulle modalità di accertamento di tale particolare condizione da parte degli organi nazionali, stante che la condizione di omosessualità trova specifica tutela negli art.1, 3 e 7 della Carta di Nizza.

Si fronteggiano, dunque, da una parte il diritto degli Stati a disporre di una ragionevole certezza sull'effettiva condizione di omosessuale del richiedente, al fine di evitare un'indiscriminata concessione del beneficio ad ipotesi in cui esso risulti non dovuto (perchè, ad esempio, supportato dalla mera dichiarazione del richiedente), dall'altra il diritto dell'omosessuale, pur riconosciuto in ambito europeo,

a non subire procedure di accertamento lesive della propria dignità (per i profili di diritto interno si veda G. Rolla, *Profili costituzionali della dignità umana*, in A. D'Atena (cur.), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1077 ss.) . Questione che, come si vedrà, appare non completamente risolta nella sentenza che si annota. E che meriterebbe forse di essere indagata rispetto ad ulteriori ipotesi di tutela dell'orientamento sessuale (in argomento F. Monceri, *Oltre l'identità sessuale. Teorie queer e corpi transgender*, Pisa, 2010).

Il giudice rimettente, dunque, nel sottolineare la piena legittimità di quanto disposto dall'art. 4 dir. 2004/83/CE circa la possibilità per gli Stati membri di imporre al richiedente di "produrre quanto prima tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale" che dovranno poi essere esaminati "in cooperazione con il richiedente", e che la verifica della condizione di omosessuale "non è diversa dalla verifica di altri motivi di persecuzione", riconosce che tale procedura potrebbe risultare lesiva dei diritti fondamentali europei, così da necessitare una pronuncia della Corte sui limiti da non valicare nell'espletamento di tale, pur necessaria, verifica.

Nel caso specifico il giudice rimettente è mosso dal fatto che le procedure di valutazione poste in essere dallo Stato, o proposte dagli istanti, per l'accertamento della condizione di omosessuale come la sottoposizione a *test* comprovanti lo stato o il compimento di espliciti atti omosessuali con persona dello stesso sesso, l'intempestiva dichiarazione della propria omosessualità da parte del richiedente (in un caso la prima richiesta di asilo non era stata motivata in base all'orientamento sessuale), la mancata spiegazione della propria presa di coscienza della condizione di omosessualità e la disinformazione circa le principali istituzioni olandesi per la tutela dei diritti degli omosessuali, si mostrano di dubbia compatibilità con il diritto europeo.

Procedure queste che, in effetti, rinviano ad una concezione stereotipata della condizione di omosessuale e inducono, incidentalmente, a riflettere sul tema della formazione specifica del personale amministrativo addetto al riconoscimento di tale condizione.

La Corte, in via preliminare, conferma che la dir. 2004/83/CE e, soprattutto la dir. 2005/85 del Consiglio del 1-12-2005 (in *G.U.U.E.* L 326, 13, sostituita dalla direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26-06-2013, in

G.U.U.E. L 180, 60) sulle procedure, devono essere interpretate alla luce della Convenzione di Ginevra, che costituisce la "pietra angolare" della disciplina giuridica internazionale per il riconoscimento dello *status* giuridico di rifugiato (par. 47 della decisione; cfr. anche Corte giust., quinta sezione, sent. 8-05-2014, Causa C-604/12, non ancora pubblicata, par. 27) e degli altri Trattati internazionali richiamati dall'art.78, par.1, TFUE, e nel rispetto dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza (par. 46; cfr. anche Corte giust., quarta sezione, sent. 7-11-2013, Cause riunite 199-200-201/12, non ancora pubblicata, par. 40), mentre omette di richiamare espressamente le norme CEDU così come suggerito, invece, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale (Conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpton, presentate il 17 luglio 2014, parr.10-38-39-46).

In ogni caso il giudice comunitario ritiene pienamente giustificata la procedura prevista nell'art. 4 della dir. 2004/83 che non considera sufficiente la mera dichiarazione dell'interessato, e riafferma la piena legittimità di una procedura di valutazione che confermi l'attendibilità di quanto dichiarato dall'istante (par. 52).

Ma ciò a giudizio della Corte, che richiama a conferma della propria impostazione il considerando 10) della dir. 2004/83 ed il considerando 8) della dir. 2005/85, deve avvenire con "modalità" consone al rispetto di diritti fondamentali quali il rispetto della dignità umana di cui all'art. 1 della Carta di Nizza, e alla protezione della vita privata e familiare di cui all'art. 7 della medesima Carta (par. 53).

Elemento nuovo che emerge dalla pronuncia che si annota è, dunque, il fatto che, a giudizio della Corte, le modalità di accertamento delle condizioni preliminari alla concessione del diritto di asilo non possano essere "standardizzate" poichè spetta alle "autorità competenti adeguare le loro modalità di valutazione delle dichiarazioni e degli elementi di prova documentali o di altro tipo in funzione delle caratteristiche proprie di ciascuna categoria di richiesta d'asilo nel rispetto dei diritti garantiti dalla Carta" (par. 54).

La Corte individua così due fasi della procedura, distinte in quella della "acquisizione della documentazione" e in quella della "valutazione giuridica" della stessa, ponendo l'accento sull'attività di cooperazione tra interessato e organi amministrativi (parr. 55- 56) che deve caratterizzare la prima fase, ossia quella su cui

si incentrano le domande pregiudiziali del giudice ricorrente; fase in cui l'art. 4, paragrafo 3, lettera c) della dir. 2004/83 impone di porre in essere una valutazione che tenga conto della "situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, in particolare l'estrazione, il sesso e l'età, al fine di valutare se, in base alle circostanze personali del richiedente, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave" (par.57)

Alla luce di queste considerazioni la Corte ritiene illegittime tutte le procedure di accertamento poste in essere dagli organi amministrativi nazionali olandesi in quanto lesive dei diritti fondamentali della persona, poichè fondate non su una valutazione individuale ma su nozioni stereotipate della condizione di omosessuale (par. 62), e su atti d'indagine contrari all'art. 7 e all'art. 1 della Carta di Nizza (par. 65).

Così la Corte senz'altro esclude la possibilità di motivare il diniego di concessione del diritto di asilo sull'incapacità dell'istante di rispondere a domande stereotipate sulla condizione di omosessuale, considera contrari al diritto comunitario gli interrogatori "concernenti i dettagli sulle pratiche sessuali" dell'istante, considera illegittimi lo svolgimento di "test" e la produzione di registrazioni contenenti video di atti intimi, nega la possibilità che il diniego possa conseguire alla mancata dichiarazione della propria omosessualità in una precedente domanda d'asilo, in quanto tale reticenza potrebbe essere causata non da difetto di veridicità ma dalla particolare fragilità di un soggetto che non voglia, se non costretto, rendere pubblica la propria condizione di omosessuale.

3. – In conclusione la pronuncia convince a metà. Si deve, infatti, riconoscere la particolare attenzione riservata a situazioni di debolezza quali l'orientamento sessuale che ormai fruiscono di una tutela specifica ed avanzata in ambito europeo, che consentono alla Corte di stigmatizzarne la lesione da parte degli organi nazionali inducendola, nel caso specifico, a teorizzare una differenziazione delle modalità di accertamento in ragione del suo oggetto.

Allo stesso tempo la Corte afferma il diritto dello Stato membro di porre in essere procedure per l'accertamento dell'omosessualità dell'istante, mancando di dare indicazioni precise sulle modalità concrete di espletamento delle stesse,

limitandosi a richiamare la necessità di una valutazione individuale e l'attuazione di una maggiore cooperazione tra istante e amministrazione.



ISSN 2037-6677

2015/2

Responsabilità per omissioni delle autorità nazionali? Le condizioni della detenzione della persona gravemente disabile come causa potenziale di violazione dell'art. 3 CEDU

Responsibility for national authorities' omissions? The requirements for the detention of a seriously disabled person as a potential violation of Article 3 ECHR

Simone Penasa

Tag: ECHR, detainee, disability

www.dpce.it



Responsabilità per omissioni delle autorità nazionali? Le condizioni della detenzione della persona gravemente disabile come causa potenziale di violazione dell'art. 3 CEDU - Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: Helhal c. Francia, sez. V, 19 febbraio 2015

di Simone Penasa

1. – La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è chiamata ormai sistematicamente a pronunciarsi riguardo casi di compatibilità delle condizioni e delle modalità di esecuzione della pena detentiva con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale – in questo specifico ambito – esprime in modo paradigmatico la propria natura di “living instrument”, destinato a trovare applicazione in ambiti originariamente non ricompresi nel testo della Convenzione mediante l'opera di attuazione operata dalla Corte EDU.

Il caso che qui si commenta – Helhal c. Francia – si inserisce all'interno di un filone giurisprudenziale di cui non è possibile in questa sede dare conto in maniera organica, ma che appare caratterizzato dalla volontà della Corte EDU di valutare le condizioni concrete nelle quali la detenzione viene svolta alla luce dell'art. 3 della Convenzione, che prevede il divieto di sottoporre le persone, anche quando legittimamente ristrette nella propria libertà personale, a “trattamenti inumani e degradanti”.

2. – La questione in oggetto riguarda un detenuto che, condannato per reati gravi (omicidio, tentato omicidio), a seguito di un tentativo di evasione subisce gravi lesioni fisiche, che lo conducono alla condizione di paraplegia con importanti complicazioni (incontinenza). Il detenuto si trova quindi a dovere dipendere dalla sedia a rotelle, avendo bisogno di cure mediche e assistenza continua e specifica, anche attraverso terapie finalizzate al recupero quantomeno parziale della mobilità e a evitare l'ulteriore aggravamento delle condizioni di salute.

A fronte del mancato accoglimento da parte delle autorità giudiziarie francesi della richiesta di sospensione della pena per motivi di salute, il detenuto propone ricorso alla Corte EDU, deducendo la violazione dell'art. 3 della Convenzione in quanto l'autorità penitenziaria non avrebbe assicurato in concreto l'accesso alle cure e "le condizioni della detenzione sono contrarie alla dignità" (p. 37). Occorre sottolineare che, a differenza di altri precedenti della Corte EDU (Cara-Damiani c. Italia, 2012), il rigetto della richiesta si è basato sul parere di due esperti, i quali hanno unanimemente riconosciuto la compatibilità della detenzione con lo stato di salute del detenuto, condizionandone al contempo l'esecuzione alla disponibilità di una serie di trattamenti terapeutico-assistenziali (ad esempio, sessioni periodiche di kinesiterapia).

Questo punto appare particolarmente rilevante, poiché il ricorrente rileva nel ricorso come l'autorità giudiziaria francese "ha condizionato la prosecuzione dello stato di detenzione alla presenza di locali adeguati alla disabilità del detenuto e all'accessibilità alle cure" (p. 37).

3. – La Corte EDU è quindi chiamata a pronunciarsi su tre questioni: a) il mantenimento della detenzione (54-55); b) la qualità delle cure (56-58); c) le condizioni della detenzione (59-62).

Secondo un andamento tipico della giurisprudenza della Corte EDU, in via preliminare i giudici ricostruiscono i principi generali che caratterizzano tale ambito. In particolare, si richiamano i "particolari obblighi" che gli Stati devono rispettare nei confronti di detenuti affetti da gravi patologie: la capacità di sopportare la detenzione, per cui in casi eccezionali in cui lo stato di salute sia "assolutamente incompatibile" con la detenzione l'art. 3 CEDU può richiedere la scarcerazione

(Xiros c. Grecia, 74); l'accesso alle cure mediche necessarie, configurandosi una violazione dell'art. 3 nel caso in cui non sia garantito, dovendosi in ogni caso prevedere un trattamento medico adeguato (*pertinent*) alla situazione concreta, individuando la “*diligence*” e la “*frèquence*” delle cure mediche quali criteri sulla base dei quali valutare la compatibilità dei trattamenti con l'art. 3 CEDU (48); l'adeguamento delle condizioni della detenzione alla situazione specifica derivante dallo stato di salute, per cui l'ambiente carcerario deve essere adattato, quando necessario, alle “esigenze speciali” del detenuto al fine di consentire lo svolgimento della pena in condizioni che non violino la sua “integrità morale” (48).

Nel caso di detenuti disabili, gli standard individuati dalla Corte alla luce dell'art. 3 risultano più rigorosi, in termini di adeguamento delle condizioni della detenzione ai bisogni specifici della persona (50). In questo senso, due sono gli elementi che assumono un rilievo decisivo nel caso concreto: da un lato, il fatto che la persona ristretta sia messa nelle condizioni di muoversi all'interno della struttura in modo autonomo, integrando l'impossibilità di lasciare la propria cella per lungo tempo in un trattamento degradante; dall'altro lato, l'autorità amministrativa competente non può considerarsi esentata dall'obbligo di garantire i bisogni specifici della persona disabile trasferendo la responsabilità dell'assistenza sulle guardie carcerarie o sugli altri detenuti, in quanto dipendere dall'assistenza di altre persone per l'esercizio di funzioni corporali può costituire un trattamento umiliante o *rabaisant* (52).

Utilizzando il concetto della “vulnerabilità” del detenuto disabile, la Corte applica al caso concreto i principi richiamati, affrontando le tre questioni singolarmente.

3.1. – Per quanto riguarda la compatibilità della detenzione con lo stato di salute, la Corte EDU richiama il parere degli esperti, i quali ne hanno – come anticipato – riconosciuto la compatibilità, a condizione che la persona possa beneficiare di cure specifiche e continue (kinesiterapia). Non potendosi escludere che la persona possa beneficiare del trattamento richiesto, a differenza del caso Cara-Damiani c. Italia, ed emergendo dalla cartella clinica che lo stato di salute non ha subito deterioramento o aggravamento come conseguenza della detenzione, la Corte sposta la prospettiva dall'*an* della detenzione, riconoscendone la compatibilità di principio con lo stato di salute, alla valutazione del *quomodo* della medesima, verificando la qualità delle cure assicurate (55).

3.2. – A tal riguardo, la Corte sottolinea come l'amministrazione penitenziaria non possa ritenersi esonerata dalla responsabilità per il solo fatto che l'amministrazione sanitaria competente non abbia agito in modo da assicurare al detenuto le cure e le terapie individuate dai periti come condizioni necessarie per la compatibilità con la detenzione delle condizioni di salute del detenuto disabile, nonostante la richiesta effettuata dalla amministrazione carceraria. Infatti, a quest'ultima è riconducibile la responsabilità di trasferire a un carcere più idoneo, anche in assenza di una formale richiesta del detenuto stesso: sembra configurarsi una sorta di responsabilità oggettiva dell'amministrazione penitenziaria per omissione.

3.3. – Inoltre, le concrete condizioni della detenzione, in particolare rispetto all'espletamento di attività di igiene personale, le quali possono essere svolte solo con l'aiuto di altri detenuti, si configurano quali "situazioni umilianti". Pertanto, secondo la Corte, nel caso di specie, anche se la detenzione della persona disabile non è incompatibile con l'art. 3 CEDU, le autorità nazionali non hanno assicurato una presa in carico della persona al fine di evitare il configurarsi di trattamenti contrari a tale articolo, tenuto conto della grave disabilità, della incontinenza di cui soffre il detenuto e del periodo di detenzione nel quale non ha potuto beneficiare di alcun trattamento di rieducazione. Inoltre, la detenzione si è svolta all'interno di una struttura nella quale la persona detenuta non ha potuto avere accesso alle docce se non con l'aiuto di un altro detenuto: queste circostanze concrete hanno pertanto sottoposto la persona a una prova che ha superato il livello inevitabile di sofferenze derivanti dalla privazione della libertà, tramutandosi pertanto in un trattamento degradante proibito dall'art. 3 CEDU.

4. – La Corte, con la sentenza in esame, consolida un filone giurisprudenziale che tende a ricondurre una protezione – seppur mediata – del diritto alla salute e all'accesso a cure adeguate delle persone detenute, in particolare quando queste siano affette da grave disabilità. Questa giurisprudenza rappresenta un ambito specifico degli interventi della Corte EDU in materia di compatibilità delle condizioni della detenzione con il rispetto della dignità delle persone detenute, mediante l'utilizzo dell'art. 3 CEDU, che vede nella questione del sovraffollamento carcerario il "corpo centrale" di questo filone. Il caso consente quindi di ribadire le

due dimensioni della salute dei detenuti che – in termini generali e al di là del concreto apprezzamento relativo ai singoli casi concreti – sembrano trovare protezione costante da parte della Corte EDU attraverso il richiamo dell'art. 3 CEDU: la mancanza di cure mediche adeguate e necessarie; l'incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute (sul punto, *Cara-Damiani c. Italia*, sez. II, 7 febbraio 2012).

La decisione consente inoltre di chiarire anche i presupposti della responsabilità delle autorità nazionali, nel caso in cui una delle dimensioni appena richiamate non trovino protezione concreta. Infatti, secondo la Corte EDU, nel caso in cui, anche quando venga riconosciuta la compatibilità dello stato di salute con la detenzione (seppur, come rilevato, condizionata alla prestazione di cure e assistenza adeguate e continuative), non vengano in concreto assicurate condizioni dignitose al detenuto affetto da grave disabilità, la responsabilità dello Stato può configurarsi in senso oggettivo o per omissione, anche quando non risultino dalla chiara ed espressa volontà delle autorità competenti di sottoporre il detenuto a condizioni umilianti o svilenti la sua dignità (sul punto, cfr. anche *Gülay Çetin c. Turchia*, sez. III, 5 marzo 2013; *Scoppola c. Italia*, sez. II, 17 luglio 2012).



ISSN 2037-6677

2015/2

**Alla ricerca di una disciplina per il suicidio
medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale
a un articolato regime di controlli e cautele**

**Pursuing a law for assisted suicide in Canada: from
criminal prohibition to a complex regime of checks
and precautions**

Marta Tomasi

Tag: Canada, euthanasia, Charter

www.dpce.it



Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele - Canada Supreme Court: Carter v. Canada (Attorney General)

di Marta Tomasi

1. – Con la sentenza in commento la Corte Suprema del Canada ha sancito l'incostituzionalità delle norme del codice penale che puniscono l'assistenza medica al suicidio. In particolare, la pronuncia ha investito la norma che incrimina il medico che presti la propria assistenza a un adulto che, nel pieno delle proprie facoltà mentali e in una condizione di irrimediabile sofferenza, chieda che sia posta fine alla sua vita (s. 241(b)) e quella che stabilisce che nessuno possa acconsentire a che qualcuno faccia cessare la propria esistenza (s. 14). Entrambe le disposizioni sarebbero in contrasto con la norma della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* che sancisce il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza.

In contemporanea con altri casi verificatisi in Europa (*Nicklinson* nel Regno Unito e *Lambert* in Francia), anche oltreoceano le Corti sono state ancora una volta interrogate circa la compatibilità con i diritti individuali, sanciti dalle carte costituzionali, di previsioni legislative che limitano in maniera netta e rigorosa le possibilità di intervenire nelle fasi terminali dell'esistenza. Il continuo riproporsi di simili questioni evidenzia la persistente difficoltà nell'individuare un punto di bilanciamento fra due istanze contrapposte: quelle di

autonomia e dignità dell'individuo, da un lato, e il principio della sacralità della vita e l'esigenza di tutela dei soggetti vulnerabili, dall'altro.

2. – In primo luogo, la pronuncia in oggetto rappresenta un vero e proprio punto di svolta giurisprudenziale rispetto all'impostazione adottata dalla Corte Suprema quando, più di venti anni prima, era stata chiamata ad esprimersi sulla questione di legittimità dell'art. 241(b) c.p. (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* [1993] 3 S.C.R. 519).

Nel caso del 1993, una donna malata aveva chiesto che un medico fosse autorizzato a predisporre i mezzi necessari affinché la paziente, nel momento in cui non avesse più ritenuto la qualità della propria vita compatibile con un'ideale di dignità, fosse messa nelle condizioni di interrompere autonomamente la propria esistenza.

Secondo la ricorrente, l'applicazione della disposizione di legge, impedendo a pazienti che si trovino in una condizione irrimediabilmente compromessa di compiere un suicidio medicalmente assistito, avrebbe violato alcune norme della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e, in particolare, il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza sancito dalla *section 7* e il principio di eguaglianza sancito dalla *section 15*.

La Corte, con una risicata maggioranza di 5 voti a 4, aveva rigettato la domanda, affermando che il divieto generalizzato di assistenza al suicidio, pur costituendo effettivamente una interferenza con i principi di autodeterminazione e libertà di scelta, non dovesse essere considerato arbitrario o ingiusto, in quanto volto a proteggere gli individui vulnerabili e la loro vita e in quanto rappresentativo della volontà statale di tutelare il valore dell'esistenza umana e la sacralità della vita.

In particolare, il divieto non violava la *section 7* della Carta e, se anche avesse violato il principio di uguaglianza (s. 15), ciò sarebbe stato giustificato alla luce della *section 1*, in quanto intervento necessario in una società democratica, non essendo possibile ipotizzare altre misure (*halfway measures*) che consentissero di realizzare lo scopo primario della normativa, quello di tutelare soggetti vulnerabili.

La presa di posizione da parte della Corte Suprema non aveva comunque sopito il dibattito che, nel corso degli anni successivi, è stato alimentato dall'elaborazione di numerose proposte di modifica della normativa vigente e da molteplici documenti adottati da vari soggetti istituzionali (si ricordino, a titolo esemplificativo, il report della *Royal Society of Canada* nel 2011 e quello della *Quebec National Assembly's Select Committee on Dying with Dignity* del 2012).

E proprio nell'evoluzione della percezione e del consenso sociale e nel mutato atteggiamento di altri ordinamenti appartenenti alla *western legal tradition* si radica il cambiamento giurisprudenziale realizzatosi mediante la decisione in commento.

La questione torna all'attenzione delle corti quando, nel 2009, una donna affetta da sclerosi laterale amiotrofica presenta un ricorso alla Corte Suprema della British Columbia, lamentando che alcune previsioni del codice penale, e in particolare la *section 241(b)* e la *section 14*, violassero i suoi diritti costituzionalmente garantiti.

La decisione resa in primo grado si incentra su una ampia documentazione, sull'esame di molti testimoni e su una accurata indagine circa le evoluzioni avvenute nel panorama comparatistico in riferimento alla disciplina del suicidio assistito.

L'intento è quello di scardinare gli argomenti principali della decisione del 1993, fondata su tre considerazioni essenziali relative i) alla diffusa accettazione circa il differente significato etico e morale dell'eutanasia attiva e di quella passiva; ii) all'impossibilità di individuare modalità "intermedie" per la tutela delle persone fragili; iii) al tendenziale *consensus* esistente nelle democrazie occidentali circa la necessità di un divieto assoluto per evitare il fenomeno della *slippery slope*.

Il principio dello *stare decisis* cede a fronte del realizzarsi di due condizioni: 1) l'emergere di una nuova questione giuridica e 2) il mutamento di circostanze che modifichino in maniera sensibile i termini della questione dibattuta.

Mentre i giudici d'appello avevano contestato la scelta della corte di prima istanza di discostarsi dall'impostazione indicata in *Rodriguez*, i giudici della Corte Suprema confermano che entrambe le condizioni si sono realizzate nei venti anni trascorsi.

Con riferimento agli elementi che, con il passare del tempo, potrebbero aver alterato i termini del dibattito, fondamentali per la pronuncia di incostituzionalità sono le risultanze dell'ampia indagine comparata svolta dal giudice di primo grado che menziona quegli ordinamenti (Oregon, Olanda, Belgio, Svizzera...) che, in anni recenti, hanno optato per regimi permissivi corredati di tutta una serie di cautele, volte ad evitare pericolose derive o abusi.

Nell'ottica di un diritto fondato su dati e prove di efficacia, il nuovo orientamento giurisprudenziale si basa, quindi, anche su elementi che dimostrano la funzionalità di un regime ben disegnato e bilanciato: le prove raccolte sembrano convergere nel dimostrare l'efficacia di scelte normative che garantiscono la tutela delle persone per mezzo di una valutazione medica volta, caso per caso, a verificare la capacità del paziente e la condizione

di vulnerabilità, senza incidere negativamente sul ricorso alle cure palliative e sul rapporto medico-paziente.

Dal punto di vista della legislazione, poi, elaborazioni successive al precedente del 1993 avrebbero chiarito i confini di legittimità delle limitazioni ai diritti costituzionalmente garantiti, specificando che gli interventi legislativi non possono in alcun caso essere eccessivamente ampi o evidentemente sproporzionati. Il divieto generale posto dal codice penale interferisce con i diritti riconosciuti dalla *section 7* della Carta in maniera illegittima, proprio in quanto eccessivo e sproporzionato. Il diritto alla vita ha rilevanza poiché il divieto potrebbe costringere alcuni individui a porre fine anticipatamente alla propria esistenza, prima di ritrovarsi nelle condizioni fisiche di non essere più in grado di intervenire autonomamente. Contestualmente, limitare la possibilità di reazione di un individuo che versi in condizioni di sofferenza grave e irrimediabile, comporta una compromissione dei principi di libertà e autonomia, minando la possibilità di costruire in termini individuali le nozioni di dignità e qualità di vita. La descritta violazione di diritti costituzionalmente garantiti non sarebbe in accordo con i principi di *fundamental justice*: il divieto (mirato a prevenire il suicidio di soggetti vulnerabili in un momento di estrema debolezza) trova irragionevole applicazione anche nei confronti di adulti pienamente capaci, in grado di esprimere la propria volontà e in condizioni di sofferenza insopportabile. La limitazione dei diritti di questi soggetti sembra, almeno in alcuni casi, scollegata rispetto all'obiettivo perseguito dalla normativa che risulta, pertanto, eccessivamente ampia e dunque illegittima.

3. – Come anticipato, questa materia si pone al crocevia fra l'esigenza di rispettare la concezione morale dell'individuo, che dovrebbe potersi esprimere anche nel processo del morire, e la necessità di declinare in termini univoci la misura della possibilità per il potere statale di salvaguardare il valore della vita. Da questa delicata posizione deriva la difficoltà di ricostruire in termini di equilibrio la relazione fra dimensione pubblica e dimensione privata.

Nel tentativo di dare realizzazione a tale intento, lo strumento al quale le corti in questo caso hanno fatto riferimento è quello delle *constitutional exemptions*, deroghe al tessuto costituzionale, ai precetti più generali e di principio, indispensabili al fine di realizzare una concreta tutela dei diritti del singolo, nei confronti del quale la previsione normativa, generale e astratta, rischierebbe di produrre un effetto straordinario e finanche crudele. Il ricorso a tale rimedio occasionale, suggerito anche da alcuni giudici nel caso *Rodriguez*, potrebbe garantire il rispetto dell'intenzione del legislatore, volta alla tutela delle situazioni di fragilità,

laddove si consentisse un accesso all'assistenza al suicidio a persone nel pieno possesso delle proprie facoltà mentali, informate, supportate da un parere di professionisti e libere da condizionamenti esterni.

La Corte Suprema dissente da tale impostazione e si orienta nel senso di una dichiarazione di incostituzionalità, ritenendo che il ricorso allo strumento delle *constitutional exemptions* avrebbe creato una situazione di incertezza, compromesso la *rule of law* e usurpato il ruolo del Parlamento, l'organo più competente per la definizione di un complesso e articolato sistema normativo.

4. – Un ulteriore livello di analisi merita attenzione: la tipologia di sentenza adottata dalla Corte Suprema pone in luce tutta la difficoltà di creare una regola giuridica capace, in ogni singolo caso concreto, di realizzare un bilanciamento fra tutti gli interessi che possono venire in gioco.

La scelta della Corte è stata quella di differire nel tempo l'efficacia della pronuncia di incostituzionalità, fornendo al Parlamento un anno di tempo per intervenire sulla materia. Tra le righe si legge che così come un divieto generale e astratto connotato in termini di assolutezza repressiva rischia di compromettere interessi costituzionalmente garantiti, analogo risultato deriverebbe da una pronuncia secca di incostituzionalità che similmente – seppure in senso opposto – rischierebbe di porsi come eccessivamente inclusiva.

Riemerge, dunque, l'esigenza di un responsabile esercizio del potere legislativo che sia in grado di declinare quelle specifiche del comando normativo indispensabili a garantire un sistema che individui un punto di sintesi tra momenti che si intrecciano nelle decisioni delle corti su queste tematiche: i) la necessità di poter esprimere la propria concezione morale e le scelte da essa derivanti anche nel momento del dolore e della sofferenza; ii) l'esigenza di autonomia professionale dei medici che – pur lontani da un'ottica paternalistica – possano esercitare nel rispetto dei precetti loro derivanti da scienza e coscienza; iii) il pressante e perdurante bisogno di tutelare, proteggere e includere chi nel dolore faticosi a trovare un senso alla propria esistenza.

5. – Significativo appare, infine, il fatto che tutte le Corti coinvolte nei vari gradi di giudizio abbiano riconosciuto al caso una eccezionale rilevanza, sulla scorta della quale la Corte Suprema ha deciso di garantire ai ricorrenti completa copertura dei costi necessari per intentare l'azione. Fra i requisiti che rendono possibile questa misura straordinaria, è

necessario che i ricorrenti non siano in grado di portare avanti l'azione con mezzi propri e soprattutto che il caso coinvolga aspetti di interesse generale e collettivo, che non solo devono eccedere i particolaristici interessi delle parti, ma anche essere connotati dal carattere dell'eccezionalità ("rare and exceptional"). I giudici riconoscono l'importanza della questione sollevata, che sottende un nodo giuridico la cui soluzione trascende la dimensione individuale e comporta una significativa ricaduta sull'intera società.



GRECIA – La vittoria del “No” al referendum popolare sulla proposta di accordo presentata dai creditori internazionali

di Tania Abbiate

Il 5 luglio 2015, il 61,2% dei greci si è pronunciato contro la proposta di accordo tra la Grecia e i creditori internazionali (Commissione europea, Banca centrale europea, Fondo monetario internazionale) in un referendum popolare, che ha scosso non solo tutto il Paese, ma l'intera Unione Europea: la consultazione andava infatti a toccare questioni assai delicate nel rapporto fra il Paese e l'Unione, tanto che numerosi leader stranieri e alcune autorità europee si erano persino espressi in merito al voto e alle sue conseguenze.

Il referendum era stato annunciato dal Primo Ministro ellenico Alexis Tsipras il 26 giugno 2015, a due giorni dalla scadenza del prestito da 1,6 miliardi di euro concesso dal Fondo Monetario Internazionale e nel pieno delle trattative con i creditori sulla erogazione dell'ultima tranche di aiuti del corrente programma di sostegno finanziario alla Grecia.

La decisione di coinvolgere direttamente i cittadini è stata accolta da aspre critiche sia a livello interno che a livello internazionale, così come era avvenuto nel 2011, allorché l'allora Primo Ministro greco George Papandreu aveva proposto un referendum sugli accordi di aiuto con la *troika*. Mentre in quell'occasione l'opposizione di alcuni membri del suo Esecutivo e le proteste dei Governi europei avevano portato Papandreu a ritirare la proposta, questa volta le polemiche non hanno impedito lo svolgimento della consultazione popolare.

Circa 10 milioni di cittadini greci sono così stati chiamati a pronunciarsi sul seguente quesito: «Deve essere accettato il piano d'accordo proposto da Commissione europea, Banca centrale europea e Fondo monetario internazionale all'Eurogruppo del 25 giugno 2015, composto da due parti che insieme costituiscono la proposta complessiva. Il primo documento è intitolato «Riforme per il completamento dell'attuale programma ed oltre» ed il secondo «Analisi preliminare per la sostenibilità del debito?»». Benché la traduzione dei documenti presentata ai votanti fosse viziata da alcuni errori e la proposta dei creditori fosse lievemente cambiata al momento dello svolgimento del referendum, non si può negare che la maggioranza dei greci si sia espressa in maniera sostanzialmente contraria rispetto al piano d'accordo.

Come già anticipato, infatti, il 61,2% degli elettori si è dichiarato contrario, mentre solo il 38,2% si è espresso in favore. Il risultato della consultazione ha ribaltato le primissime previsioni che prefiguravano una vittoria del “sì” e ha aperto scenari inediti. All'orizzonte si profila infatti un inasprirsi della tensione tra creditori internazionali e la Grecia, il cui Governo, dichiaratamente ostile alle politiche di austerità promosse dalla Gruppo di Bruxelles, deve ora fare i conti con un nuovo problema: la popolazione ellenica nutre infatti forti aspettative di un cambiamento radicale della politica europea, fino ad ora improntata al rigore e all'austerità. Tuttavia, proprio la condizione di isolamento in cui il Governo greco si trova rende assai difficile la realizzazione di un simile scenario.

Al di là delle molte implicazioni di carattere politico che questo voto comporta, merita soffermarsi sui profili giuridico-costituzionali della vicenda.

A tal riguardo occorre innanzitutto sottolineare che il ricorso all'istituto referendario ha trovato fondamento giuridico nell'art. 44, c. 2 della *Costituzione*. Questa disposizione sancisce che: «Il Presidente della Repubblica può, su proposta del Governo, indire con decreto un referendum su questioni di elevata importanza previa approvazione da parte della maggioranza assoluta dei membri del Parlamento. Un referendum sulle leggi riguardanti questioni di carattere sociale particolarmente rilevanti, con l'eccezione della materia fiscale, può essere indetto tramite decreto del Presidente della Repubblica, dopo una decisione in tal senso da parte dei tre quinti dei componenti del Parlamento [...]». L'articolo prevede dunque due fattispecie, caratterizzate da due diversi regimi giuridici: una riguarda le «gravi questioni nazionali» e l'altra «le leggi riguardanti questioni di carattere sociale particolarmente rilevanti, con l'eccezione della materia fiscale».

Il referendum di domenica scorsa rientra nella prima delle due fattispecie, come si può evincere dal fatto che la proposta governativa di indire il referendum è stata approvata con 179 voti su 300, quindi con una maggioranza superiore a quella assoluta ma inferiore a quella dei 3/5 dei componenti del Parlamento.

Nondimeno, sulla legittimità del referendum popolare si è aperto un ampio dibattito di carattere costituzionale, che si spiega anche con il poco frequente ricorso allo strumento referendario: l'ultimo referendum risale infatti al 1974, quando il popolo è stato chiamato a pronunciarsi sulla scelta istituzionale tra monarchia e repubblica.

La previsione costituzionale di due fattispecie referendarie e lo scarso ricorso all'istituto hanno dunque portato due cittadini greci ad adire il Consiglio di Stato (la suprema corte amministrativa, che nell'ordinamento greco svolge anche il controllo di costituzionalità delle leggi), lamentando la violazione dell'art. 44, c. 2 della Costituzione e della *legge n. 4023/2011* recante la disciplina del referendum. Secondo i ricorrenti il referendum verteva sulla materia espressamente esclusa dalla possibilità di ricorrere allo strumento referendario e la formulazione del quesito non era espressa in termini «chiari e concisi» così come richiesto dall'art. 3, c. 2 della legge del 2011.

Con la sentenza n. 2787/2015, resa il 3 luglio, il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso, dichiarando la sua incompetenza *ratione materiae*. Per motivare tale decisione, l'organo ha fatto ricorso a tre disposizioni: 1) l'art. 95, c. 1, lett. a) della Costituzione, ai sensi del quale il Consiglio di Stato è competente ad annullare gli atti delle autorità amministrative per abuso di potere o violazione delle legge; 2) l'art. 45 del decreto presidenziale n. 18/1989 che esclude la possibilità di richiedere l'annullamento degli atti e delle disposizioni governative riferiti alla gestione dell'attività politica; 3) l'art. 100, c. 1, lett. b) della Costituzione che attribuisce alla Corte suprema speciale il controllo di legittimità del referendum disposto dall'art. 44, c. 2.

Al di là del rigetto della questione, i profili messi in luce nel ricorso hanno suscitato un ampio dibattito pubblico.

In particolare, il breve lasso di tempo intercorso tra l'indizione del referendum e il suo svolgimento ha suscitato ampie critiche. Sulla questione è intervenuto anche il Consiglio d'Europa il quale ha affermato che tale periodo di tempo è contrario alle linee guida elaborate nel 2007 a proposito di referendum, che raccomandano un tempo di almeno due settimane. A tal proposito occorre sottolineare che né la Costituzione, né la legge che disciplina il referendum prevedono il decorso di un termine minimo tra l'indizione e lo

svolgimento del referendum, limitandosi a stabilire che la consultazione popolare debba essere effettuata «entro 30 giorni dalla pubblicazione del decreto presidenziale con cui viene indetto il referendum» (art. 12, c. 1 della legge n. 4023/2011). Gli unici limiti temporali previsti dalla legge si riferiscono al formato della scheda elettorale, il quale deve essere deciso entro tre giorni dalla pubblicazione del decreto presidenziale di indizione del referendum (art. 14 c. 1), e alla distribuzione delle schede tra le circoscrizioni elettorali, che deve avvenire al più tardi cinque giorni prima della consultazione (art. 14, c. 3).

Benché la scansione temporale dell'*iter* referendario non abbia infranto alcun vincolo giuridico, il breve lasso di tempo intercorso tra la convocazione e lo svolgimento del voto ha rappresentato un aspetto sul quale ha insistito con particolare enfasi il fronte dei contrari alla decisione del Primo Ministro di coinvolgere i cittadini su una questione di carattere economico e politico di così grande rilievo e complessità.

Malgrado le polemiche, la consultazione elettorale si è svolta regolarmente e al voto ha preso parte il 63% degli aventi diritto, permettendo così di superare il quorum di validità del 40% richiesto dall'art. 16, c. 3 della legge n. 4023/2011.

La vittoria del “no” non ha tuttavia consentito al Governo Tsipras di ottenere un cambiamento sostanziale dei termini dell'accordo con i creditori internazionali. Le due opzioni prospettategli al tavolo delle trattative sono state infatti l'uscita della Grecia dall'area Euro o l'accettazione di un terzo pacchetto di aiuti economici in cambio dell'adozione di pesanti misure di austerità, dello stesso tenore (se non di entità maggiore) di quelle rigettate dalla maggioranza dei votanti al referendum popolare. Posto dinnanzi a queste due alternative, il 13 luglio, il Governo Tsipras non ha potuto che accettare l'accordo con i creditori internazionali, dal momento che l'uscita dall'euro rappresenta uno scenario imperscrutabile.

Sul piano interno, l'accordo ha aperto una crisi politica di ampie dimensioni in seno al partito di maggioranza greca Syriza, che si è trovato a dover giustificare la paradossale accettazione di un patto su cui i greci, tramite il referendum, si erano dichiarati contrari. In particolare, il 15 luglio, il Parlamento ellenico è stato chiamato ad approvare con una procedura d'urgenza l'accordo deciso dall'Eurogruppo e la votazione ha creato una spaccatura all'interno del partito di maggioranza: dopo un estenuante dibattito e tra le proteste di piazza, l'accordo è stato infatti approvato con 229 voti a favore e 64 contrari, fra i quali spicca in particolare la bocciatura di alcuni membri di spicco del Governo, come l'ex Ministro delle Finanze Yanis Varoufakis, e del Presidente del Parlamento, Zoe

Kostantopoulou. Fondamentali sono dunque risultati essere i voti dei deputati di Nuova Democrazia, To Potami e PASOK, attualmente all'opposizione. La negoziazione con i creditori internazionali aveva peraltro già avuto ripercussioni negative sul Governo di Syriza, formatosi nel gennaio 2015 in seguito alle elezioni legislative che avevano portato il partito a conquistare la maggioranza parlamentare: dapprima il Ministro delle Finanze Yanis Varoufakis si era dimesso, lasciando il posto all'economista Euclid Tsakalotos, protagonista delle negoziazioni con l'Eurogruppo e, all'alba della seduta parlamentare sull'accordo del 13 luglio, anche la viceministra delle finanze Nadia Valavani si era dimessa esprimendo il suo disaccordo.

All'approvazione dell'accordo da parte del Parlamento ellenico è seguito dunque un rimpasto della compagine governativa: il 18 luglio, il Primo ministro Alexis Tsipras ha infatti proceduto alla sostituzione di nove incarichi tra Ministri e Viceministri dell'ala radicale di Syriza, nella speranza di garantire una maggior stabilità governativa ed evitare un eventuale ricorso anticipato alle urne il prossimo autunno.

Se dunque il voto del Parlamento ellenico chiude temporaneamente la trattativa tra il Paese e i creditori internazionali, la questione è ancora aperta a livello europeo: è necessaria infatti l'approvazione dell'accordo anche da parte di altri Paesi europei, o perché sussiste un obbligo in tal senso (Germania, Slovacchia, Francia, Finlandia, Estonia, Lettonia e Austria), o per scelta del Governo stesso (Spagna). A questi, inoltre, se ne potrebbero aggiungere altri (Olanda, Malta, Slovenia) qualora aumentasse l'entità finanziaria del prestito.

La vicenda greca ha dunque posto in primo piano i limiti dell'Unione europea, che numerose voci hanno accusato di mancanza di solidarietà; inoltre, è emersa con sconcertante chiarezza l'incidenza che le decisioni di carattere economico adottate a livello sovranazionale hanno sul piano nazionale: in particolare il dato più allarmante emerso riguarda il fatto che il Governo Tsipras è stato in un certo senso costretto a voltare le spalle alla volontà espressa dalla maggioranza degli elettori nel referendum del 5 luglio.



UK – La High Court dispone la pubblicazione della corrispondenza tra il Principe Carlo e parlamentari e ministri

di Andrea Perelli

Il 26 marzo 2015 la *Supreme Court* del Regno Unito ha emanato la sentenza *R. and Another v. Attorney General*, [2015] UKSC 21 con la quale ha permesso la pubblicazione della corrispondenza intercorsa negli anni 2004 e 2005 tra il Principe Carlo, primo in linea di successione al trono, ed alcuni parlamentari e ministri.

La vicenda giudiziaria, che contrapponeva i dicasteri destinatari delle missive ed un giornalista del noto quotidiano *The Guardian*, aveva ad oggetto l'esercizio del diritto di accesso alla citata corrispondenza. Alcune lettere avevano carattere strettamente personale, mentre altre riguardavano tematiche di natura ambientale. Le lettere in oggetto contenevano diverse pressioni da parte del Principe sui destinatari al fine di influenzarne l'operato e si sono mostrate idonee a mettere seriamente in dubbio la neutralità politica che tradizionalmente deve caratterizzare la Corona.

La vicenda che condotto alla pubblicazione delle lettere è piuttosto complessa e deve essere ricostruita nei suoi tratti essenziali, al fine di meglio comprendere la decisione della *Supreme Court*. Gioverà parimenti dare brevemente conto della normativa nazionale e sovranazionale che viene in rilievo.

Nel 2005 Mr. Evans – giornalista del quotidiano *The Guardian* – chiede l'accesso alle citate lettere detenute dai Ministeri (*Departments*) sulla base del *Freedom of information Act 2000* (FOIA 2000) e del *Environmental Information Regulations 2004* (EIR 2004). Inizialmente i Ministeri rifiutano di rendere noto se siano o meno in possesso delle missive, successivamente affermano di possederle ma ne rifiutano la pubblicazione appellandosi alle *sections* 37, 40 e 41 FOIA 2000 (ed alle relative norme EIR 2004).

Come noto il FOIA disciplina il diritto di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni. Per quanto di nostro interesse giova ricordare che riconosce e tipizza talune eccezioni (*exemptions*) rispetto a tale diritto. Distingue in particolare tra eccezioni assolute e qualificate. Queste ultime si caratterizzano per essere superabili e si basano su un bilanciamento tra il pubblico interesse all'*exemption* ed il pubblico interesse all'accesso. Le *sections* 37, 40 e 41 FOIA enumerano le *exempt informations*. La *section* 37 prevede un'apposita eccezione in relazione alle comunicazioni intercorse tra i membri della famiglia reale ed il Ministro della real casa (*Royal Household*). Fino al 2011 si è trattato di un'eccezione qualificata, ma a seguito della riforma del *Constitutional Reform and Governance Act 2010* è divenuta eccezione assoluta per le comunicazioni con il Sovrano, con l'erede al trono ed il secondo in linea di successione. È pacifico ed incontestato che le comunicazioni *de quibus* ricadano ancora nella vecchia versione. Le *sections* 40 e 41 introducono due eccezioni assolute: la prima riguarda i dati personali (*personal informations*) soggetti alla disciplina del *Data Protection Act 1998*, la seconda quelle informazioni la cui pubblicazione potrebbe configurare una violazione perseguibile della riservatezza. In tale categoria possono ricadere i dati di cui alla *section* 35(1) e (5) che riguardano i documenti governativi di formulazione o sviluppo della politica del Governo stesso, le comunicazioni ministeriali ed ogni comunicazione tra i ministri e la Corona.

A fronte del citato rifiuto da parte dei ministeri competenti, Mr. Evans si rivolge all'*Information Commissioner* che nel 2009 rigetta la sua richiesta di accesso, sostenendo la legittimità dell'azione dell'esecutivo. In particolare, affermando che l'accesso alla corrispondenza debba essere negato in quanto le missive conterrebbero informazioni personali e riservate e si porrebbero in contrasto con le convenzioni costituzionali che garantiscono al Sovrano il diritto di interloquire

riservatamente con il proprio Governo, all'erede al trono il diritto di impraticarsi nell'esercizio delle funzioni regie per quando diverrà Sovrano ed alla famiglia reale il diritto al buon nome, che passa anche attraverso la pubblica percezione della neutralità della stessa. Tali elementi inducono il *Commissioner* a ritenere che nel bilanciamento prevalgano le ragioni a tutela della riservatezza a scapito del diritto di accesso; applica quindi l'eccezione relativa di cui alla citata *section 37* FOIA anteriore alla novella del 2011.

L'istante impugna la decisione dell'autorità amministrativa indipendente dinanzi all'*Upper Tribunal* che nel 2012 decide che tutte le lettere catalogate come *advocacy correspondence* possano essere pubblicate. Si tratta invero di quella corrispondenza che ha ad oggetto le richiamate informazioni ambientali, è connotata da un minor grado di riservatezza ed è idonea ad evidenziare la forte attività lobbistica intrapresa dal Principe di Galles. Il tribunale ripercorre le ragioni a favore e contro la pubblicazione della corrispondenza e giunge alla conclusione che nel caso di specie si debba garantire il diritto di accesso in quanto ravvisa un preminente pubblico interesse alla conoscenza delle condotte dell'erede al trono che – lungi da ricadere nelle prerogative costituzionalmente riconosciutegli – finiscono in talune ipotesi per palesarsi come indebita attività di influenza nei confronti del Governo, ponendo in crisi la necessaria neutralità dei membri della famiglia reale ed in particolare del futuro Sovrano.

A fronte di tale decisione i Ministeri non propongono appello, ma il Procuratore generale ricorre al potere di veto previsto dalla *section 53* del FOIA e facoltizza gli stessi a non dar corso alla sentenza decisione del tribunale. Il contenuto dell'atto effettua un nuovo bilanciamento tra il diritto all'accesso e quello alla riservatezza e giunge alle medesime conclusioni del *Commissioner* sostenendo la prevalenza del secondo sulla base delle prerogative garantite della *section 37* FOIA.

L'istante impugna il *certificate* con il quale è stato esercitato il potere di veto e la vicenda giunge per la decisione di ultima istanza dinanzi alla *High Court*. Il punto focale della decisione pare essere la configurabilità o meno – anche alla luce della direttiva 2003/4/CE sulle informazioni ambientali, recepita dall'*Environmental Information Regulations 2004* e degli articoli 47 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – di un potere di veto generalizzato, come quello contemplato dalla *section 53* del FOIA. La Corte ritiene – a maggioranza dei propri membri – che

tale potere non possa essere configurato come illimitato e pertanto conferma l'annullamento del *certificate* operato dal giudice d'appello. Tuttavia, la decisione di maggioranza è motivata da due diverse opinioni che si differenziano proprio in merito alla ricostruzione dell'ampiezza del potere di veto. Ad esse si affianca un'opinione dissenziente secondo la quale il provvedimento della Procura generale è da ritenersi legittimo.

La prima opinione – redatta da Lord Neuberger ed a cui aderiscono Lord Kerr e Lord Reed – ritiene che il potere di veto, come configurato dalla *section 53 FOIA*, debba ritenersi non legittimo in quanto lesivo di due corollari del *rule of law*, in particolare il principio di separazione dei poteri, che impone al Governo di non invadere la sfera competenziale riservata al potere giudiziario, ed il principio di legalità, che impone la soggezione dei poteri pubblici alla legge e, nel caso di specie, impedisce che i pubblici poteri possano sottrarsi con atto autoritativo al rispetto di un provvedimento giudiziario. Si ritiene pertanto che il potere di veto possa essere esercitato solo finché sul punto non sia intervenuta una pronuncia giudiziaria e che il bilanciamento più volte richiamato vada risolto a favore del diritto di accesso.

L'opinione concorrente – redatta da Lord Mance ed a cui aderisce Lady Hale – ritiene che della citata *section 53* vada fornita un'interpretazione più ampia rispetto a quanto fatto da Lord Neuberger. In particolare affermano che l'atto di veto potrebbe ritenersi legittimo quando sia formato a seguito di un dibattito in cui vengano sentite tutte le parti. Nel caso di specie il provvedimento è da ritenersi illegittimo in quando il Procuratore si era limitato a sentire solamente le pubbliche amministrazioni coinvolte. Ritengono inoltre che il diritto di accesso vada garantito in relazione alle missive contenenti informazioni ambientali in quanto in materia prevale la legislazione sovranazionale – recepita dall'EIR 2004 – che ammette un novero di eccezioni assai più contenuto ed in ogni caso richiede che le decisioni sulle istanze di accesso prese dalle pubbliche amministrazioni possano essere sottoposte da un sistema di revisione proceduralizzato dinanzi al potere giudiziario e/o ad un'autorità amministrativa indipendente, ma in ogni caso non contemplano alcuna possibile forma di veto o di superamento autoritativo della decisione finale presa all'esito di siffatte procedure, anche nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti dell'Unione Europea.

Vi è infine l'opinione dissenziente redatta da Lord Hughes. Quest'ultimo ritiene che il diritto di accesso andrebbe garantito solamente in relazione alle informazioni ambientali in quanto in tale settore non è possibile configurare un potere di veto del procuratore generale, che contrasterebbe con la disciplina europea. Per le informazioni non ambientali andrebbe riconosciuta la legittimità della scelta della Procura generale che ha utilizzato lecitamente un potere conferitogli dalla legge. In particolare, ritiene che la *section 53* citata renda possibile per il Procuratore generale porre il veto a fronte di una decisione sul diritto di accesso, qualunque sia l'organo che l'ha adottata, e che tale facoltà non contrasti con il *rule of law* perché la norma stessa richiede che il potere sia esercitato sulla base di "motivi ragionevoli" dei quali si deve dare congrua motivazione e perché l'atto è pur sempre impugnabile in sede giudiziaria. Nel caso di specie, ritiene che il potere sia stato correttamente esercitato in quando il bilanciamento effettuato dal Procuratore è da ritenersi corretto perché posto a tutela delle prerogative riconosciute all'erede al trono.

La decisione in commento si segnala quindi per l'interessante applicazione fatta dei principi costituzionali richiamati e per la ricostruzione delle prerogative dei membri della famiglia reale e in particolare dell'erede al trono.

Sul punto giova notare come le convenzioni costituzionali che garantiscono la neutralità del Sovrano e la sua facoltà di interloquire con il Governo siano state ricostruite non come presunzioni assolute, ma come facoltà sottoposte anch'esse ad un vaglio di ragionevolezza nelle modalità di loro concreta attuazione. Pare infatti che alla base della decisione di non applicare al *section 53* FOIA stiano – oltre alle richiamate ragioni derivanti dai rapporti tra normativa interna e normativa sovranazionale – alcune osservazioni assorbenti circa il non corretto utilizzo delle proprie prerogative da parte del Principe di Galles. In altri termini, i membri della casa reale in tanto possono avvalersi di siffatte prerogative in quanto dimostrino di averne fatto un uso corretto.



FRANCIA – Promulgata la legge organica sulla procedura per la destituzione del Presidente della Repubblica

di Anna Maria Lecis

Il 24 novembre 2014 è stata promulgata la legge organica n. 2014-1392 recante applicazione dell'articolo 68 della Costituzione. La legge, che intende dare finalmente applicazione alla revisione costituzionale dell'articolo 68 ad opera della legge costituzionale del 23 febbraio 2007 (v. Palomar n. 29), è il frutto di una lunga gestazione, iniziata con il deposito del disegno di legge nel 2010 e conclusasi con l'approvazione definitiva da parte dell'Assemblea nazionale il 21 ottobre 2014 e la convalida, con parziale censura, da parte del *Conseil constitutionnel* il 19 novembre 2014.

Il testo detta la disciplina della messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica e la procedura per la sua destituzione. L'articolo 68 della Costituzione francese, così come modificato dalla revisione del 2007, prevede infatti un nuovo regime di responsabilità presidenziale secondo il quale il Presidente può essere destituito «dal Parlamento riunito in Alta Corte» (che succede all'Alta corte di giustizia) «in caso di mancanza ai suoi doveri manifestamente incompatibile con l'esercizio del suo mandato», a seguito della messa in stato d'accusa approvata da entrambe le camere. Come previsto dallo stesso articolo 68, tuttavia, la disciplina di dettaglio della procedura di destituzione del Presidente avrebbe dovuto essere

dettata da una legge organica, la quale è finalmente giunta al termine del suo *iter* lo scorso novembre.

Tale legge organica precisa innanzitutto le condizioni per la messa in stato d'accusa del presidente da parte delle camere (artt. 1-4), disponendo in particolare che essa può essere decisa a seguito del deposito, in una delle due assemblee, di una proposta di risoluzione motivata e sottoscritta da almeno un decimo dei deputati o dei senatori e successivamente adottata alla maggioranza qualificata dei due terzi in ciascuna assemblea (art. 1 della legge). Il *Conseil constitutionnel*, nella sua decisione del 19 novembre in sede di controllo preventivo, obbligatorio per la promulgazione delle leggi organiche, aveva dichiarato contrarie alla Costituzione la disposizione che prevedevano il limite della sottoscrizione di una sola proposta di risoluzione da parte di ciascun parlamentare nel corso di un mandato presidenziale (cons. 12).

La legge detta poi la procedura per la costituzione e il funzionamento della Alta Corte (artt. 5-7). Qui, il *Conseil* ha censurato alcune disposizioni e ha emesso delle riserve interpretative in relazione ad altre. In particolare, i giudici costituzionali hanno ritenuto contrarie alla Costituzione le disposizioni che imponevano il limite di quarantotto ore per la durata dei dibattiti dinanzi all'Alta Corte (cons. 40), che prevedevano la partecipazione a questi ultimi del Primo ministro (cons. 36) e che attribuivano all'ufficio di presidenza dell'Alta Corte «il potere di fissare le condizioni alle quali il tempo di parola è limitato» (cons. 37). Inoltre, i Saggi hanno affermato che «il principio della separazione dei poteri e l'esigenza [costituzionale] di chiarezza e sincerità dei dibattiti dinanzi all'Alta Corte impongono che le regole relative ai dibattiti dinanzi all'Alta Corte che non siano state dettate dal legislatore organico siano stabilite da un regolamento dell'Alta Corte, sottoposto al vaglio del Consiglio costituzionale» (cons. 25): è alla luce di questa riserva interpretativa che il Consiglio ha potuto validare le disposizioni che prevedono la competenza dell'ufficio di presidenza dell'Alta Corte in materia di determinazione delle regole e delle condizioni di svolgimento dei dibattiti (cons. 25, 33 e 41).

La legge, così modificata, è stata quindi promulgata dal Presidente della Repubblica.



CANADA – La Corte Suprema apre la strada al suicidio assistito

di Francesco Gallarati

Il 5 febbraio 2015 la Corte Suprema del Canada, con la sentenza *Carter v. Canada*, ha dichiarato all'unanimità l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del codice penale canadese che vietano il suicidio assistito.

La questione si è posta con riferimento agli articoli 14 e 241 del codice penale, i quali, rispettivamente, vietano l'omicidio del consenziente e prevedono fino a quattordici anni di reclusione per chi aiuti una persona a commettere suicidio. Dal combinato disposto di questi due articoli discendeva l'illegittimità del suicidio assistito (*physician-assisted dying*) nell'ordinamento canadese.

La Corte Suprema si era già pronunciata sulla legittimità di tali articoli nel 1993, con la sentenza *Rodriguez v. British Columbia*. In quel caso, essa aveva ritenuto che la proibizione del suicidio medicalmente assistito, sebbene limitativa del diritto alla sicurezza della persona, fosse giustificata dalla necessità di evitare che una persona vulnerabile, in un momento di debolezza, potesse decidere di porre fine alla propria vita.

Chiamata nuovamente a pronunciarsi sul punto, la Corte ha quindi innanzitutto dovuto chiarire se il giudice di merito dovesse ritenersi vincolato al rispetto del precedente, oppure se vi fossero i presupposti, individuati dalla giurisprudenza della

Corte Suprema, per dare luogo ad una revisione (*reconsideration*) del precedente: novità della questione giuridica o mutate circostanze di fatto.

Nel caso di specie, secondo la Corte entrambi tali presupposti erano sussistenti. Da un lato, infatti, la novità della questione giuridica era data dal fatto che, rispetto ai tempi in cui era stata pronunciata la sentenza Rodriguez, i criteri di valutazione della legittimità costituzionale delle norme (in particolare, il criterio dell'*overbreadth* ed il *test* di proporzionalità) erano evoluti, tanto che la medesima questione, alla luce dei nuovi criteri, avrebbe potuto essere risolta diversamente. Dall'altro lato, poi, la *reconsideration* era giustificata dalle mutate circostanze di fatto. Particolarmente interessante, a questo proposito, è il richiamo all'evoluzione normativa intervenuta nel panorama comparato dopo la sentenza Rodriguez: la Corte di Ottawa ha infatti osservato come, tra il 1993 ed il 2015, diversi paesi occidentali abbiano ammesso e regolamentato il suicidio assistito e, sulla base di questo, ha ritenuto che fossero mutate le circostanze di fatto e che, quindi, fosse opportuno riesaminare il proprio precedente.

Una volta chiarito che il giudice di merito non era tenuto a conformarsi all'orientamento espresso nella sentenza Rodriguez, la Corte Suprema è passata ad esaminare la questione giuridica che le è stata posta.

In primo luogo, il collegio ha valutato la legittimità delle disposizioni sottoposte al suo scrutinio alla luce dell'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà del Canada, il quale da un lato sancisce il diritto di ognuno alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della persona e, dall'altro lato, ammette che tale diritto possa conoscere restrizioni, purché nel rispetto dei principi di «giustizia fondamentale» (*fundamental justice*).

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che le disposizioni impugnate integrassero una lesione del diritto alla vita, in quanto, ponendo i malati terminali dinanzi ad un'alternativa tra il suicidio e l'attesa passiva della morte naturale, esse costringevano alcuni soggetti a porre fine prematuramente alla propria vita, quando avevano ancora la possibilità di farlo autonomamente, nella consapevolezza che, una volta persa tale autonomia, non avrebbero potuto legittimamente ricorrere all'intervento di un altro soggetto. Così facendo, la Corte Suprema ha disatteso le argomentazioni avanzate dallo Stato canadese e da altri soggetti intervenuti, i quali, sulla base di un'interpretazione estensiva del diritto alla vita, ritenevano che, al contrario, la protezione della vita fosse il fondamento stesso della norma *de qua*. Essi

ritenevano, cioè, che la *ratio* del divieto fosse propria quella di tutelare il diritto alla vita. La Corte, a questo proposito, ha replicato che dal riconoscimento costituzionale del diritto alla vita non discende la necessità di preservare la vita umana ad ogni costo, non potendosi ricavare dal riconoscimento del diritto alla vita (*right to life*) l'affermazione del dovere di vivere (*duty to live*).

Le disposizioni *de quibus* sono state inoltre giudicate lesive del diritto alla libertà ed alla sicurezza personale, nella misura in cui non consentivano a ciascuna persona di decidere autonomamente in ordine al proprio trattamento sanitario e di disporre della propria integrità fisica, costringendole, contro la loro volontà, a sopportare gravi sofferenze.

Accertata la sussistenza di una restrizione del diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della persona, si è posta quindi la questione di verificare se tale restrizione potesse ritenersi conforme ai principi di *fundamental justice*, come richiesto dall'art. 7. Tale valutazione è stata effettuata dalla Corte sulla scorta dei criteri elaborati negli anni nella propria giurisprudenza, per i quali la misura a) non deve essere arbitraria, b) non deve avere una portata eccessivamente ampia (cd. *overbreadth*), o c) avere conseguenze manifestamente sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito.

Nel caso di specie, l'obiettivo perseguito dalla normativa *de qua* è stato identificato dal collegio nella necessità di evitare che un soggetto vulnerabile fosse indotto, in un momento di debolezza, a porre fine alla propria vita. Individuata tale finalità, la Corte ha ritenuto che la normativa sottoposta al suo scrutinio fosse *overbroad*: essa ha cioè ritenuto che un divieto assoluto, come quello posto dagli artt. 14 e 241 del codice penale canadese, nel perseguire l'obiettivo di tutela delle persone vulnerabili, determinasse una lesione dei diritti alla vita, alla libertà ed alla sicurezza anche nei confronti di persone pienamente consapevoli e capaci, in relazione alle quali la *ratio* della normativa veniva meno.

Accertato il contrasto con l'art. 7 della Carta, la Corte ha infine affrontato la questione centrale, ovvero se il divieto generalizzato del suicidio assistito potesse considerarsi giustificato alla luce dell'art. 1 della Carta stessa, in quanto strettamente necessario al raggiungimento dell'obiettivo perseguito. In altre parole, si poneva la questione se il divieto assoluto posto dalle disposizioni *de quibus* potesse considerarsi la misura meno lesiva tra quelle idonee a raggiungere lo scopo perseguito. Secondo lo Stato canadese, la risposta avrebbe dovuto essere affermativa, in quanto qualsiasi

altra misura meno rigida non sarebbe stata idonea a perseguire lo scopo. Infatti – sostenevano gli avvocati del Canada – data l'impossibilità di stabilire con certezza chi sia vulnerabile e chi no, solo un divieto generalizzato può consentire di perseguire efficacemente lo scopo perseguito.

La Corte Suprema, invece, associandosi alle conclusioni cui era giunto il giudice di merito, anche sulla base di un'analisi dei regimi già operanti in altri ordinamenti, ha ritenuto possibile limitare i rischi legati alla legalizzazione del suicidio medicalmente assistito, attraverso la predisposizione di un sistema di salvaguardia ben strutturato e sottoposto a continuo monitoraggio.

Sulla base di queste argomentazioni, in conclusione, la Corte ha statuito che un divieto assoluto, come quello previsto dal codice penale canadese, al ricorrere di determinate condizioni, non sia giustificato. In particolare, secondo il collegio, tale giustificazione viene meno qualora il richiedente sia una persona adulta, capace di intendere e di volere, che abbia espresso chiaramente il proprio consenso; inoltre, ulteriore condizione è che la persona sia affetta da una grave ed irrimediabile malattia o disabilità che le causi una sofferenza intollerabile.

La Corte ha quindi dichiarato illegittima la normativa *de qua*. Essa, tuttavia, ha sospeso per dodici mesi gli effetti della propria decisione, in modo da consentire al Parlamento federale ed ai legislatori provinciali (questi ultimi, nei limiti della potestà legislativa concorrente in materia di sanità), ciascuno per le proprie competenze, di dettare una disciplina in materia, che sia conforme alla pronuncia della Corte.



STATI UNITI – La Corte Suprema interviene sull’azionabilità dei diritti garantiti dal Medicaid

di Marco Antonio Simonelli

Il 31 marzo i giudici della Corte Suprema hanno emesso una pronuncia (*Armstrong v. Exceptional Child Center*) destinata ad avere un impatto dirompente sugli effetti della riforma sanitaria promossa dal Presidente Obama.

I giudici hanno affermato che la *supremacy clause*, contenuta al par. 2, art. 6 della Costituzione, non attribuisce ai cittadini un diritto individuale azionabile in sede giudiziale.

Nell’opinione della Corte, estesa dal *justice* Antonin Scalia, noto per le sue posizioni conservatrici, si sostiene che in forza della *supremacy clause* le Corti statali sono tenute a dare priorità alla legge federale in caso di contrasto con leggi statali, ma in nessun caso questa costituisce «la fonte di un qualsivoglia diritto federale» e certamente non conferisce alcuna legittimazione all’azione individuale.

Nel caso sottoposto al giudizio della Corte, una struttura sanitaria dello Stato dell’Idaho, l’*Exceptional Child Center*, aveva citato in giudizio due funzionari del *Idaho’s Department of Health and Welfare*, responsabili per l’amministrazione del *Medicaid* nello Stato, per avere erogato rimborsi inferiori a quelli previsti dal *Medicaid Act*.

Il *Medicaid Act*, il cui ambito di operatività è stato esteso con la riforma nota col nome di *Obamacare*, consiste in un programma di cooperazione tra Governo federale e Stati, per fornire assistenza sanitaria agli individui meno abbienti; in base a quanto previsto dal Medicaid i prestatori del servizio ricevono i pagamenti direttamente dai singoli Stati, che poi vengono rimborsati, secondo percentuali variabili, dal Governo federale. La partecipazione a questo programma avviene su base volontaria, ma gli Stati che decidono di aderirvi devono rispettare i requisiti richiesti dalla legge federale e dal *Secretary for Health and Human Services* (HHS), competente per l'applicazione della legge. Per usare le parole della Corte, il *Medicaid* è dunque un “*bargain*”: gli Stati ricevono fondi federali che però devono essere spesi nelle modalità imposte dal Congresso. Proprio in ragione della sua natura di programma cooperativo, e sebbene la Corte di Appello Federale per il nono circuito avesse affermato la sussistenza di un “*implied right of action*” della struttura fornitrice del servizio ad ottenere l’ottemperanza dell’*Idaho Department of Health and Welfare* con la *section 30* del *Medicaid Act*, i *supremes* con una decisione presa a maggioranza di 5 a 4, hanno riformato la sentenza della corte inferiore giungendo alla conclusione diametralmente opposta.

Nonostante ciò costituisca sotto alcuni profili un’oggettiva limitazione della portata del *Medicaid*, la Corte ha affermato che riconoscendo ai privati il potere di ottenere l’applicazione della legge federale, si limiterebbe il potere del Congresso, previsto dall’art. 1 della Costituzione, di implementare la legge federale. Dunque l’unica conseguenza che grava sugli Stati che disattendono le previsioni del *Medicaid* è quella non vedersi erogare i fondi che il Governo federale stanziava per la copertura delle spese sanitarie previste dal *Medicaid*.

Per quello che riguarda invece i fornitori dei servizi, questi non avranno altra alternativa per ottenere i rimborsi secondo le percentuali previste dal *Medicaid*, che rivolgersi allo *U.S. Secretary for Health and Human Services*; tuttavia la procedura di fronte ad esso è molto farraginoso, e nelle more del contenzioso gli Stati possono continuare ad applicare le leggi vigenti, in quanto non rientra tra i poteri della agenzia federale la sospensione cautelare di un provvedimento.

In conclusione, questa pronuncia sembra aver messo in discussione l’effettività delle disposizioni legislative che tutelano il diritto alla salute dei meno abbienti, giacché i diritti garantiti dal *Medicaid* vengono ad essere di fatto “*without remedies*”.



CINA – Nuova legge sulla legislazione

di Giacomo Mannocci

Il 15 marzo 2015 l'Assemblea nazionale del popolo, a conclusione della sua annuale sessione plenaria, ha approvato in via definitiva gli emendamenti alla legge sulla legislazione, entrata in vigore il 1 luglio 2000 e da allora non più modificata. Il disegno di legge di riforma è stato approvato in terza lettura con 2.761 voti a favore, 81 contrari e 33 astensioni: in questa sessione è stato quindi raggiunto un vasto consenso sul testo approvato. Questo non era assolutamente scontato perché nelle due sessioni annuali precedenti non era stato raggiunto un accordo tra i vertici della Repubblica popolare cinese. A tal proposito è interessante osservare che nella mozione conclusiva dei lavori della terza sessione plenaria, approvata dall'Assemblea nazionale del popolo, si afferma esplicitamente che la nuova legge sulla legislazione rappresenta un fondamentale atto normativo che va a soddisfare non solo i requisiti per migliorare il sistema legislativo cinese, ma va a garantire una legislazione più efficace e democratica. Si noti infatti che gli emendamenti, introdotti all'interno della legge del 2000, sono significativi sia perché incidono sulle modalità di elaborazione delle fonti del diritto a livello centrale e a livello locale, sia in quanto dettano delle disposizioni sulle modalità di esame delle proposte legislative da parte degli organi competenti.

Per comprendere comunque meglio la portata della nuova legge, è opportuno ricordare che nella Repubblica popolare cinese, accanto alle leggi emanate dagli organi dello Stato, sussistono le deliberazioni e le direttive del Partito comunista che vengono definite «fonti indirette del diritto» e, come tali, coesistono con le diverse tipologie di legge (nazionali e locali) e con la stessa Costituzione. Bisogna poi precisare che le fonti precedentemente citate – leggi e direttive di partito – non sono nella Cina popolare le uniche fonti del diritto cinese esistenti: permangono ancora delle fonti consuetudinarie, nonché continua ad avere un ruolo significativo la stessa giurisprudenza delle corti e dei tribunali, nonostante questa fosse stata estromessa dalle fonti formali del diritto dopo la presa del potere da parte di Mao Zedong nel 1949. Anzi, negli ultimi anni si osserva che la giurisprudenza sta acquisendo una nuova importante funzione, anche se non ufficialmente riconosciuta. Nel sistema giuridico attuale, la Costituzione costituisce senza dubbio il vertice del sistema formale delle fonti del diritto, come stabilito dall'art. 5 della stessa. La funzione legislativa è invece attribuita all'Assemblea nazionale del popolo e al Comitato permanente; alla prima è affidata la competenza ad approvare «le leggi penali, civili e relative agli organi statali, nonché le altre leggi fondamentali (*jiben fa*)» (art. 62, n. 3, Cost.); al Comitato permanente, che tra una sessione plenaria e l'altra esercita poteri legislativi rispondendone all'Assemblea, spetta invece il compito di approvare le leggi su materie diverse (leggi ordinarie, *fa*).

La categoria delle norme secondarie è di gran lunga la più consistente e la più diffusa nell'ambito del sistema delle fonti cinesi. Accanto alle fonti emanate dal governo centrale (che hanno ovviamente un'efficacia estesa all'intero territorio nazionale) si collocano gli atti adottati dai governi locali. Queste fonti non possono inoltre contravvenire a disposizioni di rango costituzionale o legislativo centrale, né violare disposizioni contenute nei regolamenti adottati dal governo centrale. Del tutto peculiare è poi la categoria dei regolamenti delle zone economiche speciali, che si contraddistinguono per la loro estrema eterogeneità interna. L'ampiezza ed il ruolo di tali fonti dipende infatti dal *quantum* di autonomia che l'Assemblea nazionale del popolo decide di concedere, caso per caso, alle singole zone considerate.

Esaminando nel dettaglio la legge di riforma di legislazione, bisogna concentrare l'attenzione sull'art. 1 che chiarisce immediatamente che tale legge è

promulgata nel rispetto della Costituzione al fine «di standardizzare le attività legislative, migliorare i sistemi legislativi nazionali, la qualità della legislazione, il sistema legale socialista con caratteristiche cinesi, e di svolgere un ruolo di primo piano nel salvaguardare e sviluppare la democrazia socialista». Il successivo art. 3 della citata legge ribadisce poi che ogni fonte del diritto ha l'obbligo di «uniformarsi ai principi fondamentali della Costituzione e di riconoscere i principi della dittatura democratica del popolo, con particolare riguardo al ruolo guida del Partito comunista cinese, al marxismo leninismo, al pensiero di Mao Zedong e infine alla teoria di Deng Xiaoping». Disposizioni di carattere programmatico sono contenute nella prima parte della legge di riforma, dove si afferma che tutta «la legislazione dovrebbe riflettere la volontà del popolo, promuovere la democrazia socialista» (art. 6) e al tempo stesso «adeguarsi allo sviluppo economico e sociale, approfondire le relative riforme e promuovere i diritti e doveri delle persone giuridiche e le altre organizzazioni, nonché disciplinare i poteri e i doveri degli organi statali» (art. 7). Si stabilisce poi che «Le leggi e i regolamenti devono essere chiari, specifici, mirati ed efficaci» (art. 8). La legge contiene anche delle disposizioni sulle modalità di discussione e di approvazione delle leggi sia da parte dell'Assemblea nazionale del popolo sia da parte del Comitato permanente: quest'ultimo, durante la sessione plenaria dell'Assemblea, deve essere consultato, quando vengono apportati emendamenti o ulteriori integrazioni ad un progetto di legge. Inoltre il Comitato ha facoltà di invitare ai propri lavori dei rappresentanti dell'Assemblea stessa (art. 16). Si stabilisce inoltre che una proposta può essere messa in votazione, dopo almeno due riunioni da parte del Comitato (art. 30). Tra le altre modifiche di carattere procedurale si sottolinea che la nuova legge attribuisce una maggiore rilevanza al Comitato giuridico del Comitato permanente che è chiamato a pronunciarsi qualora un progetto di legge sia modificato in modo sostanziale durante la discussione; a tal fine i componenti del Comitato giuridico possono essere chiamati ad intervenire nel corso della stessa discussione per esprimere il proprio parere (art. 33).

Tra le principali novità sostanziali della riforma, bisogna invece segnalare che viene introdotta una riserva di legge in materia fiscale e tributaria. Già nel 2013 il Comitato centrale del Partito comunista cinese aveva sottolineato la necessità che tutti i tributi avessero una previsione legislativa proprio perché molti di essi si basavano non su leggi, bensì su regolamenti governativi o addirittura su «regole

provvisorie», emanate da una pluralità di varie autorità statali e locali. La nuova legge introduce anche in Cina il principio secondo cui ogni nuovo tributo deve essere previsto da una disposizione legislativa. Merita di essere menzionato quanto dichiarato nel corso dei lavori della sessione plenaria dal Vicepresidente della Commissione affari costituzionali, secondo cui la novella legislativa ha lo scopo di garantire maggiormente i diritti politici del popolo e in modo particolare tutelare il diritto di proprietà delle persone.

La legge di riforma incide non solo nell'ambito della tassazione, ma anche in quello delle autonomie locali: essa prevede infatti l'ampliamento della autonomia legislativa. Essa estende il potere legislativo da 49 città a 288 e questo rappresenta un forte segnale di discontinuità visto che vi è sempre stata un'autorità centrale forte, che ha sempre disciplinato minuziosamente anche ogni questione di ambito locale. Nel presentare questo aspetto della riforma, la Commissione affari costituzionali del Comitato permanente dell'Assemblea nazionale del popolo ha dichiarato che questo non è un semplice cambiamento di una legge, ma dimostra come l'autorità centrale stia delegando il suo potere in seguito ad alle progressive trasformazioni sociali, economiche e finanziarie che la Cina sta attraversando. Tutto questo avverrà però con gradualità e non in modo necessariamente uniforme perché spetterà alla legislazione delle singole province stabilire a quali città estendere l'autonomia legislativa che comunque, da un punto di vista oggettivo, sarà limitata alle materie relative allo «sviluppo rurale e urbano, la gestione e la tutela dell'ambiente e la conservazione del patrimonio storico e dei valori culturali».