

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 Moraes (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

- A. D'Aloia, *Verso la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso / Towards the Law on same sex civil partnerships* p. 1

SAGGI/ARTICLES

- C. Fasone, *Il caso del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia e le asimmetrie nei poteri costituzionali dei Parlamenti nazionali / The role of the National Parliaments of the Eurozone Countries in the third rescue package to Greece* p. 11
- G. Macrì, *Il diritto di libertà religiosa nello spazio globale: modello americano e dinamiche europee a confronto / Freedom of religion in the global arena. A comparison between the United States and Europe* p. 37
- N. Palazzo, *Analisi comparata dei modelli di gestione delle acque: esiste un «caso italiano»? / A comparative analysis of water service management models: is there an «Italian case»?* p. 53

CASI E QUESTIONI/TOPICAL ISSUES

Negare sempre negare? / Denying, always denying?

- L. Cajani, *La storia nel mirino del diritto penale / The relationship between memory and criminal law* p. 75
- C. Caruso, *Tolleranza per gli intolleranti? Una ragionevole apologia della libertà di espressione / Tolerance for the intolerant? A reasonable apology of freedom of expression* p. 97
- F. Cortese, *Che cosa ci insegna il caso Perinçek? / What does the Perinçek case teach us?* p. 115

NOTE E COMMENTI/SHORT ARTICLES AND COMMENTS

- M. Figueredo, *Il Brasile alla prova del diritto: l'impeachment del Presidente Dilma Rousseff tra cause e conseguenze / Brazil and the law: causes and consequences of President Dilma Rousseff's impeachment* p. 133
- A. Bień-Kacała, *Polish Constitutional Tribunal: a systemic reform or a hasty political change* p. 151
- E. Bertolini, *La Corte suprema nipponica e il mancato tentativo di fondare la famiglia moderna / The Japanese Supreme Court and the failed attempt to found the modern family* p. 167
- L. De Vita, *Il caso Oliari and others v. Italy e il riconoscimento giuridico dell'amore omoaffettivo: necessità o utopia? / Oliari and others v. Italy and the legal recognition of homosexual relationships: necessity or utopia?* p. 183
- F. Giulimondi, *Sterminio degli Armeni: quando la storia è portata nelle aule di giustizia in sede europea / The Armenian genocide and the ECHR* p. 193
- F. Guella, *Gli standard dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione secondo la giurisprudenza Khlaifia della Corte EDU / The immigration emergency in the Khlaifia case of the Strasbourg Court* p. 203
- T. Pagotto, *Il divieto del velo islamico ancora a Strasburgo: obbligo di scoprire il volto e di non di svelare la propria identità / The Islamic headscarf in the recent case law of the Strasbourg Court* p. 217
- A. Palladino, *Ancora sui contatori elettrici "discriminatori". La Corte riflette sulla discriminazione fondata sull'origine etnica Rom / Electricity meters: the discrimination on the grounds of ethnic origin. The case of Roma ethnic groups in ECJ case-law* p. 227

- C. Petteruti, *Le limitazioni indirette al diritto di accesso del pubblico alle informazioni ambientali: ammissibilità di una tassa per l'accesso alle informazioni ambientali nei limiti della ragionevolezza* / *The right of access to environmental information: reasonable charges for environmental information. The case East Sussex County Council v. Information Commissioner* p. 241
- A. Pin, *Exit Nino. L'originalismo sopravvivrà a Scalia?* / *Originalism after Scalia?* p. 253
- A. Vidaschi, *Cronaca di una condanna annunciata: Abu Omar a Strasburgo, l'ultimo atto* / *The case Abu Omar in EHCR case-law: the last step* p. 265

RASSEGNE COMPARATE/COMPARATIVE REVIEW

- G. Tagiuri, *La dottrina inglese in tema di amministrazione* / *The most recent English scholarship on administration* p. 281
- G. Bonerba, *La dottrina francese in tema di amministrazione* / *The most recent French scholarship on administration* p. 291
- M. Bertel, *Austrian literature in administrative law 2014 – 2015 – an overview* p. 303
- R. Moreno Fuentes e O. Bouazza Ariño, *La dottrina spagnola in tema di amministrazione* / *The most recent Spanish scholarship on administration* p. 315
- R. Arnold, *La dottrina tedesca in tema di amministrazione, letture scelte 2014 - 2015* / *The most recent German scholarship on administration – suggested readings from 2014 – 2015* p. 337

CRONACHE DAL MONDO/CHRONICLES FROM THE WORLD

- A. Lang, *UNIONE EUROPEA, Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea: anno 2015* / *EUROPEAN UNION - The Process of EU Enlargement: year 2015* p. 341
- N. Palazzo, *POLONIA, L'Unione attiva il meccanismo per la tutela dello stato di diritto (c.d. Rule of Law Framework) contro la Polonia* / *POLAND - The EU activated the Rule of Law Framework against Poland* p. 355
- E. Stefanelli, *BELGIO, Corte di primo grado chiede a Facebook di cessare di tracciare gli internauti non iscritti* / *BELGIUM - Court of First Instance ordered Facebook to cease tracking non-Facebook users* p. 361
- F. Santolini, *CANADA, La Corte Suprema ha affermato che nella provincia dell'Alberta non vige alcun diritto costituzionale al bilinguismo legislativo* / *CANADA - Bilingualism in Alberta: the Supreme Court stated that is not constitutionally required to enact laws in both English and French* p. 365
- F. Campodonico, *GUINEA BISSAU, Grave crisi politico-istituzionale nel Paese* / *GUINEA BISSAU - Serious political and institutional crisis* p. 371
- F. Campodonico, *PORTOGALLO, Il Tribunale costituzionale annulla le sanzioni disciplinari comminate dal Partito Social Democrazia a quattro suoi deputati che avevano votato contro la legge di bilancio per il 2015* / *PORTUGAL - The Constitutional Court annulled the disciplinary sanction fined by Partito Social Democrazia (PSD) to four deputies* p. 375
- T. Abbiate, *TUNISIA, Approvata la legge che istituisce la Corte costituzionale* / *TUNISIA - Tunisia's New Constitutional Court* p. 377
- G. Milani e A. Perelli, *REGNO UNITO, La Supreme Court ha dichiarato non illegittima ai sensi della CEDU la legge che impone ai cittadini stranieri, coniugati con cittadini inglesi, di sostenere un test di competenze linguistiche* / *UNITED KINGDOM - The Supreme Court stated on language requirement for foreigners married to English citizens* p. 383
- G. Mannocci, *ARMENIA, Un referendum popolare approva una nuova Costituzione. Cambia la forma di governo* / *ARMENIA - Armenians approved the new Constitution. The form of government is changed* p. 387



Verso la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso

di Antonio D'Aloia

1. – Le legge sulle unioni civili sembra davvero in dirittura d'arrivo. Anche l'Italia, dopo l'approvazione definitiva della Camera dei Deputati, avrà una regolamentazione giuridica delle convivenze di fatto, e soprattutto delle unioni tra persone dello stesso sesso.

Perché il tema è questo: tutte le attese e le polemiche che hanno accompagnato fin qui il cammino della legge Cirinnà' riguardano essenzialmente il nodo delle coppie same-sex, la sottile linea di analogia/distinzione tra queste unioni (civili) e il matrimonio, con il suo paradigma eterosessuale confermato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze 138/2010 e 170/2014 (nonostante sia stato sostanzialmente superato da Tribunali Supremi e Costituzionali di molti Paesi, come Stati Uniti, Spagna, Portogallo, Brasile, Argentina, e altri ancora), il controverso tema della omogenitorialità, che nel provvedimento in oggetto aveva preso la forma 'intermedia' della *stepchild adoption*.

Il testo votato dal Senato il 25 febbraio scorso, e che molto probabilmente diventerà la legge sulla "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", ha stralciato alla fine la *stepchild adoption*, assumendo (attraverso un maxi-emendamento su cui il Governo ha posto la fiducia)

la struttura di un articolo unico in cui sembrano marcate in modo più netto le differenze tra unioni civili e istituto del matrimonio come fondamento costituzionale della famiglia.

Ad ogni modo, restano tutta una serie di rinvii alle norme del codice civile sul matrimonio, ad esempio in tema di condizioni impeditive (art. 87 c.c.), di conseguenze dell'unione contratta dal soggetto interdetto o incapace di intendere e di volere, di simulazione, di azione di nullità e di responsabilità del coniuge in mala fede, di regime patrimoniale della famiglia (artt. 65, 68, 119 ss., 162 ss. c.c.), di successioni e di scioglimento, di obblighi reciproci all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione (sorprendentemente senza più l'obbligo di fedeltà). Inoltre, il comma 20 dell'art. unico stabilisce che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, ..., si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso», con esclusione delle disposizioni in materia di adozione.

2. – Le unioni omosessuali si vedono così riconoscere uno statuto giuridico, secondo uno schema che resta quello delineato dal Giudice costituzionale nelle sentenze 138/2010 e 170/2014.

Nella prima di queste decisioni la Corte aveva ascrivito le unioni omosessuali alla categoria delle formazioni sociali, parlando appunto di “stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

Dunque, tali unioni, se proviamo a fare una sintesi tra gli indirizzi del nostro Giudice delle leggi e le posizioni della Corte EDU, non sono (o non debbono essere necessariamente) ‘matrimonio’, ma sono espressione di ‘vita familiare’, su cui il Parlamento è chiamato ad individuare, “nell'esercizio della sua piena discrezionalità” (come si legge nella sent. 138), le forme di garanzia e di riconoscimento, che possono anche muoversi su un piano di omogeneità parziale con la situazione della

coppia unita in matrimonio.

Più nettamente ancora della prima, la sent. 170/2014 ribadisce la esclusiva connotazione eterosessuale del matrimonio: per la Corte, «la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso».

Ho già in altre occasioni espresso la mia condivisione dell'impostazione del Giudice costituzionale, dal mio punto di vista evidente già nella sent. 138, che, al di là della indubbia ambivalenza di alcune espressioni usate, e di alcuni passaggi argomentativi, fa propria una interpretazione dell'art. 29 (e dell'art. 2) che non consente, almeno allo stato, una completa estensione del matrimonio anche al di fuori della relazione eterosessuale. In sintesi, ritengo che questa lettura sia (ancora) ragionevolmente fondata sulla struttura testuale dell'art. 29 e sulle connessioni di questa norma con quelle successive, sul contesto storico-sociale che continua a sostenere quelle norme costituzionali sulla famiglia e sul matrimonio, e il loro mantenersi nel tempo. Non è una posizione chiusa alle dinamiche evolutive del diritto e della società.

Nondimeno, è un fatto indiscutibile che –specialmente negli ultimi anni– l'avanzata del matrimonio omosessuale (penso alle leggi del 2013 in Francia e Regno Unito, del 2012 in Danimarca, del 2010 in Portogallo e Islanda, alla sentenza del TC spagnolo del 2012, alla decisioni della Corte Suprema USA nei casi Windsor e Obergefell, alle numerose leggi o decisioni giudiziarie che hanno ammesso questo istituto in molti Paesi latinoamericani) è stata costante (sebbene rimanga profondamente divisiva, come dimostra il pesante conflitto tra opinione della maggioranza e dissenting opinions nei giudizi prima richiamati della Corte Suprema USA), peraltro in realtà giuridiche e sociali molto diverse tra loro.

Ormai, questa possibilità appare sempre più configurarsi come un elemento che sta dentro una linea di sviluppo della cultura (e della esperienza) costituzionale globale. Si può ancora sostenere, a mio avviso, che il matrimonio omosessuale non sia un'opzione costituzionalmente obbligatoria, che gli ordinamenti possono regolare le convivenze tra persone dello stesso sesso anche con altri istituti, simili ma non del tutto identici al matrimonio (come il *LebenPartnersschaft* in Germania o

le varie ipotesi di unione registrata), senza che ciò configuri una discriminazione; ma è sempre più difficile valutarlo alla stregua di un istituto costituzionalmente escluso o vietato.

Insomma, c'è uno spazio 'politico' che non può essere negato, né in un senso né nell'altro.

Non si può affermare che regolare le unioni omosessuali con istituti diversi dal (e solo parzialmente 'analoghi' al) matrimonio sia un'opzione 'segregazionista', discriminatoria, compromessa con la dottrina del "*separate but equal*".

Questo argomento è molto forte nella dottrina nordamericana. E' ad esempio Cass R. Sunstein ¹ ad affermare che «... la proibizione delle relazioni tra membri dello stesso sesso è una forma di discriminazione sulla base del sesso, così come le forme dell'incrocio tra le razze era una forma di discriminazione sulla base della razza. Entrambe le proibizioni sono illegali in base alla clausola dell'equal protection»; e che «il caso Loving (del 1967, che si chiuse con la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi che proibivano il matrimonio 'interracial') è il precedente cruciale per la tutela delle unioni o dei matrimoni tra appartenenti allo stesso sesso».

Secondo questa chiave di lettura (sostenuta anche da Lawrence Tribe), l'omosessuale è come 'il Nero'; il divieto del matrimonio omosessuale viene paragonato alle *antimiscegenation laws*; i casi *Windsor* ed *Obergefell* sono (e in fondo 'dichiarano di essere') il capitolo finale del caso *Loving*, e, prima ancora, i casi *Romer v. Evans* e soprattutto *Lawrence v. Texas* rappresentano una riedizione di *Brown* sul terreno della discriminazione *sex-based*.

Personalmente ho sempre ritenuto il parallelo tra discriminazione razziale e discriminazione sessuale un po' forzato, non fosse altro perché chi sostiene che il matrimonio debba rimanere ancorato al requisito della diversità sessuale, non necessariamente lo fa da una prospettiva 'discriminatoria' o 'segregazionista'; in altre parole, l'opzione 'eterosessuale' del matrimonio (altro ovviamente sarebbe negare alle coppie same-sex il diritto ad avere un riconoscimento giuridico con tutti i diritti che questo potrebbe e dovrebbe comportare) può avere una base semplicemente

¹ Op. cit., 2009, 285.

‘razionale’, cioè riferita al piano della razionalità giuridica, nel senso che chi sostiene che ‘famiglia’ e ‘matrimonio’ siano istituti che presuppongono la doppia soggettività sessuale non lo fa perché pensa ancora che l’omosessualità sia un disordine naturale, ma perché può essere convinto che il matrimonio e le famiglie ‘eterosessuali’ siano il riflesso di una tradizione giuridica ancora attuale ed ‘effettiva’, che – in altri termini – l’inaccessibilità degli omosessuali al matrimonio non derivi da una ‘minorità’ della categoria, quanto da una ragionevole distinzione basata sulle caratteristiche intrinseche e oggettive di una ‘risorsa’ giuridica così importante e radicata nella storia degli ordinamenti giuridici.

La segregazione razziale era invece il corollario di un’ideologia spaventosa e inaccettabile: la supremazia della razza bianca, che ha prodotto il ‘controsenso’, la ‘rottura’ costituzionale e morale della schiavitù. Le razze non potevano mischiarsi perché non erano poste sullo stesso piano.

Può darsi che discriminazione razziale e discriminazione ‘sessuale’ (in questo caso fondata sull’orientamento sessuale, sulle tendenze), razzismo e sessismo, abbiano una qualche analogia sul piano delle motivazioni che hanno sostenuto le pagine più buie dell’una e dell’altra vicenda: penso ad alcuni passaggi della sentenza Bowers del 1986 con cui la Corte Suprema USA salvò le cd. ‘sodomy laws’, che punivano le libere relazioni omosessuali. Ma non è così per forza.

Allo stesso modo, insistere solo sul diritto di sposarsi appare –almeno a me– un’affermazione autoreferenziale, che parte da una premessa che dovrebbe essere invece il punto di arrivo di un ragionamento giuridico, e cioè che il matrimonio sia un istituto liberamente conformabile alla stregua dell’evoluzione del costume sociale e delle spinte culturali; che sia, cioè, una sorta di guscio ‘vuoto’, indefinito, e perciò aperto ad ogni possibile ri-costruzione e ‘de-costruzione’.

Quello che voglio dire è che se parliamo solo di diritti ed eguaglianza, senza porci il problema di cosa sia quello che rivendichiamo come diritto, o come elemento di una pretesa egualitaria e antidiscriminatoria, delle sue caratteristiche intrinseche, rischiamo di fare un’operazione ‘parziale’, che guarda solo un lato del problema.

Il matrimonio non è solo un diritto individuale, ma anche un’istituzione basata su una serie di principi, elementi strutturali, requisiti definiti da complesse e radicate

sedimentazioni giuridiche, antropologiche, culturali. Non possiamo dare per scontato che questo complesso di stratificazioni, di dati storico-sociali, possa improvvisamente dissolversi o essere sostituito da un nuovo paradigma, almeno non attraverso la sola via giudiziaria.

Qui viene però il secondo lato della medaglia. Se guardiamo alla rapidità e alla forza diffusiva del movimento che ha portato in pochi anni molti ordinamenti (anche con riferimenti costituzionali molto simili ai nostri sulla famiglia e sul matrimonio) a ritenere ammissibile o addirittura obbligatorio il matrimonio *same-sex*, non possiamo escludere che l'interpretazione costituzionale dell'art. 29 accolta dalla nostra Corte Costituzionale possa subire riflessi modificativi dall'evoluzione sociale e giuridica, e dalle stesse novità legislative; né pensare che l'eventuale opzione del matrimonio 'abierto' (vale a dire indifferentemente eterosessuale o omosessuale) sia destinata a rimanere costituzionalmente 'inammissibile'.

Tornando alle conclusioni della sent. 170/2014, rimane perciò un dubbio, nonostante l'apparente perentorietà delle affermazioni fatte dalla Corte Costituzionale: in che misura la ricostruzione del parametro costituzionale è condizionata dal modello codicistico 'attuale' di matrimonio? L'evoluzione di questo modello sulla base di scelte del legislatore potrebbe 'reagire' sulla lettura del parametro costituzionale?

Provando a concludere su questo punto, credo che il legislatore abbia a disposizione vari modi per realizzare l'esigenza di uno statuto giuridico delle coppie *same-sex*: se il matrimonio è lo strumento sicuramente più completo, anche per il suo significato simbolico, non è (ancora, almeno per me) una soluzione 'chiusa', infungibile: quello che conta è la tutela di queste forme di vita familiare, adeguata al valore costituzionale dell'interesse protetto.

La discrezionalità politica e legislativa può portare ragionevolmente a fare scelte diverse dalla indistinta e piena equiparazione di coppie eterosessuali e coppie omosessuali in rapporto al matrimonio. In questo senso si è espressa anche la Corte EDU, nelle decisioni *Schalk e Kopf c. Austria* (24 giugno 2010), e *Oliari e altri c. Italia* (21 luglio 2015), affermando che, «anche se l'articolo (12) debba essere ad oggi interpretato nei termini in cui il diritto a contrarre matrimonio deve potersi considerare estendibile alle coppie omosessuali; pur tuttavia, non potrebbe derivarsi

da tale interpretazione permissiva una norma impositiva di un obbligo positivo verso gli Stati membri, traducibile nella necessità di adottare una normativa nazionale in questo senso. Tale conclusione è supportata dalla considerazione di come il matrimonio costituisca un istituto giuridico profondamente e intimamente legato al retroterra sociale e culturale che naturalmente differisce da una comunità all'altra. Per tali ragioni, la scelta dell'adozione di un regime giuridico che consenta il matrimonio alle coppie omosessuali rientra necessariamente nella discrezionalità del legislatore interno».

Quello che il legislatore non poteva (e non può) continuare a fare, e in questo senso è senz'altro apprezzabile e anzi doverosa la novella legislativa che si sta approvando, è continuare ad eludere il problema, a non dare risposte: anche perchè queste risposte poi le danno –‘disordinatamente’, caso per caso- i giudici, per certi versi devono darle, peraltro sulla scia di alcune affermazioni contenute nella sent. 138/2010.

L'inerzia del legislatore italiano era ormai diventato un vero e proprio inadempimento rispetto ad un obbligo costituzionale e convenzionale. Molto chiaramente la sent. Oliari della Corte EDU ha sottolineato che «l'Italia non sta prendendo in debita considerazione gli interessi della comunità nel suo complesso». Pur tenendo conto che «è necessario del tempo per ottenere una graduale maturazione di una visione comune nazionale per il riconoscimento di questa nuova forma di famiglia» e che ci sono ancora «diverse sensibilità su una questione sociale delicata e profondamente sentita», la Corte ritiene che il Governo italiano ha oltrepassato il margine di apprezzamento e non è riuscito ad ottemperare all'obbligo di fornire una disciplina giuridica che prevede il riconoscimento e la tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso. L'Italia è l'unico Paese europeo che non ha ancora legiferato in materia di unioni omosessuali».

3. – Come si è detto, il dibattito parlamentare ha trovato il suo punto di massima conflittualità attorno alla cd. *stepchild adoption*, vale a dire la possibilità, prevista dall'art. 5 del ddl Cirinnà, anche per la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, di ricorrere all'adozione non legittimante nei confronti del figlio naturale dell'altra parte.

Anche su questo tema le posizioni che si registrano nell'esperienza comparata sono assai varie. Molti Paesi ammettono senza particolari limitazioni la genitorialità omosessuale.

Addirittura, la Corte Suprema USA (nell'ultima sent. Obergefell) utilizza il dato di fatto della omogenitorialità per sostenere la necessità del matrimonio, in modo da evitare conseguenze stigmatizzanti sui bambini di queste coppie. Facendo proprio il contributo di alcuni *scientific amicus curiae* (come l'American Psychological Association, l'American Academy of Pediatrics e l'American Psychiatric Association), la Corte afferma che non c'è alcuna evidenza scientifica del rapporto tra la qualità e la capacità di un rapporto genitoriale con l'orientamento sessuale. La stabilità familiare, le risorse economiche, la qualità del rapporto genitori-figli, come fattori di sviluppo positivo della personalità del minore, non sono assolutamente condizionati dall'orientamento sessuale dei genitori.

Ttovo riduttivo però affrontare questo tema solo sul piano scientifico, che peraltro è molto meno 'pacificato' di quanto non dica la Corte Suprema.

La stessa Corte EDU mantiene una posizione che non arriva a ritenere vincolante per gli Stati permettere l'adozione (anche nella forma 'co-parentale') alle coppie omosessuali, a meno che tale possibilità non sia concessa alle coppie eterosessuali non sposate, perché in questo caso sarebbe una disparità di trattamento non proporzionata (*X and Others c. Austria*, del 19 febbraio 2013, confrontata con il precedente *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012).

Certo, non si può negare che alcuni argomenti della Corte europea sembrano andare oltre lo specifico caso austriaco. La Corte dubita in generale che la preclusione dell'adozione co-parentale da parte delle coppie omosessuali sia necessaria per tutelare la famiglia tradizionale o proteggere gli interessi del minore. Nel precedente caso *E.B. c. Francia* sempre la Corte ha giudicato discriminatoria e perciò contraria alla convenzione una decisione di rigetto di una richiesta di affidamento "giustificata solo da considerazioni relative all'orientamento sessuale della persona interessata". Anche da noi la Corte di Cassazione ha affermato che in tema di affidamento dei figli in sede di separazione personale dei coniugi non può rilevare di per sé il fatto che la famiglia della madre sia composta da due donne, ritenendo frutto di un "mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo

del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale” (Cass., I sez. civ., 11 gen 2013 n. 601).

Ad ogni modo, la questione del superiore interesse del minore ad una crescita equilibrata, e della rilevanza su questo aspetto della duplicità della figura sessuale, si espone a valutazioni che restano tuttora molto complesse e prive di riferimenti condivisi sul piano culturale, sociale, psicologico; sebbene, anche per questo aspetto, il diritto si trova a doversi confrontare con un gigantesco processo di ridefinizione di categorie essenziali e, fino a qualche tempo fa, indiscutibili.

L'esito di questa battaglia, innanzitutto culturale prima ancora giuridica, è tutt'altro che scontato o facilmente prevedibile; può giustificare però un approccio 'graduale', 'precauzionale', come appunto quello adottato nell'ultima versione del ddl Cirinnà su iniziativa del Governo, con lo stralcio della controversa '*stepchild adoption*'.

Si potrebbe pensare che non ha senso che il legislatore blocchi o arretri una linea di confine già raggiunta dalla giurisprudenza.

Come è noto, diversi organi giurisdizionali (Trib. Minorenni Roma, 30 luglio 2014; Corte App. Roma, sez. minori, 23 dicembre 2015; Corte App. Milano, sez. Persone, Minori, Famiglia, 16 ottobre 2015) hanno ammesso la *stepchild adoption* nel quadro di una interpretazione estensiva dell'art. 44 lett. d) della l. 184, considerato alla stregua di una 'clausola generale residuale' idonea a tutelare l'interesse del minore anche se non in stato di abbandono.

Tuttavia, le due situazioni non sono uguali. Una cosa è risolvere 'casi particolari' (spesso sviluppati all'estero, e dunque esaminati dal giudice italiano ai fini della trascrizione del provvedimento straniero), prendere atto di legami 'parentali' e affettivi profondi e duraturi tra un minore e il cd. co-genitore (finora quasi sempre una 'co-madre'), guardare in faccia, come appunto solo il giudice può (e deve) fare, la specificità inimitabile di una relazione con tutti i suoi elementi esistenziali, personali, emotivi; altra cosa è prevedere una norma generale che definisca un nuovo istituto disponibile per tutte le coppie same-sex, che peraltro, almeno in un caso (quello della omogenitorialità di due uomini), rischierebbe di porre un problema di coerenza con il divieto della maternità surrogata.

Probabilmente, la scelta del legislatore di non disciplinare la *stepchild adoption* (scelta forse solo rinviata ad una riforma organica dell'istituto dell'adozione), al tempo stesso senza vietarla apertamente, non bloccherà questo trend giurisprudenziale, che potrà contare sulla conferma del parametro normativo attuale.

Nondimeno, può servire a circoscriverlo a casi eccezionali o almeno veramente consolidati sul piano relazionale, dove il riconoscimento formale può essere una risorsa di flessibilità per l'interesse del minore piuttosto che (solo) per il diritto di una coppia (o di un partner della stessa) a poter vivere l'esperienza genitoriale.



ISSN 2037-6677

2016/1

**Il caso del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla
Grecia e le asimmetrie nei poteri costituzionali dei
Parlamenti nazionali**

**The role of the National Parliaments of Eurozone
Countries on the third rescue package to Greece**

C. Fasone

Abstract

The paper examines the role of the national parliaments of Eurozone countries on the third rescue package to Greece considering their asymmetric position in the decision to grant financial assistance. The Author analyzes these contentious issues retracing the genesis and the adoption of the third rescue package to Greece as a case study. The author further outlines how it came for the United Kingdom (and its Parliament) to become the center of the discussion despite being outside the Euro area. Finally the article looks in depth at the *ex ante* and *ex post* authorization given by some Eurozone parliaments to the negotiation and to the rescue deal, respectively, in the summer of 2015.

Tag : third rescue package, Greece, Eurozone, United Kingdom, financial assistance



Il caso del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia e le asimmetrie nei poteri costituzionali dei Parlamenti nazionali

di Cristina Fasone

SOMMARIO: 1. – Introduzione. Le asimmetrie come elemento ormai caratterizzante la vita dell’Unione e i riflessi sui Parlamenti. 2. – Breve cronistoria di una crisi annunciata: genesi e adozione del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia. 3. – Solo una questione di Eurozona? La posizione del Regno Unito e la prospettiva di coinvolgimento del suo Parlamento. 4. – L’autorizzazione parlamentare preventiva all’avvio dei negoziati per l’aiuto finanziario alla Grecia (luglio 2015). 5. – L’approvazione parlamentare successiva del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia (agosto 2015). 6. – Conclusioni

1. – Introduzione. Le asimmetrie come elemento ormai caratterizzante la vita dell’Unione e i riflessi sui Parlamenti

Il rispetto del principio di eguaglianza tra Stati Membri dell’Unione europea (Art. 4(2) TUE) e, di riflesso, tra le istituzioni nazionali (in particolare parlamento e governo) di paesi diversi, è stato messo a dura prova dalla crisi dell’Eurozona per ragioni economiche (stati debitori-stati creditori), giuridiche (regime giuridico dell’area euro e dei Paesi che non vi partecipano, da un lato, e limiti costituzionali nazionali, dall’altro) e politiche (legate alla credibilità internazionale dei Paesi).

Le asimmetrie derivanti dal nuovo quadro normativo emergente a livello europeo e internazionale non sono le uniche e forse neppure quelle che suscitano maggiori perplessità dal punto di vista costituzionale. Infatti, sono gli stessi Trattati europei, sottoscritti da tutti i Paesi membri, ad ammettere la possibilità di un'Europa "a più velocità", attraverso cooperazioni rafforzate, *opt out* e, soprattutto, l'Eurozona, sebbene l'adozione dell'euro come moneta unica sia considerata come l'esito obbligato di un processo di convergenza a cui tutti gli Stati membri sarebbero chiamati. E' ugualmente noto, però, che allo stato dei fatti alcuni Paesi, per loro volontà, resteranno esclusi comunque dall'Unione economica e monetaria (UEM): il Regno Unito, la Danimarca (che beneficiano entrambi di un *opt out* permanente¹) e la Svezia che beneficia di un *opt out* di fatto. E' probabile, poi, che alla luce delle dichiarazioni di leader politici e di alcune recenti evoluzioni istituzionali Paesi come la Repubblica ceca, la Polonia e l'Ungheria si chiamino ugualmente fuori dall'area euro.

Inoltre, è proprio la presenza di vincoli strettissimi tra le economie degli Stati dell'Eurozona che, di fronte all'urgenza della crisi finanziaria e al rischio di fallimento di alcuni di questi Paesi (Cipro, Grecia, Irlanda, Portogallo, Spagna)², ha portato a costruire meccanismi di aiuto finanziario inizialmente temporanei (l'European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM) e l'European Financial Stability Facility (EFSF)) e ora permanenti (l'European Stability Mechanism (ESM)), di diritto internazionale, pubblico (ESM) e privato (EFSF)³, della cui compatibilità con i Trattati europei si è per qualche tempo dubitato⁴ e che, in alcune circostanze, vedono gli Stati Membri collocati in posizione asimmetrica: per esempio, tra quelli

¹ Cfr., rispettivamente, i Protocolli n. 15 e n. 16 allegati al Trattato di Lisbona. In proposito, si veda R. Schütze, *European Union Law*, Cambridge, 2015, 807-810.

² Alla lista andrebbe aggiunta anche l'Italia se si parlasse non solo di assistenza finanziaria, ma anche di supporto finanziario attraverso la Banca Centrale europea e, in particolare, il Securities Market Programme.

³ L'EFSF è infatti un Fondo di diritto privato, utilizzato tra il 2011 e il 2014 e ora sostituito dall'ESM, costituito a Lussemburgo, secondo il diritto lussemburghese.

⁴ Fino alla sentenza della Corte di giustizia, caso C-370/12, *Pringle c. Government of Ireland*, 27 novembre 2012. Cfr., tra i molti, B. de Witte, T. Beukers, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism: Pringle*, in 50 *Common Market Law Review*, 2013, 805-848 e P. Craig, *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, in 9(2) *European Constitutional Law Review*, 2013, 263-284. In particolare, sulle implicazioni per i parlamenti nazionali, si veda E. Bartolini, *La nuova dimensione della sovranità dei Parlamenti nazionali in materia finanziaria e di bilancio*, in 1 *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, 135-168.

che dichiarano il *bailout* e quelli che prestano aiuto finanziario attraverso i neo istituiti fondi oppure in relazione alle regole di voto nell'ESM quando si tratta di ricorrere alla procedura d'urgenza. In questo caso, mai verificatosi peraltro, si decide a maggioranza qualificata – dell'85% delle quote sottoscritte dagli Stati membri – anziché secondo la regola generale dell'unanimità; circostanza, quest'ultima, che porta il voto della Germania ad essere determinante ai fini dell'uso del fondo, in ragione delle quote detenute (quasi il 27%), anche se nella procedura d'urgenza questo paese non potrebbe da solo opporre un veto⁵.

Sono però i vincoli costituzionali nazionali che mettono a repentaglio il principio di eguaglianza tra gli Stati e tra le loro istituzioni nella crisi dell'Eurozona ben più delle norme di diritto internazionale che (per il momento) regolano il funzionamento di questi meccanismi di salvataggio, essendo questi tenuti al rispetto dei Trattati europei, secondo la Corte di giustizia, e dunque anche dell'art. 4(2) TUE⁶. Come evidenziato recentemente in uno studio di grande interesse prodotto per il Parlamento europeo, i principali limiti all'integrazione europea si rinvergono – non sorprendentemente – proprio nelle Costituzioni e nel diritto costituzionale degli Stati Membri⁷.

La vicenda del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia sembra paradigmatica da questo punto di vista. In particolare, dalla prospettiva dei poteri delle istituzioni nazionali e del rispetto del principio democratico, la lettura di questo caso è particolarmente interessante se operata alla luce del ruolo giocato dai Parlamenti degli Stati membri. Ciò non solo in quanto un Parlamento, quello greco, per via della severità della crisi, acuita dall'atteggiamento dello stesso Governo di Atene, è stato costretto ad approntare nel giro di qualche settimana modifiche di

⁵ Cfr. art. 4.4 del Trattato sull'ESM.

⁶ Cfr. C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, 25 marzo 2014 e C. Fasone, *Eurozone, non-Eurozone and "troubled asymmetries" among national parliaments in the EU. Why and to what extent this is of concern*, in 6(3) *Perspectives on federalism*, 2014, 15-28.

⁷ Cfr. European Parliament, Directorate-general for Internal Policies, *National Constitutional Avenues for Further Integration*, Study prepared by L. F.M. Besselink, M. Claes, Š. Imamović, and J. H. Reestman, Brussels, European Union, 2014, available at [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493046/IPOL-JURI_ET\(2014\)493046_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493046/IPOL-JURI_ET(2014)493046_EN.pdf). Si vedano, approfonditamente, rispetto al periodo antecedente alla crisi finanziaria e al Trattato di Lisbona, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*. Milano, 1995 e B. de Witte, *La dimensione nazionale della revisione dei Trattati europei*, in 1 *Quaderni costituzionali*, 2005, 39-65.

straordinario impatto per l'ordinamento giuridico nazionale, nonché per il sistema economico e sociale; ma, soprattutto, perché la possibilità per la Grecia di essere salvata e l'operatività del meccanismo di salvataggio sono dipese dalla scelta di alcuni Parlamenti – in particolare, quelli austriaco, estone, finlandese e tedesco –, in virtù dei loro poteri costituzionali⁸, di esprimersi in favore del pacchetto di aiuti finanziari. In altre parole, in un momento tanto drammatico per la sopravvivenza dell'intera Eurozona, considerato il rischio di Grexit paventato da più parti, in virtù dei vincoli costituzionali posti in alcuni Paesi alla negoziazione di aiuti finanziari (par. 4) e poi all'autorizzazione al trasferimento di prestiti finanziati attraverso i bilanci nazionali (par. 5), il voto di alcuni Parlamenti è stato determinante rispetto ad altri, non potendo questi ultimi, al contrario dei primi, opporre il veto al salvataggio della Grecia.

Il caso del terzo pacchetto di aiuti finanziari è peculiare anche perché il prestito è stato concesso attraverso l'ESM - e, forse, ulteriore assistenza finanziaria verrà richiesta al Fondo Monetario Internazionale (FMI). In occasione del primo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia, nel 2010, e a cui ha fatto seguito un secondo pacchetto nel 2011 mediante l'EFSF, si era effettivamente verificato un caso di veto all'erogazione del prestito da parte del Parlamento slovacco⁹. Tuttavia, le conseguenze per la Grecia non furono destabilizzanti, in quanto nel 2010 il salvataggio era basato su un meccanismo di prestiti bilaterali e non su un fondo di assistenza finanziaria comune tra gli Stati dell'Eurozona. Dunque il “no” del parlamento slovacco non aveva impedito ad altri Paesi e ai loro Parlamenti di concorrere al salvataggio della Grecia. Diverso è invece il caso dell'ESM, la cui attivazione richiede che tutti i Paesi dell'area euro siano concordi sull'entità del prestito, sulla tempistica nonché sulle condizioni di erogazione: basta che uno solo dei sopra citati Parlamenti si opponga per potere bloccare l'intero processo.

Ciò solleva, del resto, alcuni interrogativi relativamente alla garanzia da parte dell'attuale disegno europeo e nazionale di assistenza finanziaria reciproca nell'Eurozona del valore della solidarietà (art. 2 TUE), sui cui l'Unione si fonda, e

⁸ La parola “costituzionali” è qui usata in senso lato, ossia non solo per riferirsi a poteri previsti dalla Costituzione e dal leggi costituzionali, ma attribuiti anche attraverso la giurisprudenza costituzionale, leggi organiche e rinforzate.

⁹ Nel 2011 l'approvazione di misura dal parte del Parlamento slovacco dell'aumento della quota slovacca dell'EFSF portò alle dimissioni del governo in carica.

degli obiettivi programmatici della realizzazione di un'economia sociale di mercato, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, della promozione della giustizia e della protezione sociale, della lotta all'esclusione sociale e della solidarietà tra Stati membri (art. 3.3 TUE)¹⁰. Tali valori e obiettivi vanno tuttavia correlati alla loro effettiva vincolatività per il giudice ed il legislatore europeo, che ad essi aderiscono nella misura in cui sia consentito loro dalle competenze dell'Unione, da sempre circoscritte sia nel campo delle politiche economiche che di quelle sociali¹¹.

Ecco quindi che, in questo contesto, si profila un problematico bilanciamento tra solidarietà all'interno dell'Eurozona e protezione dei cittadini greci contro il rischio di fallimento del loro stato, da un lato, e protezione degli elettori e *tax payers* degli altri Stati membri, attraverso i Parlamenti nazionali, chiamati a pronunciarsi sul trasferimento di risorse dal livello nazionale all'ESM e quindi alla Grecia, dall'altro. Peraltro, la decisione parlamentare in qualche caso è vincolante, in qualche altro no.

2. – Breve cronistoria di una crisi annunciata: genesi e adozione del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia

Dopo anni di regime di stretta condizionalità e considerevoli tagli al settore pubblico e alle politiche sociali, in cambio di una relativa stabilità finanziaria, dal 2012 una serie di votazioni popolari hanno condotto la Grecia nuovamente sull'orlo del baratro nel 2015.

L'incapacità del Parlamento monocamerale di eleggere, dopo tre tentativi falliti, il nuovo Capo dello Stato, a fine del 2014, ha condotto, secondo quanto stabilito dalla Costituzione greca¹², a nuove elezioni a gennaio 2015 (dopo che molte elezioni erano state celebrate negli anni immediatamente precedenti¹³), dove il partito

¹⁰ Cfr. M. Poiars Maduro, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Paper No. 2012/11*, European University Institute, 25 November 2012, 5-13.

¹¹ Cfr. K. A. Armstrong, *Governing Social Inclusion: Europeanization through Policy Coordination*, Oxford, 2010, 29-300.

¹² L'art. 32 della Costituzione greca prescrive lo scioglimento anticipato del Parlamento qualora quest'ultimo, a seguito di tre successive votazioni, ad intervalli scanditi dalla Costituzione medesima e con maggioranze decrescenti (due terzi dei componenti nella prima votazione e tre quinti nella seconda e nella terza), non riesca ad eleggere il nuovo Presidente della Repubblica.

¹³ Si possono ricordare le elezioni per il Parlamento greco a maggio e poi a giugno del 2012 (poiché dopo le prime non si era potuta costituire alcuna maggioranza parlamentare) e le elezioni locali ed

guidato da Alexis Tsipras, SYRIZA, si è attestato come forza di maggioranza relativa in Parlamento. Il nuovo governo di coalizione tra SYRIZA e ANEL (partito dei greci indipendenti) ha subito incontrato una serie di difficoltà nei rapporti con la c.d. “Troika”, composta dal FMI, dalla Commissione europea e della Banca centrale europea, in vista delle scadenze per la restituzione del prestito. La politica anti-*austerity* annunciata dal nuovo governo e il tentativo di disconoscere il ruolo della “Troika” da parte del Ministro delle finanze greco, Gianīs Varoufakīs, hanno creato non poche tensioni nei rapporti tra Atene e Bruxelles, fino a quando è divenuto chiaro che la Grecia non avrebbe restituito il prestito in scadenza il 30 giugno 2015, mentre la sostenibilità finanziaria del debito greco veniva messa in discussione. Di qui l’annuncio il 27 giugno 2015 del Premier Alexis Tsipras di indire un referendum, il 5 luglio 2015, sulle condizioni imposte dalla Troika in cambio di un nuovo programma di assistenza finanziaria.

Il Parlamento greco ha approvato la proposta di referendum il giorno successivo a maggioranza assoluta dei componenti, secondo quanto stabilito dall’art. 44, comma 2 della Costituzione. Il referendum, che consisteva nell’adottare o respingere due “documenti” – rispettivamente, sulle riforme per il completamento dell’allora programma di assistenza finanziaria in corso di attuazione e sulla sostenibilità del debito greco – avanzati come proposte alla Grecia dall’Eurogruppo del 25 giugno 2015, è stato oggetto di ampio dibattito in dottrina, innanzitutto, per quanto riguarda la sua democraticità e conformità a Costituzione¹⁴. Senza potersi dilungare qui su questi profili, si possono ricordare, tra le questioni maggiormente problematiche, il brevissimo termine intercorso tra indizione e svolgimento del referendum (8 giorni) e la formulazione ambigua dei quesiti referendari (che rinviavano, a loro volta, a complessi documenti proposti in sede europea e dove l’opzione per il “no” compariva prima di quella per il “sì”), così che la genuinità del voto degli elettori sarebbe stata compromessa; oppure l’aggiramento del divieto

europee, entrambe celebrate a maggio del 2014. Peraltro, dopo le elezioni politiche di gennaio 2015, si sono tenute nuove elezioni anticipate anche a settembre del 2015.

¹⁴ Cfr. A. Marketou, *Is the Greek referendum unconstitutional?*, in *Constitutional Change Through Euro Crisis Law*, 3 luglio 2015, <http://eurocrislaw.eu.eu/news/the-greek-referendum-is-it-unconstitutional/>; X. Contiades and A. Fotiadou, *The Greek Referendum: Unconstitutional and Undemocratic*, in *Constitutional Change Through Euro Crisis Law*, 7 luglio 2015, <http://eurocrislaw.eu.eu/news/the-greek-referendum-unconstitutional-and-undemocratic-by-xenophon-contiades-and-alkmene-fotiadou/>; G. Aravantinou Leonidi, *La sfida di Atene all’Europa dell’austerità: il referendum del 5 luglio 2015*, in 14 *Federalismi.it.*, 15 luglio 2015, 10-14.

costituzionale di indire referendum su temi fiscali e l'incertezza sugli effetti dello stesso. A ciò si aggiunga che quello di luglio 2015 è stato il primo referendum tenutosi in Grecia del 1974, immediatamente dopo la fine del regime dei colonnelli e agli albori del nuovo stato democratico.

Ad ogni modo, al referendum i voti negativi (oltre il 61%) hanno largamente prevalso su quelli positivi¹⁵. La negoziazione con la Troika e i Paesi europei si è quindi bloccata e, a causa della chiusura degli istituti di credito in tutto il Paese, la liquidità ha iniziato a scarseggiare. L'8 luglio 2015 il Governo greco si è visto comunque costretto, pena la bancarotta, a richiedere ufficialmente l'assistenza finanziaria attraverso l'ESM, l'unico fondo permanente e attualmente in uso a sostegno dei Paesi dell'Eurozona e da essi finanziato per erogare prestiti condizionati. Le condizioni sostanziali e procedurali sono in parte delineate dallo stesso Trattato istitutivo di questo fondo Eurozona "salva stati", in parte sono dettagliati caso per caso in accordo tra i Paesi dell'Eurozona, la Troika e il Paese beneficiario.

Nonostante numerose perplessità e in un clima di concitazione generale, il 12 luglio 2015 il Vertice Euro (notturno) ha deciso di concedere l'assistenza finanziaria alla Grecia per un totale di 86 miliardi di euro in tre anni, a patto che il Governo greco si impegnasse ad adottare e attuare una serie di misure specifiche¹⁶. Inoltre, prima dell'avvio del negoziato per la conclusione del Memorandum of Understanding tra l'ESM e il Governo greco i Paesi dell'Eurozona (nonché il FMI, la Commissione e la Banca Centrale Europea) hanno richiesto che alcune riforme, molto puntuali, fossero adottate dal parlamento greco in due tranche, la prima entro il 15 luglio, ossia nei tre giorni successivi; la seconda dopo dieci giorni, entro il 22 luglio. Tra le riforme in questione vi erano, ad esempio, l'attuazione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'UEM (TSCG) attraverso l'istituzione del consiglio indipendente di bilancio, l'adozione del codice di procedura civile e l'attuazione della direttiva europea sul risanamento e la risoluzione della banche con il sostegno della Commissione europea. Inutile dire che, con un

¹⁵ Cfr. T. Abbiate, *La vittoria del "No" al referendum popolare sulla proposta di accordo presentata dai creditori internazionali*, in 2 DPCE online, 2015, 1.

¹⁶ Cfr. Dichiarazione del Vertice euro, Bruxelles, 12 luglio 2015, 2, disponibile a www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/07/12-euro-summit-statement-greece.

Paese prossimo alla bancarotta, il Parlamento ha diligentemente adempiuto alla condizioni poste e alle misure richieste entro le scadenze fissate.

Nel frattempo, però, in vista del Memorandum of Understanding, mentre in Grecia il Parlamento votava le riforme “concordate”, in alcuni Paesi dell'Eurozona i rispettivi Parlamenti votavano, come previsto nei rispettivi ordinamenti, il mandato negoziale al proprio governo, sulla base dell'accordo raggiunto nell'ambito del Vertice Euro: come si diceva sopra, il voto favorevole dei Parlamenti austriaco, estone, finlandese e tedesco, era condizione preliminare in quei Paesi affinché si potessero avviare i negoziati.

Completata – fortunatamente – questa fase a fine luglio, l'accordo sul Memorandum of Understanding e l'Assistance Facility Agreement tra Governo Greco e “troika” è stata raggiunto l'11 agosto 2015, quindi approvato dal Parlamento greco il 13 e dall'Euro gruppo il 14 agosto. Infine si è avviata una fase eventuale di approvazione parlamentare successiva negli altri paesi dell'area euro, obbligatoria solo laddove richiesto dalla rispettiva disciplina costituzionale, come (nuovamente) in Austria e Germania. Dunque, anche in questo caso, l'attuazione degli accordi è stata condizionata al voto favorevole di alcuni Parlamenti degli Stati “creditori”.

In Grecia, comunque, la controversa approvazione parlamentare del Memorandum of Understanding e dell'Assistance Facility Agreement ha dato vita ad una insanabile frattura in seno alla compagine governativa e nello stesso partito di maggioranza, aprendo la strada, ancora una volta, ad un nuovo voto popolare. Il voto contrario di Gianīs Varoufakīs e della Presidente del Parlamento greco, nonché le dimissioni di Tasos Karavanakis da segretario di SYRIZA hanno condotto il 25 agosto 2015 il Premier a rassegnare le dimissioni e a chiedere al capo dello Stato lo scioglimento anticipato del Parlamento, ritenendo che nuove elezioni avrebbero potuto rinsaldare la leadership di Alexis Tsipras e rafforzare l'affermazione elettorale di SYRIZA. Le elezioni del 20 settembre 2015 hanno effettivamente confermato le attese sul fronte della leadership, ma SYRIZA si è affermato (solo) partito di maggioranza relativa in Parlamento ed è stato costretto a formare un nuovo governo di coalizione con ANEL, potendo però contare stavolta, all'atto del voto della

fiducia al governo, di un minor numero di supporters in Parlamento (155 contro 162 della precedente legislatura)¹⁷.

Dopo il terzo voto in un anno l'affluenza alle urne è crollata – restando leggermente al di sopra del 51% degli aventi diritto al voto – ma in compenso si è riscontrata l'ascesa dei consensi per “Alba Dorata”: il partito greco di estrema destra, considerato comunemente come una formazione neofascista, xenofoba e anti-europea, è diventata la terza forza politica del Paese¹⁸.

Mentre, dunque, in altri Paesi dell'area euro si celebravano i virtuosismi del parlamentarismo, con il coinvolgimento di alcuni Parlamenti ex ante ed ex post sul terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia, la democrazia greca – oltre che la sua stabilità finanziaria ed economica – sono state sottoposte nell'ultimo anno a torsioni e pressioni i cui effetti non sono ancora chiaramente delineabili.

3. – Solo una questione di Eurozona? La posizione del Regno Unito e la prospettiva di coinvolgimento del suo Parlamento

Proprio in quanto il ricorso all'ESM comportava tempi non immediati di intervento a sostegno della Grecia, per l'attesa dell'adozione da parte del Parlamento greco del pacchetto di riforme concordate con la “Troika” e per via delle procedure nazionali di autorizzazione e approvazione in alcuni Stati dell'Eurozona, all'indomani della richiesta di assistenza finanziaria da parte di Alexis Tsipras, si è inizialmente discussa la possibilità di usare l'EFSM garantendo subito 7 miliardi di euro per tamponare l'assoluta emergenza di liquidità.

L'EFSM ha infatti una natura completamente diversa dall'ESM. Il primo è un fondo europeo “di nome e di fatto” essendo stato introdotto attraverso il Regolamento UE n. 407/2010, sulla base dell'art. 122(2) TFUE, e i suoi prestiti sono direttamente garantiti attraverso il bilancio dell'Unione. Certo, la sua capacità

¹⁷ Cfr. G. Aravantinou Leonidi, *Le elezioni legislative del 20 settembre in Grecia*, in 18 *Federalismi.it*, 23 settembre 2015, 6-12.

¹⁸ Sulle trasformazioni del sistema politico greco a seguito della crisi finanziaria e delle numerose elezioni, cfr. [K. Gemenis](#), [R. Nezi](#) *Government–Opposition Dynamics during the Economic Crisis in Greece*, in 21(1) *The Journal of Legislative Studies*, 2015, 14-34 e [C. Anthopoulos](#), [N. Garipidis](#), *The Emergence of the Golden Dawn Party: Political and Constitutional Implications*, in 3 *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 653-672.

finanziaria è molto più modesta dell'ESM¹⁹, ma il ricorso ad esso presenta notevoli vantaggi: non solo non contempla procedure nazionali che possano bloccare o ritardarne l'operatività, visto che trova la sua fonte di disciplina in una fonte di diritto dell'Unione direttamente applicabile, ma non conosce neppure la netta distinzione tra Paesi eurozona e non Eurozona. È, insomma, un fondo dell'Unione. Quando il Consiglio dei Ministri dell'Unione europea (UE) ritenga che uno Stato membro sia chiamato a fronteggiare una situazione di emergenza a causa di eventi eccezionali al di fuori del suo controllo può autorizzare la Commissione europea a prendere in prestito sul mercato finanziario fino a 60 miliardi di euro, trasferendo poi la somma al Paese europeo in questione in cambio del rispetto di un programma di aggiustamento economico e, naturalmente, della graduale restituzione del prestito.

Il Governo del Regno Unito ha però inizialmente contestato l'opportunità di ricorrere a questo strumento per prestare immediata assistenza finanziaria alla Grecia²⁰. L'argomento è stato, infatti, che per assicurare la stabilità della Grecia e dell'Eurozona si ricorreva ad un fondo garantito attraverso il bilancio UE, che è alimentato da tutti e 28 i Paesi membri, quindi anche dal Regno Unito. Inoltre, non solo il Regno Unito indirettamente finanziava il prestito alla Grecia, ma non poteva nemmeno impedire che la decisione sul prestito fosse assunta, visto che l'art. 3(2) del Regolamento n. 407/2010 prevede che il Consiglio deliberi a maggioranza qualificata su proposta della Commissione: pertanto il consenso dei Paesi dell'area euro era sufficiente affinché la decisione fosse assunta.

Sebbene questa obiezione non sia stata espressamente formulata dal Governo inglese, se si fosse fatto ricorso all'EFSM si sarebbe potuto riscontrare anche un problema relativo all'assenza di controllo parlamentare e, in generale, democratico nazionale sull'uso del Fondo, considerato che la sua costituzione e gestione, da un lato, sono garantite attraverso il bilancio europeo che è alimentato prevalentemente attraverso trasferimenti dai bilanci nazionali; e, dall'altro e soprattutto, si potrebbero

¹⁹ 60 miliardi di euro contro i 500 miliardi di euro di capacità finanziaria dell'ESM. Fino al caso del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia l'EFSM era stato usato solo due volte, a supporto dell'Irlanda e del Portogallo, per un totale poco superiore a 48 miliardi di euro.

²⁰ Per una accurata ricostruzione della vicenda e un'analisi politica e giuridica delle argomentazioni del Regno Unito, si vedano N. de Boer e C. Koedooder, *How Europe's least controversial rescue fund became controversial*, in *Amsterdam Centre for European Law and Governance (ACELG) blog*, 20 luglio 2015, <https://acelg.blogactiv.eu/2015/07/20/how-europes-least-controversial-rescue-fund-became-controversial/>

incontrare dei limiti operativi nello standard democratico fissato nello *European Union Act 2011*. Infatti, la garanzia apprestata dal bilancio dell'Unione all'EFSM rappresenta una deroga al Regolamento UE del Consiglio n. 1311/2013 sul quadro finanziario pluriennale (che cita l'EFSM solo nel considerando n. 6) applicata, peraltro, sulla scorta di una decisione del Consiglio dei Ministri dell'UE a maggioranza qualificata. A tal proposito, occorre considerare che la *section 6* (para. 5, lit. h) dell'*European Union Act 2011* prevede in caso di passaggio dalla regola dell'unanimità a quella della maggioranza qualificata in Consiglio per l'adozione del Regolamento sul quadro finanziario pluriennale che il Governo inglese si esprima favorevolmente solo previa approvazione di una legge e di esito positivo di un referendum preventivo. Qui, per il ricorso all'EFSM si tratterebbe senz'altro di una deroga alle previsioni del Regolamento e assai difficilmente l'interpretazione dell'*European Union Act 2011* potrebbe essere tanto creativa da assimilare questo caso a quello dell'art. 312(2) TFEU, sul quadro finanziario pluriennale: ciononostante sembra difficile che nel caso dell'EFSM il Governo di Sua Maestà voti in Consiglio senza sentire il Parlamento.

In realtà la levata di scudi del Regno Unito trovava un suo (debole) fondamento nel fatto che nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 16-17 dicembre 2010 si era annunciato che dal 2013 l'uso dell'EFSM non sarebbe più stato necessario per preservare la stabilità dell'Eurozona (vista anche la decisione di creare un fondo ad hoc per la zona euro, l'ESM). Tuttavia, attraverso quelle Conclusioni non si escludeva il ricorso pro futuro all'EFSM – e non si sarebbe potuto farlo, vista la base giuridica contenuta nell'art. 122(2) TFUE –, ma si affermava soltanto che non vi sarebbe stato il bisogno di usarlo. Difatti, il Presidente della Commissione europea, allora José Manuel Barroso, in quanto componente del Consiglio europeo, aveva espresso il suo dissenso a qualsiasi decisione di congelare negli anni a venire l'uso di una base giuridica garantita dai Trattati.

Il Regno Unito è stato però costretto a soccombere, almeno parzialmente, in questo caso: il Consiglio ha deciso a maggioranza qualificata di erogare subito un prestito di 7 miliardi di euro alla Grecia tramite l'EFSM. La “sconfitta” è stata però parziale perché solo qualche settimana dopo i Paesi membri hanno comunque modificato il testo del Regolamento n. 407/2010 sull'EFSM affinché i Paesi al di

fuori dell'Eurozona non siano chiamati a sopportare il rischio finanziario in caso di default dello Stato beneficiario del prestito e in caso di mancata estinzione del debito²¹. Inoltre, secondo il nuovo art. 2*bis* del Regolamento «sono altresì previste disposizioni adeguate al fine di assicurare l'assenza di sovracompensazione di Stati membri la cui moneta non è l'euro, in caso di attivazione di strumenti volti a proteggere il bilancio generale dell'Unione (...)».

4. – L'autorizzazione parlamentare preventiva all'avvio dei negoziati per l'aiuto finanziario alla Grecia (luglio 2015)

Una volta concordata, in sede di Vertice euro, la concessione dell'assistenza finanziaria alla Grecia principalmente attraverso l'ESM, i Governi austriaco, estone, finlandese e tedesco hanno dovuto ottenere l'autorizzazione da parte dei rispettivi Parlamenti a negoziare un Memorandum of Understanding tra ESM, dove i Governi di tutti i Paesi dell'Eurozona sono rappresentati, nel Board of Governors, a livello di Ministri delle finanze o dell'economia, e Governo greco.

Il caso emblematico è anzitutto quello della Germania, il Paese dell'Eurozona che detiene la maggior quota di azioni nell'ESM. Qui il coinvolgimento del *Bundestag* è stato reso obbligatorio per effetto della giurisprudenza della Corte costituzionale federale. In una serie di sentenze rese, a partire dal 7 settembre 2011, sul prestito bilaterale alla Grecia, fino alla più recente in materia, il 18 marzo 2014, con la sua decisione finale nel giudizio sulla costituzionalità del Trattato sull'ESM e sul TSCG, la Corte tedesca ha richiesto un rafforzamento crescente dei poteri del *Bundestag* rispetto alla gestione dell'ESM²². In base ad una interpretazione non certo letterale dell'art. 38 GG, sul diritto dei cittadini tedeschi di eleggere i loro rappresentanti nel

²¹ Cfr. REGOLAMENTO (UE) 2015/1360 DEL CONSIGLIO del 4 agosto 2015 recante modifica del regolamento (UE) n. 407/2010 che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, art. 1, che inserisce il nuovo art. 2*bis* nel testo del Regolamento 2010 proprio per assicurare i Paesi che non sono dell'Eurozona sul ricorso al fondo.

²² Cfr. Corte costituzione federale tedesca, Secondo Senato: BVerfG 2, BVR 987/2010, 7 settembre 2011; BvE 8/11, 28 febbraio 2012; 2 BvE 4/11, 19 giugno 2012; 2BvR 1390/12, 12 settembre 2012 (ingiunzione temporanea) e 18 marzo 2014 (decisione finale). Non è stato questo il caso dell'autorizzazione parlamentare preventiva a negoziare un terzo pacchetto di aiuti alla Grecia, ma la Corte costituzionale tedesca, pur con alcune cautele e in determinate circostanze, ha anche riconosciuto la possibilità che sia la Commissione parlamentare sul bilancio del *Bundestag* a poter adottare un mandato vincolante al Governo per conto della Camera (per esempio quando si debbano modificare le linee guida sull'attuazione di un pacchetto di aiuti finanziari).

Bundestag, in combinato disposto con l'art. 20 GG (sul principio democratico) e l'art. 79.3 GG (la c.d. clausola di eternità), sempre confermata a partire dalla sentenza sul Trattato di Lisbona²³, la Corte ha considerato che la partecipazione della Germania ad un meccanismo di salvataggio-assistenza finanziaria permanente, in assenza di precise cautele, possa mettere a repentaglio la responsabilità fiscale complessiva del *Bundestag* nei confronti dei cittadini²⁴. Pertanto non solo gli obblighi informativi del Governo verso il Parlamento e la trasparenza delle procedure informative doveva essere aumentata, ma lo stesso potere decisionale del *Bundestag* doveva essere accresciuto, a parere della Corte, mediante una serie di riforme della legislazione ordinaria²⁵. In particolare, le sentenze del 12 settembre 2012 e del 18 marzo 2014 hanno definito le condizioni al ricorrere delle quali l'autorizzazione preventiva del *Bundestag* è richiesta affinché il Governo tedesco possa concorrere alla relativa decisione negli organi di governo dell'ESM²⁶. Mancando una tale autorizzazione parlamentare espressa, il rappresentante del Governo dovrà votare contro: circostanza che, nel caso delle decisioni all'unanimità – la regola nell'ESM – comporta l'opposizione del veto da parte della Germania. Tra le condizioni che necessitano di una pronuncia parlamentare preventiva, la quale in nessun caso potrà consistere in un mero parere ma è invece una vera e propria autorizzazione vincolante per il Governo secondo la Corte costituzionale, rientrano proprio la scelta di fornire assistenza finanziaria ad una delle parti contraenti e, come si ribadirà dopo, l'assenso sul Memorandum of Understanding e l'accordo sull'assistenza finanziaria e il programma di rientro. Nel caso dell'avvio dei negoziati sul terzo

²³ Cfr. Corte costituzione federale tedesca, Secondo Senato, 2 BvE 2/08, 30 giugno 2009.

²⁴ Si vedano, ad esempio, E. Mostacci, *Dal "dialogo" al decalogo: le OMT nel primo rinvio pregiudiziale del "Bundesverfassungsgericht"*, in 1 DPCE, 2014, 35-43 e M. Wendel, *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German's Federal Constitutional Court's OMT Reference*, 10(2) *European Constitutional Law Review*, 2014, 263-284.

²⁵ La versione ufficiale inglese del *Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus, ESM-Finanzierungsgesetz* (ESM Financing Act, ESMFinG), la legge sulla partecipazione finanziaria all'ESM, afferma che «the Federal Government may through its representative only vote in favour of a proposed resolution in matters of the European Stability Mechanism or abstain from voting on a resolution when the plenary session has passed a resolution in favour of this».

²⁶ Tra i molti, in Italia, si vedano G.L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, 689; F. Donati, *Crisi dell'euro, "governance" economica e democrazia dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, 337-361; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 83; C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Constitutionalismo.it*, www.constituzionalismo.it, 25 marzo 2014, § 4.

pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia, il Governo ha ricevuto l'autorizzazione dal *Bundestag* il 17 luglio 2015.

Il medesimo effetto è stato determinato in Finlandia in esito al controllo di costituzionalità preventivo sugli accordi internazionali e revisioni dei Trattati europei svolto dalla Commissione Affari costituzionali del Parlamento monocamerale (*Eduskunta*)²⁷. Per dare un'idea dell'influenza di questa Commissione parlamentare, composta di parlamentari nominati in proporzione alle dimensioni dei gruppi parlamentari e assistita da esperti esterni, di solito costituzionalisti, basti pensare che la prima versione del Trattato sull'ESM (dell'11 luglio 2011) è stata modificata, giungendo quindi alla versione ora in vigore, proprio in esito ad un parere (vincolante) della Commissione Affari costituzionali, alla luce del quale il Governo finlandese non poteva dare il suo assenso sul Trattato²⁸. Secondo la Commissione affari costituzionali, infatti, visto l'esteso ambito di applicazione della procedura di emergenza nell'ESM (prima versione), in deroga al principio unanimistico, e considerando che la quota finlandese nell'ESM ammontava a più di un quarto del bilancio nazionale, l'impossibilità per il Parlamento finlandese nell'ambito di questa speciale procedura di controllare ed eventualmente bloccare le decisioni sui flussi finanziari in entrata, in caso di aumenti di capitali, e, soprattutto, in uscita dall'ESM determinava una violazione dei poteri di bilancio del Parlamento garantiti dalla Costituzione. Nel secondo parere del 2012, sulla nuova versione dell'ESM dove la procedura di emergenza si configurava come una reale eccezione, la Commissione Affari costituzionali ha infine dato il suo benestare, precisando comunque di quali poteri il Parlamento disponeva²⁹. Significativamente, anche se il Trattato sull'ESM è formalmente un accordo internazionale, secondo la Commissione parlamentare Affari costituzionali, il Parlamento dispone di un potere di veto attraverso la sua

²⁷ Cfr. P. Leino-Sandberg e J. Salminen, *The Euro Crisis and Its Constitutional Consequences for Finland: Is There Room for National Politics in the EU Decision-Making?*, 9(3) *European Constitutional Law Review*, 2013, 453.

²⁸ Cfr. il Parere della Commissione Affari costituzionali del Parlamento finlandese, PeVL 25/2011. Quindi, il Parere PeVL 13/2012, sulla nuova versione del Trattato sull'ESM, è stata considerata conforme a Costituzione. Occorre comunque considerare che proprio in esito alla vicenda sull'ESM, la Costituzione finlandese è stata modificata (Act 1112/2011, entrato in vigore il 1 marzo 2012): in base ai nuovi articoli 94, par. 2, e 95, par. 2, l'autorizzazione del Parlamento a maggioranza dei due terzi è richiesta qualora si trasferiscano "significativi poteri" all'Unione europea o ad altra organizzazione internazionale.

²⁹ Cfr. K. Tuori e K. Tuori, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge, 2014, 198.

Grande Commissione, ai sensi dell'art. 96 della Costituzione, che però riguarda la partecipazione parlamentare agli affari europei. In altre parole, l'azione del rappresentante finlandese nel Board of Governors dell'ESM – così come quella di un Ministro in una delle formazioni del Consiglio dei Ministri dell'UE – è soggetta alla preventiva approvazione e all'adozione di uno specifico mandato da parte della Grande Commissione, che è un'altra delle Commissioni parlamentari permanenti, specificamente competente sugli affari europei e composta da 25 membri (più 13 supplenti), inclusi i presidenti di gruppo e quelli delle altre commissioni: elemento che senz'altro ne accresce l'autorevolezza, considerato che essa è chiamata ad assumere decisioni per conto dell'intero Parlamento. Per l'avvio dei negoziati sul terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia, la Grande Commissione ha dato il suo "via libera" il 16 luglio 2015.

Anche in Estonia è la Commissione per gli affari europei ad avere un potere di veto sul ricorso all'ESM per garantire assistenza finanziaria nell'Eurozona, come per il caso della Grecia nel 2015. Tuttavia, contrariamente al caso finlandese, un tale potere non trova espresso riconoscimento in Costituzione, ma è frutto di una sentenza interpretativa di rigetto della Corte suprema estone sull'ESM³⁰. In tale sentenza, intervenuta una volta che il Trattato sull'ESM era già stato firmato, la Corte ha concluso che, in base al test di proporzionalità, il Trattato non determinava una grave interferenza con la Costituzione, ma che avrebbe potuto richiedere di emendare alcune previsioni legislative, suggerendo proprio, attraverso tali modifiche, di conferire alla Commissione per gli affari europei del Parlamento estone (*Riigikogu*) il potere di adottare un mandato vincolante al rappresentante estone nel Board of Governors dell'ESM³¹. Il Ministro della Giustizia, che aveva introdotto il giudizio dinanzi alla Corte, aveva esplicitamente richiesto a quest'ultima se fosse conforme a Costituzione che la Commissione per gli affari europei adottasse un tale mandato e la Corte ha chiarito che questo potere deve essere comunque riconosciuto all'intero Parlamento anche se poi il suo esercizio è assegnato alla suddetta Commissione. Di

³⁰ Cfr. C. Ginter, 'Constitutionality of the European Stability Mechanism in Estonia: Applying Proportionality to Sovereignty', 9(2) *European Constitutional Law Review*, 2013, 335-354 and S. Bardutzky, *Constitutional Courts, Preliminary Rulings and the "New Form of Law": The Adjudication of the European Stability Mechanism*, in 16(6) *German Law Journal – Special Issue on The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Union by Constitutional Courts*, 2015, 1778-1780.

³¹ Cfr. Corte suprema dell'Estonia, sentenza n. 3-4-1-6-12 del 12 luglio 2012, § 216.

conseguenza la normativa è stata riformata in questo senso dalla legge di autorizzazione alla ratifica e di attuazione del Trattato sull'ESM³². L'art. 4 di questa legge, in combinato disposto con l'art. 152(2) del regolamento del *Riigikogu*, impone al Governo di esprimersi favorevolmente alla concessione di assistenza finanziaria nell'ambito negli organi di governo dell'ESM solo previa autorizzazione della Commissione parlamentare per gli affari europei, che vota di solito una proposta di risoluzione presentata dal Governo medesimo. Inoltre, questa Commissione può sempre deferire la decisione al Parlamento, in Assemblea, circostanza che però non si è verificata per il voto di luglio 2015 sull'avvio dei negoziati sul terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia.

Infine, l'Austria è l'unico Paese in cui il potere di veto del Parlamento rispetto alla decisione di garantire assistenza finanziaria non è stato riconosciuto attraverso la giurisprudenza costituzionale né è previsto da leggi ordinarie, ma è garantito direttamente in Costituzione. Una revisione della Costituzione è stata approvata nel 2012 proprio con l'intento di regolare i poteri del Parlamento rispetto alla partecipazione nazionale all'ESM (articoli 50b e 50c B-VG)³³. Infatti, nella lista delle autorizzazioni parlamentari costituzionalmente obbligatorie per il Governo, ulteriormente precisate nella legislazione federale, rientra anche quella sulla decisione di assicurare assistenza finanziaria ad un Paese dell'Eurozona attraverso l'ESM. L'art. 50b B-VG consente al rappresentante austriaco nell'ESM di approvare o, eventualmente, astenersi, su una simile decisione, anche nel caso della procedura di emergenza, solo previo voto favorevole del Consiglio nazionale, la camera bassa del Parlamento federale³⁴. Così è stato, anche a luglio 2015, per l'avvio dei negoziati in vista del Memorandum of Understanding tra ESM e Grecia.

Se però si volge lo sguardo dai Parlamenti costituzionalmente dotati di poteri di veto in merito verso quelli che non ne hanno, che ruolo hanno giocato i Parlamenti degli altri Paesi dell'Eurozona?

³² La versione inglese di questa legge, approvata il 30 agosto 2012, è disponibile a questo indirizzo: www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013029/consolide

³³ D. Jaros, *Austria*, in *Constitutional Change Through European Crisis Law*, 2014, §VIII.6, disponibile a <http://eurocrislaw.eui.eu/country/austria/topic/esm-treaty/>

³⁴ S. Puntischer Riekmann e D. Wydra, *Representation in the European State of Emergency: Parliaments against Governments?*, in 35(5) *Journal of European Integration*, 2013, 579.

In alcuni Paesi, come in Olanda e in Francia, il Parlamento ha dibattuto o si è espresso mediante un voto sulla possibilità di concedere – nuovamente - assistenza finanziaria alla Grecia e di avviare i negoziati nell'ambito dell'ESM, ma dalla presa di posizione delle Camere non è scaturito un mandato vincolante per il Governo. Non esiste infatti in questi Paesi un obbligo costituzionale per il Governo di attendere l'autorizzazione preventiva del Parlamento prima di decidere nell'ambito dell'ESM.

In Olanda la questione del coinvolgimento parlamentare nelle decisioni relative all'ESM era stata discussa dalla Camera dei Rappresentanti al momento della ratifica del relativo Trattato, senza però codificare la disciplina rilevante né a livello costituzionale né a livello legislativo. Con un atto di indirizzo al Governo, una mozione, la Camera ha richiesto al Governo che ogni decisione riguardante l'assistenza finanziaria in aggiunta alla quota di capitali dell'ESM già sottoscritta dovesse essere da essa previamente approvata, visto che il trasferimento di fondi ulteriori grava sulle prerogative parlamentari in materia di bilancio³⁵. Tuttavia, in caso di concessione di assistenza finanziaria nell'ambito della quota di capitali già stanziati, il Governo ha preso solo l'impegno, in una sorta di gentlemen's agreement, ad informare tempestivamente la Camera dei Rappresentanti, ma senza che da ciò discendano dei vincoli giuridici alla sua azione³⁶. Così, si è verificato anche per la partecipazione del rappresentante olandese alla negoziazione del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia attraverso l'ESM: il 16 luglio 2015, il Parlamento, debitamente informato dal Governo, ha discusso della dichiarazione del Vertice euro di quattro giorni prima, supportando l'avvio dei negoziati.

In Francia, in questa occasione, il Governo ha deciso di coinvolgere pienamente sia l'Assemblea Nazionale che il Senato sulla stessa decisione, mediante un voto esplicito il 15 luglio 2015, ma senza che tale deliberazione fosse costituzionalmente richiesta o giuridicamente vincolante per l'esecutivo. Si è trattato di una scelta del Governo di rendere la procedura più democraticamente legittimata mediante una

³⁵ Si veda J. Mulder, *The Netherlands*, in *Constitutional Change Through European Crisis Law*, 2014, § VII.5, disponibile a <http://eurocrislaw.eui.eu/country/netherlands/topic/esm-treaty/>.

³⁶ Cfr. Governo olandese, 01 EFSM&EFSF – 180112 first policy letter on parliamentary involvement EFSF measures and 01 EFSM&EFSF – 130912 second policy letter on parliamentary involvement EFSF measures replacing the first. Si vedano anche M. Diamant e M. van Emmerik, *Mandatory Balanced Budget in Dutch Legislation Following Examples Abroad?*, in M. Adams, F. Fabbrini e P. Larouche (cur.) *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, a cura di, Oxford, 2014, 249-272.

pronuncia parlamentare³⁷. Il Primo Ministro Manuel Valls e il Ministro degli esteri Laurent Fabius sono intervenuti, rispettivamente, dinanzi all'Assemblea nazionale e al Senato ai sensi dell'art. 50-1 della Costituzione francese, che consente al Governo, di propria iniziativa, come in queste circostanze, o su iniziativa di un gruppo parlamentare, di rendere dichiarazioni alle Camere su una particolare materia, seguite poi da un dibattito e, se le Camere lo ritengono, da un voto, senza che questo possa mettere in discussione il rapporto fiduciario. La proposta governativa di avviare i negoziati è stata quindi largamente supportata in entrambe le Camere³⁸.

Altri Parlamenti, come quelli belga, irlandese, italiano e spagnolo, pur essendo dotati di poteri vincolanti su alcune importanti decisioni di politica economica per quanto riguarda l'assistenza finanziaria nell'Eurozona, per esempio rispetto alla possibilità di operare ulteriori trasferimenti dal bilancio nazionale all'ESM, non sono interpellati ex ante sulla possibilità di concedere prestiti attraverso l'ESM nei limiti degli stanziamenti previsti³⁹. Semmai sono state usate le norme dei regolamenti parlamentari ad assicurare lo svolgimento di un'informativa o di comunicazioni del Governo alle Camere, ma senza una disciplina ad hoc per questa ipotesi. In Italia, ad esempio, il 29 luglio 2015 il Ministro dell'economia Pier Carlo Padoan ha reso un'informativa urgente alla Camera dei deputati, in Aula, sulla Dichiarazione del Vertice euro del 12 luglio 2015, dunque quasi quindici giorni dopo l'assunzione della decisione; al Senato invece, in due occasioni, il 15 e il 30 luglio 2015, il sotto segretario per le politiche europee, Sandro Gozi, nel quadro delle comunicazioni del governo alle Camere, ha informato la Commissione permanente per le Politiche dell'Unione europea sulla presa di posizione del Vertice euro e l'avvio dei successivi negoziati. In nessuno dei due casi la Camera e il Senato hanno adottato atti di indirizzo al governo.

Da questa breve analisi emerge quindi una situazione estremamente variegata quanto al coinvolgimento dei Parlamenti nazionali sull'avvio dei negoziati. Accanto ai quattro Parlamenti (austriaco, estone, finlandese e tedesco) che detengono un

³⁷ Cfr., in dettaglio, D. Fromage, *The ESM and National Parliaments: France*, in *Constitutional Change Through Euro Crisis Law*, 28 luglio 2015, disponibile a <http://eurocrislaw.eui.eu/news/the-esm-and-national-parliaments-france-by-diane-fromage/>.

³⁸ Nell'Assemblea nazionali i voti a favore sono stati 412, quelli contrari 69 e gli astenuti 49; al Senato i favorevoli sono stati 260 e i contrari 23.

³⁹ In Italia, si vedano sia la legge n. 234/2012 che la legge no. 243/2012.

potere di veto e che dunque erano potenzialmente in grado di bloccare o posticipare unilateralmente le negoziazioni in virtù dei loro poteri costituzionali, altri Parlamenti si sono pronunciati su iniziativa del proprio Governo, mentre, altri ancora, sono stati semplicemente informati sull'esito delle decisioni europee, senza poter controllare o influenzare direttamente lo stato dei negoziati.

5. – L'approvazione parlamentare successiva del terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia (agosto 2015)

Quando, l'11 agosto 2015, si è conclusa la fase delle negoziazioni e si è raggiunto l'accordo della Troika e dell'ESM con il Governo greco sul Memorandum of Understanding e il Financial Assistance Facility Agreement⁴⁰ si è aperta quindi una nuova fase, a livello nazionale, in particolare in quei Paesi dove è necessaria l'approvazione parlamentare successiva su tali accordi per poter procedere al pagamento della prima tranche del prestito alla Grecia nell'ambito dell'ESM. Quindi, anche *ex post* l'operatività del terzo pacchetto di aiuti avrebbe potuto essere minata dal veto di alcuni Parlamenti.

I quattro parlamenti che hanno fornito l'autorizzazione preventiva la proprio governo per l'avvio dei negoziati sono stati chiamati ad esprimersi anche in via successiva. Come ha sostenuto la Corte costituzionale tedesca, con formulazione che può essere estesa anche agli altri tre Parlamenti accanto al *Bundestag*, non è possibile trasferire la responsabilità parlamentare di bilancio e finanziaria ad un entità terza attraverso trasferimenti imprecisati nel *quantum* e nella durata, elementi che potevano essere appurati da questi Parlamenti solo ad accordi conclusi. Dunque, il Parlamento estone (18 agosto), il *Bundestag* tedesco (19 agosto), la Grande Commissione del Parlamento finlandese (17 agosto) e la Commissione affari del europei Consiglio nazionale austriaco (18 agosto) hanno fornito il loro *endorsement* all'accordo.

⁴⁰ Cfr. il Memorandum of Understanding between the European Commission acting on behalf of the European Stability Mechanism and the Hellenic Republic and the Bank of Greece e il Financial Assistance Facility Agreement between the European Stability Mechanism and the Hellenic Republic (as the Beneficiary Member State) and the Bank of Greece (as Central Bank) and the Hellenic Financial Stability Fund (as Recapitalisation Fund), entrambi dell'19 agosto 2015 e disponibili al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/index_en.htm

Altri Parlamenti si sono però ugualmente espressi sul pacchetto di aiuti. Il Parlamento lettone, chiamato, per la prima volta dal suo ingresso nell'Eurozona il 1 gennaio 2014, a pronunciarsi su un programma di assistenza finanziaria erogato tramite l'ESM il 17 agosto 2015 ha votato, per mezzo della sua Commissione permanente per gli affari europei, a favore degli accordi raggiunti (dunque solo successivamente).

Anche il Congresso dei deputati spagnolo, il 18 agosto 2015, ha approvato il pacchetto di aiuti: si è trattato, tuttavia, di una iniziativa del Primo Ministro, Mariano Rajoy, di sottoporre gli accordi ad una deliberazione parlamentare, mentre né la Costituzione né la legislazione ordinaria normalmente richiedono una pronuncia del Parlamento per questo tipo di accordi internazionali.

Infine, la Camera dei Rappresentanti olandese, già intervenuta nella fase preventiva solo attraverso una discussione della Dichiarazione del Vertice Euro, ha votato poi il 19 agosto 2015 una risoluzione a favore del pacchetto di aiuti, anche se il Governo non sarebbe stato in alcun modo vincolato da una eventuale pronuncia negativa.

La gran parte dei Parlamenti, ad eccezione di quelli menzionati e con i distinguo che si sono visti – potere di veto per i Parlamenti austriaco, estone, finlandese e tedesco e mera facoltà di intervento per i Parlamenti olandese e spagnolo, ad esempio – è rimasta piuttosto defilata anche nella fase di approvazione del Memorandum of Understanding. Un tale esito è imputabile principalmente alla natura riconosciuta negli ordinamenti dei Paesi membri dell'Eurozona a questo tipo di accordi (incluso l'Assistance Facility Agreement), considerati comunemente come accordi intergovernativi la cui entrata in vigore non richiede la previa autorizzazione alla ratifica da parte del Parlamento⁴¹. Qualcuno li considera persino come accordi politici non giuridicamente vincolanti⁴². Non è un caso che anche nei pochi Paesi dove l'assenso parlamentare è previsto, questo non sia richiesto alla luce della natura giuridica degli accordi, ma in virtù della tutela del principio democratico, attraverso i

⁴¹ Sulla problematica natura di questi accordi, cfr. M. Schwarz, *A Memorandum of Misunderstanding – The doomed road of the European Stability Mechanism and a possible way out: Enhanced cooperation*, in 51(2) *Common Market Law Review*, 2014, 389–423.

⁴² Si veda F. Pereira Coutinho, *A natureza jurídica dos memorandos da "Troika"*, in 24/25 *Themis*, 2013, 147-179. *Contra* l'opinione del Tribunale costituzionale portoghese, che invece li ha sempre considerati come vincolanti: cfr. le sentenze n. 187/2013, 413/2014, 574 e 575/2014.

Parlamenti, nelle procedure finanziarie o, meglio, nelle decisioni che riguardano il bilancio nazionale.

6. – Conclusioni

Il terzo pacchetto di aiuti finanziari alla Grecia ha visto, con alcune rare eccezioni, un ruolo parlamentare tutto sommato comprensibilmente marginale dei Parlamenti dell'Eurozona. “Marginale” può apparire come termine dalla connotazione negativa, ma in realtà non lo è in questo caso, visti i tempi e il periodo in cui la nuova crisi greca si è consumata e la necessità di evitare il default di questo stato e la propagazione dell'instabilità finanziaria all'intera Eurozona. La marginalità, poi, ha riguardato l'assunzione delle decisioni che spettano in base alle previsioni costituzionali nazionali anzitutto ai Governi oppure, secondo il Trattato sull'ESM, ad organi intergovernativi, come il Board of Governors, o, ancora, ad associazioni di istituzioni diverse, come la Troika. Al contrario, il dibattito parlamentare sul tema non è mancato, anche grazie alle informazioni, per lo più tempestive e dettagliate, fornite dagli esecutivi, nonostante l'epilogo della crisi sia caduto a ridosso e durante la consueta pausa estiva delle attività parlamentari.

Restano, ciononostante, alcuni “caduti” sul campo. Innanzitutto, il Parlamento greco, spodestato della sua capacità decisionale, probabilmente, dalla medesima Costituzione di questo Paese, che rende lo scioglimento anticipato di questa istituzione molto, forse troppo, agevole, e anche da un sistema elettorale che non favorisce la governabilità che si richiederebbe in queste concitate fasi di crisi finanziaria. Ciò si va ad aggiungere, naturalmente, al fatto che il Paese è governato, ormai da cinque anni, in una situazione di rigorosa condizionalità, come previsto per gli Stati che beneficiano di assistenza finanziaria, e con un debito difficilmente sostenibile, e che il Governo Tsipras, con abile mossa populistica di dubbia costituzionalità, ha preferito assegnare agli elettori l'illusione di scegliere le condizioni da rispettare in cambio di aiuto finanziario anziché ritenere sufficiente il coinvolgimento del Parlamento (salvo poi costringerlo a pronunciarsi sul codice di procedura civile nel giro di pochi giorni).

In secondo luogo, rispetto alle decisioni sull'assistenza finanziaria, sia da parte di chi la dà, sia, a maggior ragione, di chi la riceve, un'ulteriore vittima è

rappresentata dal tempo della deliberazione parlamentare. Rispetto al pacchetto di aiuti finanziari in esame, tali tempi non sono stati semplicemente contingentati, ma spesso sono stati contenuti in qualche ora di dibattito, certamente non sufficiente ad esaminare compiutamente le *technicalities* di un sistema di aiuti e condizioni così complesso e variegato. Tuttavia, difficilmente si poteva fare altrimenti di fronte ad un Paese dell'Eurozona con gravissimi problemi di liquidità.

Inoltre, anche se in questo caso nessuno dei quattro Parlamenti (austriaco, estone, finlandese e tedesco) costituzionalmente dotati di un potere di veto a livello nazionale sull'uso dell'ESM lo ha esercitato, il dubbio resta sul fatto che un'altra vittima avrebbe potuto essere proprio il principio democratico nell'Unione. Per certi versi è comprensibile che si richieda un controllo parlamentare stringente sull'uso delle risorse dei cittadini nazionali messe a disposizione, tramite l'ESM, di cittadini di Paesi debitori nell'Eurozona. Dall'altro, lato però, non pare che un sistema di potenziali veti parlamentari nazionali accresca la legittimazione democratica della gestione di un fondo comune europeo e permanente di assistenza finanziaria tra Stati dell'Eurozona, basato peraltro sul principio di unanimità. Viene da chiedersi a che titolo (democratico) il Parlamento della Germania, che rappresenta circa 80 milioni di abitanti tedeschi in un Paese che detiene poco più del 27% delle quote dell'ESM, sia in condizione di bloccare, sempre e in ogni caso, la decisione di garantire aiuti finanziari assunta da Governi democraticamente legittimati e rappresentativi dei ben 255 milioni di abitanti degli altri 18 Paesi dell'Eurozona i quali detengono il restante 73% del fondo⁴³. Ancor più controverse, sotto il profilo del principio democratico, sono poi queste proporzioni se rapportate al caso austriaco (8,5 milioni di abitanti e 2,78% di quote), estone (1,32 milioni di abitanti e 0,18% di quote) e finlandese (5,45 milioni di abitanti e 1,79% di quote): esse inducono a riflettere sul bilanciamento desiderabile tra poteri costituzionali nazionali dei Parlamenti, da un lato, e principi di eguaglianza e solidaristico nell'Unione europea (rispettivamente, articolo 4.2 TUE e articoli 2 e 3.3 TUE), dall'altro.

⁴³ Per i dati sui cittadini residenti negli Stati Membri, cfr. le cifre fornite sul sito ufficiale dell'Unione europea al seguente indirizzo: http://europa.eu/about-eu/facts-figures/living/index_it.htm. E' evidente che essendo il dato fornito in termini di abitanti e non di cittadini, vi è senz'altro una discrasia rispetto al numero effettivo di soggetti che, in quanto cittadini nazionali, sono titolari del diritto all'elettorato attivo per il Parlamento nazionale. Rispetto alle quote detenute nell'ESM, cfr. l'Allegato I al Trattato sull'ESM.

Anche se la stessa istituzione dell'ESM, seppur al di fuori dei Trattati europei, rappresenta una chiara esplicazione del valore della solidarietà nell'Unione (art. 2 TUE), vista la condivisione di risorse nazionali con la finalità di prestare assistenza finanziaria agli Stati a rischio di default, il suo concreto funzionamento, comunque sottoposto a condizioni (art. 136 TFUE) potrebbe essere bloccato dagli “egoismi” nazionali, anche sul fronte delle procedure parlamentari, laddove esse consentono di opporre il veto. Se tutti i Paesi dell'Eurozona avessero adottato soluzioni costituzionali simili a quelle dell'Austria, dell'Estonia, della Finlandia e della Germania, l'ESM sarebbe stato paralizzato dalla minaccia dell'impasse decisionale.

Peraltro, non si può neppure trascurare il fatto che la parità di trattamento degli Stati (e delle rispettive istituzioni) è condizione, per quanto riguarda l'ordinamento costituzionale italiano (Art. 11 Cost. it.), per le limitazioni della sovranità necessarie affinché l'Italia partecipi ad organizzazioni internazionali, come l'Unione europea, che assicurino la pace e la giustizia tra le nazioni. Tale uguaglianza è effettivamente rispettata anche solo tra i Paesi dell'Eurozona e in relazione ai poteri azionabili dai rispettivi Parlamenti con conseguenze per l'intera UEM⁴⁴?

⁴⁴ C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Constitutionalismo.it*, www.constituzionalismo.it, 25 marzo 2014 e E. Lehner, *L'identità costituzionale europea tra Corti e Parlamenti*, relazione tenuta in occasione del convegno su “Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello (PRIN 2010-2011)”, Roma, Camera dei Deputati, 12-13 maggio 2015.



ISSN 2037-6677

2016/1

Il diritto di libertà religiosa nello spazio globale: modello americano e dinamiche europee a confronto

**The religious freedom in the global arena. A
comparison between United States and Europe**

G. Macrì

Abstract

This paper analyzes the issue of religious freedom in the global arena from the point of view of the role exercised by the United States taking into account the reactions of other institutions and the different interactions in the same context. The right to religious freedom is analyzed taking into account particular situations of widespread and ongoing violations against religious minorities. Finally, it examines the position of Europe on this issue and the methods of cooperation arranged also with respect to other parties.

Tag : Religious freedom, United States, Europe, religious minorities, International Religious Freedom Act



Il diritto di libertà religiosa nello spazio globale: modello americano e dinamiche europee a confronto

di Gianfranco Macrì

SOMMARIO: 1. – Premessa: costituzionalismo americano e fattore religioso. 2. – Debolezza della politica e ruolo (integrativo) della giurisprudenza. 3. – La religione come strumento di mediazione nella politica estera americana. 4. – “Esportare la libertà religiosa”. 5. – Europa e religioni: verso un diritto comune (europeo) di libertà religiosa? 6. – Conclusioni: il futuro della libertà religiosa nell’arena globale.

1. – Premessa: costituzionalismo americano e fattore religioso

Gli Stati Uniti costituiscono un modello molto interessante per saggiare il rapporto tra libertà, diritti e democrazia (*liberale*); quest’ultima da intendersi come lo spazio dove: «l’istituzione dei diritti è cruciale perché rappresenta la promessa della maggioranza alla minoranza che la sua dignità ed eguaglianza saranno rispettate»¹.

La Costituzione degli Stati Uniti del 1787 (con i suoi prodromi culturali: l’ideologia separatista, il ruolo delle “fazioni” così caro a Madison, l’idea di “Stato minimo” in relazione alla società, etc.) e le letture che della Costituzione sono state

¹ R. Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2007, p. 9. In generale, come rinvio di natura ricognitivo N. Bobbio, *Democrazia*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (cur.), *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, pp. 235-243.

fornite nel corso del tempo – da parte sia della dottrina che della Corte Suprema – hanno delineato un diritto pubblico del fattore religioso che (tra alterne vicende) riconosce e favorisce il ruolo svolto dalla religione. Nel 1952, il giudice William O. Douglas, generalmente considerato uno dei giudici più progressisti della storia della Corte Suprema, affermava che: “Siamo un popolo religioso le cui istituzioni presuppongono l’esistenza di un Essere Divino” (*Zorach vs. Clauson*, 1952). Stando ai dati della società di ricerca Gallup, per circa quattro americani su dieci la Bibbia rappresenta un testo da prendere alla lettera, all’interno del quale (secondo la tesi cara ai c.d. “creazionisti”) sarebbe descritta la scienza storica, fondata su avvenimenti realmente accaduti e diversa da quella empirica (fallace) basata sull’analisi dei fenomeni. La stessa Corte Suprema, seppure attraverso una giurisprudenza «complessa, sfaccettata e talvolta oscillante»², non ha potuto ignorare questa “originaria vitalità religiosa della società americana” (sette, culti, denominazioni, confessioni, chiese, etc.), alimentando un costituzionalismo costantemente orientato alla ricerca di un equilibrio tra rappresentazioni diverse delle libertà³. Un costituzionalismo, dunque, destinato a connotarsi via via nel tempo di presupposti di matrice religiosa, ma finalizzato a tradurre in chiave giuridica questo importante fatto sociale (la religiosità umana) come un diritto primariamente collettivo e solo per “sottrazione” (dunque in chiave “residuale”) anche come un diritto individuale⁴.

² N. Fiorita, V. Barsotti, *Separatismo e laicità*, Torino, 2008, p. 1.

³ S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, pp. 33 ss.; C. Morbidelli, *Costituzioni e costituzionalismo*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi (cur.), *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, pp. 123-125; F. Alicino, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Padova, 2011, pp. 17 ss.

⁴ La considerazione riservata alla dimensione associata del fattore religioso non va interpretata come “confinamento” della condizione del singolo (credente) ad un ruolo subalterno, al contrario, dandone per scontata la sua “centralità” – così come si evince dalla tradizione del pensiero liberale – si assegna ai gruppi il compito di meglio supportare l’azione individuale e, soprattutto, di agire nei confronti dei poteri pubblici affinché le istanze religiose trovino il massimo grado di visibilità e protezione. A dimostrazione di ciò sopravviene la giurisprudenza della Corte Suprema in materia religiosa da cui si ricava, sulla base di partenza della tensione costante tra poteri pubblici e organizzazioni religiose, la messa in sicurezza dell’elemento religioso collettivo attraverso il riconoscimento di “quote di visibilità” non sempre ammesse per altre formazioni sociali. Spunti recenti di riflessione sono contenuti in F. Dal Cin, *Nota a Corte suprema degli stati Uniti, Reed v. Town of Gilbert, Arizona, 576 U.S. (2015): la Corte Suprema rafforza la tutela della libertà di espressione religiosa?*, in *www.dpce.it*, n. 4/2015. Si rinvia anche a J. Witte Jr., *Lift High the Cross? Il caso Lautsi c. Italia nella prospettiva americana*, in M. Cartabia (cur.), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, pp. 95-108.

Questo schema di massima rappresenta lo “spazio” politico e giuridico all’interno del quale gli Stati Uniti si confrontano col fattore religioso. Ed è su queste basi che si fonda e matura (anche nella sua versione “mitica” di matrice neo-conservatrice) il c.d. “*eccezionalismo americano*” post 11 settembre⁵. La metafora (di matrice protestante) della “*Città luminosa sulla collina*”⁶ – che ha il suo seme nell’opera dei Padri pellegrini fuggiti dalla madrepatria Inghilterra per motivi di persecuzione religiosa e sbarcati sulle coste del New England con la speranza di costruire la “Cittadella di Dio” (quella dei valori della tolleranza, della fratellanza, della felicità) – rappresenta qualcosa di molto più decisivo in funzione incrementale della libertà religiosa, perché (nell’ottica a “stelle e strisce”) aspira a rappresentare una vera e propria “*visione*” (“occidentale”) contro gli orrori delle guerre e dell’odio ideologico; una visione fortemente agitata, anche in frangenti recenti (e in contesti culturali diversi), per scardinare lo spavento del male ovunque esso si annidi (il fondamentalismo a base religiosa). E’ chiaro, allora, che il “cammino” della libertà religiosa, secondo il canone interpretativo dell’ordinamento giuridico statunitense, vada ben oltre la portata normativa del Primo Emendamento alla Costituzione (il c.d. *First freedom*, in particolare⁷) in quanto, alla luce delle dinamiche di natura interna e soprattutto geopolitiche (quindi ben al di là della forma di governo e degli assetti politici di questo paese) i riflessi che ne scaturiscono sono diversi e complessi⁸.

2. – Debolezza della politica e ruolo (integrativo) della giurisprudenza

⁵ Scrive R. Kagan, *Paradiso e potere. America ed Europa nel nuovo ordine mondiale*, Milano, 2003, p. 84: «(...) la sicurezza globale e l’ordine liberale – insieme al paradiso “postmoderno” dell’Europa – non sopravviveranno a lungo se gli Stati Uniti non useranno il loro potere nel mondo pericoloso, hobbesiano che ancora si agita al di fuori dell’Europa». La tesi di F. Fukuyama, *Esportare la democrazia. State-building e ordine mondiale nel XXI secolo*, Torino, 2005, p. 9, è altrettanto chiara: «Per un po’ gli Stati Uniti e altri paesi hanno potuto fingere che si trattasse di problemi locali [il riferimento è ai fatti accaduti dagli anni ‘90 in poi: Somalia, Bosnia, Timor Est, etc.], ma l’11 settembre ha dimostrato che la debolezza degli stati costituisce una sfida strategica mondiale».

⁶ S. Calabresi, «*A Shining City on a Hill: American Exceptionalism, and the Supreme Court’s Practice of Relying on Foreign Law*», in *Boston University Law Review*, 86/2006, pp. 1335 ss.

⁷ M.W. McConnell, *Why is Religious Liberty the “First Freedom”?*, in *Cardozo Law Review*, 4/2000, pp. 1243 ss.

⁸ N. Colaiani, *La libertà religiosa come test di democrazia? A proposito di una recente pubblicazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2/2015, pp. 305-321, parla di «concezione massimalistica dei diritti umani e, al loro interno, della libertà religiosa».

Nel circuito delle regole del diritto pubblico americano, l'approccio al fattore religioso emerge dal profondo della storia costituzionale, prolungando i suoi effetti sul presente. Si tratta di un quadro, però, all'interno del quale *anche* la giurisprudenza (specie quella della Corte Suprema) – come altre corti nel mondo, del resto, ma negli Stati Uniti con aspetti alquanto originali (stante anche il particolare *status* dei giudici), – mette a disposizione dell'interprete soluzioni che sembrano smarcarsi (a volte con nettezza) dal diritto comune qual cifra di base dei sistemi di *common law*. Un diritto, perciò, *lato sensu* “giurisprudenziale”, che associa giudici e legislatori, in grado di offrire ulteriori “tecniche di lavorazione” delle questioni pratiche attinenti i diritti e le libertà ma i cui risvolti (dal punto di vista della loro legittimità costituzionale) non sono di facile e immediata comprensione⁹.

Sul versante, invece, del “diritto giudiziario” in senso stretto, la sensazione che si coglie – analizzando la giurisprudenza della Corte Suprema, soprattutto recente – è quella che alcune delle soluzioni poste in essere non sempre sembrano andare verso l'esigenza (così cara al costituzionalismo americano) di garantire la compenetrazione profonda tra dimensione civile e politica¹⁰. Come se la giustizia non riuscisse (anche per scelta calcolata, stante le sempre più evidente tensione con gli altri poteri dello Stato) ad assecondare, nella “mediazione”, la natura sociale del diritto; e la politica, da par suo, faticasse a ricondurre sotto il suo dominio la *governance* di questioni afferenti la convivenza civile.

Per essere più concreti, chiediamoci: cosa sono i rinvii ai “*principi costituzionali radicati*” nella tradizione americana¹¹, di cui parla il giudice *liberal* Kennedy nella recentissima sentenza della Corte Suprema sul matrimonio fra persone dello stesso sesso? (*Obergefell vs Hodges*, del 26 giugno 2015). Essi riescono, *concretamente*, a mettere in asse la c.d. “*common law constitutional interpretation*” con le più recenti domande che provengono dalla società civile? Come si inquadra nella trama socio-politica

⁹ L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, citato nell'approfondita disamina di S. Domianello, *Osservazioni sulla laicità quale tecnica metodologica di produzione del “diritto giurisprudenziale”*, in *statoeche.it*, 3/2011, p. 26.

¹⁰ Opportunamente R. Di Maria, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa. Tipicità ed interferenza del modello statunitense*, Milano, 2013, p. 59 (nota 39), cita A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, vol. II°, Troina (EN), 2005, pp. 140-144, il quale, non a caso, parlava di “rapporto biunivoco fra l'associazionismo civile e politico”.

¹¹ S. Choudhry, *Constitutional transitions in the Middle East: Introduction*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3/2013, pp. 611-614.

americana (in questo caso) il riconoscimento di posizioni giuridiche nuove? Per via giudiziaria? Sempre e comunque?¹².

Se, pertanto, negli Stati Uniti, il nuovo corso del diritto comune dei diritti fondamentali appare “segnato” dall’azione incisiva della giurisprudenza (ma questo, ripetiamo, vale in generale anche per altri contesti) – dunque si tratta di una tendenza di portata ben più ampia – occorre verificare quanto la frammentarietà delle soluzioni prodotte in capo alle Corti risulti idonea a consolidare una visione generalmente condivisa della libertà di coscienza e di religione, che certamente ha bisogno, per affermarsi, di elementi *aggiuntivi* utili al suo consolidamento, di natura normativa ma anche di processi interculturali al momento (salvo casi rari) di difficile individuazione¹³.

3. – La religione come strumento di mediazione nella politica estera americana

Abbiamo detto in apertura del presente lavoro che l’America (sia repubblicana, che *liberal*) considera la religione fattore centrale della politica interna ed estera¹⁴.

¹² La recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che «conferisce al diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso il rango di *fundamental right*» è la dimostrazione della progressiva difficoltà della politica a disciplinare materie complesse senza farsi condizionare dal peso delle ideologie o delle credenze e, nello stesso tempo, della “necessità” di (dover) ricorrere al giudice (supremo) per affermare nuove forme di tutela costituzionale. G. Romeo, *Esercizi di common law constitutional interpretation: Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *diritticomparati.it* (1 agosto 2015). In Italia, invece, il dibattito attorno a questioni analoghe (matrimonio omosessuale, procreazione assistita, testamento biologico, eutanasia, etc.) e, in senso più ampio, sulla laicità dello stato, rappresenta la prova dell’incapacità dei poteri pubblici di adottare – in una società sempre più pluralista e multiculturale – come strumento di condotta quelle che un Maestro del diritto costituzionale definiva “leggi facoltizzanti”, cioè soluzioni normative non impositive ma permissive, capaci in sintesi di non obbligare a determinati comportamenti, aprendo la strada eventualmente a possibili forme di obiezione di coscienza. Il riferimento corre ovviamente a L. Elia, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del XXII Convegno annuale dell’AIC, Napoli, 26-27 ottobre 2007, p. 17.

¹³ Il tema meriterebbe un approfondimento che in questa sede non è possibile svolgere. Quello della metamorfosi del diritto in chiave “interculturale” e della sottesa riconsiderazione dell’intero lessico giuridico di derivazione illuministica, rappresenta la nuova frontiera d’indagine per il giurista (antropologo). Fondamentale R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 221, che non a caso parla di: «(...) auspicio che le [mio il corsivo] libertà religiose diventino il punto di partenza di un pluralismo giuridico impostato sulla diversità dei modelli sociali e culturali che si connettono alla fede». M. Ricca, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013.

¹⁴ Una recente pubblicazione, dalla quale prendo spunto per proporre le argomentazioni oggetto del presente articolo – P. Annicchino, *Esportare la libertà religiosa. Il modello Americano nell’Arena Globale*, Bologna, 2015 – analizza in maniera molto puntuale l’aspetto delle interconnessioni tra libertà

Certamente, da parte conservatrice l'elemento "confessionale" ha fornito in più occasioni la sponda utile a rafforzare una certa visione della società, ancorata a determinati valori propagandati come insiti nel "DNA" di questo popolo. Da qui una precisa lettura (sia politica che giurisprudenziale) della Costituzione tutta incentrata "sull'intenzione originaria" dei costituenti¹⁵. Da parte progressista, invece, la religione è stata considerata un elemento *sì* arricchente la società, ma non al punto da mettere in discussione il processo di secolarizzazione. In particolare, sul fronte della politica estera, i progressisti hanno sostenuto con forza le ragioni del dialogo, ridato fiato al ruolo delle autorità religiose nel sostegno ai processi di pace e manifestata predilezione verso un tipo di diplomazia finalizzata a includere le più alte rappresentanze dei tanti soggetti religiosi a carattere collettivo nel circuito della legalità internazionale¹⁶. Non a caso, il discorso pronunciato da Obama all'Università del Cairo nel giugno del 2009, aveva come obiettivo chiaramente quello di lanciare al mondo islamico un messaggio di pace, ma nello stesso tempo di caldeggiare maggiore cooperazione, tra istituzioni politiche e organizzazioni musulmane, in funzione contenitiva dei gruppi più fondamentalisti. Da qui, nelle parole del Presidente degli Stati Uniti, la netta cesura tra terrorismo di matrice islamista e Islam come grande civiltà e religione di pace. Davanti ai dotti dell'Università di Al Azar, Obama dice chiaramente che bisogna: «(...) dare vita a un nuovo inizio [dopo gli errori dell'Amministrazione Bush, e dei suoi consiglieri n.d.r.] tra gli Stati Uniti e i musulmani di tutto il mondo; l'inizio di un rapporto che si basi sull'interesse reciproco e sul mutuo rispetto (...) America e Islam [prosegue Obama] (...) condividono medesimi principi e ideali, il senso di giustizia e di progresso, la tolleranza e la dignità dell'uomo».

Concetto ribadito ancora di recente nel discorso alla nazione dopo la strage in California, a San Bernardino, del 2 dicembre 2015: «Noi crediamo nella dignità

religiosa e politica americana, nelle doppia declinazione interna e internazionale, rinviando a fonti bibliografiche altrettanto utili per approfondire la tematica.

¹⁵ Importanti spunti critici sulla lettura "originaria" del testo costituzionale americano si trovano in L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005.

¹⁶ S.D. Smith, *Religious Freedom and its Enemies, Or Why the Smith Decision May be a Greater Loss Now than it Was Then*, in *Cardozo Law Review*, 5/2011, 2033 ss.

umana. Non importa chi sei, da dove vieni, come appari o quale religione pratichi. Tutti sono uguali davanti agli occhi di Dio e davanti agli occhi della legge»¹⁷.

L'obiettivo dell'Amministrazione Obama è stato, pertanto (ed è in questo ultimo scorcio di mandato) quello di puntare molto sulla valorizzazione dei rapporti con i leader e le comunità religiose presenti nei vari paesi¹⁸. Da qui i contrasti tra la *U.S. Commission on International Religious Freedom* (organismo di consulenza del Presidente) e il Dipartimento di Stato. Un contrasto che giustifica le preoccupazioni di quella dottrina che da tempo guarda con attenzione al rafforzamento del ruolo del Presidente a scapito degli altri poteri. E Obama, secondo questa autorevole dottrina, pur avendo denunciato gli eccessi del suo predecessore, starebbe ripetendo gli stessi errori¹⁹.

Quanto detto è buona parte, dunque, dell'*eccezionalismo* statunitense, ma si tratta di un processo *in fieri* in cui le tessere da ricondurre a unità sono sempre nuove e diverse, perché i fatti sociali internazionali determinano mutazioni che il diritto fatica a cristallizzare. E gli assetti legati ai nuovi sviluppi di natura geopolitica, compresi i rapporti col vasto mondo islamico, fotografano un quadro dove le immagini sono sfocate.

4. – “Esportare la libertà religiosa”

Una riflessione sulla «libertà religiosa come test di democrazia»²⁰, ha bisogno, per essere un minimo credibile, di poggiare su ciò che – all'interno dei diversi contesti presi a riferimento – i poteri pubblici hanno prodotto in termini di messa in sicurezza del diritto di libertà religiosa. In ambito americano, il rigetto delle

¹⁷ Nel suo ultimo discorso sullo Stato dell'Unione (12 gennaio 2016), il Presidente Obama ha riconfermato l'importanza per le sorti politiche dell'America e dell'Occidente di rinsaldare i valori della democrazia ricercando e migliorando i rapporti col mondo islamico, per «limitare l'odio e la violenza dei tiranni e degli assassini». Cfr. www.corriere.it/esteri/16_gennaio_13/obama-stato-unione-usa-america-nazione-piu-forte-a5f9f9ae-b9bc-11e5-b643-f344dc24c117.shtml

¹⁸ Questa è l'opinione di P. Annicchino, *Esportare la libertà religiosa*, cit., ma utili spunti di riflessione, all'interno però di un quadro di ricerca diverso, sono contenuti anche nel libro di D. Bilotti, *Diritto e potere tra le giurisdizioni civili e le autonomie confessionali*, Cosenza, 2015, *passim*, dove l'Autore si interroga sul ruolo che i soggetti sociali, anche religiosi, possono giocare nella costruzione di un diritto umanitario con venature missionarie.

¹⁹ B. Ackerman, *Tutti i poteri del Presidente. Declino e caduta della Repubblica americana*, Bologna, 2012.

²⁰ Riprendendo il titolo del saggio di N. Colaianni, *La libertà religiosa come test di democrazia? A proposito di una recente pubblicazione*, cit. (v. *supra* nota 6).

“esperienze di chiese di Stato” non può certo ritenersi sufficiente ad avvalorare l’affermazione della libertà religiosa come diritto comune. Lo stesso rinvenirsi di un certo attivismo confessionale fatica sempre di più a essere percepito da tutti gli attori istituzionali e dai soggetti attivi della società civile come esclusivamente funzionale alla libertà di coscienza e di religione. Recenti studi hanno ben focalizzato queste problematiche provando a mettere in luce alcuni risvolti “pratici” scaturiti dall’approvazione di documenti di notevole significato politico, oltre che giuridico. Per esempio l’*International Religious Freedom Act* del 1998²¹. Si tratta di un Documento che nasce dalle iniziative comuni portate avanti da vari movimenti religiosi (e non solo), in funzione anti-secolarizzazione e contenitiva della tendenza a marginalizzare la religione ai bordi dello spazio pubblico²². A questa primaria intenzione si affianca anche quella, più politico-ideologica e di ampio respiro, finalizzata a sostenere il diritto di (“esportare” la) libertà religiosa nel mondo²³. Una “preoccupazione” – assecondata da molti movimenti neoconservatori attivi nella società americana soprattutto dopo l’attentato alle torri gemelle e legittimata dalla tesi secondo cui (solo) il cristianesimo ha prodotto libertà, progresso e ricchezza – che è servita in sintesi ad avallare molte azioni politiche e militari degli Stati Uniti in tutte quelle parti del globo dove i valori della libertà sono stati (e continuano a essere) ritenuti in pericolo e a costruire strategie diplomatiche e militari per mettere al riparo le minoranze (soprattutto cristiane) che subiscono pesanti persecuzioni.

Dal punto di vista giuridico, il Documento in esame si presta a una duplice e controversa lettura in quanto, se da un lato, voler mettere la libertà religiosa in testa alla lista delle priorità della politica estera americana può essere vista come una legittima preoccupazione in direzione della tutela più ampia dei diritti fondamentali,

²¹ P. Annicchino, *Esportare la libertà religiosa*, cit., pp. 47 ss.

²² Una recente ricerca del “Pew Research Center” dice che il 71% della popolazione che vive nell’America del Nord si dichiara cattolica, protestante e ortodossa, ma che il calo dei consensi sarebbe costante. Nello specifico, la tendenza al declino sarebbe più accentuata per i cattolici e “solo il 16% di quanti sono compresi nella fascia d’età che va dai diciotto ai ventiquattro anni si professano cattolici”, in http://www.ilfoglio.it/chiesa/2015/05/13/usa-cristiani-atei-politics-chiesa___1-v-128708-rubriche_c962.htm. Da segnalare anche l’ampia riflessione attorno alle parole di Papa Francesco impegnato, come scrive M. Gaggi sul Corriere del Sera del 25 settembre 2015, «a cambiare profondamente una Chiesa percepita da molti [americani] come un’istituzione sclerotizzata».

²³ T.F. Farr, *World of Faith and Freedom. Why International Religious Liberty is Vital to American National Security*, New York, 2008. P. Ferrara, *Global Religions and International Relations. A Diplomatic Perspective*, New York, 2014, 31-36.

dall'altro, la “matrice cristiana” che sta alla base del progetto, rischia di sancire una gerarchia tra i diritti, con al vertice della piramide la libertà religiosa *dei cristiani*. Da qui le reazioni di molti paesi di cultura islamica, preoccupati che dietro l'utilizzo di questo strumento possa nascondersi il tentativo di affermare la centralità e la prevalenza di una fede religiosa (cristianesimo) rispetto alle altre e, dunque, ad attestare una «nozione comunque parziale di religione e di libertà religiosa»²⁴.

5. – Europa e religioni: verso un diritto comune (europeo) di libertà religiosa?

L'*International Religious freedom Act* non riveste grande importanza in relazione soltanto al diritto di libertà religiosa nello spazio politico americano (quello interno) e ai contesti dove gli Stati Uniti si trovano a esercitare forme dirette o indirette di “egemonia” (*lato sensu*), quanto pure in riferimento all'ambito delle relazioni esterne dell'Unione europea. La nuova guerra originata dal terrorismo (post 11 settembre, ma volendo anche dopo la seconda guerra mondiale), così come la crisi dell'economia su scala globale, inducono all'unione delle forze e alla circolazione di materiali normativi quali argini verso le peggiori patologie insite nella perversa logica della contrapposizione.

Occorre fare una premessa. In Europa, storicamente, si è assistito alle guerre di religione e alla teorizzazione della legittimità della “esportazione della fede” in diverse parti del mondo. La Chiesa cattolica, in particolare, ha utilizzato strumenti politici, giuridici e militari sofisticati in funzione sia contenitiva di fedi “altre” (*in primis* l'avanzata dell'islam) – ma anche di movimenti finalizzati a mettere in discussione l'autorità politica della Chiesa (protestantesimo²⁵) – sia espansiva del proprio messaggio (politico-)teologico ovunque ritenesse di doverlo fare: con le conseguenze che conosciamo. Tutto ciò, però, non ha nulla a che vedere con la libertà religiosa – intesa come libertà uguale per tutte le persone e per tutte le fedi, e che è un prodotto della modernità, dello stato *liberale* di diritto – quanto piuttosto

²⁴ P. Annicchino, *Esportare la libertà religiosa*, cit., p. 59.

²⁵ La Riforma protestante di Lutero nel XVI secolo definì la Chiesa e l'autorità civile, non più componenti dell'unica entità (la *Respublica Christiana*), ma soggetti sociali distinti ed autonomi. Ovviamente la Chiesa di Roma si oppose in maniera intransigente, provocando in Germania e in Francia le sanguinose guerre di religione.

con la c.d. *libertas Ecclesiae*, espressione onnicomprensiva di molteplici rivendicazioni nei confronti del politico. La libertà religiosa deve la sua origine, non alle Chiese, né ai trattati teologici e neppure al diritto naturale cristiano, bensì allo Stato di diritto moderno, all'opera dei giuristi e al diritto positivo da essi posto in essere²⁶. Essa è il prodotto degli errori (e degli orrori) perpetrati dall'uomo verso i suoi simili, e dalle religioni verso molti fedeli ritenuti "scomodi". Questa premessa per dire che, la competizione fra gruppi religiosi in Europa non ha prodotto (come in America) nuovi spazi di libertà, bensì prevaricazioni delle Chiese più forti a danno di quelle più piccole; prevaricazioni assecondate da quel dispositivo che Zagrebelsky (citando Thomas Mann) ricorda essere lo "scambiarsi la veste" tra politica e religione²⁷, o la più nota "confusione dei poteri"²⁸. Da parte sua, lo Stato di diritto ha dovuto faticare molto prima di ricondurre sotto la sua sovranità le altre fonti di autorità (Chiesa compresa) sparse nello spazio pubblico e di riuscire a stabilire sistemi di disciplina del fattore religioso il più possibile rispondenti al canone del principio di legalità e della separazione degli ordini. Resta chiaro che ogni paese ha la sua storia, ma in tutti i paesi d'Europa la "reazione" delle Chiese, di fronte all'avanzare del progetto politico che il liberalismo proverà a far germogliare nella società, sarà forte. Oggi, mutati i contesti, la sensazione è quella dell'effetto "trascinamento" di certe forme di prevaricazione della teologia sulla politica, del potere ecclesiastico su quello civile e della capacità da parte della religione di farsi «super religione», cioè di «determinare strategie nazionali e internazionali, [di condizionare] industria, commercio e finanza»²⁹.

Detto questo, e senza dilungarci ulteriormente, la libertà religiosa nello spazio giuridico "euro-unitario" (quello che si è venuto costruendo dopo i tragici fatti della seconda guerra mondiale) rappresenta la sommatoria tra spinte provenienti dal

²⁶ E.W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Milano, 2006, pp. 263 ss.; Id., *Lo stato secolarizzato, la sua giustificazione e i suoi problemi nel secolo XXI*, in G.E. Rusconi (cur.), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, Bologna, 2008, pp. 31-53.

²⁷ G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma-Bari, 2010, pp. 7 ss.

²⁸ G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, *Diritto civile e religioni*, Roma-Bari, 2013, pp. 10 ss.; Suggestiva, invece, l'espressione di M. Ventura, *Anche i complotti insegnano la storia*, in *Corriere della Sera*, La lettura, del 24 gennaio 2016, p. 20, che parla del «potere divino che penetra la terra e [del] potere umano che usa il cielo».

²⁹ M. Ventura, *Dio non basta, è ora di super religione*, in *Corriere della Sera*, La Lettura, n. 216, del 17 gennaio 2016, p. 7.

basso – le tradizioni giuridiche dei paesi che via via partecipano al progetto comune europeo – e deliberazioni progressivamente cogenti scaturenti dall’alto e che sono il frutto del combinato disposto tra fonti contenute nei Trattati europei (UE-CEDU) e soluzioni di natura “pretoria” varate dalla Corte del Lussemburgo (secondo un approccio più “mercaticistico”, attento a non esprimere giudizi di merito sul fatto religioso in quanto tale) e dalla Corte di Strasburgo, quest’ultima sempre vigile a non scardinare troppo quel “margine di apprezzamento” riconosciuto agli Stati membri del Consiglio d’Europa, e grazie al quale norme interne di dubbia costituzionalità³⁰ continuano (un po’ ovunque) a sbarrare la strada all’affermazione di un modello oggettivo di laicità europeo rispettoso dei principi contenuti nelle Carte costituzionali, nella Carta dei diritti fondamentali UE, nella CEDU e nel Trattato di Lisbona³¹.

In attesa che a livello europeo si stabilizzi un assetto ordinamentale in grado di scardinare gli steccati di un diritto nazionale del fattore religioso spesso ostaggio di logiche politico-normative espressive di dinamiche lobbistiche³², non ci resta che considerare, con moderata soddisfazione, quanto il diritto euro-unitario ha già prodotto in direzione dei diritti fondamentali delle persone e quanto tale attività è destinata a incidere (nel tempo) sulla anti-storicità dei vari sistemi privilegiati di norme fatte *ad hoc* per alcune organizzazioni e non in funzione dell’interesse generale. Il dibattito in Italia attorno ad una legge generale sulla libertà religiosa

³⁰ Il riferimento corre alla normativa bilateralmente contrattata e alla sua influenza su quella prodotta unilateralmente dai poteri pubblici nelle loro diverse declinazioni, a livello centrale e periferico. Sul tema V. Tozzi, *Disciplina democratica della libertà di pensiero e di religione*, in *statoeche.it*, 14/2014.

³¹ Quello che oggi definiamo “costituzionalismo multilivello”: un’espressione coniata per raffigurare la compresenza nel medesimo spazio giuridico di più circuiti costituzionali integrati (una “Costituzione a più strati”). Sul punto, v. A. Ruggeri, *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in *diritticomparati.it* (15 dicembre 2015). S. Gambino, *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, in Forum di Quaderni Costituzionali (11 gennaio 2015).

³² G. Macri, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Torino, 2004.

esprime bene questa esigenza, questa «grande omissione»³³ e “condizione di attesa”³⁴

Come soggetto politico multiculturale l'Europa attraversa una crisi di legittimità abbastanza evidente. L'integrazione dei soggetti (singoli e collettivi) portatori di forme “altre” di religiosità (Islam in testa) appare una strada ancora in salita³⁵. E questo anche a causa di un Islam europeo che fatica a mettere in campo forme di rappresentanza unitaria dei propri interessi utili a favorire il dialogo; che non significa, però, richiedere – come presupposto d'ordine giuridico – che le comunità islamiche siano forzatamente ricondotte ad una *leadership* unificata³⁶, quanto, invece, che si accresca maggiormente il dialogo tra il maggior numero possibile delle varie componenti organizzate dell'Islam in Europa così da facilitare anche l'interlocuzione con le istituzioni dell'Unione³⁷. Sarebbe, comunque, un errore sostenere che le istituzioni europee siano rimaste completamente in silenzio di fronte alle tragedie del mondo, anche a sfondo religioso. Manca, è vero, una voce unitaria, ma il dibattito e

³³ A. Ferrari, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, 2012, p. 151, rimarca, appunto, il ritardo della politica italiana nel dotarsi di una «(...) legislazione generale adeguata sul diritto di libertà religiosa».

³⁴ V. Tozzi, G. Macrì, M. Parisi, *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Torino, 2010, dove sono contenuti diversi contributi relativi alla problematica circa la predisposizione di una legge generale in grado di assicurare una pari condizione tra tutte le esperienze di fede presenti nel paese, senza alcun filtro politico precostituito, e la previsione di strumenti idonei a tutelare specificità di natura identitaria e più strettamente legate alle pratiche di culto.

³⁵ V. Tozzi, G. Macrì (cur.), *Europa e Islam. Ridiscutere i fondamenti della disciplina delle libertà religiose*, Soveria Mannelli, 2009. Sull'onda dei gravi attentati avvenuti a Parigi, ci sembrano alquanto emblematiche le opinioni dell'Arcivescovo di Parigi André Vingt-Trois, secondo cui: «Com'è possibile che giovani di Terza generazione di immigrati non abbiano trovato in Europa nessuna spinta ideale? Che abbiano buttato via la loro vita distruggendo la vita di tanti innocenti? Questo interrogativo riguarda ciascuno di noi: dove è finita la ricerca di senso in Europa?».

³⁶ La Corte di Strasburgo, nella causa *Supreme Holy Council of the Muslim Community vs. Bulgaria*, del 16-12-2004, ha precisato appunto che nelle società democratiche lo Stato non ha la necessità, in linea di principio, di prendere misure per assicurare che le comunità religiose rimangano o siano ricondotte ad una *leadership unificata*. Nello stesso tempo, N. Fiorita, *Possibili soluzioni normative alle esigenze del culto islamico*, in *Coscienza e Libertà*, 37/2003, pp. 106-123, correttamente rileva che sarebbe un grave errore per l'Unione europea lasciare «l'Islam in una sorte di limbo e attendere che la permanenza nel sistema democratico» [occidentale] «provveda a smussarne le maggiori asperità, così da renderlo più malleabile e omogeneo».

³⁷ Si conviene con T. Virgili, *Libertà e democrazia nell'Islam: un nodo di Gordio?*, in *federalismi.it* (27-1-2016), secondo cui: «La “questione islamica” si impone necessariamente all'attenzione dello studioso, oggi viepiù confermata dall'importante ruolo che i vari movimenti d'ispirazione religiosa hanno avuto nell'ambito della cosiddetta “Primavera araba”, fino ad arrivare alle sue terribili degenerazioni culminate nella creazione dello Stato Islamico, che ha riportato alla ribalta in tutta la sua potenza la questione del “califfato”».

l'approvazione di documenti finalizzati a promuovere il rispetto, la protezione e la promozione della libertà religiosa in altre aree del pianeta ci spinge a guardare il bicchiere della politica estera europea in materi di diritti umani come se fosse “mezzo pieno”. Certo, il modello della cooperazione orizzontale (istituzioni/soggetti religiosi collettivi/società civile organizzata, etc.), che ha nella *governance* UE il suo punto di riferimento, andrebbe implementato, reso più efficiente, così da costringere alcuni stati (come Francia e Regno Unito, ma il “contagio” della diffidenza si allarga!) a spendere più fiducia e a cooperare maggiormente, con più convinzione, nell'azione politica comune dell'UE. Si tratta, perciò, di un percorso ancora lungo, e le tensioni di questi ultimi tempi, legati anche a fatti di terrorismo, non aiutano (basti guardare ai risultati elettorali in Francia).

6. – Conclusioni: il futuro della libertà religiosa nell'arena globale

Bisogna, in sintesi, provare a ri-definire un diritto di libertà religiosa capace di contemperare la dimensione soggettiva (cara al diritto europeo di *nuovo conio*: quello “post Carta di Nizza”) con quella associata: quest'ultima ben inquadrata, però, nello spazio del pluralismo europeo e della pari considerazione di tutti i soggetti collettivi a carattere religioso, e non in base a quanto previsto da una non infrequente interpretazione restrittiva dall'art. 17 del Trattato di Lisbona (TFUE), finalizzata a irrigidire l'aspetto delle relazioni interne tra Stati e confessioni a discapito invece del potenziale espansivo e prevalente insito nelle norme comuni sovranazionali in materia di diritti fondamentali³⁸. Solo così la religione (insieme alle altre realtà a carattere filosofico, non-confessionale, etico, morale, etc.) può fungere da “collante sociale”; e questo vale per le Chiese storicamente più radicate in Occidente, ma anche per i “nuovi arrivati”, oltre che per l'Islam europeo che vanta una indiscutibile presenza storica nel vecchio continente. Da qui il giusto rilievo dato all'azione di alcuni soggetti come *l'Organizzazione della Conferenza Islamica* che denunciano la diffamazione delle religioni e l'incapacità di stabilire nel perimetro dei rapporti tra

³⁸ Una trattazione ampia e puntuale del problema si trova in A. Licastro, *Unione europea e status delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Milano, 2014, pp. 183 ss.

Occidente e Oriente una «nozione unitaria e condivisa di libertà religiosa»³⁹. La causa di questo ritardo sarebbe da ricercare non solo all'interno delle vicende politiche di molti paesi di cultura islamica – attraversati da rivolgimenti sociali e politici di enorme portata (come Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto, Siria)⁴⁰ – ma anche in alcuni paesi di cultura cristiana, come la Federazione russa, dove il ruolo della Chiesa ortodossa spinge verso un «ritorno al confessionismo» tale da garantirle una «posizione di primato e di predominio»⁴¹. Quest'ultima, difatti, non esita a ostentare (quasi provocatoriamente) la sua “distanza” (intesa come alternativa sia valoriale che politica) rispetto ad un modello, quello occidentale, “egemonizzato” dalla retorica sui diritti fondamentali e schiacciato su premesse troppo individualistiche, che delegittimano il ruolo delle Chiese e dei “valori tradizionali” da esse incarnate⁴².

Da qui l'interrogativo, destinato ad aprire ulteriori canali di indagine: esiste uno spazio “politico” per quelle istituzioni che si pongono come fine la promozione e la protezione del diritto di libertà religiosa nell'arena globale? E poi, su quali basi epistemologiche andrà riposizionata una definizione della nozione di libertà religiosa in grado di “metterla al riparo” dalle sempre più frequenti strumentalizzazioni politiche e giuridiche?⁴³

³⁹ P. Annicchino, *Esportare la libertà religiosa*, cit., p. 124. La comparazione tra diversi modelli e tradizioni giuridiche resta lo snodo fondamentale, il passaggio obbligato per addivenire alla costruzione di “passerelle” (Di Plinio, *Tutti i colori della luce. Appunti su diritti, shari'a e costituzionalismo islamico*, in E. Fazzini, E. Cianci (cur.), *Guardando verso Sud*, Lanciano, 2009, pp. 333-376) usa l'espressione “anello mancante”) tra mondi non più lontani, ma oramai interconnessi, e di “standard minimi” su cui fondare la civiltà sovranazionale del rispetto e della tolleranza.

⁴⁰ C. Sbailò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, 2015.

⁴¹ Le citazioni rinviano a G. Codevilla, *Chiesa e Impero in Russia*, Milano, 2011, p. 601, citato da P. Annicchino, *Esportare la libertà religiosa*, cit., p. 125 (nota n. 27). Ancora il rinvio a D. Bilotti, *Diritto e potere tra le giurisdizioni civili e le autonomie confessionali*, cit., p. 161.

⁴² Posizioni che sembrano fare eco al superato discorso “neo-con” in ambito americano e alla teoria messa appunto dai vari *think-tank* di riferimento sul ruolo integrativo della democrazia svolto dai movimenti religiosi più conservatori. P. Annicchino, *Esportare la libertà religiosa*, op. cit. p. 138, rinvia alla teoria del “costituzionalismo cattolico”, coniata da S. Mancini, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 1013, p. 141 «(...) per indicare gli studiosi e gli autori vicini ai movimenti del “conservatorismo cattolico”» e che aiuta a comprendere bene fino a che punto le chiese (in questo caso quelle cristiane, guardando al caso americano e canadese) sono disposte a spingersi – anche attraverso una fortissima attività di *lobbying* – pur di ribadire la loro centralità nello spazio pubblico.

⁴³ P. Annicchino, *Esportare la libertà religiosa*, op. cit. p. 159, che rinvia alle riflessioni di R. Astorri, *È ancora possibile una politica ecclesiastica? Tra «caso italiano» e contesto europeo e internazionale*, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, 1/2014, pp. 261-278, e di S. Ferrari, *Tra geo-diritto e teo-diritti. Riflessioni*

sulle religioni come centri transnazionali di identità, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, 1/2007, pp. 3-14.



ISSN 2037-6677

2016/1

**Analisi comparata dei modelli di gestione delle
acque: esiste un «caso italiano»?**

**Comparative analysis of water service management:
is there an «Italian case»?**

N. Palazzo

Abstract

This paper explores the Italian water service management and begins by describing the evolution of water laws and their effects on the water policies regime in Italy. It aims to demonstrate the existence of an “Italian case” after comparing it with French, English and German water regime. It further assesses the “Sblocca Italia” decree and the Stability Law for 2015.

Tag : water law, Italy, water regime, water service management, France



Analisi comparata dei modelli di gestione delle acque: esiste un «caso italiano»?

di Nausica Palazzo

SOMMARIO: 1. – La disciplina di settore in Italia: all’origine della confusione. 2. – Modelli di gestione nel contesto europeo. 2.1. – La teoria dei beni comuni: un modello di gestione alternativo? 3. – Un tentativo di ricomporre i pezzi dopo la sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale. 3.1. – Le novità introdotte dal Decreto «Sblocca Italia» e dalla Legge di Stabilità. 4. – Conclusioni.

1. – La disciplina di settore in Italia: all’origine della confusione

Il presente studio intende ricostruire e sistematizzare il tipo di gestione del servizio idrico italiano, con l’ausilio delle principali esperienze europee in materia. Un primo accenno sarà rivolto all’incessante stratificazione normativa settore; si procederà di qui alla disamina delle esperienze francese, inglese e tedesca, dalle quali è possibile derivare tre diversi «modelli» di gestione del servizio. Si procederà in seguito alla ricostruzione del movimento di pensiero legato alla nozione di «bene comune», con l’intento di verificare l’esistenza di un modello alternativo e non convenzionale di gestione, discendente da una altrettanto non convenzionale nozione di bene. L’ultimo passaggio consisterà nel ripercorrere le recenti modifiche introdotte in materia di servizio idrico in Italia al fine di completare il quadro

normativo e cercare eventualmente di ricondurre l'esperienza italiana a uno dei descritti modelli europei.

È necessario premettere che la ricognizione delle norme in materia di gestione idrica in Italia richiede un notevole sforzo tanto per l'interprete quanto per gli operatori del mercato idrico. Il quadro giuridico appare da subito stratificato e caratterizzato da interventi normativi che prescindono da una ricognizione dell'esistente – incluso l'ultimo intervento legislativo (decreto-legge n. 133 del 2014, convertito in legge n. 164 del 2014), che rimanda sorprendentemente alla normativa europea e nazionale applicabile.

La confusione è inevitabile prodotto delle profonde differenze che hanno ispirato le riforme succedutesi nell'ultimo ventennio e dell'essere tali riforme ravvicinate nel tempo. Per prima, la legge n. 36 del 1994 (c.d. legge Galli) introduce importanti novità improntate ai principi di efficienza, efficacia ed economicità, quali: la nozione di servizio pubblico integrato («S.I.I.»), che riunisce le varie fasi del ciclo delle acque («captazione, adduzione e distribuzione di acque ad usi civili, di fognatura e di depurazione di acque reflue») e la riduzione del numero delle gestioni attraverso l'introduzione di un unico livello amministrativo di riferimento – l'«Ambito territoriale ottimale» o «Ato»¹.

La riforma del Titolo V della Costituzione ridetermina gli equilibri in punto di riparto di competenze Stato-Regioni². L'art. 35 della legge n. 488 del 2001 modifica in maniera incisiva il gli articoli del TUEL dedicati ai servizi pubblici locali³. Segue il

¹ Il modello di gestione fondata sugli Ato, venuti sostanzialmente a coincidere con l'estensione delle Province, sarà riconfermato, pur con lievi modifiche, dal Codice dell'ambiente.

² A seguito della riforma è stato potenziato il ruolo delle Regioni in materia di disciplina dei servizi pubblici locali, per il tramite dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. («tutela della concorrenza»). In giurisprudenza, non mancano le pronunce della Corte costituzionale con specifico riferimento al servizio idrico integrato, cfr. Corte cost., sent. del 24-07-2009, n. 246; sent. del 20-11-2009, n. 307; sent. del 4-02-2010, n. 29. In dottrina, Damiani parla di competenza trasversale: cfr. E.S. Damiani, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2010, 143 ss.

³ Per ciò che riguarda direttamente l'erogazione del servizio, si stabiliva quanto segue: «L'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica». Mentre, «[q]ualora [l'attività di gestione delle reti e degli impianti] sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti

decreto-legge n. 269 del 2003, convertito con legge n. 326 del 2003 sempre in materia di servizi pubblici locali. Nel 2006 è la volta del Codice dell'ambiente⁴: nel testo confluiscono, con lievi modifiche, le disposizioni della legge Galli. Nel 2008, poi, il legislatore introduce una disciplina innovativa in materia di servizi pubblici di rilevanza economica (articolo 23 *bis* del decreto-legge n. 112 del 2008). La riconducibilità del S.I.I. alla categoria dei «servizi pubblici locali di rilevanza economica» avviene solo in un secondo momento, peraltro, attraverso l'art. 15, co. 1 *ter*, decreto-legge n. 135 del 2009 (c.d. decreto Ronchi).

L'art. 23 *bis*, così come modificato dal decreto Ronchi, sembrava aver finalmente delineato un quadro stabile per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, prevedendo tre modelli alternativi di gestione: a) affidamento tramite gara europea del servizio; b) costituzione di una società mista con partecipazione del socio privato superiore al 40% e «doppia gara» (avente ad oggetto tanto la qualifica di socio privato quanto l'affidamento del servizio); c) affidamento diretto a società *in house*. Mentre le prime due procedure potevano qualificarsi come «ordinarie», l'affidamento *in house* presentava carattere eccezionale, in quel suo essere subordinato al ricorrere di specifiche condizioni socio-economiche e al parere positivo dell'Autorità per la garanzia e la concorrenza del mercato.

L'art. 23 *bis* riceveva in seguito un'importante attestazione di non incompatibilità con la disciplina europea⁵. Secondo la Corte costituzionale, infatti, la previsione dell'eccezionalità dell'affidamento *in house*, pur discostandosi dalla normativa europea che tale eccezionalità non prevede, è in grado di valorizzare ancor più intensamente il principio cardine dell'Unione della libera concorrenza. Tuttavia, la stabilità del quadro regolatorio è nuovamente compromessa dall'indizione del controverso *referendum* del 2011.

Tale *referendum*, che ha portato all'abrogazione dell'articolo citato – ossia dell'intera disciplina delle procedure di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – e dell'art. 154, co. 1 del Codice dell'ambiente⁶, è il

locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività; b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7».

⁴ V. D.lgs. 152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente).

⁵ Corte cost., sent. 17-11-2010, n. 325.

⁶ L'articolo dettava una cornice per i criteri di calcolo della tariffa e nel far ciò introduceva il principio di derivazione europea del «chi inquina paga» e il principio del recupero dei costi: «[l]a

frutto delle rivendicazioni di un movimento sorto in seno alla società civile, ostile alla privatizzazione dell'acqua.

Il quesito referendario finiva con l'esser arbitrariamente riformulato da parte dei giornali e dei comitati in termini di alternativa secca tra acqua bene pubblico/privato; tale riformulazione finiva a suo volta col rinfoculare l'ostilità verso le privatizzazioni e dar credito alla vulgata secondo la quale legislazione vigente aveva consegnato l'acqua «ai privati e alle grandi multinazionali»⁷, in contraddizione con la natura di quest'ultima di bene comune e di oggetto di un diritto umano universale.

Ma le premesse del dibattito appaiono da subito viziate da due equivoci di fondo. Il primo riguarda la confusione tra la natura (giuridica e forse pregiuridica) del bene acqua e le forme di gestione del servizio, due aspetti evidentemente diversi. Il secondo, la non corretta interpretazione della disciplina esistente: l'art. 23 *bis*, infatti, non puntava ad estromettere il soggetto pubblico dall'affidamento del S.I.I., ma a imporre ai Comuni l'obbligo di «confrontare pubblicamente la soluzione dell'azienda pubblica con offerte alternative»⁸. Semmai, al contrario, il c.d. *incumbent* pubblico gode di un vantaggio informativo, e dunque competitivo, tale da rafforzare la sua posizione in sede di gara e scoraggiare, di conseguenza, i concorrenti privati. Questo per quanto riguarda la prima forma di affidamento. Nel caso della *partnership* pubblico-privata⁹ la richiesta è semplicemente quella di diluire la partecipazione pubblica, consentendo l'ingresso nel capitale di un socio privato.

Al di là di ciò, basti qui ricordare che all'abrogazione è conseguita l'applicazione dei principi europei in materia di servizi e in particolare dell'art. 106, para. 2,

tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio chi inquina paga. Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo».

⁷ In questi termini il Comitato promotore del *referendum* abrogativo, i cui testi sono reperibili sul sito www.acquabenecomune.org.

⁸ A. Massarutto, *La cultura del fare (e del disfare): il cantiere infinito della riforma dei servizi idrici*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2010, 110.

⁹ Per tutti, v.: G.F. Ferrari (2010), *Public-Private Partnerships in Italy*, in 16 *Cardozo Electronic Law Bulletin* 1, 473-504.

TFUE¹⁰, con conseguente possibilità di ricorso a tutte e tre le procedure in precedenza previste, da intendersi come «equiordinate»¹¹. La differenza consisteva in ciò: che non erano più previsti limiti per il ricorso all'affidamento a società *in house*, salvo l'accertamento del possesso dei requisiti previsti dalla sentenza *Teckal*¹². Infatti, «[i]l diritto dell'Unione europea non limita la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori di svolgere i compiti di interesse pubblico che rientrano nell'ambito delle loro competenze utilizzando le risorse proprie»¹³, ossia in forma di autoproduzione.

L'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, c.d. Decreto Sviluppo, introduceva la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. La norma ricalcava sostanzialmente il contenuto dell'art. 23 *bis*, ma escludeva espressamente dal suo raggio di applicazione il S.I.I.¹⁴ Il principio di concorrenzialità ivi sancito imponeva di mettere a gara tutte le attività, limitando così i diritti di esclusiva alle sole ipotesi in cui il mercato non fosse in grado di garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Il ricorso all'*in house* era ammissibile previa delibera-quadro che, se riguardante enti con più di 10.000 abitanti e servizi di valore non superiore a 200.000 euro, richiedeva il parere obbligatorio dell'AGCM. Il limite del valore del servizio, convenzionalmente riconosciuto in 200.000 euro, rendeva la

¹⁰ A norma dell'articolo citato: «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

¹¹ Altieri parla in proposito di «equiordinazione tra le diverse forme di gestione del servizio in linea con i principi del diritto europeo che lascia alle autorità nazionali, regionali e locali, il compito di organizzare il servizio e di trovare il giusto bilanciamento tra l'organizzazione economica e la tutela della concorrenza e il raggiungimento delle finalità sottese all'erogazione dei servizi di interesse economico generale». Cfr. A.M. Altieri, *Le modalità di gestione e l'affidamento del servizio idrico integrato dopo il referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 1069 ss.

¹² Trattasi del requisito del controllo analogo e del requisito dell'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente affidante, su cui: Corte giust., sent. 18-11-1999, causa C-107/98, *Teckal*.

¹³ Relazione introduttiva alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione del 20 dicembre 2011.

¹⁴ L'articolo 4 d.l. 138/2011 prevedeva che gli enti locali verificassero la possibilità di realizzare una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, liberalizzando — compatibilmente con le caratteristiche di universalità del servizio — tutte le attività economiche. Al comma 34 venivano poi sottratti alla disciplina *de qua* il servizio idrico integrato, il servizio di distribuzione di gas naturale, il servizio di distribuzione di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario regionale, la gestione delle farmacie comunali.

gestione *in house* ampiamente recessiva e comunque confinata ai servizi di scarso valore.

È la volta della Corte costituzionale, che, chiamata a pronunciarsi sull'art. 4 da una serie di Regioni, dichiara l'illegittimità costituzionale della norma per violazione del divieto di riproposizione di normativa abrogata da *referendum* (art. 75 Cost)¹⁵. La stessa Corte, beninteso, aveva pochi anni prima dichiarato l'art. 23 *bis* non solo non contrario a Costituzione, ma in linea con il principio «insieme oggettivo e finalistico» della tutela della concorrenza e dell'apertura dei mercati – mercati ingessati da pluridecennali concessioni in favore di società pubbliche.

La trafila di fonti, modifiche legislative, declaratorie di incostituzionalità qui riportate non rende giustizia alla complessità della materia, ulteriormente manipolata da una pletora di fonti normative riguardanti il regime proprietario delle reti, le autorità di regolazione dell'ATO¹⁶, il regime tariffario etc., qui volutamente omesse. Prima di ricostruire la «normativa di risulta» dalle macerie della declaratoria di incostituzionalità, è preferibile soffermarsi sui modelli di gestione nel contesto europeo, per tentare di trarne qualche spunto.

2. – Modelli di gestione nel contesto europeo

Premettiamo nuovamente la distinzione tra bene e servizio: il primo rimane pubblico indipendentemente dalla forma di gestione che si intende adottare; il secondo può essere affidato tanto a un soggetto pubblico quanto a un soggetto privato o misto. In caso di affidamento a un soggetto privato è sempre l'ente pubblico a stabilire le specifiche condizioni dell'affidamento. In verità, il principio di sussidiarietà orizzontale sancito all'art. 118 Cost., nel suo proteggere «l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale», sottintenderebbe quasi un *favor* generale per lo svolgimento di simili attività da parte dei privati.

¹⁵Corte cost., sent. 20-07-2012, n. 199. Nell'accertare la violazione dell'art. 75, la Corte dichiara assorbite le censure *ex* art. 117, comma 4, Cost. riguardanti la ritagliata sfera di competenza legislativa delle Regioni.

¹⁶ Basti qui ricordare che con il d.l. 201/2011, c.d. «Salva-Italia», «le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici» sono state attribuite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, oggi «Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico».

Nel contesto europeo si possono individuare tre diversi modelli gestionali, con l'avvertenza che si tratta di modelli astratti, poiché, in alcuni casi, abbandonati anche dal Paese di riferimento (come si vedrà a proposito di Francia e Inghilterra). In sintesi: a) il modello del monopolio territoriale, privatizzato e regolato (Inghilterra e Galles); b) il modello della titolarità pubblica con affidamento mediante gara ad evidenza pubblica a soggetti privati (Francia); c) il modello della titolarità e gestione pubblica, con acquisizione del mercato di segmenti di servizi e *input* strumentali al servizio (Germania)¹⁷.

A partire dagli anni Ottanta il settore idrico inglese conosce un sensibile processo di riforma. Il governo conservatore con il *Water Act* del 1989 introduce la completa privatizzazione del soggetto gestore e proprietario delle infrastrutture. A seguito dell'intervento riformatore vengono create delle *Water Supply and Sewerage Companies*, aventi la veste giuridica della società per azione, facenti capo a dieci *holdings* quotate in borsa – una per società – e operanti attraverso *instruments of appointment*. Tali erano, infatti, gli strumenti concessori di durata venticinquennale con i quali si determina l'ambito geografico di operatività, le specifiche del servizio richiesto e gli annessi standard qualitativi¹⁸.

Il sistema si caratterizzava per la durata sostanzialmente indeterminata della concessione e la divisione del territorio in dieci ambiti in regime di monopolio. La struttura monopolistica si reggeva sui postulati econometrici della *yardstick competition*¹⁹, che consente di preservare dinamiche competitive anche in un mercato caratterizzato dalla compresenza di monopoli. Ciò è possibile ove questi siano simili in struttura ed estensione, un'autorità indipendente fissi i livelli della tariffa, il calcolo della tariffa sia basato su un giudizio comparativo che ha nell'azienda più efficiente il parametro di riferimento²⁰. Si tenga presente che in Inghilterra e Galles i compiti della regolazione economica vengono affidati all'*Office of water service* (OFWAT), che stabilisce e verifica il rispetto degli obblighi di natura commerciale, fissa le tariffe e cura il rilascio di *instrument of appointment*.

¹⁷ T. E. Frosini, *Dare un diritto agli assetati*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2010, 35.

¹⁸ E. Mostacci, *Gli incerti risultati di un fenomeno di successo: l'impatto delle privatizzazioni sulla finanza pubblica locale nel Regno Unito*, in G.F. Ferrari (cur.), *Semplificazione Amministrativa, privatizzazioni e finanza locale. Esperienze nazionali a confronto*, Venezia, 2014.

¹⁹ A. Shleifer (1985), *A Theory of Yardstick Competition*, in *Rand Journal of Economics*, 319 ss.

²⁰ E. Mostacci, *Gli incerti risultati di un fenomeno di successo*, op. cit.

Importanti novità si registrano a seguito dell'entrata in vigore del *Water Act* del 2003 e del recentissimo *Water Act* del 2014. Con il primo strumento normativo si introducono principi realmente concorrenziali nel settore idrico, seppur limitatamente al segmento delle grandi utenze commerciali. Infatti, gli utenti non domestici che consumano acqua in misura superiore a una soglia fissata dalla legge – 50 megalitri all'anno – vedono riconosciuta la possibilità di cambiare fornitore. I «nuovi» fornitori, dopo aver ottenuto la licenza dall'OFWAT²¹, hanno per parte loro il diritto di sfruttare le reti idriche degli operatori esistenti, senza necessità di costruirne una propria²².

Con il *Water Act* del 2014 si introducono ulteriori misure finalizzate ad aumentare la competitività del settore e stimolare l'ingresso di nuovi concorrenti. Nella specie, tutti gli utenti non domestici – «*businesses, charities and public sector customers*» – possono avvalersi della menzionata possibilità di cambiare fornitore indipendentemente dalla soglia di 50 megalitri di consumo annuale. Con tale previsione l'Inghilterra si allinea al regime di libera concorrenza per le utenze commerciali già esistente in Scozia dal 2008²³. In aggiunta, è previsto un meccanismo volto a guidare l'uscita volontaria degli *incumbent* (monopolisti) dal mercato della vendita al dettaglio, limitatamente al segmento di mercato degli operatori commerciali, previo consenso del Segretario di Stato. In ultimo, è prevista l'adozione di misure volte a favorire l'ingresso di nuovi operatori altresì nel mercato all'ingrosso, tra cui si segnalano gli obblighi di accesso non più con esclusivo riferimento all'infrastruttura (rete elettrica e condutture), ma anche con riferimento ai sistemi di stoccaggio e trattamento degli *incumbent*.

Il sistema inglese si caratterizza in definitiva per una gestione totalmente privatizzata, affidata a società di diritto privato quotate, e di conseguenza soggette alle valutazioni degli analisti finanziari e al rischio di *take-over* (o “scalata”). L'ammodernamento delle reti non grava sulle casse dell'erario in quanto i capitali sono reperiti interamente sul mercato e il citato rischio di *take-over* fa da stimolo

²¹ La licenza può riguardare tanto la facoltà di acquistare l'acqua dal fornitore locale e rivenderla – c.d. *retail only licence* – quanto la facoltà di estrarre l'acqua – c.d. *combined licence*.

²² L. Bracchitta, E. Stefanini, A. Tarzia, *I servizi idrici in Europa*, in questa *Rivista*, 2007, 863.

²³ Per contro, si noti che il Galles ha deciso di mantenere la soglia di volume di 50 megalitri.

all'innovazione, all'efficienza e al raggiungimento, nel complesso, di elevati standard qualitativi.

In Francia è in vigore dal 1992 la *loi Sapin*, con cui la gara ad evidenza pubblica diventa la procedura standard di affidamento per la gestione del servizio idrico, sia nei confronti dei privati che dei soggetti misti. Il servizio in tal caso non è pienamente “integrato”, poiché la gestione del servizio fognario resta affidata in prevalenza a società pubbliche. Si noti che la *loi Sapin* tende a favorire non tanto una maggiore concorrenza tra operatori quanto una maggiore trasparenza nell'affidamento dei servizi. Infatti, la procedura è scandita dalle seguenti fasi: il Comune (*Municipalité*) decide quale forma di gestione adottare e le caratteristiche del servizio; in un secondo momento indice la gara e raccoglie le proposte; sottopone eventualmente tali proposte a «dialogo competitivo» consentendo ai partecipanti di adeguarle a seguito di un confronto pubblico; infine, adotta la propria decisione motivata pubblicamente. Nel far ciò, le possibilità di scelta del Comune non si esauriscono nella selezione di uno dei partecipanti, essendo altresì possibile il ritorno a una gestione pubblica, ove le offerte risultino complessivamente insoddisfacenti²⁴.

È facoltà del Comune scegliere liberamente se optare per la gestione *in house* o *en régie*, delegata ovvero mista – sulla base dell'*intuitu personae* –, senza che trovi applicazione il *Code des marchés publics*. La prima tipologia si distingue in *régie directe*, adottata in un numero ridotto di centri rurali, *régie à autonomie financière*, ossia tramite azienda municipalizzata, e infine *régie à autonomie financière et personnalité morale*, ossia tramite azienda speciale. La seconda tipologia di gestione (c.d. delegata²⁵) può avvenire in due modi: mediante *affermage*, con cui il Comune si fa carico degli investimenti infrastrutturali e il privato cura il servizio di distribuzione; oppure mediante *concession*, attraverso la quale la compagnia privata, oltre a occuparsi del servizio, finanzia e realizza gli investimenti sulla rete idrica – che, tuttavia, rimane di

²⁴ A. Massarutto, art. cit., 113.

²⁵ Sul contratto di delegazione, vedi: J.C. Douence, *Le contrats de délégation de service publics*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 1993, 942.

proprietà statale²⁶. In ambo i casi, la responsabilità finanziaria e penale della gestione è interamente trasferita al soggetto privato²⁷.

Il principio del «chi consuma paga» informa le scelte tariffarie. Tale principio fa lievitare il costo complessivo, nella misura in cui impedisce ai Comuni di supplire a eventuali *deficit* di bilancio. Il Comune di Parigi nel 2010 si è, per l'appunto, avvalso della possibilità di ritornare alla gestione *in house* del servizio idrico, dopo decenni di concessione a terzi; come Parigi, a oggi anche altri 89 centri hanno rimunicipalizzato il servizio e altri quattro centri annunciato di realizzarla nel futuro immediato. La rimunicipalizzazione si verifica sia a seguito della scelta dell'autorità locale di non rinnovare a scadenza il contratto dell'operatore privato sia della scelta, sempre dell'ente locale, di risolvere anzitempo il contratto per affidare il servizio al gestore pubblico (è questo il caso di Barousse Comminges Save e di Castres)²⁸.

Lungi, però, dall'essere un'esperienza, quella francese, sintomatica del fallimento delle privatizzazioni, essa è vieppiù sintomatica del fallimento di una privatizzazione «sregolata» in cui gli attori economici operano in situazioni di opacità finanziaria e sostanziale irresponsabilità. Manca a oggi, infatti, un'autorità indipendente di regolazione del settore, sulla scia delle *Authorities* degli altri Paesi dell'Unione. La cornice regolatoria delle concessioni è rintracciabile nel solo contratto e strumenti di autodisciplina – predisposti al fine di colmare eventuali lacune contrattuali – o altre vie scarsamente formalizzate.

In un contesto simile, la rimunicipalizzazione appare strumento indispensabile per serrare i ranghi contro la corruzione e ricondurre il servizio idrico su binari di legalità formale, favorendo a un tempo la controllabilità e la trasparenza dei processi. Quello francese è nel complesso un modello a titolarità pubblica con prevalente affidamento a operatori privati, in cui si registra una tendenza sempre più

²⁶ Le modalità di gestione entro le quali possono scegliere i Comuni sono compiutamente disciplinate dal *Code générale des collectivités territoriales*.

²⁷ Si intende qui tralasciare le soluzioni intermedie, pur contemplate dal *Code générale des collectivités territoriales*. Queste sono, in sintesi: la *gérance* e la *régie intéressée*. In tema, vedi: M. Mendogni, *I servizi pubblici locali nell'esperienza francese*, in G. Sanviti (cur.), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 1995, 126.

²⁸ S. Kishimoto, E. Lobina, O. Petitjean, *Our public water future: The global experience with remunicipalisation*, TNI, PSIRU, Multinationals Observatory, MSP and EPSU, 2015. Disponibile qui: www.psiru.org/sites/default/files/2015-04-W-OurPublicWaterFutureFINAL.pdf [ultimo accesso: 2 agosto 2015].

significativa alla rimunicipalizzazione del servizio. Il mercato dell'offerta si presenta come altamente frammentato e i servizi erogati su piccola scala, con 9500 fornitori di acqua e 13500 fornitori di servizi di depurazione che servono una popolazione inferiore a 2000 abitanti, e 75 fornitori di acqua e 100 fornitori di servizi di depurazione che coprono una popolazione superiore ai 100000 abitanti²⁹.

Il modello tedesco è un modello pubblico per definizione³⁰. Ciò perché sia le reti che le aziende che gestiscono il servizio sono le municipalità o società direttamente controllate dalle municipalità. Queste ultime possono aggregarsi in consorzi su base volontaria (*Zweckverbaende*) od obbligatoriamente quando l'intervento ricade sul territorio di più Comuni (*Wasserverbaende, Bodenverbaende*), esercitando importanti funzioni di autogoverno della risorsa idrica. Nonostante il servizio idrico tedesco faccia sapiente applicazione del principio di sussidiarietà, la normativa-quadro è rinvenibile a livello federale (ci si riferisce alla *Wasserhaushaltgesetz* del 27 giugno 1957). Tale normativa vincola i *Länder*, che restano, tuttavia responsabili della puntuale regolamentazione del settore³¹. Il qui definito «modello» tedesco, si compone in realtà di numerosi sottomodelli: a) gestione diretta o c.d. in economia delle municipalità; b) gestione mediante aziende autonome separate, soprattutto da un punto di vista contabile; c) gestione ad opera di società con azioni direttamente controllate dalle municipalità o da consorzi di municipalità; d) gestione ad opera di società miste; e) gestione ad opera di società private, aggiudicatrici di un contratto *ad hoc*; f) fornitura e gestione di segmenti di servizi e *inputs* strumentali al servizio stesso da parte di società private.

Ad eccezione del primo sottotipo, la gestione si basa normalmente su un contratto di servizio stipulato tra il Comune e l'operatore, liberamente rinegoziabile, posto che la responsabilità della fornitura del servizio e di eventuali inadempienze resta in capo alla municipalità. Neppure il sistema pubblico per eccellenza è dunque

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ La liberalizzazione del settore idrico è pur stata invocata da più fronti nel corso dei dibattiti parlamentari. Il punto di non ritorno si è avuto nel 2002, quando, anziché optare per un'apertura concorrenziale, il *Bundestag* intraprese una riforma ispirata alla «modernizzazione» del settore e al consolidamento delle prerogative pubblicistiche. Per una compiuta ricostruzione del dibattito in punto di liberalizzazioni, vedi: R. Bohle Zeller, *Le secteur de l'eau en Allemagne: entre libéralisation et modernisation*, in M. Pautrat, *Modernisation des services publics et management social en France et en Allemagne*, Cergy-Pontoise, 2007, 39.

³¹ L. Bracchitta, E. Stefanini, A. Tarzia, *I servizi idrici in Europa*, art. cit.

immune alla crescente ondata di privatizzazioni, rinvenibile tanto nel frequente ricorso alle società a capitale misto pubblico-privato, quanto nella totale esternalizzazione del servizio, quanto infine nel ricorso al mercato per la gestione di segmenti del servizio, *inputs* e beni strumentali. Talché, nell'economia complessiva del modello la gestione diretta appare ormai largamente recessiva, lasciando il posto alle diverse opzioni ora descritte.

Da segnalarsi, infine, l'elevato costo del servizio idrico, conseguenza della *policy* vigente in materia di tariffazione, che impone la copertura integrale dei costi sostenuti e la sufficiente remunerazione del capitale investito. Ne deriva un indebitamento elevato, solo in parte compensato da margini di efficienza operativa superiori alla media europea³².

2.1. – La teoria dei beni comuni: un modello di gestione alternativo?

Sia consentito ora accennare a un recente sviluppo dottrinario in materia di titolarità della risorsa idrica. Il riferimento è alla dottrina dei “beni comuni”³³, che ha ispirato il quesito referendario del 2011. La nozione di «bene comune», elaborata dalla Commissione incaricata di modificare la sezione dei beni pubblici del Codice civile³⁴ – c.d. Commissione Rodotà –, fa riferimento a un bene vincolato nella sua destinazione alla realizzazione dei diritti civili e sociali degli uomini (non già dei cittadini) stanziati su un dato territorio. L'idea è che esistano dei beni che non è possibile ricondurre alla categoria dei beni pubblici *sic et simpliciter*, poiché «a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche ma anche a privati». Riprova ne sarebbe il principio contenuto all'art. 43 della Costituzione, che consente

³² L. Quaglino, *Vendere l'acqua è davvero come vendere la mamma? I casi francese, tedesco e inglese*, Istituto Bruno Leoni, Focus no.183, 2011.

³³ Per tutti, vedi: U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; M.R. Marella (cur.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale contro lo Human divide*, Postfazione, in M.R. Marella (cur.), *Oltre il pubblico e il privato*, op. cit.; U. Pomarici, *Beni comuni*, in U. Pomarici (cur.), *Atlante di Filosofia del diritto*, I, Torino, 2012. Sulla differenza tra la nozione di bene comune e quella di uso civico vedi: F. Marinelli, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2013, 406-422.

³⁴ La Commissione, istituita con D. Min. Giust. 21 giugno 07, risulta enfaticamente denominata «Commissione per l'elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al governo per la novellazione del capo II del titolo I del libro III del Codice civile nonché di altre parti dello stesso libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di *recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni*[corsivo aggiunto]».

di affidare «a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale». Un simile appiglio normativo consentirebbe di spezzare il presunto legame tra proprietà pubblica e interesse non strettamente individualistico e recuperare la funzione ordinante del diritto di proprietà. Legame di cui parte della dottrina fatica a disfarsi, affezionata com'è alla tradizione secolare che divide secondo logica binaria i beni tra beni di proprietà pubblica e beni di proprietà privata³⁵.

La distinzione tra demanio e patrimonio, sempre secondo tale concezione, è da ritenersi superata: in sostanza, passa in secondo piano la titolarità dei beni rispetto alla «funzione» assegnata. Ciò che rileva è che tali beni siano messi in condizione di poter essere fruiti da tutta la collettività, con conseguente limitata possibilità di concessione ai privati, incapaci di tutelarne la fruizione collettiva.

I movimenti sorti intorno al *referendum* traggono ispirazione dalle concezioni giuridiche sopra accennate. Le rivendicazioni di tali movimenti si inseriscono coerentemente all'interno di una temperie culturale in cui sempre più marcata è l'insoddisfazione per le tradizionali concezioni dominanti di proprietà, quando applicate a beni di rilevanza collettiva; in cui sempre più marcata è la diffidenza verso il capitale privato e la logica del profitto. Ma le implicazioni della nuova dottrina in materia di gestione non sono univoche³⁶. Tant'è che sono state avanzate proposte anche piuttosto diverse, che dimostrano la relativa «marginalità» del tema della gestione rispetto a quello della titolarità/funzionalità dei beni – e, quindi, dell'inquadramento sistematico astratto di tali beni. La marginalità è inevitabile prodotto delle difficoltà che una simile teoria presenta sul piano della gestione, difficoltà definite addirittura insolubili³⁷. Ciò perché i beni comuni non afferiscono a una specifica comunità, ma astrattamente all'intera comunità umana³⁸; opzione

³⁵ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 105 ss.

³⁶ Non si intende qui fare riferimento alla produzione scientifica straniera in materia. Per tutti, vedi: J. Boyle, *Foreword: The Opposite of Property?*, in *Law and Contemporary Problems*, 66, 2003, 1-2, 1-32; ponendosi un interrogativo «visionario», l'A. approda a soluzioni originali implicanti una gestione dei beni (alcuni beni, per il vero) né esclusiva né individualistica.

³⁷ L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in M.R. Marella (cur.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

³⁸ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale contro lo Human divide*, Postfazione, in M.R. Marella (cur.), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 327.

dogmatica che si scontra frontalmente con un dato: la pretesa di una singola comunità, che ha ad esempio diretto accesso alla risorsa, di fare un uso esclusivo della risorsa medesima, menomando l'accesso di altri soggetti³⁹.

Scorrendo il disegno di legge delega presentato dalla Commissione sui Beni pubblici risaltano due passaggi: «Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati» e «[q]uando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe»⁴⁰. Se ne desume che non è preclusa la possibilità di privatizzare il servizio idrico. La premessa di tale disposizione è quella secondo la quale la modalità concreta di gestione influisce sulle modalità di godimento del bene acqua, che in quanto bene comune afferisce a un diritto fondamentale. Il gestore «modello» non è individuabile *ex ante*: i compiti di gestione vanno affidati a enti di diritto pubblico o di diritto privato che non perseguano finalità di profitto – come avviene per le società cooperative, caratterizzate dallo scopo mutualistico, o come avviene per l'impresa sociale⁴¹.

L'aspetto dominicale passa in secondo piano nella misura in cui la pubblicità della gestione non è garanzia di tutela dell'interesse alla fruizione collettiva. La titolarità pubblica sarà in grado di soddisfare gli interessi sociali e ambientali delle popolazioni, solo se affiancata da un quadro normativo che disciplini compiutamente gli usi pubblici e collettivi delle acque⁴².

Tra le soluzioni proposte rientra l'instaurazione di un «governo pubblico partecipato»⁴³. In un'ottica di superamento del «pubblico statalista» e delle sue

³⁹ F. Marinelli, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2013, 416, L'A. definisce paradigmatico proprio il caso della risorsa idrica.

⁴⁰ Art. 1, co. 3, lett. c) del disegno di legge delega recante «Delega al Governo per la modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile nonché di altre norme collegate».

⁴¹ A. Vesto, *I beni. Dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Torino, Giappichelli, 2014, 225.

⁴² Già così G.D. Romagnosi. Cfr. G.D. Romagnosi, *Della condotta delle acque e Della ragione civile delle acque nella rurale economia*, in *Opere di G.D. Romagnosi: riordinate ed illustrate da Alessandro de Giorgi*, Milano, Vol. V, 1842.

⁴³ Dello stesso autore si segnalano: A. Lucarelli, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta*, in A. Lucarelli (cur.), *Beni comuni. Proprietà, gestione, diritti*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2007, 2, 11 ss.; A. Lucarelli, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2010, 141.

peculiari forme di gestione, come ad esempio l'azienda speciale, è stato proposto di implementare forme di gestione partecipata dal basso, in cui anche le associazioni e i comitati di settore si vedano coinvolti nelle scelte di governo dell'acqua. È evidente che una *governance* di questo tipo crea un rischio di notevole frammentazione decisionale e di moltiplicazione di soggetti gestori. Essa sarebbe frutto di un'interpretazione non corretta dei principi di sussidiarietà orizzontale e verticale. Una *governance* partecipata potrà al più arricchire il quadro decisionale ma mai sostituirsi ai veri e propri processi decisionali, che devono essere restare prerogativa di enti locali o Stato⁴⁴.

Tale versione illuminata della versione italiana della teoria dei *commons*, che tende a marginalizzare lo statuto proprietario a beneficio della funzione, non pare peraltro esser stata del tutto recepita dal movimento italiano per l'acqua bene comune, che fa propria una visione assai più intransigente, secondo la quale «[l]a gestione e l'erogazione del servizio idrico integrato non possono essere separate e possono essere affidate esclusivamente ad enti di diritto pubblico». È quanto si legge nella proposta di legge di iniziativa popolare per la ripubblicizzazione dei servizi idrici depositata in Parlamento nel 2007, intitolata «Principi per la tutela il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico». Il riferimento agli «enti di diritto pubblico», mostrerebbe altresì la volontà di escludere dal circuito della gestione le società *in house*, a beneficio delle sole aziende speciali.

Anche i più recenti avvenimenti mostrano il chiaro intento di preservare il carattere pubblico e diretto della gestione: ci riferiamo alle vicende occorse a Napoli, dove la Giunta De Magistris riesce a portare a termine la trasformazione di un Società per Azioni (ARIN S.p.A.) in Azienda speciale di diritto pubblico (ABC Napoli)⁴⁵, uno dei rari casi di «ritorno al passato»⁴⁶. Il rapido riferimento alla teoria

⁴⁴ L'A. parla di un dovere di contrastare il «disarmo funzionale e di responsabilità da parte dello Stato» o ancora afferma che «la *governance* può costituire un valore aggiunto soltanto se si snoda nell'ambito di politiche pubbliche determinate e definite da istituzioni rappresentative di livello nazionale (*government*)». Cfr. A. Lucarelli, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007, 93.

⁴⁵ Per un commento, vedi: U. Mattei, *Beni comuni*, in *Euronomade*, disponibile qui: www.euronomade.info/?p=162 [ultimo accesso: 4 agosto 2015].

⁴⁶ Il caso è «raro» per l'Italia, beninteso. In altri Paesi, come la Francia e gli Stati Uniti, è presente un *trend* sempre più marcato alla rimunicipalizzazione o, più in generale, ripubblicizzazione del servizio.

dei beni comuni e dei suoi *spin-off*, consente di meglio fotografare l'evoluzione della disciplina italiana, troppo spesso influenzata da un'opinione pubblica incapace di padroneggiare tutti i fattori in gioco o, ancor prima, di percepire l'assoluta complessità della materia.

3. – Un tentativo di ricomporre i pezzi dopo la sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale

Ritornando ora alla disciplina italiana, essa risulta nuovamente modificata in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale. Tra le conseguenze della declaratoria di incostituzionalità si ha la riespansione dei principi europei, mentre non trova applicazione il d.lgs. n. 163 del 2006, c.d. Codice dei contratti pubblici.

Premesso che l'ordinamento europeo non si occupa espressamente di servizi pubblici locali, la disciplina dovrà essere desunta a partire da una serie di principi del diritto europeo dei contratti pubblici enunciati dalla Corte di Lussemburgo. È noto che il Protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona riconosca un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri in relazione all'organizzazione dei servizi di interesse economico generale. La Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, in G.U.C.E. L327, 22-12-2000, poi, riconosce la possibilità per gli Stati membri di ricorrere a misure economiche nell'ambito dei relativi programmi e sembrerebbe facoltizzare il principio del recupero del costo del servizio. Ne deriva la mera facoltà, e non anche l'obbligo, in capo agli Stati di attribuire rilevanza economica ai servizi idrici. Si tenga infine presente che, in base all'art. 345 TFUE, «[i] trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». L'articolo, per quanto qui interessa, enuncia il principio di neutralità, principio cardine della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale insieme ai principi di proporzionalità e di libertà di definizione.

Gli enti locali possono scegliere tra una pluralità di formule di gestione ammesse dalla Corte. Segnatamente, sono ammessi: l'affidamento con gara ad evidenza pubblica, partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, l'affidamento a società *in house*. In particolare, la gestione diretta potrà avvenire mediante un'organizzazione interna all'ente pubblico che fornisce direttamente i servizi, mediante un'impresa-organo assimilabile alla municipalizzata giolittiana e priva di

personalità giuridica, mediante, infine, azienda speciale *ex art.* 114 TUEL o altra azienda dotata di personalità giuridica, istituita sul modello dell'azienda speciale⁴⁷. Le prime due ipotesi (organizzazione interna e impresa-organo) sono definibili come forme di gestione diretta in senso classico, mentre l'ultima ipotesi è qualificabile come gestione diretta in senso lato, poiché manca l'alterità soggettiva tra concedente e concessionario⁴⁸.

Le modalità di affidamento ora descritte possono essere altresì inquadrare distinguendo tra opzioni concorrenziali e non concorrenziali. Tra le formule gestorie ammesse, la prima è una forma di gestione concorrenziale aperta a soggetti pubblici e privati, singoli imprenditori o società in qualunque forma costituite. La seconda è una opzione non concorrenziale aperta a soggetti misti pubblico-privato, purché la scelta del socio privato sia effettuata attraverso una gara tra privati⁴⁹. Infine, la terza è una forma di gestione non concorrenziale, imperniata sull'affidamento diretto a una società partecipata pubblica.

Con l'art. 34, co. 20, decreto-legge n. 179 del 2012, infine, si impone all'ente affidante l'obbligo di motivare e pubblicizzare la scelta del ricorso all'affidamento diretto o tramite gara attraverso un'apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'affidante.

3.1. – Le novità introdotte dal Decreto «Sblocca Italia» e dalla Legge di Stabilità

Il legislatore, con l'intento di porre fine alle numerose incertezze normative nel settore e a seguito della duplice messa in mora della Corte di giustizia per inadempimenti riguardanti la gestione delle acque reflue⁵⁰, riscrive interamente la disciplina del S.I.I. contenuta nella Parte terza del Codice dell'ambiente.

Con il decreto-legge n. 133 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 164 del 2014 («Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle

⁴⁷ C. Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, 2013, 197.

⁴⁸ Cfr. sentenza CGUE 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen*.

⁴⁹ Cfr. sentenza CGUE dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, Racc. pag. I-1, punto 51.

⁵⁰ Cfr. sentenza CGUE del 19 luglio 2012, causa C-565/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*; sentenza del 10 aprile 2014, causa C-85/13, *Commissione europea c. Repubblica italiana*.

opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive», c.d. «Sblocca Italia») al concetto di unitarietà della gestione del servizio idrico si è sostituito il ben diverso concetto dell'unicità della gestione.

In altri termini non è più possibile mantenere una pluralità di operatori all'interno di un determinato Ambito territoriale ottimale e a questi dovrà necessariamente subentrare un operatore unico⁵¹. La lettura combinata del testo con il comma 609 della Legge di Stabilità, fa emergere un obbligo per gli enti locali di aderire all'ente di governo entro il primo marzo 2015 ovvero entro due mesi dall'istituzione degli enti di governo. In mancanza, il Presidente della Regione esercita, previa diffida, i poteri sostitutivi.

Ove l'Ambito territoriale ottimale coincida con territorio regionale è consentito l'affidamento del servizio in subambiti di dimensione non inferiore alle Province o alle Città metropolitane⁵². Si prenda in considerazione l'obbligo delle Regioni di ridisegnare gli Ato e la tendenza registrata a far sì che tale ambito coincida con l'intero territorio regionale o, comunque, per legge, non inferiore a quello provinciale o coincidente con il territorio delle città metropolitane. Il risultato pratico, evidentemente, sarà il crescente ricorso a un unico soggetto gestore per Regione o Provincia, a seconda dei confini dell'Ato.

L'ente di governo dell'ambito, individuato dalle Regioni entro il termine perentorio del 31 dicembre 2014, pena l'attivazione della procedura di sostituzione di cui all'art. 8 della legge n. 131 del 2003, è il soggetto competente a «delibera[re] la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo» e a provvedere in concreto all'affidamento nel rispetto della normativa nazionale in tema di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

Il decreto, infine, menziona espressamente, tra le procedure espletabili, quella dell'affidamento diretto. Tale affidamento potrà avvenire in favore di società *in house*

⁵¹ Per le concrete modalità di subentro, si veda l'art. 158 *bis*, co. 3 del d.l. 133/2014.

⁵² Cfr. Anci, *Nota di lettura articolo 7, commi 1, 6 e 7 inerenti disposizioni in materia di servizio idrico integrato*, 2015, reperibile qui: www.anci.it.

in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo, interamente e direttamente partecipate da enti locali situati nell'Ato in cui andranno a operare⁵³.

La disciplina transitoria è contenuta all'art. 142 del Codice dell'ambiente. Essa prevede che il gestore unico affidatario del servizio subentri ai precedenti gestori alla scadenza del contratto, quando il bacino complessivo da questi servito sia pari al 25 per cento della popolazione dell'Ato.

La Legge di Stabilità 2015 (legge n. 190 del 2014), infine, crea un importante incentivo alla cessione di quote pubbliche delle società partecipate di servizi pubblici locali. Il comma 609 – che inserisce il comma 4 *bis* all'articolo 3 *bis* del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011 – sottrae dai parametri del patto di stabilità i proventi derivanti dalla dismissione totale o parziale di partecipazioni in società di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, rendendoli quindi utilizzabili per le spese comunali. Una simile disposizione è astrattamente in grado di influenzare le modalità di gestione del servizio idrico, rendendo meno appetibile la scelta di mantenere una gestione pubblica.

4. – Conclusioni

Da quanto sin qui visto emerge che il modello italiano non è pienamente ascrivibile a nessuno dei tre modelli astratti (monopolio territoriale, privatizzato e regolato; titolarità pubblica con affidamento con gara a soggetti privati; titolarità e gestione pubblica, con acquisizione del mercato di segmenti di servizi e *inputs* strumentali al servizio) e che è possibile rispondere affermativamente alla domanda iniziale «esiste un 'caso italiano'?». Neppure i concreti assetti gestori di Inghilterra, Francia e Germania sono pienamente sussumibili sotto tali categorie, in fin dei conti. Si è visto, infatti, come l'Inghilterra abbia sostituito al monopolio territoriale vitalizio un contesto di concorrenza piena per quanto riguarda il mercato al dettaglio e, in parte, all'ingrosso per i servizi rivolti agli utenti commerciali. La Francia, per parte sua, registra una tendenza sempre più accentuata alla ripubblicizzazione del servizio

⁵³ Per le novità riguardanti l'organizzazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale e l'attuazione del principio di unitarietà, cfr. F. Manganaro, *Le novità del decreto Sblocca Italia - Servizio idrico integrato e mitigazione del dissesto idrogeologico*, in *Giur. It.*, 2015, 1, 234.

per ovviare a tutta una serie di criticità riscontrate nella gestione di alcuni operatori privati. Infine, il sistema di titolarità e gestione pubblica per antonomasia, quello tedesco, non è del tutto immune alla crescente ondata di privatizzazioni (si accennava a tal proposito al frequente ricorso alle società a capitale misto pubblico-privato, alla totale esternalizzazione del servizio, al ricorso, infine, al mercato per la gestione di segmenti dello servizio, *inputs* e beni strumentali).

La teoria dei beni comuni sembra poi non offrire un modello univoco di gestione del servizio e i concreti assetti gestori dipenderanno in larga parte dalle interpretazioni che di tale teoria vorranno adottarsi: una prima versione insensibile alla forma pubblica o privata del gestore e massimamente attenta ad assicurare la fruibilità del diritto; una seconda versione incentrata sulla ripubblicizzazione «a tutti i costi» del servizio.

In un rinnovato contesto normativo, così come ricostruito in precedenza, l'ordinamento italiano si presenta quale sistema in grado di favorire la valorizzazione finanziaria di società a redditività garantita, in quanto erogatrici di servizi essenziali (ossia, a domanda rigida). Il sistema, infatti, pone in astratto i tre modelli di affidamento visti su un piano di equiordinazione, salvo favorire l'unicità della gestione in ambiti territoriali via via più vasti e incentivare, indirettamente, la cessione di partecipazioni pubbliche in società partecipate. Il fine pare esser quello di introdurre margini di libera concorrenza in un mercato per lungo tempo vittima di una inefficiente gestione pubblica⁵⁴; tra le priorità vi è altresì quella di riportare ordine in quadro frammentato, composto da un pletora di operatori il cui servizio insiste su aree assai diverse in dimensione e numero di utenti⁵⁵. In conclusione, salvo correnti di risacca, la direzione intrapresa dalle recenti riforme sembra essere condivisibile e coerente con l'intento di aumentare la redditività del settore. Ancora carente da un punto di vista tecnico-normativo, la riforma, invece, tradisce e manca l'obiettivo di portare chiarezza in un settore caratterizzato da una forte opacità, frutto di un'incontinente passione del legislatore per la stratificazione normativa.

⁵⁴ Per inquadrare sinteticamente i fenomeni di *mala gestio* sin qui registrati, si pensi al fatto che le nostre infrastrutture registrino un elevatissimo livello di perdite di acqua, secondo il Censis pari al 31,9% del totale.

⁵⁵ La banda di oscillazione di utenza servita è molto ampia: tra i 300 operatori a oggi esistenti, si va dall'operatore locale a servizio di un Comune di 500 abitanti a gestori quali l'Acquedotto pugliese S.p.A., che serve attualmente una popolazione di 4.000.000 di abitanti.



ISSN 2037-6677

2016/1

La storia nel mirino del diritto penale
The relation between memory and criminal law

L. Cajani

Abstract

The paper explores the relation between memory and criminal law because of in the last few years the denial or the distortion of the facts of the Holocaust is increasing. The Author analyzes, in particular, the French case starting from the *loi Gayssot*. It further focuses on some critical aspects of the Council framework decision 2008/913/JHA adopted for combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law.

Tag : Memory, criminal law, Holocaust denial, loi Gayssot, Council framework decision 2008/913/JHA



La storia nel mirino del diritto penale

di Luigi Cajani

A partire dagli anni '90 del secolo scorso un fenomeno nuovo nell'uso pubblico della storia, definito comunemente *memory boom*¹, si sta diffondendo a livello mondiale. Soggetti a lungo marginalizzati o esclusi a livello sociale, politico e culturale hanno infatti trovato spazi per dare voce alla propria storia, grazie ad un insieme di cause diverse e in modi e con obiettivi diversi, ma che spesso si sovrappongono e si fondono. Fra le cause un ruolo importante l'ha avuto il crollo di regimi autoritari, come quelli dell'Unione sovietica e della Jugoslavia, con la conseguente liberazione di voci prima efficacemente censurate, come quella delle vittime dello stalinismo raccolte nell'associazione *Memorial*, che svolge un'intensa attività di ricerca storica e raccolta documentaria. Vi è poi stato l'affermarsi a livello internazionale dell'ideologia dei diritti umani, e con essa della centralità della vittima.

¹ Si vedano, fra i molti scritti in proposito, Pierre Nora, *Gedächtniskonjunktur*, in "Transit - Europäische Revue", 22 (2001-2002), pp. 18-31; Jay Winter, *The Generation of Memory. Reflections on the "Memory Boom" in Contemporary Historical Studies*, in "Canadian Military History", 10 (3) (2001), pp. 75-66; Mahmoud Cherif Bassiouni, *International Recognition of Victims' Rights*, in "Human Rights Law Review", 6 (2) (2006), pp. 203-279; Richard Ned Lebow, *The Future of Memory*, in "Annals of the American Academy of Political and Social Science", 617 (May 2008), pp. 25-41; Pieter Lagrou, *Europe as a Place for Common Memories? Some Thoughts on Victimhood, Identity and Emancipation from the Past*, in Muriel Blaive, Christian Gerbel, Thomas Lindenberger (eds), *Clashes in European Memory: The Case of Communist Repression and the Holocaust*, Innsbruck, Wien, Bozen, StudienVerlag, 2011, pp. 281-288.

A lungo silenti, associazioni di vittime hanno cominciato a rivendicare il diritto al riconoscimento della loro storia, e hanno trovato ascolto a livello di organizzazioni internazionali. Ad esempio nel 1994 l'UNESCO ha lanciato a Ouidah, nel Benin, un programma culturale ed educativo, lo *Slave Route Project*, per valorizzare e diffondere la conoscenza delle vicende degli schiavi africani. L'ONU è intervenuta su questo tema nel 2007 attraverso l'istituzione del 25 marzo come *International Day of Remembrance of Victims of Slavery and the Transatlantic Slave Trade* (25 March), e sempre nello stesso anno ha emanato una *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, che afferma il diritto di questi popoli alla tutela del proprio patrimonio culturale da parte degli Stati in cui vivono, e in particolare il diritto " di rivitalizzare, utilizzare, sviluppare e trasmettere alle future generazioni la loro storia, lingue, tradizioni orali, filosofia, sistemi di scrittura e letteratura, e di designare e poi mantenere le proprie designazioni di comunità, luoghi e persone"(art. 13).

Di questo processo fanno parte anche atti di pentimento, richiesti dalle vittime o spontaneamente offerti, come le scuse del Premier britannico Tony Blair per la carestia che colpì l'Irlanda a metà '800 e per la partecipazione della Gran Bretagna alla tratta degli schiavi², o la richiesta di perdono ai Valdesi di papa Francesco³ nel 2015. Anche molti monumenti hanno avuto il carattere del riconoscimento di una colpa, come il *Denkmal für die ermordeten Juden Europas*, il *Denkmal für die im Nationalsozialismus verfolgten Homosexuellen* e il *Denkmal für die im Nationalsozialismus ermordeten Sinti und Roma Europas*, inaugurati a Berlino rispettivamente nel 2005, nel 2008 e nel 2012.

Fanno riferimento ai crimini del nazismo anche gli *Stolpersteine* ideati dall'architetto Gunter Demnig e sparse a decine di migliaia nelle città di tutta Europa a partire dal 1995. Altri atti di riconoscimento delle vittime sono state le numerose commemorazioni istituite in questi anni, sia a livello internazionale, come l'*International Holocaust Remembrance Day*, istituito dall'Assemblea generale dell'ONU e fissato il 27 gennaio, sia a livello nazionale, come il Giorno del Ricordo, istituito in

² Craig W. Blatz, Karina Schumann, Michael Ross, *Government Apologies for Historical Injustices*, in "Political Psychology", 30 (2) (2009), pp. 219-241.

³ Andrea Tornielli, *Il Papa nel Tempio valdese: perdono per le persecuzioni*, in "La Stampa", 23.6.2015.

Italia nel 2004 e fissato il 10 febbraio per commemorare le vittime delle foibe e l'esodo degli Italiani dall'Istria, di Fiume e dalla Dalmazia⁴.

Queste operazioni non mancano di assumere dimensioni conflittuali, vere e proprie guerre della memoria dietro le quali ci sono anche interessi politici. Alcuni Stati africani, ad esempio, nel corso della *World Conference against Racism, tenuta a Durban* (Sud Africa) nel 2001 sotto gli auspici dell'ONU, reclamarono riparazioni per la schiavitù e il riconoscimento della schiavitù e della tratta transatlantica in particolare come crimini contro l'umanità⁵.

Un caso interessante di conflitto che si muove al tempo stesso a livello nazionale e internazionale è quello della carestia degli anni '30 in Ucraina (*Holodomor*). Secondo alcuni si trattò di un genocidio pianificato dal governo sovietico per stroncare la resistenza dei contadini ucraini alla collettivizzazione, mentre secondo altri essa fu il risultato di errori commessi dal governo nella gestione di una grave crisi agricola, senza però l'intenzione di colpire la popolazione ucraina⁶. In Ucraina la questione si è manifestata in uno scontro politico fra filorussi e antirussi, che è arrivato fino ai massimi livelli dello Stato: il presidente Viktor Juščenko ottenne nel 2006 l'approvazione di una legge⁷ che definiva quella carestia un atto di genocidio contro il popolo ucraino, e ne dichiarava illegale la negazione. Invece il suo oppositore e successore Viktor Janukovyč dichiarò ufficialmente all'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa nel 2010 che la carestia era stata la conseguenza delle politiche del regime staliniano e non aveva colpito solo l'Ucraina, ma anche la regione del Volga, la Bielorussia e il Kazakistan, per cui considerarla un genocidio contro questa o quella popolazione era errato e scorretto⁸. Per queste sue affermazioni Janukovyč venne denunciato da Volodymyr Volosiuk un rappresentante del Narodnij Ruch Ukraïni (Movimento Popolare Ucraino), un

⁴ Legge 30 marzo 2004, n. 92: Istituzione del «Giorno del ricordo» in memoria delle vittime delle foibe, dell'esodo giuliano-dalmata, delle vicende del confine orientale e concessione di un riconoscimento ai congiunti degli infoibati, in "Gazzetta Ufficiale", n. 86, 13.4.2004.

⁵ World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance Declaration, artt. 13 e 100.

⁶ Una rassegna sul tema in Yaroslav Bilinsky, *Was the Ukrainian Famine of 1932-1933 Genocide?*, in "Journal of Genocide Research", 1 (1999), pp. 147-156.

⁷ *Zakon Ukraïni* N° 376-V del 28.11.2006, in "Vidomosti Verhovnoi Radi Ukraïni", 2006, n. 50, p. 504.

⁸ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Report of the sitting of 27.4.2010*.

partito di opposizione, sulla base della legge votata dal suo predecessore⁹, venendo comunque assolto¹⁰. Questo scontro interno all'Ucraina ha avuto naturalmente conseguenze sul piano internazionale. Infatti la Duma russa approvò il 2 aprile 2008 una dichiarazione che esprimeva il rincrescimento per la carestia che negli anni '30 aveva colpito gran parte dell'Unione sovietica, ma rifiutava esplicitamente l'accusa di genocidio¹¹.

Il caso ucraino è un esempio della deriva giudiziaria di molte guerre della memoria, che finendo per imporre per legge una certa interpretazione della storia attraverso il codice penale sono diventate una minaccia per la libertà di ricerca degli storici, e più in generale per la libertà di espressione di chiunque si occupi di comunicare storia, come insegnanti e giornalisti. Questa deriva ha avuto origine da un cortocircuito con le leggi che puniscono la negazione dell'Olocausto, introdotte, contemporaneamente al fiorire del *memory boom*, nel contesto della lotta contro l'antisemitismo¹². La prima di queste leggi è stata adottata in Israele nel 1986¹³, e poi da vari stati europei, a cominciare dalla Francia con la *loi Gayssot*¹⁴, che commina un anno di reclusione e una pesante pena pecuniaria a chi neghi «l'esistenza di uno o più crimini contro l'umanità definiti dall'articolo 6 dello statuto del Tribunale Militare Internazionale allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945», che aveva costituito la base legale del processo di Norimberga.

La *loi Gayssot* suscitò subito critiche fra gli storici francesi. Pierre Vidal-Naquet, pur da tempo impegnato nella lotta contro i negazionisti, scrisse che questa legge rischiava di fare di costoro dei martiri del libero pensiero, e si dichiarò contrario ad

⁹ *Kyiv court to consider appeal against Yanukovich for his statement on famine of 1930s*, in "Kyiv Post", 14.6.2010.

¹⁰ *Kyiv Court of Appeals sees nothing wrong in president's statement on Holodomor*, in "Kyiv Post", 8.12.2010.

¹¹ State Duma, *Evening plenary session*, 2.4.2008.

¹² Per una panoramica della legislazione antinegazionista si veda Emanuela Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè editore, 2012.

¹³ *Denial of Holocaust (Prohibition) Law*, 5746-1986, art. 2, approvata dalla Knesset il 1 Tammuz 5746 (8.7.1986).

¹⁴ *Loi n°90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*. Sull'applicazione di questa legge si veda *La lutte contre le négationnisme. Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe Actes du colloque du 5 juillet 2002 à la cour d'appel de Paris Commission nationale consultative des Droits de l'homme (CNCDH)*, Paris, La documentation française, 2003.

imporre una qualsiasi verità storica per legge¹⁵. Madeleine Rebérioux affermò che la legge era addirittura superflua, come dimostrava il fatto che Robert Faurisson, uno dei più noti negazionisti francesi, era stato condannato sulla base delle norme preesistenti. Inoltre – continuava la Rebérioux – il giudice e lo storico hanno diverse strategie di ricerca, che non debbono essere confuse, e concludeva: «La verità storica rifiuta l'autorità dello Stato»¹⁶. In un articolo del 1996 andò oltre nelle sue critiche, prevedendo che questa legge avrebbe aperto la via alla definizione di una verità storica ufficiale anche di altri genocidi¹⁷. Una previsione che sarebbe stata di lì a poco confermata dai fatti, cioè da quella serie di *lois mémorielles* che hanno fatto della Francia il caso guida di questo processo di giuridificazione della storia. Queste leggi hanno in comune il fatto di essere state approvate sotto la pressione di vari gruppi sociali, e di essere state direttamente influenzate dalle alterne vicende politiche, a riprova della loro strumentalità. Ma il caso francese è rilevante anche per le reazioni che queste leggi hanno provocato, in particolare fra gli storici, e che si sono rivelate significativamente non prive di efficacia.

La prima di queste leggi è stata il frutto di una lunga campagna condotta dalle associazioni franco-armene per il riconoscimento della qualifica di genocidio ai massacri di cui furono vittime gli Armeni nell'Impero Ottomano durante la Prima guerra mondiale. Questa legge, adottata nel 2001, si componeva di un unico articolo che recitava: «La Francia riconosce pubblicamente il genocidio armeno del 1915»¹⁸: una formulazione che fonde e quindi confonde la realtà dell'evento alla sua definizione giuridica. Si trattava di una legge declaratoria, che non comminava nessuna pena per la negazione di questo evento storico, e ciò rappresentava una fondamentale differenza rispetto alla *loi Gayssot*. Ma non era che il primo passo. Dopo questo primo successo, infatti, le associazioni franco-armene si adoperarono per ottenere una nuova legge che prevedesse anche la punizione dei negazionisti. Si avviò così un lungo iter legislativo, molto controverso e accidentato, e fortemente condizionato da interessi politici. Il *Parti socialiste*, costante difensore della causa

¹⁵ Pierre Vidal-Naquet, *Qui sont les assassins de la mémoire?*, in Idem, *Les assassins de la mémoire. «Un Eichmann de papier» et autres essais sur le révisionnisme*, édition revue et augmentée, postface de Gisèle Sapiro, Paris, La Découverte, 2005, p. 206.

¹⁶ Madeleine Rebérioux, *Le Génocide, le juge et l'historien*, in «L'Histoire», n. 138, novembre 1990, pp. 92-94.

¹⁷ Madeleine Rebérioux, *Contre la loi Gayssot*, in «Le Monde», 21.5.1996.

¹⁸ *Loi n. 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*.

armena, ottenne nel 2006 all'*Assemblée nationale* l'approvazione di una nuova legge che completava la legge del 2001 prevedendo per la negazione del genocidio armeno le stesse pene previste dalla *loi Gayssot*¹⁹. La legge venne bloccata nel 2008 dal governo Fillon, di centro-destra, e successivamente, nel maggio 2011, dichiarata irricevibile dal *Sénat*, dove c'era una maggioranza di centro-destra. Contro di essa si erano levate le proteste dal mondo degli storici²⁰, ma anche da parte di molti giuristi²¹.

Nel settembre 2011 ci fu un cambio di maggioranza al *Sénat*, e il *Parti socialiste* colse subito l'occasione per riprendere la sua iniziativa. A cui però si unì sull'opposto fronte politico il presidente in carica Nicolas Sarkozy. Sarkozy invero già nel 2007, al momento dell'elezione presidenziale che lo aveva visto vincitore, aveva promesso alla comunità franco-armena (valutata in circa mezzo milione di persone e concentrata soprattutto a Marsiglia, Lione, Valence e Parigi) l'adozione di questa legge, ma non aveva potuto mantenere la promessa anche per la resistenza – come si è visto - dei senatori della sua parte politica. Ora le elezioni presidenziali si avvicinavano di nuovo (si sarebbero tenute il 22 aprile e il 6 maggio 2012) e Sarkozy cercò di contendere questi voti all'avversario socialista François Hollande. Grazie a questa convergenza di interessi fra i due schieramenti politici una nuova legge venne approvata con grande rapidità dall'*Assemblée nationale* e dal *Sénat* fra il dicembre 2011 e il gennaio 2012. Il testo non faceva riferimento esplicitamente al caso armeno, ma lo comprendeva implicitamente nel parlare di negazione o minimizzazione estremistica dei «crimini di genocidio (...) riconosciuti come tali dalla legge francese»²². Naturalmente la vicenda ebbe anche un risvolto internazionale, con forti

¹⁹ Assemblée Nationale, 12 octobre 2006: *Proposition de loi tendant à réprimer la contestation de l'existence du génocide arménien*.

²⁰ Matthias Middell: «Ce n'est pas à l'Etat de dire comment on enseigne l'histoire». *Geschichte und Geschichtswissenschaft in Frankreich*, in "Neue Politische Literatur", 2/3 2006, 187-202; René Rémond, *Quand l'État se mêle de l'histoire*. Paris, Stock, 2006; *L'État et ses mémoires*, in "Regards sur l'actualité", 325, La documentation française, novembre 2006; Pierre Nora, Françoise Chandernagor, *Liberté pour l'histoire*, Paris, CNRS éditions, 2008.

²¹ *Appel des juristes contre les lois mémorielles*, riprodotto in Assemblée Nationale, *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles*, Président-Rapporteur M. Bertrand Accoyer (enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 novembre 2008), pp. 475 ss.

²² Assemblée nationale, Constitution du 4 octobre 1958, Treizième législature, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 3842) de Mme Valérie Boyer et plusieurs de ses collègues portant transposition du droit*

proteste da parte della Turchia, da anni impegnata in un contenzioso con l'Armenia proprio sulla questione del riconoscimento del genocidio. Intanto però in Francia la questione restava aperta, perché, come avevano dimostrato i dibattiti parlamentari, se i favorevoli erano trasversali ai due schieramenti politici, lo erano anche i numerosi oppositori. E questi ultimi fecero immediatamente appello al *Conseil constitutionnel*, che il 28 febbraio 2012 dichiarò incostituzionale la legge, con l'argomento fondamentale che il legislatore aveva attentato al principio della libertà di espressione e comunicazione perché aveva represso la contestazione dell'esistenza e della qualificazione giuridica di reati che esso stesso aveva riconosciuto e qualificato come tali²³.

Nel frattempo erano state approvate altre due *lois mémorielles*. Sempre nel 2001 associazioni di cittadini francesi di origine africana ottennero l'adozione, il 21 maggio, della *loi Taubira*, che definiva come crimini contro l'umanità sia la tratta degli schiavi nell'Oceano Atlantico e nell'Oceano Indiano sia la schiavitù, praticata a partire dal XV secolo «in America, nei Caraibi, nell'Oceano Indiano e in Europa contro le popolazioni africane, amerindiane, malgasce e indian»²⁴. Seguì nel 2005 la *loi Mekachera*, promossa dalle associazioni dei *rapatriés* (cittadini francesi rimpatriati dopo la fine della guerra d'Algeria, fra cui c'era anche il presentatore della legge, Hamlaoui Mekachera, allora ministro degli ex-combattenti nel governo di centro-destra di Jean-Pierre Raffarin). Il testo dichiarava la gratitudine della Francia «agli uomini e alle donne che parteciparono alle attività compiute dalla Francia negli ex dipartimenti francesi d'Algeria, in Marocco, in Tunisia e in Indocina, come pure nei territori un tempo sotto sovranità francese»²⁵, e prescriveva che queste vicende venissero insegnate riconoscendo il “ruolo positivo” avuto dalla Francia in quel contesto²⁶. Quest'ultima clausola, che imponeva un'univoca valutazione di un evento storico, per di più assai controverso, e toccava direttamente la libertà

communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien (n. 4035 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 décembre 2011).

²³ Conseil Constitutionnel, *Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012*.

²⁴ *Loi n. 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*, art. 1.

²⁵ *Loi n. 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, art. 1.

²⁶ *Ibid.*, art. 4.

d'insegnamento, scatenò un'ondata di forti reazioni da parte di storici e insegnanti²⁷. Di particolare rilievo fu l'appello *Colonisation: non à l'enseignement d'une histoire officielle*, lanciato il 25 marzo dagli storici Claude Liauzu, Gilbert Meynier, Gérard Noiriel, Frédéric Régent, Trinh Van Thao e Lucette Valensi²⁸, che chiedevano l'abrogazione di una legge che «impone una storia ufficiale, contraria alla neutralità della scuola e al rispetto della libertà di pensiero, che sono al cuore della laicità».

Subito dopo si verificò un nuovo caso di guerra della memoria, che mostrò come queste leggi possono essere usate per colpire la ricerca storica. Nel settembre 2005 un'associazione di francesi di origine africana, il *Collectif des Antillais, Guyanais, Réunionnais et Mahorais*, denunciò lo storico francese Olivier Pétré-Grenouilleau, autore di un importante libro sulla tratta degli schiavi africani²⁹, accusandolo di «negazione di crimine contro l'umanità». Questa accusa si basava, con una logica alquanto contorta, su un'intervista rilasciata al *Journal du Dimanche*³⁰, in cui Pétré-Grenouilleau aveva sostenuto che la tratta degli schiavi non poteva essere considerata un caso di genocidio, giacché i negrieri avevano interesse a trarre profitto dagli schiavi, e non a sterminarli, e aveva criticato la *loi Taubira* perché, definendo la tratta degli schiavi come un crimine contro l'umanità, aveva suggerito un inappropriato paragone con l'Olocausto. A fine novembre, il *Tribunal de grande instance* di Parigi aprì il procedimento³¹. Patrick Karam, president del *Collectif*, si spinse oltre la denuncia, affermando che avrebbe chiesto alle autorità competenti di sospendere Pétré-Grenouilleau dall'insegnamento universitario.

La reazione del mondo accademico francese fu immediata e molto forte, in particolare con l'appello *Liberté pour l'histoire!*³², che chiedeva l'abolizione di tutte le

²⁷ Per una documentazione su queste prese di posizione si veda Gilles Manceron, François Nadiras, *Les réactions à cette loi et la défense de l'autonomie de l'enseignement et de la recherche*, in Claude Liauzu, Gilles Manceron (dir.), *La colonisation, la loi et l'histoire*, Paris, Édition Syllepse, 2006, pp. 59-88.

²⁸ *Colonisation: non à l'enseignement d'une histoire officielle*, in "Le Monde", 25.3.2005.

²⁹ Olivier Pétré-Grenouilleau, *Les traites négrières. Essai d'histoire globale*, Paris, Gallimard, 2004 (trad. it. *La tratta degli schiavi. Saggio di storia globale*, Bologna, il Mulino, 2010).

³⁰ Christian Sauvage, *Un prix pour Les traites négrières*, in "Journal du Dimanche", 12.6.2005.

³¹ Didier Arnaud et Hervé Nathan, *Olivier Pétré-Grenouilleau poursuivi par le collectif des Antillais Guyanais-Réunionnais*, in "Libération", 30.11.2005.

³² *Liberté pour l'histoire!*, in "Libération", 13.12.2005. I firmatari furono Jean-Pierre Azéma, Elisabeth Badinter, Jean-Jacques Becker, Françoise Chandernagor, Alain Decaux, Marc Ferro, Jacques Julliard, Jean Leclant, Pierre Milza, Pierre Nora, Mona Ozouf, Jean-Claude Perrot, Antoine Prost, René Rémond, Maurice Vaisse, Jean-Pierre Vernant, Paul Veyne, Pierre Vidal-Naquet e Michel Winock.

lois mémorielles, a partire dalla *loi Gayssot*, perché “in uno Stato libero non è compito del Parlamento né dell’autorità giudiziaria definire la verità storica”³³. Maturava così una riflessione che era iniziata con le critiche di Vidal Naquet e della Reberlioux alla *loi Gayssot*.

La mobilitazione contro la *loi Mékachera* fu vittoriosa: infatti, il comma sull’insegnamento di una visione positiva del colonialismo francese venne soppresso nel gennaio 2006, dopo che il *Conseil Constitutionnel* ebbe sentenziato che una legge francese non poteva contenere prescrizioni relative a programmi scolastici³⁴. Anche il caso Pétré-Grénouilleau si risolse positivamente, perché a febbraio il *Collectif*, di fronte all’ondata di proteste, ritirò la denuncia³⁵.

Dopo la Francia, altri Stati europei adottarono ben presto leggi contro la negazione dell’Olocausto, con significative differenze. Nel 1992 l’Austria introdusse un emendamento al *Verbotsgesetz* (la legge del 1947 contro le attività neonaziste), che puniva con la reclusione da uno a dieci anni (elevabili a venti in casi particolarmente gravi) chi pubblicamente «nega, minimizza grossolanamente, approva o cerca di giustificare» il genocidio e altri crimini nazisti³⁶. In tal modo venivano aggiunte alla negazione altre condotte criminose, che vennero poi riprese in altre leggi antinegazioniste, come quella tedesca del 1994³⁷ e quella belga dell’anno seguente³⁸.

Altri Stati hanno approvato leggi antinegazioniste che non fanno esplicito riferimento ai crimini nazisti, ma riguardano più in generale tutti i genocidi e i crimini contro l’umanità. In Svizzera un emendamento al codice penale, introdotto nel 1993, punisce con una pena pecuniaria o la reclusione fino a tre anni chi «nega, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare un genocidio o altri crimini verso l’umanità»³⁹. Il Portogallo nel 2007 ha introdotto analogamente la pena della

³³ Dopo neppure un mese, il 10 gennaio 2006 questo appello contava già 444 firmatari, fra cui Elie Barnavi, Saul Friedländer, Jacques Le Goff et Emmanuel Leroy-Ladurie.

³⁴ Conseil Constitutionnel, *Décision n° 2006-203 L du 31 janvier 2006*.

³⁵ *L'historien échappe au procès grâce à Elkabbach*, in “Libération”, 4.2.2006.

³⁶ *Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Verbotsgesetz geändert wird (Verbotsgesetz-Novelle 1992)*, in “Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich”, 19.3.1992, p. 743.

³⁷ Bundesrepublik Deutschland, *Strafgesetzbuch*, § 130.

³⁸ *Loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale*, 23.3.1995.

³⁹ *Loi fédérale* 18.6.1993, in vigore dal 1.1.1995.

reclusione da sei mesi a cinque anni per la negazione di crimini di guerra, crimini contro la pace e crimini contro l'umanità⁴⁰.

Nel frattempo questa tendenza a legiferare sulla storia era salita dal livello nazionale a quello sovranazionale dell'Unione europea, che nel 1996 lanciò un'*Azione comune* che prevedeva la cooperazione giudiziaria fra i vari Stati Membri per combattere sia reati propriamente razzisti e xenofobi, cioè "l'istigazione pubblica alla discriminazione, alla violenza ed all'odio razziale nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di tale gruppo definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica", che "la negazione pubblica dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 aprile 1945, qualora comprenda un comportamento sprezzante e degradante nei confronti di un gruppo di persone definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica"⁴¹. Questa iniziativa fu ben presto sostituita dalla *Decisione-quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia*⁴², presentata dalla Commissione il 29 novembre 2001, che ebbe un iter molto lungo e difficile per le resistenze di vari Stati Membri, che fecero fallire l'obiettivo della sua approvazione, prevista entro il 30 giugno 2004. La natura di questi dissensi venne illustrata presidente del Consiglio Giustizia e Affari Interni, Luc Frieden, nel corso di una conferenza stampa tenuta dopo una riunione di questo Consiglio del 2 e 3 giugno 2005⁴³: «Abbiamo avuto oggi una discussione molto politica sulla Decisione quadro. Io penso che questo sia un documento di natura più politica che giuridica (...) la bozza della decisione quadro, più volte emendata nei mesi scorsi da me e dal gruppo di lavoro, ha incontrato un largo sostegno, ma non l'unanimità».

L'ostacolo principale era stato costituito dai diversi punti di vista in materia di libertà di espressione: «In alcuni Stati la libertà di espressione non conosce quasi

⁴⁰ *Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto - Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro.*

⁴¹ *Azione comune del 15 luglio 1996 adottata dal Consiglio a norma dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia (96/443/GAI)*, in "Gazzetta ufficiale delle Comunità europee", 24.7.1996, L185, pp. 5-7.

⁴² *Proposta di decisione-quadro del Consiglio sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia*, in "Gazzetta ufficiale delle Comunità europee", 26.3.2002, C 75 E, pp. 269-273.

⁴³ Justice and Home Affairs, Press Release 2.6.2005: *No agreement on the framework decision on combating racism and xenophobia at the Justice and Home Affairs Council* (www.eu2005.lu/en/actualites/communiques/2005/06/02jai-rx/index.html), consultato il 28.2.2016).

nessuna limitazione ... mentre per altri ne ha. ... E' un dibattito che può durare per secoli».

L'iter della *Decisione quadro* rimase ancora bloccato fino al gennaio 2007, quando, all'inizio della presidenza tedesca del Consiglio dell'Unione europea Brigitte Zypries, ministro tedesco della giustizia, dichiarò di volerlo portare a termine per estendere a tutti gli Stati Membri la punizione della negazione di tutti i genocidi, e in particolare dell'Olocausto⁴⁴. Iniziò così l'ultima fase, che si concluse il 28 novembre dell'anno seguente⁴⁵. Le resistenze incontrate fino ad allora vennero superate solo grazie a molti compromessi, come si vede dalle salvaguardie previste dall'art. 7: «1. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea, tra cui la libertà di espressione e di associazione, non è modificato per effetto della presente decisione quadro. 2. La presente decisione quadro non ha l'effetto di imporre agli Stati membri di prendere misure che siano in contrasto con i principi fondamentali riguardanti la libertà di associazione e la libertà di espressione, in particolare la libertà di stampa e la libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione, quali risultano dalle tradizioni costituzionali o dalle norme che disciplinano i diritti e le responsabilità della stampa o di altri mezzi di comunicazione, nonché le relative garanzie procedurali, quando tali norme riguardano la determinazione o la limitazione della responsabilità».

Una clausola di salvaguardia che di fatto vanificava quell'omogeneizzazione legislativa che era nelle intenzioni, come il successivo processo di adozione della *Decisione quadro* avrebbe mostrato.

Vediamo ora quale è il campo d'azione penale previsto dalla *Decisione quadro* all'art.1: a) l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio, nei confronti di un gruppo

⁴⁴ Ian Traynor, *Germany bids to outlaw denial of Holocaust across continent*, in "The Guardian" 16.1.2007.

⁴⁵ *Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*, in "Gazzetta ufficiale dell'Unione europea", 6.12.2008, pp. L 328/55–L 328/58. Per un'analisi approfondita di questa *Decisione quadro* si vedano: Laurent Pech, *The Law of Holocaust Denial in Europe. Toward a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, in Ludovic Hennebel, Thomas Hochmann, (eds), *Genocide Denials and the Law*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2011, pp. 185–234; Paolo Lobba, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona: Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in "Ius17@unibo.it", 3 (2011), pp. 109-158; e, con particolare attenzione al confronto con la legislazione belga, Bernadette Renauld, *La decision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne: du nouveau en matière de lutte contre le racisme?*, in "Revue trimestrielle des droits de l'homme", 21/81 (2010), pp. 119–140.

di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica; b) la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale; c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro; d) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale allegato all'accordo di Londra del 1945, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro.

Questo testo solleva una serie di problemi.

Il primo problema è di natura concettuale e consiste nel mettere sullo stesso piano la negazione della realtà di un evento storico con la negazione di una sua definizione giuridica, come appunto avviene con la legge francese del 2001 sul genocidio armeno. Le due cose invece non hanno niente in comune, giacché definire in un modo o in un altro un evento storico è tipico del lavoro di interpretazione che compire lo storico, e non ha nulla a che vedere con il negarne la realtà, operazione del tutto antiscientifica e che viene applicata solo dai negazionisti dell'Olocausto. Il dissenso sia fra gli storici che fra i giuristi sull'interpretazione di un evento storico è molto frequente, in particolare per quanto riguarda il genocidio, sia per quanto riguarda le intenzioni e i metodi dei perpetratori, sia per quanto riguarda le caratteristiche delle vittime⁴⁶. Infatti la definizione di questo reato che è stata data nel 1946 dall'ONU, e che è stata ripresa nel 1998 dall'art. 6 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, parla di «intento di distruggere, totalmente o in parte, un

⁴⁶ Scott Straus, *Contested meanings and conflicting imperatives: A conceptual analysis of genocide*, in "Journal of Genocide Research", 3 (3) (2001), 349-375.

gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale»: una definizione che pone grossi problemi interpretativi, perché si basa sull'accertamento di una intenzione, quindi di una pianificazione, da parte degli esecutori, e perché esclude alcune categorie di vittime, come quelle colpite per motivi politici ed economici. Fra i molti esempi di interpretazioni divergenti, c'è il caso, già ricordato, della carestia in Ucraina negli anni '30, come pure quello del massacro degli Armeni nell'Impero ottomano durante la Prima guerra mondiale⁴⁷, nonché i casi più recenti dei massacri di Srebrenica⁴⁸ e del Darfur⁴⁹. Alcuni studiosi restringono la definizione di genocidio al solo Olocausto⁵⁰, altri invece la estendono a un gran numero di eventi, compresi i genocidi coloniali, come nel caso degli Herero, degli Aborigeni australiani, o dei *Native americans*, o vanno molto indietro nella storia, fino all'antichità, comprendendovi anche la distruzione di Cartagine ad opera dei Romani⁵¹.

Henry Huttenbach, direttore del *Journal of Genocide Research*, così commentava nel 2002 le incertezze nella definizione di genocidio: «A tutt'oggi il genocidio ... manca sia di una soddisfacente definizione concettuale che di un consenso sulle sue

⁴⁷ La maggior parte degli storici ritiene che questo massacro debba essere considerato un genocidio, ma questa definizione è contestata fra gli altri da Bernard Lewis (si veda Yait Auron, *The Banality of Denial. Israel and the Armenian Genocide*, New Brunswick (U.S.A.) - London (U.K.), Transaction Publishers, 2003, pp. 226-230) e da Guenter Lewy nel suo libro *The Armenian Massacres in Ottoman Turkey: A Disputed Genocide*, Salt Lake City (UT), The University of Utah Press, 2005 (trad. it. *Il massacro degli Armeni. Un genocidio controverso*, Torino, Einaudi, 2006).

⁴⁸ William A. Schabas, *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*, Cambridge - New York - Melbourne - Madrid, Cambridge University Press, 2000; International Court of Justice, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 - *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007.

⁴⁹ *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, Geneva, 25 January 2005; John Hagan, Wenona Rymond-Richmond, *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge - New York - Melbourne - Madrid - Cape Town - Singapore - São Paulo: Cambridge University Press, 2009.

⁵⁰ Alan S. Rosenbaum (ed), *Is the Holocaust Unique? Perspectives on Comparative Genocide*, Boulder, CO, Westview Press, 2009³ (1995¹); Gavriel D. Rosenfeld, *The Politics of Uniqueness: Reflections on the Recent Polemical Turn in Holocaust and Genocide Scholarship*, in "Holocaust and Genocide Studies", 13(1) (1999), pp. 21-63.

⁵¹ Ben Kiernan, *Blood and Soil: A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven, Yale University Press, 2007; Norbert Finzsch, *If it looks like a duck, if it walks like a duck, if it quacks like a duck: Comment on "Can there be genocide without the intent to commit genocide?" by Guenter Lewy*, in "Journal of Genocide Research", 10 (1) (2008), pp. 119-126; Jeremy Sarkin, *Colonial Genocide and Reparations Claims in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims under International Law by the Herero against Germany for Genocide in Namibia, 1904-1908*, Westport, CT, Praeger Security International, 2009.

caratteristiche interne. Senza una definizione concettuale non è possibile distinguere gli eventi genocidiari da quelli non genocidiari⁵²».

Questa incertezza concettuale combinata con l'esercizio del diritto penale non può che avere conseguenze pericolose sulla libertà di espressione.

Peraltro non solo il concetto di genocidio è oggetto di controversie, ma anche altri crimini previsti da queste norme penali. Ad esempio il filosofo britannico Anthony Grayling ha sostenuto che i bombardamenti aerei alleati sulle città tedesche e giapponesi durante la Seconda guerra mondiale vanno considerati crimini contro l'umanità⁵³.

Un secondo problema di natura concettuale è lo scivolamento logico che rende possibile collegare il razzismo e la xenofobia con le varie forme di negazione. Il nesso è rappresentato dall'Olocausto, che è un crimine di genocidio e la cui negazione è di per sé generalmente considerata una forma di antisemitismo, cioè un caso particolare del più generale reato di razzismo. Scivolando su un piano inclinato la punizione della negazione dell'Olocausto è stata estesa a tutti gli altri casi di genocidio e a tutti i crimini contro l'umanità e ai crimini di guerra, nell'interpretazione dei quali è ben difficile riconoscere i tratti distintivi del razzismo.

Un terzo problema è di natura giuridica e riguarda il significato dei reati di negazionismo, variamente definiti nelle varie legislazioni e nella *Decisione quadro*. Prendendo in esame le formulazioni di quest'ultima, mentre l'apologia e la negazione possono essere considerate sufficientemente chiare, la minimizzazione grossolana, o la giustificazione prevista dalla legislazione austriaca, hanno contorni molto incerti e possono perciò condurre a valutazioni molto diverse in fase di giudizio. Ad esempio, secondo alcuni giuristi, giustificazione e minimizzazione possono significare che un evento storico può essere spiegato o ridotto nella sua gravità in rapporto al contesto in cui è avvenuto, ad esempio se lo si spiega come reazione ad un pericolo o a precedenti atti di violenza commessi dalle vittime⁵⁴.

⁵² Henry R. Huttenbach, *From the Editor: Towards a conceptual definition of Genocide*, in "Journal of Genocide Research", 4 (2) (2002), pp. 167-175, qui p. 167.

⁵³ Anthony C. Grayling, *Among the Dead Cities*, London, Bloomsbury, 2006.

⁵⁴ Cfr. Emanuela Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", n.s., XLII (1999), pp. 1034-1074, alle pp. 1050, 1061-1062.

Un quarto problema è di natura giuridica e politica insieme: quali sono le istanze che possono definire ufficialmente un evento storico come crimine internazionale? La *decisione quadro* dà agli Stati Membri la facoltà di scegliere fra i tribunali nazionale e internazionali, o di accettare le decisioni di entrambi (art. 1 § 4): «All'atto dell'adozione della presente decisione quadro o in un momento successivo, uno Stato membro può fare una dichiarazione secondo cui renderà punibili la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di cui al paragrafo 1, lettere c) e/o d), solo qualora tali crimini siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale».

Questa doppia competenza, concorrente o esclusiva, può generare molti paradossi. Infatti, se la competenza viene attribuita solo ai tribunali internazionali, il numero di eventi storici interessati è piuttosto limitato. Infatti fra i tribunali internazionali ci sono il Tribunale militare internazionale, che a Norimberga giudicò i crimini commessi dai nazisti, e il Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente, istituito nel 1946, che a Tokio giudicò i criminali di guerra giapponesi, e che sono poi stati disattivati. Vi sono poi dei tribunali *ad hoc*, anch'essi con competenza limitata a precisi contesti storici, come quello sull'ex-Jugoslavia o quello sul Ruanda, istituiti dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU rispettivamente nel 1993 e nel 1994. E infine la Corte penale internazionale, che non ha competenza retroattiva ma può giudicare solo crimini commessi dopo il 1 luglio 2002, quando è entrato in vigore il suo Statuto⁵⁵. Pertanto eventi come quelli che riguardano gli Armeni e l'Ucraina sono esclusi da queste giurisdizioni. Ma questi eventi possono essere – e in effetti sono – oggetto di leggi votate da vari parlamenti, espressione di varie e mutevoli logiche politiche, ed è qui che si pone il problema dei tribunali nazionali, che evidentemente debbono applicare le leggi dello Stato. La conseguenza è che uno stesso evento storico può essere valutato differentemente da Stato a Stato, e quindi una certa interpretazione di esso può essere reato in uno Stato e essere del tutto legittima in un altro. Si può facilmente immaginare l'effetto che ciò può avere sulla libera circolazione degli storici e sulla traduzione dei loro libri.

⁵⁵ *Rome Statute of the International Criminal Court*, art. 11.

Come le *lois mémorielles*, anche la *Decisione quadro* ha suscitato proteste e mobilitazione da parte di molti storici. All’annuncio della Zypries il politologo britannico Timothy Garton Ash la definì una proposta “molto insensata” perché rappresentava una limitazione della libertà di espressione, già minacciata da più parti⁵⁶, mentre lo storico tedesco Eberhard Jäckel affermò che la negazione dell’Olocausto è “un’idiozia”, che va combattuta piuttosto con l’informazione, che con le leggi, e che deve essere punita solo se diventa incitamento all’odio⁵⁷. In Italia si ebbe un vasto dibattito pubblico, perché il Ministro della Giustizia Clemente Mastella volle subito dare seguito alla proposta del suo omologo tedesco, annunciando che intendeva presentare al Consiglio dei Ministri – in coincidenza con la “Giornata della Memoria” - un disegno di legge per introdurre in Italia la punizione della negazione dell’Olocausto⁵⁸. L’iniziativa di Mastella provocò un’immediata reazione fra gli storici italiani: più di 200 firmarono un appello, lanciato da Marcello Flores, Simon Levis Sullam ed Enzo Traverso⁵⁹, nel quale si affermava fra l’altro che una legge del genere sarebbe stata pericolosa, inutile e controproducente, per più di un motivo: perché avrebbe offerto ai negazionisti «la possibilità di ergersi a difensori della libertà d’espressione»; perché quando uno Stato stabilisce una verità storica, questa verità rischia di essere delegittimata e viene minata «la fiducia nel libero confronto di posizioni e nella libera ricerca storiografica e intellettuale»; e perché già esistono in Italia leggi sufficienti a punire l’incitamento alla violenza e all’odio razziale e l’apologia di «reati ripugnanti e offensivi per l’umanità». L’appello si concludeva con l’affermazione che spetta non allo Stato ma alla società civile combattere il negazionismo «attraverso una costante battaglia culturale, etica e politica».

Di fronte a questa levata di scudi, il ministro Mastella modificò sostanzialmente il disegno di legge, eliminando ogni riferimento al negazionismo e limitandosi a inasprire, sulla scia della legislazione precedente, le pene contro chi propaganda idee

⁵⁶ Timothy Garton Ash, *A blanket ban on Holocaust denial would be a serious mistake*, in “The Guardian”, 18.1.2007. L’articolo è stato ripubblicato dal quotidiano la Repubblica il 23 gennaio con il titolo *La libertà primo bene*.

⁵⁷ *Historiker Jäckel: Holocaust-Leugner mit Ignoranz strafen* (Moderation: Gabi Wuttke), “Deutschlandradio”, 1.2.2007 (la trascrizione dell’intervista si trova nel website www.deutschlandradiokultur.de).

⁵⁸ Anna Tarquini, *Mastella: negare la Shoah sarà reato*, in “l’Unità”. 20.1.2007.

⁵⁹ Noi storici contro la legge che punisce chi nega la Shoah, in “l’Unità”. 23.1.2007.

sulla “superiorità razziale” e commette o incita a commettere atti discriminatori⁶⁰. Peraltro questo disegno di legge non venne mai discusso per la fine prematura della legislatura.

Le proteste degli storici varcarono i confini dell’Unione europea. L’Assemblea generale del Comité International des Sciences Historiques/International Committee of Historical Sciences, la massima organizzazione mondiale degli storici, riunita a Pechino il 17 settembre 2007, approvò una mozione nella quale esprimeva forte preoccupazione di fronte a questa intrusione della legge nel campo della ricerca storica, e decideva di dedicare ai rapporti fra politica e storici un’apposita sessione del congresso che si sarebbe tenuto ad Amsterdam nel 2010⁶¹. Pochi giorni prima anche l’American Historical Association aveva emesso un comunicato a proposito della *Decisione quadro*, nel quale affermava che la ricerca scientifica può essere giudicata soltanto dai colleghi di chi la compie e che nel caso di uno storico che distorca le prove le misure che possono essere prese nei suoi confronti dovrebbero essere solo l’esclusione da incarichi accademici e, nei casi estremi, dalle pubblicazioni. «Se qualsiasi altra organizzazione – continuava il comunicato - e in particolare un’organizzazione che ha la capacità di avviare procedimenti penali e di imporre delle pene, cerca di influenzare il percorso della ricerca storica, il risultato sarà inevitabilmente l’intimidazione degli studiosi e la distorsione dei risultati delle loro ricerche»⁶².

La *Decisione quadro* fissava come il 28 novembre 2010 come scadenza per l’adozione da parte degli Stati Membri. Il processo è stato molto più lungo del previsto, e anzi, nel caso dell’Italia, non si è ancora concluso. Fra gli Stati che in un modo o nell’altro l’hanno adottata vi sono molte differenze. La Finlandia nel 2011 ha semplicemente aggravato la pena per i reati di razzismo e discriminazione, senza introdurre il reato di negazionismo⁶³. Più aderente al testo è stata l’adozione fatta nel 2009 da Malta⁶⁴, dalla Slovacchia⁶⁵ e dalla Lettonia⁶⁶, seguite nel 2010 dalla

⁶⁰ Dino Martirano, Reato le idee razziste. Pene fino a 4 anni, in “Corriere della Sera”, 26.1.2007.

⁶¹ Disponibile nel sito www.cish.org.

⁶² AHA Statement on the Framework Decision of the Council of the European Union on the Fight against Racism and Xenophobia, in “Perspectives”, 45 (8) (2007).

⁶³ *Laki 511/2011 rikoslain muuttamisesta Annettu Helsingissa 13 päivänä toukokuuta 2011*, Suomen Saaduskokoelma, 20.5.2011.

⁶⁴ Act No. XI of 2009: An Act further to amend the Criminal Code, Cap. 9.

Lituania⁶⁷ e dall'Ungheria⁶⁸ e nel 2011 dalla Bulgaria⁶⁹. In questi testi legislativi si trovano alcune differenze nella definizione dei reati di negazionismo e soprattutto nell'identificazione delle istanze a cui fare riferimento per la definizione degli eventi storici. In alcuni casi non ne viene menzionata nessuna, il che non può che accrescere la confusione, in altri casi sono indicati solo i tribunali internazionali, in altri sono aggiunti anche quelli nazionali, e in altri ancora anche il parlamento nazionale o l'Unione europea. In particolare la Lituania e l'Ungheria hanno aggiunto anche la menzione dei crimini del comunismo.

La *Decisione quadro* non è stata invece adottata da Irlanda, Danimarca, Svezia, Paesi Bassi e Regno Unito, che sostengono che le norme che in questi Stati puniscono in generale il razzismo e la xenofobia sono sufficienti, senza che si debba introdurre il negazionismo.

In Grecia la *Decisione quadro* è stata approvata nel settembre 2014 con una legge che punisce l'approvazione, la minimizzazione e la negazione malevola dell'esistenza o della gravità di genocidi, crimini di guerra e crimini contro l'umanità, dell'Olocausto degli altri crimini nazisti riconosciuti da tribunali internazionali e dal Parlamento greco⁷⁰. Quest'ultimo riferimento riguarda implicitamente un tema molto scottante nell'opinione pubblica greca e nei rapporti con la Turchia, cioè il genocidio dei Greci del Ponto, avvenuto durante e subito dopo la Prima guerra mondiale, e riconosciuto dal Parlamento greco nel 1994 e nel 1998. Prima dell'approvazione di questa legge 139 storici greci pubblicarono una petizione fortemente critica, con argomenti che ormai formano una *communis opinio*: la punizione di ogni forma di negazionismo, compresa la negazione dell'Olocausto, colpisce la libertà di espressione ed è per di più inefficace e controproducente,

⁶⁵ Zákon č. 300/2005 Z. Z. z 20. mája 2005 Trestný Zákon v znení zákona č. 650/2005 Z. z., v znení zákona č. 692/2006 Z. z., v znení zákona č. 218/2007 Z. z., v znení zákona č. 491/2008 Z. z., v znení zákona č. 497/2008 Z. z., v znení zákona č. 498/2008 Z. z., v znení zákona č. 257/2009 Z. z.

⁶⁶ Article 74-1, approvato il 1.7.2009

⁶⁷ Baudžiamojo kodekso 95 straipsnio pakeitimo bei papildymo, kodekso papildymo 170² straipsniu ir kodekso priedo papildymo įstatymas, 2010 m. birželio 15 d. Nr. XI-901, Vilnius.

⁶⁸ 2010. évi LVI. törvény a Bűntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény módosításáról.

⁶⁹ Darzhaven vestnik, No. 33/26.4.2011.

⁷⁰ Βουλή των Ελλήνων, Τροποποίηση του ν. 927/1979 (Α' 139) και προσαρμογή του στην απόφαση - πλαίσιο 2008/913/ΔΕΥ της 28ης Νοεμβρίου 2008, για την καταπολέμηση ορισμένων μορφών και εκδηλώσεων ρατσισμού και ξενοφοβίας μέσω του ποινικού δικαίου (L 328) και άλλες διατάξεις.

perché consente ai nemici della democrazia di atteggiarsi a vittime della censura⁷¹. Significativamente poco dopo la sua approvazione questa legge venne usata contro uno storico, il tedesco Heinz Richter, che nel 2011 aveva pubblicato in Germania e in Grecia un libro sulla Battaglia di Creta del 1941⁷², nel quale aveva scritto che le rappresaglie dei militari tedeschi contro i civili greci erano state provocate dai crimini di guerra perpetrati contro di loro dai partigiani. Per questo motivo venne accusato dal tribunale di Rethymno (Creta) di aver negato in modo diffamatorio i crimini nazisti contro la popolazione cretese. L'Accademia di Atene, pur disapprovando le affermazioni di Richter, difese il suo diritto alla libertà di ricerca e criticò la pubblica accusa⁷³. Alla fine di un breve processo, nel quale sono stati uditi come testimoni anche alcuni storici greci, Richter è stato assolto nel febbraio 2016⁷⁴.

In Italia, nel momento in cui scrivo (fine febbraio 2016), il disegno di legge che adotta la *Decisione quadro* è ancora pendente in Senato, dopo essere stato approvato una prima volta dal Senato e poi modificato dalla Camera. La versione iniziale di questo disegno di legge⁷⁵ riprendeva in buona parte il testo della Decisione quadro e quindi prevedeva l'introduzione del negazionismo, nelle sue forme di apologia, negazione, minimizzazione, come reato a sé stante. Di nuovo contro questa formulazione si levarono le proteste degli storici italiani⁷⁶, e il Senato rispose invitando alcuni di loro per un'audizione⁷⁷, in seguito alla quale modificò radicalmente il testo trasformando il negazionismo in un'aggravante dei reati di propaganda, la pubblica istigazione e il pubblico incitamento a sfondo razzista, se questi «si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale»⁷⁸. In tal modo la ricerca storica può considerarsi al sicuro. Questa versione del disegno di legge

⁷¹ Εκκλήση 139 ιστορικών, in “Η Εφημερίδα των Συντακτών”, 2.9.2014.

⁷² Heinz A. Richter, *Operation Merkur. Die Eroberung der Insel Kreta im Mai 1941*, Mainz – Ruppolding, Verlag Franz Philipp Rutzen, 2011.

⁷³ Η υπόθεση ποινικής δίωξης Χάιντς Ρίχτερ, in “Η Καθημερινή”, 20.12.2015.

⁷⁴ Λίνα Γιαννακού, Αθωώθηκε ο Γερμανός ιστορικός Χάιντς Ρίχτερ, in “Η Καθημερινή”, 11.2.2016.

⁷⁵ Senato, XVII legislatura, atto n. 54: Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

⁷⁶ *Libertà per la storia*, “Il Sole 24 Ore”, 27.10.2013.

⁷⁷ Senato, XVII legislatura, Audizioni sul disegno di legge n. 54 (negazionismo). *Contributi degli auditi*, marzo 2014).

⁷⁸ Senato, XVII legislatura, atto n. 54 A-R.

menzionava solo l'Olocausto fra gli eventi storici, e non indicava le istanze a cui viene demandata la definizione degli altri. Vi ha provveduto la Camera, con una formulazione che peraltro lascia aperta la possibilità al singolo giudice di formulare un suo giudizio in proposito, giacché deve “tener conto” delle sentenze di altri tribunali, e per di più, ad aggiungere confusione, accanto ai tribunali internazionali mette anche organismi internazionali a cui aderisce l'Italia. Il testo infatti aggiunge a quanto citato *supra*: «tenendo conto dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pro-nunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro»⁷⁹.

Tirando le fila di questa esposizione non si può non concludere che la storia è diventata un campo di battaglia, nel quale gli storici che si occupano di certe questioni scottanti si trovano sotto il tiro di vari attori, politici o sociali, mossi dalla volontà di affermazione dei propri interessi e di controllo. In questo quadro la *Decisione quadro* ha certamente contribuito pesantemente a rafforzare e legittimare la spinta alla giuridificazione della storia. Contro di essa rimangono alcuni Stati particolarmente legati ad una tradizione di difesa della libertà di espressione e gli storici che hanno ottenuto qualche successo significativo. La partita rimane ancora aperta.

⁷⁹ Senato, XVII legislatura, atto n. 54 B.



ISSN 2037-6677

2016/1

Tolleranza per gli intolleranti? Una ragionevole apologia della libertà di espressione

Tolerance for the intolerant? A reasonable apology of the freedom of expression

C. Caruso

Abstract

In the last few years the denial of the Holocaust is increasing. The Author focuses on the legal approaches in the European countries to ensure the effective implementation of a clear legislation for combating racism and xenophobia. The article aims to analyze the Italian Law which considers this crime as an aggravating circumstance.

Tag : Holocaust denial, criminal law, aggravating circumstance, Italy, Europe



Tolleranza per gli intolleranti? Una ragionevole apologia della libertà di espressione

di Corrado Caruso

1. – La «riscrittura della storia», la «fabbricazione di immagini», la «manipolazione di massa dei fatti e delle opinioni» sono fenomeni figli della modernità novecentesca. Il “secolo breve” segna una mutazione della menzogna *politica*, intesa come negazione della corrispondenza tra i fatti rilevanti per la *polis* e la loro descrizione: se, infatti, «[l]a menzogna politica tradizionale, così rilevante nella storia della diplomazia e dell'arte di governo, riguardava (...) segreti - dati che non erano mai stati resi pubblici - o (...) intenzioni» di future condotte, le menzogne politiche moderne «si occupano efficacemente di cose che non sono affatto dei segreti, ma sono conosciute praticamente da tutti»¹.

La manipolazione della realtà è fenomeno che corre parallelo all'avvento della società di massa, ove la comunità politica tende a ridursi «a una grezza quantità di individui sottoposti passivamente ai mezzi di informazione», una “corte” che «[...] offre la possibilità di acclamazione di tipo plebiscitario»². La crisi della sfera pubblica borghese, che nello stato liberale monoclasse svolgeva un fondamentale ruolo di

¹ H. Arendt, *Verità e politica*, Torino 1995, 62.

² Così, rispettivamente, J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Torino 2008, p. 232, C.W. Mills, *La élite del potere*, Milano 1966, 284.

legittimazione delle istituzioni attraverso il consenso critico della ristretta classe egemone, ha portato ad una frattura tra le «minoranze di specialisti che discutono in modo non pubblico e la grande massa dei consumatori che recepiscono pubblicamente»³. Lo sviluppo dei mass-media e la diffusione reticolare del web accentua la diffusione, tra il grande pubblico, di false narrazioni, diffuse ad arte da soggetti politici o da gruppi di pressione per il perseguimento di fini settoriali o particolaristici.

È, tuttavia, nella forma di stato totalitaria - che annulla il pluralismo sociale estremizzando le peculiarità della società di massa - che la menzogna diventa tratto identitario del regime politico: l'ideologia totalitaria fornisce gli elementi per la creazione di una narrazione del mondo, coerente con i fini ultimi del regime, alternativa a quella reale. La narrazione di Stato riflette un costruttivismo concettuale che mira a dare una spiegazione completa e organica della fattualità: la «coerenza dell'invenzione e il rigore organizzativo consentono (...) alla generalizzazione di sopravvivere allo smascheramento delle menzogne specifiche»⁴.

Vi è un nesso molto stretto, dunque, tra negazione della realtà e ideologie, («ismi che per la soddisfazione dei loro aderenti possono spiegare ogni avvenimento facendoli derivare da una singola premessa»⁵), legame ancor più saldo quando queste ispirano i fini politici fondamentali di un determinato regime. L'osservazione vale, a maggior ragione, per coloro che negano l'esistenza di genocidi e di crimini contro l'umanità: non è un caso, infatti, che “negazionismo” sia un neologismo coniato proprio a partire dal tentativo, compiuto da un gruppo di sedicenti studiosi⁶, di

³ J. Habermas, *Storia e critica*, cit., p. 202, ma sui processi sociali di trasformazione della sfera, così rilevante per una precomprensione teorica della libertà di espressione negli ordinamenti contemporanei, sia consentito rinviare a C. Caruso, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, pp. 124 e ss.

⁴ Così si esprime l'Autrice che forse più tra tutti ha offerto una compiuta descrizione della forma di stato totalitaria: cfr. H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Torino 2009, p. 500.

⁵ H. Arendt, *Le origini*, cit., p. 641.

⁶ L'amalgama di quello è un vero e proprio movimento transnazionale, radicato attorno alla francese *Vielle Taupe* (storica libreria e casa editrice originariamente di tendenze anarco-marxiste) e al californiano *Institute for Historical Review*, è «l'immaginario antisemitico» (così C. Vercelli, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari 2013, p. 9), che agglutina una certa tradizione antigiusudaica cristiana, il materialismo complottista di ascendenza marxista (che considera la democrazia la traduzione politica del dominio capitalistico imposto dalla finanza ebraica) e, ovviamente, il razzismo biologico di matrice nazista. Sul tutto cfr. gli studi di C. Vercelli, cit. ult., pp. 24-121, P. Vidal-Naquet, *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la shoah*, Roma 2008, pp. 129-151, D. Bifulco, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano 2012,

contestare l'esistenza e minimizzare la portata dell'Olocausto⁷.

I tentativi di cancellazione degli eventi traumatici appartenenti alla storia passata fa parte di una più ampia strategia di rilegittimazione dei sistemi politici che si sono resi responsabili di queste tragedie. In questo senso, allora, la negazione rappresenta una «dichiarazione politica di intenti» che non solo manifesta l'intenzione di «sopprimere le condizioni stesse per un confronto nullificando quella realtà condivisa nel dialogo da cui scaturisce la democrazia»⁸, ma implicitamente auspica, attraverso la rimozione del tragico passato, la possibilità di una sua ripetizione: negare gli stermini «vuol dire assumerne la necessità nel domani»⁹. Il discorso negazionista è altamente ideologizzato, intriso di politicità, obliquo e subdolo perché ammantata di argomentazioni pseudoscientifiche narrazioni che giustificano le tremende azioni dei regimi del passato.

La negazione di fatti di genocidio storicamente accertati, infatti, non risponde ad alcun intento scientifico, perché non mira a rivedere verità storiche consolidate secondo regole storiografiche. Il negazionismo, infatti, va tenuto distinto dall'ordinario revisionismo, quale «tendenza storiografica a rivedere le opinioni storiche consolidate, alla luce di nuovi dati e delle nuove conoscenze acquisite nel corso della ricerca, con il risultato di operare una reinterpretazione e una riscrittura della storia». Le narrazioni negazioniste oltrepassano l'analitica ricostruzione scientifica per esprimere opinioni mascherate da inattendibili giudizi di fatto: gli eventi sono «nascosti, stravolti, usati per provare ora questa, ora quella opinione; (...) i loro nessi causali (...) accertati e testimoniati si dissolvono, e i fatti isolati diventano disponibili a tecniche di vero e proprio “montaggio” per sostenere o negare, di volta in volta, quanto serve ad avvalorare la tesi desiderata»¹⁰.

pp. 51-87.

⁷ Il termine negazionismo, coniato proprio per distinguere la negazione ideologica e antisemitica dell'Olocausto dal tradizionale revisionismo storiografico, compare per la prima volta nell'opera di H. Rousso, *Le Syndrome de Vichy: De 1944 à nos jours*, Parigi 1987, p. 166.

⁸ Così D. Di Cesare, *Negare la Shoah. Questioni filosofico-politiche*, in F.R. Recchia Luciani, L. Patruno (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova 2013, p.72, *amplius* Id., *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Genova 2012.

⁹ D. Di Cesare, cit. ult., p. 71.

¹⁰ Così E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano 2012, rispettivamente pp. XII, XIX, Id., *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. dir., Ann. VIII*, Milano 2015, p. 634. Sia consentito il rinvio anche a C. Caruso, *Dignità degli altri e spazi di libertà per gli intolleranti. Per una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. cost.*, 4/2013, pp. 696 e ss.

La contestazione di tragici fatti realmente accaduti non ha di mira il progresso della scienza, ma ha ben altro obiettivo, tutt'altro che disinteressato: essa assume il valore di una «*comunicazione performativa* capace di perpetuare e rinnovare il disvalore delle azioni che si intendono negare»¹¹, proseguendo il disegno genocidiario attraverso «una lesione *post mortem* della personalità delle vittime»¹².

2. – Di fronte alla progressiva diffusione del negazionismo, molti ordinamenti europei hanno introdotto ipotesi delittuose *ad hoc*, secondo una tendenza che, negli ultimi anni, ha subito una vertiginosa accelerazione, coinvolgendo la quasi totalità dei paesi continentali¹³. Reato «a geografia variabile», il delitto di negazionismo presenta sfumature diverse da ordinamento a ordinamento, dovute alle differenti tradizioni storiche, politiche e giuridiche¹⁴. Alla “prima generazione” di fattispecie negazioniste, che puniscono la contestazione dei crimini commessi dal regime nazionalsocialista, si è alternata una seconda “ondata” di penalizzazione, che ha allargato la sanzione alla contestazione di fatti genocidiari non qualificati o commessi dai regimi comunisti¹⁵.

Scelte diverse sono state compiute sia con riguardo alla tecnica di individuazione dei crimini contro l'umanità rilevanti ai fini della tutela penale, sia con riferimento alle condotte punibili. Quanto al primo profilo, spesso le disposizioni rinviano alle fonti di diritto nazionale o internazionale abilitate a definire giuridicamente l'evento la cui memoria è oggetto di protezione, oppure demandano alla giurisdizione (nazionale o internazionale) o al legislatore il compito di

¹¹ F. Cortese, *Memoria e diritto. Contributo per un approccio non necessariamente centripeto (tra storia, giustizia, letteratura)*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2/2012, p. 28.

¹² J. Luther, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2008, p. 1221.

¹³ Ad oggi solo l'Italia, il Regno Unito, l'Olanda, la Danimarca e la Finlandia non prevedono una simile fattispecie.

¹⁴ E. Fronza, *Negazionismo*, cit., p. 637.

¹⁵ Al primo gruppo appartengono la francese legge *Gayssot*, di modifica della legge sulla stampa del 1889, o l'articolo 130 del codice penale tedesco; al secondo gruppo vanno ricondotti l'art. 607 del codice penale spagnolo (che sanzionava, prima dell'intervento del Tribunale costituzionale (su cui *infra*), la negazione e la giustificazione del delitto di genocidio, o le disposizioni codicistiche di Repubblica ceca, Polonia e Ungheria che includono anche i crimini commessi dai regimi comunisti. Per una panoramica, oltre a E. Fronza, cit. ult., pp. 636 e ss., cfr. G. Teruel Lozano, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Rivista AIC* 2/2014, pp. 18 e ss., P. Lobba, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913 GAI e sul reato di negazionismo*, in Ius17@Unibo, 3/2011, pp. 146 e ss.

individuare lo specifico fatto della cui esistenza non è lecito dubitare¹⁶; quanto al secondo aspetto, accanto alla negazione in senso stretto sono punite condotte che tradiscono un atteggiamento riduzionista o comunque adesivo nei confronti dell'atroce evento passato¹⁷.

A monte della scelta incriminatrice, vi è un giudizio di equivalenza morale tra l'azione genocidiaria e il discorso negazionista che porta a sanzionare il mero *dicere*, ritenuto lesivo della dignità del gruppo minoritario soggetto alla persecuzione. Come ha avuto modo di chiarire il Tribunale costituzionale tedesco in una decisione adottata pochi mesi prima dell'introduzione nel codice penale della fattispecie che sanziona l'*Auschwitz-Lüge*, le vittime dei genocidi si percepiscono «come appartenenti ad un gruppo di persone che si distinguono dalle altre per una particolare sorte». Il rispetto di questa autocomprensione rappresenta «per ciascuno di loro una delle garanzie contro il ripetersi di siffatte discriminazioni ed una condizione essenziale per la loro vita»¹⁸.

Non basta, tuttavia, il riferimento alla dignità delle vittime e ai loro discendenti, al senso di rispetto che la comunità deve a gruppi razziali o etnico-culturali storicamente discriminati, a spiegare la diffusione su scala europea di tali ipotesi

¹⁶ Cfr., ad esempio, l'art. 24-bis inserito dalla francese legge *Gayssot* nella Legge sulla libertà di stampa del 1881, sanzionante la contestazione dell'esistenza dei crimini contro l'umanità, definiti tali dallo Statuto del Tribunale militare di Norimberga e per cui vi sia stata una condanna da parte di una giurisdizione francese o internazionale. Il tentativo di allargare l'elemento oggettivo del reato attraverso il riferimento a crimini contro l'umanità accertati non solo dalla giurisdizione, ma anche dal legislatore (consentendo, di fatto, proprio la punizione del negazionismo del genocidio degli armeni), è stato respinto dal *Conseil Constitutionnel* (dec. n. 647/2012), che ha rilevato come non spetti al legislatore il potere di approvare leggi «conformative» della realtà storica. Sulla decisione sia consentito rinviare a C. Caruso, *Il negazionismo del genocidio armeno in una decisione del Conseil constitutionnel*, in *Quad. cost.*, 2012, pp. 413 e ss.

¹⁷ Così, ad esempio, l'art. 130§ del codice penale tedesco punisce l'approvazione, la negazione o la minimizzazione dei crimini nazionalsocialisti, o l'art. 261-bis co. 4 del codice penale svizzero, il quale punisce «celui qui (...) publiquement (...) niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité».

¹⁸ Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 13 aprile 1994, BVerfGE 90, 274, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3386 e ss. Con tale decisione, la Corte tedesca ha respinto il ricorso del partito nazional-democratico tedesco contro una decisione municipale che imponeva alcune prescrizioni volte ad evitare il pubblico negazionismo della Shoah in una manifestazione che avrebbe visto tra i relatori David Irving, tra i principali fautori del revisionismo negazionista. In tale pronuncia, il Tribunale ha affermato, in parte contraddittoriamente, che le espressioni negazioniste sono affermazioni di fatto scientemente false, non riconducibili alla libertà di esprimere opinioni, per loro natura sottratte a qualsiasi giudizio di verificabilità. Eppure, se l'opinione è mera *doxa*, indifferente a qualsiasi criterio oggettivo di validazione, mal si comprende come dal suo oggetto debba essere esclusa l'affermazione di un falso, come appunto il negazionismo dell'Olocausto.

sanzionatorie. Questo processo di omogeneizzazione penale ambisce - a maggior ragione quando il divieto riguarda il negazionismo dell'Olocausto - a irrigidire, sotto la minaccia della sanzione penale, la dinamica degli accadimenti storici su cui sono sorte le democrazie europee del tempo presente. Con la retribuzione della pena, l'ordinamento non ambisce a creare una memoria condivisa, ma chiede di ricordare *in un determinato modo*: la *ratio* dell'intervento non sta nel consolidamento dei processi di metabolizzazione collettiva della memoria, ma nella definizione autoritaria della stessa verità storica che diventa, per ciò stesso, verità ufficiale¹⁹.

Nel riaffermare il patto etico su cui sono sorte le democrazie europee, la cristallizzazione della verità storica rappresenta, oltre che un mezzo per tutelare minoranze storicamente discriminate, un intenso strumento di protezione democratica che anticipa l'autotutela a uno stadio di pericolo presunto per i valori delle liberal-democrazie, delimitando il sistema pluralista rispetto alle opinioni contrastanti con il retroterra ideologico-culturale di riferimento.

3. – La necessità di proteggere il particolare ordine dei valori codificato nelle Costituzioni sorti sulle ceneri della seconda guerra mondiale spiega anche l'atteggiamento della Corte europea dei diritti nei confronti del negazionismo dell'Olocausto. I giudici di Strasburgo, infatti, tendono ad assimilare la propaganda anti-semita alla contestazione della *Shoah*, escludendo in radice dalla tutela convenzionale queste *espressioni*, percepite, in un processo di mutazione ontologica della condotta, *azioni* pericolose per i valori convenzionali. In questi casi, la Corte Edu applica la clausola di abuso del diritto (art. 17 Cedu), che produce un effetto «ghigliottina» tagliando fuori dalla Convenzione tutti i comportamenti che, attraverso la surrettizia diffusione di ideologie contrarie ai diritti e le libertà riconosciute dalla Carta internazionale, siano percepiti come sovversivi dell'ordine convenzionale²⁰. L'applicazione dell'art. 17 Cedu comporta l'interruzione della concreta analisi del caso e la sussunzione, *sic et simpliciter*, della situazione di fatto alla disposizione

¹⁹ In tal senso v. anche E. Fronza, *Negazionismo*, cit., p. 635.

²⁰ Sia consentito rinviare a C. Caruso, *Dignità degli "altri"*, cit., pp. 800-801 e, più nello specifico, a C. Caruso, *Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. Mezzetti e A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino 2011, pp. 339 e ss.

convenzionale: queste decisioni non sono prese attraverso il consueto bilanciamento *ad hoc* tra la libertà di espressione, tutelata dall'art. 10 Cedu e uno dei contro-interessi ivi enunciati, ma in via di deliberazione a seguito di una superficiale individuazione contenutistica dell'espressione in oggetto²¹.

Un'ulteriore spinta al processo di omogeneizzazione penalistica è arrivata, infine, dalla decisione quadro 2008/913 GAI dell'Unione europea, che ha impegnato gli Stati membri ad adottare una normativa sanzionatoria con riguardo all'apologia, alla negazione o alla minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio generalmente intesi e dei crimini nazisti, purché idonei a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza e all'origine nazionale o etnica (art. 1, lett. c) e lett. d)). Il legislatore europeo, che ha allargato lo spettro della negazione penalmente rilevante non limitandosi a richiedere la punizione della contestazione dell'Olocausto, entra in un campo tradizionalmente lasciato alla sovranità degli Stati membri: l'invito alla criminalizzazione segna un'ulteriore evoluzione del sistema sovranazionale, che da ordinamento funzionalista rivolto a fini settoriali diviene tutore dei valori identitari dello spazio pubblico europeo.

Per recuperare un certo grado di tassatività e di materialità del delitto, l'Unione europea per un verso consente agli Stati membri di punire la negazione o la minimizzazione grossolana solo qualora i crimini (negati o minimizzati) siano stati accertati «da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale»²²; per un altro, sulla scorta di quanto già previsto da alcuni ordinamenti²³, autorizza a inserire una clausola di pericolo che offra maggior

²¹ Casi emblematici di questo diverso trattamento sono, ad esempio, *M'bala M'bala c. France* (2015) e *Perinçek v. Switzerland* (2015): se, nel primo caso, la satira antisemita del comico Dieudonné è stata ricondotta all'art. 17 Cedu, la contestazione, avanzata da un uomo politico turco, della qualifica genocidiaria del massacro degli armeni, è stata considerata un esercizio della libertà di espressione convenzionalmente tutelata. A parere dei giudici di Strasburgo, infatti, le dichiarazioni devono essere sempre valutate alla luce del contesto geografico, storico e temporale: se è perfettamente coerente sanzionare, in Germania, la negazione dell'olocausto, non si può dire lo stesso per la condanna, da parte delle autorità elvetiche, della contestazione del genocidio armeno, evento ormai lontano nel tempo che non ha interessato direttamente lo Stato svizzero.

²² Art. 1 comma 4, Dec. n. 2008/913.

²³ Cfr. art. 130 codice penale tedesco, che richiede l'idoneità della condotta a turbare la pace

concretezza a un fatto altrimenti tipizzato come reato di pericolo presunto²⁴.

Tali clausole, se da un lato restringono la sfera del penalmente rilevante, dall'altro sollevano una serie di questioni piuttosto problematiche. Anzitutto, esse contribuiscono a disegnare fattispecie aperte che scaricano sul giudice il compito di determinare i confini del fatto tipico e, quindi, di delineare l'area del penalmente rilevante secondo scelte rivedibili da giudizio a giudizio, a maggior ragione nelle ipotesi in cui deleghino al giudice del caso la valutazione dell'idoneità concreta del *dicere* negazionista a turbare lo stato materiale di pace.

Inoltre, più di un dubbio solleva la scelta di subordinare la reazione dell'ordinamento all'accertamento giudiziario del fatto genocidiario, elevando il giudice a custode della verità storiografica. Anche in questa ipotesi, infatti, sarebbe il giudice a plasmare, in concreto, il bene giuridico oggetto di protezione; si verrebbe così a creare non solo una gerarchia di eventi storici meritevoli di protezione, ma anche un sostanziale *vulnus* del principio di legalità (almeno come inteso negli ordinamenti continentali) e della certezza del diritto, che del primo è un corollario.

4. – Il legislatore italiano non ha ancora recepito le indicazioni provenienti dall'Unione europea, forse ritenendo sufficiente l'attuale apparato normativo, che sanziona la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, l'istigazione a commettere atti di discriminazione o di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi²⁵, oltre all'istigazione e all'apologia di genocidio²⁶.

pubblica.

²⁴ Cfr. art. 1 comma 2, Dec. n. 2008/913: i Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi.

²⁵ Cfr. art. 3, comma 1, lett. a) e b), l. n. 654/1985, come novellata dalla l. n. 205/1993 (cd. legge «Mancino») e dalla l. n. 85/2006. La l. n. 152/1975 ha invece modificato la legge «Scelba» (l. n. 645/1952), aggravando il trattamento sanzionatorio per l'apologia di fascismo realizzata attraverso «idee o metodi razzisti». La legge «Mancino», in un contesto emergenziale dettato soprattutto da fenomeni di violenza in occasione di manifestazioni sportive, ha poi sanzionato specifiche forme di «discorso simbolico» vietando l'esposizione, nelle «pubbliche riunioni», di «emblemi o simboli propri o usuali» delle organizzazioni che promuovano l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. A questo variegato mosaico normativo deve poi aggiungersi l'aggravante prevista dall'art. 3 della stessa legge «Mancino», che, se letta in combinato disposto con gli artt. 594 e 595 c.p., punisce l'ingiuria e la diffamazione commesse «per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso».

²⁶ Art. 8, l. n. 962/1967.

Ciò nonostante, la Commissione europea ha segnalato al Parlamento europeo e al Consiglio la mancata attuazione della decisione quadro, annoverando l'Italia tra i paesi che non puniscono la negazione o la minimizzazione grossolana dell'Olocausto o dei crimini genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra *tout court*²⁷. Questa lacuna sta per essere colmata dopo l'approvazione, alla Camera dei deputati, di una modifica alla l. n. 654/1975: la novella prevede un aumento di pena nel caso in cui la propaganda razzista o le condotte istigatorie si fondino «in tutto o in parte sulla negazione della Shoah ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale (...) tenendo conto dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro»²⁸. La proposta di legge, che dovrà tornare al Senato per la sua definitiva approvazione, si appresta a chiudere un travagliato dibattito che affonda le proprie radici già nella XV legislatura, quando l'allora governo Prodi annunciò l'introduzione di una fattispecie di reato autonoma, proposta poi naufragata anche a seguito delle vibranti proteste sollevate dalla comunità degli storici italiani²⁹.

Scartata l'ipotesi di un reato *ad hoc*, avanzata nella XVI legislatura e all'avvio della XVII³⁰, il legislatore sta seguendo ora la strada della mera circostanza aggravante, che non allarga i confini dell'illiceità penale. La circostanza incide sul trattamento sanzionatorio piuttosto che sull'estensione del divieto, iscrivendosi «(...)

²⁷ Cfr. *Relazione della commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*, COM (2014) 27 final.

²⁸ XVII legislatura A.C. 2874, *Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale*, su cui v. M. Montanari, *La Camera approva con modificazioni il disegno di legge in materia di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.dirittopenalecontemporaneo.it).

²⁹ Cfr. Cfr. *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, disponibile su *Storicamente* (<http://storicamente.org/02negazionismo>), che riporta la reazione contraria degli storici italiani di fronte alle notizie di stampa sulla cd. proposta "Mastella", volta a sanzionare penalmente l'apologia e la negazione dei crimini contro l'umanità.

³⁰ Prima inserito nel reticolato della l. n. 654/1975, poi nell'art. 414 c.p.: notazioni in E. Fronza, *Negazionismo*, cit., pp. 644 e ss., nonché G. Della Morte, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2014, pp. 1185 e ss.

dentro il confine tracciato dalla fattispecie base», sanzionando particolari modalità di realizzazione delle condotte alle quali accede: in altri termini, il giudizio di selettività penalistica si colloca pur sempre entro l'offesa agli interessi violati dalla condotta di propaganda o istigazione vietata³¹.

Tale soluzione tenta di arginare la deriva di una «penalizzazione debordante»³²: ammesso che il negazionismo chiami in causa la libertà di ricerca storiografica - data l'assoluta mancanza di metodo scientifico - la scelta di legare la negazione dei genocidi alla propaganda razzista o alle condotte istigatorie esclude la possibilità di sanzionare, in futuro, semplici «questioni di parole» che, nel dibattito tra chierici, «debbono restare aperte alla ricerca e alla discussione»³³. In altri termini, la natura della circostanza aggravante dovrebbe impedire un'illegittima compressione della libertà di ricerca scientifica, essenziale per «la formazione di una coscienza storica adeguata alla dignità dei cittadini di una società libera e democratica»³⁴.

Rimane, tuttavia, la scelta di aggravare il disvalore penale di condotte realizzate pur sempre tramite semplici *dicere*. In questo senso, il legislatore disegna una fattispecie aggravata plurioffensiva che, per un verso, si fa carico della necessità di autoconservazione dell'ordinamento di fronte alla diffusione di opinioni contrarie ai valori fondativi della democrazia e, per un altro, mira a tutelare la dignità delle comunità minoritarie storicamente discriminate.

5. – Sullo sfondo, restano da sciogliere questioni più generali, che concernono non solo la problematica compatibilità dei delitti-base e, conseguentemente, della fattispecie aggravata con la libertà di espressione, «pietra angolare» del sistema liberal-democratico³⁵, ma anche, più in generale, il tipo di democrazia che i reati sanzionanti il “discorso d'odio” contribuiscono a disegnare.

³¹ Così D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.dirittopenalecontemporaneo.it), p. 1 e p. 5.

³² D. Pulitanò, cit. ult., p. 5.

³³ D. Pulitanò, *ibidem*.

³⁴ Così il Tribunale costituzionale spagnolo, dec. n. 235/2007, § 8 che, nel considerare il negazionismo un giudizio di fatto coperto dalla libertà di ricerca scientifica, ha dichiarato illegittimo il corrispondente reato. I giudici spagnoli hanno invece salvato il divieto di giustificazione dei fatti di genocidio, che integrerebbe gli estremi del giudizio di valore sanzionabile ogni qual volta si traducesse in una istigazione indiretta alla commissione del relativo delitto.

³⁵ C. cost., sent. n. 84/1969.

Il diritto penale veleggia, infatti, verso una mutazione genetica della sua funzione. Esso assume un ruolo proattivo di promozione dell'identità della comunità politica e di rispetto che le formazioni egemoni devono a gruppi culturali minoritari. Un compito, dunque, promozionale, pervasivo e ad alto contenuto valoriale, forse incompatibile con una nozione costituzionalmente orientata del reato, adagiata su quei principi (legalità, tassatività e determinatezza, colpevolezza, materialità e offensività) che identificano altrettanti limiti alla penalizzazione³⁶. Le fattispecie che sanzionano la propaganda di idee fondate sull'odio razziale, etnico, o religioso, che incriminano (o aggravano la pena per) la negazione di crimini contro l'umanità infrangono queste direttive di criminalizzazione: peccano di indeterminatezza perché rimandano a concetti semanticamente vaghi o altamente controversi (odio, razza, etnia); non sono legalmente predefinite, perché, nel momento in cui rinviando all'accertamento giurisdizionale l'identificazione del fatto della cui esistenza non può dubitarsi, affidano al giudice il compito di completare il precetto; difettano di materialità, perché, incidendo sulla diffusione di (esecrabili) idee politiche, aprono le porte all'incriminazione ideologica e agli incerti lidi del diritto penale d'autore.

Secondo parte della dottrina, tali fattispecie si giustificano alla luce della necessità di tutelare beni giuridici di rango costituzionale, tra cui il diritto a non subire discriminazioni, desumibile dall'art. 3 Cost., pregiudicato dalla diffusione di idee volte alla costruzione di rapporti sociali di «esclusione»³⁷, o la dignità umana, condizione *a priori* dell'ordinamento, che richiede «il sacrificio totale» dei diritti concorrenti quando ciò sia necessario «per rimuovere pregiudizi sociali che gravano sull'appartenenza razziale, oltre che su quella etnico-religiosa»³⁸. Argomentazioni siffatte giungono, in talune ricostruzioni, a conclusioni più comprensive,

³⁶ Cfr. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, vol. I, Milano, 1997, pp. 637 e ss., per una *summa* p. 807: il «“nuovo volto” dell'illecito penale delineato dalla Costituzione italiana» è «un fatto previsto in forma tassativa dalla legge, di realizzazione esclusiva dell'agente o in ogni caso al medesimo riconducibile tramite un atteggiamento colpevole (doloso o colposo), idoneo a offendere un valore costituzionalmente significativo, minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strutturalmente caratterizzato dal teleologismo costituzionalmente attribuito dalla norma penale (...)».

³⁷ L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, Xenofobia, Odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 138, p. 136.

³⁸ C. Salazar, *I «destini incrociati» della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2008, p. 83.

sovrastimando l'ispirazione *comunitarian* della Carta costituzionale, che pone al proprio vertice la persona, situata e formata nei gruppi socio-culturali che concorrono a formarne l'identità. Se il gruppo etnico-razziale è, a tutti gli effetti, una formazione sociale ove l'individuo svolge la propria personalità ex art. 2 Cost., l'ordinamento dovrebbe farsi carico di sanzionare – e conseguentemente rimuovere – le opinioni ritenute offensive dalle comunità di appartenenza della persona.³⁹

Nessuno di questi tentativi convince fino in fondo. Non persuade, anzitutto il riferimento a una generica nozione di dignità umana, dalla dubbia consistenza normativa. Leggere nella dignità un principio assoluto, vera e propria *trumpcard* capace per ciò solo di assorbire qualsiasi istanza concorrente, non tiene in debita considerazione la stessa lettera della Costituzione, che all'art. 3 Cost. fa riferimento alla «pari dignità» sociale, ad un concetto, cioè, intrinsecamente relazionale, che necessariamente richiede la sua comprensione nella varietà dei contesti umani e normativi. La visione totalizzante della dignità umana, la sua astratta pre-comprensione e la sua lettura «idealizzata» nascondono, allora, una deriva in senso autoritario del sistema assiologico normativo: il richiamo a questo «supremo bene» cela, in realtà, l'irrigidimento protezionistico dell'ordinamento, che si chiude rispetto ad espressioni considerate in disaccordo rispetto alla cornice assiologica delle forze egemoni.

Vero è che l'art. 2 Cost. pone al vertice dell'edificio costituzionale non l'individuo astrattamente considerato, ma la persona, che forma la propria individualità nei rapporti concreti e nelle formazioni sociali. La stessa teoria costituzionalmente orientata del diritto all'onore giustifica il divieto di esprimere giudizi sull'altrui indegnità sulla base del riconoscimento della natura relazionale dell'uomo e del suo divenire sociale⁴⁰. Eppure, di fronte al conflitto tra beni di rango quanto meno omogeneo (libertà di espressione da un lato, diritto all'onore dall'altro), la limitazione deve essere necessariamente proporzionata, e cioè «non eccessiva in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile»⁴¹. Oggetto di tutela penalistica può essere, perciò, solo l'identità personale dell'*homme*

³⁹ In tal senso L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione*, Padova 2009, rispettivamente p. 279 e p. 282.

⁴⁰ Cfr. quanto meno E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974, pp. 145-146.

⁴¹ Così A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)* in *Enc. dir.*, Ann. II, t. II, Milano 2008, p. 196.

situé, intesa come percezione di sé nell'ambito della relativa rete sociale: se, dunque, appare perfettamente coerente vietare (ed eventualmente aggravare la pena per) l'ingiuria o la diffamazione dirette a un individuo determinato, motivate dalla sua appartenenza culturale, non altrettanto può dirsi per l'incriminazione di espressioni offensive per una data comunità e solo indirettamente oltraggiose per i suoi componenti.

6. – La ricerca di interessi costituzionali che forniscano copertura all'intervento penale è operazione piuttosto agevole in un testo costituzionale orientato ad una spiccata poliarchia assiologica, ma tradisce un errore metodologico fondamentale: la Costituzione non è un prontuario di valori, allineati e auto-evidenti, che l'interprete può selezionare per giustificare, a mo' di *conversation stopper*, le proprie opzioni interpretative. A maggior ragione quando siamo di fronte a fattispecie penali che lambiscono la libertà di espressione, il richiamo a «beni di rango costituzionale sempre e comunque opponibili» al diritto soggettivo, rischia di «annichilire la libertà di pensiero, dato che la rete degli interessi costituzionalmente rilevanti copre una gran parte dei rapporti giuridici intrecciabili nel nostro ordinamento»⁴². D'altro canto, escludere a priori dalla libertà di espressione alcuni contenuti espressivi, perché ripugnanti o dolosamente falsi⁴³, rimanda ad un'operazione ermeneutica altamente arbitraria e intrisa di soggettivismo, che sposta in avanti, a sfavore dell'individuo, la linea di demarcazione del conflitto tra istanze individuali ed esigenze di conservazione dell'ordine politico⁴⁴.

A tali considerazioni deve essere aggiunto un altro dato. È senz'altro parziale discutere della libertà di espressione a partire dai suoi limiti, perdendo di vista le ragioni etico-politiche che giustificano il riconoscimento costituzionale di tale situazione soggettiva, così come non è possibile “pesare” il valore della libertà alla

⁴² Come già osservava L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, n. 1/1987, p. 11.

⁴³ Come sostiene A. Pace il quale, sulla scorta dell'insegnamento di Carlo Esposito, ritiene non coperto dalla garanzia costituzionale il soggettivamente falso, cioè la manifestazione che non corrisponda alle interiori convinzioni della persona: cfr. A. Pace, *Delimitazione della garanzia costituzionale: esclusione del 'soggettivamente' falso. Ancora sul fondamento e sui limiti del c.d. diritto di mentire come aspetto del diritto di difendersi in giudizio*, in A. Pace, M. Manetti, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna 2006, pp. 88 e ss..

⁴⁴ Sia consentito rinviare a C. Caruso, *La libertà di espressione in azione*, cit., pp. 147 e ss.

luce del suo specifico contenuto⁴⁵. Di ciò erano ben consapevoli i nostri *Founding Fathers*: in Assemblea costituente, nonostante fosse avvertita la necessità contingente di «escludere dalla vita pubblica le idee razziste e totalitarie», di «emarginare» chi avesse negato «le fondamenta di libertà e di democrazia sulle quali si andava costituendo la Repubblica», vi era una diffusa fiducia per la costruzione di «un sistema aperto e tollerante, all'interno del quale potessero competere tutti coloro che accettano il metodo della democrazia, ma non necessariamente i singoli contenuti»⁴⁶.

La Costituzione ammette, infatti, un modello agonistico di democrazia, fondata sul conflitto e, dunque, sull'eterogeneità politica, sulla pluralità di opinioni, sul confronto dialettico tra opposte correnti di pensiero. Non il diritto criminale, dunque, ma le libertà costituzionali identificano le coordinate del processo di integrazione politica, delineando le condizioni procedurali affinché ciascun individuo sia riconosciuto «come membro di una comunità che è integrata intorno a una comune concezione del bene»⁴⁷. La libertà di espressione, *pro parte sua*, consente la partecipazione individuale ad un pubblico processo comunicativo, a una struttura di comunicazione che pone le premesse per un processo di reciproca comprensione politica tra i cittadini⁴⁸. In altri termini, il diritto di manifestare il proprio pensiero contribuisce a fondare un metodo democratico di natura dialogica, un *discorso pubblico* che include nella cornice democratica anche chi rifiuta l'ordine valoriale dell'ordinamento repubblicano. Poiché il discorso pubblico crea le premesse per una identificazione condivisa dei cittadini, esso postula una sostanziale neutralità, che impone al legislatore penale «astinenza epistemica» e «neutralità valutativa»⁴⁹ sul contenuto della manifestazione del pensiero. Per questo, allora, devono essere ammesse non solo i concetti o le manifestazioni verbali che *meritano* di essere riferite, ma anche le opinioni irriverenti dell'uomo della strada, le idee politicamente scorrette del dissenziente, la moralità, banale ed esecrabile, dell'intollerante.

⁴⁵ In tal senso anche G.E. Vigevani, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 4/2014, p. 5.

⁴⁶ Così G. E. Vigevani, cit. ult., p. 17.

⁴⁷ Così J. Habermas esplica la sua concezione di «patriottismo costituzionale» nel suo *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. Habermas, C. Taylor, C., *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento*, Milano 1998, p. 93.

⁴⁸ Per la teoria costituzionale del discorso pubblico cfr. R.C. Post, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Cambridge MA, 1995, pp. 7 e ss., 191 e ss., nonché, se si vuole, C. Caruso, *La libertà di espressione in azione*, cit., pp. 155 e ss.

⁴⁹ Così C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino 2008, p. 247.

Ciò non comporta, ovviamente, una prevalenza assoluta e assiomatica della libertà di manifestazione del pensiero su altri interessi costituzionalmente rilevanti: come ebbe a dire la Corte costituzionale nella sua prima decisione, in un ordinamento giuridico complesso «le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile». È però necessario prendere sul serio la libertà di espressione e le sue ragioni, sottoponendo gli eventuali limiti a *test* particolarmente penetranti, che tengano conto del contro-interesse da tutelare, della natura e della proporzionalità della limitazione, del contesto ove le dichiarazioni sono state rese. Così, se il diritto penale deve ritrarsi di fronte alla diffusione di opinioni nella *polis*, - proprio per *l'extrema ratio* della punizione e per il significato che assume la libertà di manifestazione del pensiero nei processi di integrazione democratica - non altrettanto può dirsi per le sanzioni - di diversa natura - comminate per la divulgazione *ex cathedra* di opinioni razziste o negazioniste nei luoghi di formazione, come aule scolastiche o universitarie. Tali contesti, infatti, conformano la libertà di espressione, funzionalizzando il suo esercizio «all'educazione e all'istruzione dei discenti, alla salvaguardia della dignità de[i] popol[i] (...), alla crescita di un paese democratico che fa della cultura lo strumento fondamentale per ambire al progresso»⁵⁰.

7. – Queste osservazioni si scontrano, ovviamente, con un generale principio di realtà, che non può non tenere in considerazione come l'ordinamento italiano reagisca, di fronte ai pericoli per la democrazia, con l'ipertrofia di un diritto penale simbolico, carico di forti significati identitari. Una tendenza, questa, destinata ad aumentare nell'epoca della post-modernità, segnata dalle continue contestazioni dell'evidenza, dai soggettivismi interpretativi, dalle decostruzioni critiche delle verità. Come già accennato in apertura di questo contributo, la negazione di tragici eventi passati è solo il sintomo di una diffusa tendenza a negare (a volte con finalità tutt'altro che disinteressate) evidenze conclamate. Il rischio, allora, è che la punizione del negazionismo dei genocidi sia solo il primo passo per un intervento massiccio del diritto penale, capace di imprigionare il discorso pubblico in una serie di divieti

⁵⁰ Così S. Parisi, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quad. cost.*, 4/2013, pp. 894-897.

giustificati dalla necessità di conservare i valori democratici⁵¹.

Sia chiaro: le Costituzioni liberal-democratiche accettano un moderato oggettivismo morale, perché mirano a riaffermare un'ideale di giustizia *sub specie aeternitatis*. Anche gli ordinamenti democratici e pluralisti tendono all'unità politica, a delineare cioè una comunità ordinata intorno ad alcuni fini politici fondamentali, che devono essere protetti e riaffermati quotidianamente. Il punto cruciale sta, allora, nella scelta degli strumenti migliori per garantire tale ordine senza compromettere l'identità pluralista dello Stato costituzionale, senza rinunciare, in altri termini, ad un processo di integrazione politica aperto e plurale⁵². Non è possibile, in questa sede, sciogliere tale nodo cruciale, ma si può, quanto meno, abbozzare una risposta *via negationis*: non è attraverso la pena che lo Stato costituzionale può mantenere le promesse di libertà ed eguaglianza su cui è stato edificato.

⁵¹ Così anche M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, p. 536.

⁵² Poiché lo «lo Stato liberale vive di presupposti che esso di per sé non può garantire» è sulla capacità di conciliare unità e pluralismo che si gioca la possibilità di sopravvivenza del *Verfassungsstaat*. Cfr. E.W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari 2010, pp. 53 e ss.



ISSN 2037-6677

2016/1

Che cosa ci insegna il caso Perinçek?

What can the Perinçek case teach?

F. Cortese

Abstract

The article aims to analyze the relation between memory and law examining the Perinçek Case on Armenian Genocide denial. Perinçek described the Armenian genocide as an international lie. For this reason he was found guilty of racial discrimination by the Lausanne District Police Court and the Swiss Federal Court. The European Court of Human Rights has ruled that Switzerland violated the freedom of expression. The Author further assesses the differences between Perinçek I and Perinçek II.

Tag : European Court of Human Rights, Perinçek, Switzerland, Armenian genocide, Swiss Federal Court



Che cosa ci insegna il caso Perinçek?

di Fulvio Cortese

SOMMARIO: 1. – Una vicenda esemplare. 2. – Le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. 3. – Tra Perinçek I e Perinçek II: un chiarimento essenziale e un dubbio finale. 4. – Tra storia e diritto: qual è il posto della memoria?

1. – Una vicenda esemplare

Del caso Perinçek si è discusso molto: lo hanno fatto, tra i giuristi, soprattutto gli studiosi del diritto penale; ma lo hanno fatto anche gli storici e i filosofi.

La vicenda, in effetti, può dirsi esemplare, e ciò per varie ragioni: consente di tornare a discutere, anche in chiave di dibattito nazionale, sulle modalità e, più in generale, sull'opportunità della criminalizzazione del negazionismo¹; rinfocola,

¹ Cfr. il dibattito cui ha dato luogo il ddl (n. 54) presentato al Senato (il 15 marzo 2013) e poi approvato (con modificazioni) alla Camera in ordine all'introduzione, nell'ordinamento italiano, di una specifica aggravante per gli atti di negazionismo: v., ad esempio, D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, disponibile online al seguente indirizzo: www.penalecontemporaneo.it/upload/1426333841PULITANO_2015.pdf, nonché E. Fronza, A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, disponibile sempre online al seguente indirizzo: www.penalecontemporaneo.it/upload/1383000563FRONZA%20GAMBERINI%202013.pdf. Nella letteratura giuridica italiana, sul negazionismo, v., per tutti, E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, nonché Id., *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, 2015, 633 ss., e D. Bifulco, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla «menzogna di Auschwitz»*, Milano, 2012. V. quindi,

quindi, lo scontro di idee tra i difensori della libertà di espressione² (e di ricerca scientifica), da un lato, e coloro che, invece, ne ribadiscono i confini o, anzi, sostengono addirittura la pratica impossibilità di avvalersene rispetto a specifiche affermazioni in quanto finalizzate a perpetuare un crimine³; invita a ragionare su quali possano, o debbano, essere i rapporti tra ricerca storica, memoria e disciplina giuridica⁴; fa emergere, in proposito, tutte le difficoltà che esistono circa la possibilità che siano la legge o un giudice a fare chiarezza in quei rapporti⁵; fa riflettere sul ricorso alla comparazione giuridica come chiave di lettura strumentale alla definizione di un comune standard di valutazione sull'ammissibilità di una specifica disciplina⁶; mette nuovamente a confronto interpreti e operatori sulla rilevanza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua interazione con gli ordinamenti statali e con il diritto dell'Unione europea.

Il caso *Perinçek* presenta, soprattutto, un'ulteriore virtù: fornisce l'occasione per riflettere sull'autonomia della valutazione giuridica, e così sulle sue potenzialità e sui suoi limiti. Ed è quest'ultimo aspetto che, in questa sede, può fornire un interessante spunto di meditazione. In primo luogo, però, occorre rievocare i lineamenti essenziali del fatto che ha originato il caso ormai famoso e che ha portato i giudici di Strasburgo a esprimersi per ben due volte (nel 2013 con la Seconda sezione⁷ e nel

con riguardo al dibattito internazionale, la raccolta di contributi di L. Hennebel, T. Hochmann (eds.), *Genocide Denials & the Law*, Oxford, 2011. In generale, sul negazionismo come fenomeno, v. C. Vercelli, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Laterza, 2013.

² Per una recente analisi delle articolate questioni connesse alla garanzia di tale libertà v. C. Caruso, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013.

³ V., da quest'ultimo punto di vista, la proposta interpretativa di D. Di Cesare, *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Genova, 2012. Ma v. anche, con riguardo al caso armeno, S. Nash Marshall, R. Mahdessian, *Lies, Damned Lies, and Genocide*, in *Metaphilosophy*, 2013, 116 ss.

⁴ Cfr. le riflessioni raccolte da G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012.

⁵ V., ad esempio, F. Cortese, *Memoria e diritto. Contributo per un approccio non necessariamente centripeto (tra storia, giustizia e letteratura)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n.2/2012, 19 ss.

⁶ Per un quadro comparatistico in tema di negazionismo, v. il panorama offerto da E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., passim. Cfr. anche O. Pollicino, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 85 ss.

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, 17 dicembre 2013, *Perinçek v. Switzerland*, ric. n. 27510/08. Cfr., per una sintesi riepilogativa dei contenuti della pronuncia, la scheda di M. Montanari, disponibile online al seguente indirizzo: www.penalecontemporaneo.it/area/3/-/-/2730-

[la_corte_europea_dei_diritti_dell_uomo_si_pronuncia_sul_problematico_bilanciamento_tra_il_diritto_alla_libert  di espressione e l'esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3/-/-/2730-la_corte_europea_dei_diritti_dell_uomo_si_pronuncia_sul_problematico_bilanciamento_tra_il_diritto_alla_liberta_di_espressione_e_l_esigenza_di_reprimere_il_negazionismo_del_genocidio_armeno/). Cfr. anche la nota di P. Lobba, *Un "arresto" della tendenza repressiva europea sul negazionismo*, disponibile parimenti online al seguente indirizzo: www.penalecontemporaneo.it/area/3/-/-/

2015 con la Grande Camera⁸), richiamando l'attenzione di molti e generando un acceso dibattito.

Nel 2005, durante un viaggio in Svizzera, Doğu Perinçek, giurista e politico turco, afferma pubblicamente – in una conferenza stampa e in altri due incontri pubblici – che il «genocidio armeno» sarebbe «una menzogna internazionale», ordita dalle forze «imperialiste» di Francia, Inghilterra e Russia, sin dal 1915, per facilitare la dissoluzione del dominio ottomano nella prima guerra mondiale.

Perinçek – per la precisione – non nega l'esistenza di determinati eventi; nega che si possano qualificare come genocidio, sostenendo, invece, che la reazione del popolo turco, e di quello curdo, contro gli armeni vada considerata come una difesa naturale dei primi nei confronti della rivolta filo-russa dei secondi, allora sobillata e sostenuta dalle «Grandi Potenze» allo scopo di diffondere nel territorio ottomano un esiziale conflitto inter-etnico. Secondo Perinçek, si tratterebbe di una verità testimoniata anche da documenti e rapporti segreti formati da diversi protagonisti della Rivoluzione russa (tra cui Lenin e Stalin); di una verità che, anche oggi, verrebbe tacitata per opera di una propaganda della cui responsabilità dovrebbero imputarsi anche gli Stati Uniti e l'Unione europea, i cui servizi segreti continuerebbero a sostenere e a incoraggiare, anche economicamente, «alcuni storici... e giornalisti»⁹

In seguito a queste dichiarazioni, Perinçek, denunciato dall'Associazione Svizzera-Armenia, viene accusato di aver violato l'art. 261 bis § 4 del codice penale svizzero, che, nel contesto di una serie di previsioni che puniscono i delitti contro la

/2761-un__arresto__della_tendenza_repressiva_europea_sul_negazionismo/. Per altri commenti v. E. Selvaggi, *Punire il negazionismo contrasta con la Cedu?*, in *Cassazione penale*, 2014, 1409 ss., E. Somma, *Negazionismo e genocidio armeno: libertà d'espressione e diritto alla menzogna secondo la Corte EDU*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 1046 ss.

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, 15 ottobre 2015, Perinçek v. Switzerland, ric. n. 27510/08. V., di M. Montanari, la scheda di sintesi disponibile on line al seguente indirizzo: www.penalcontemporaneo.it/area/3-/-/-/4218-libert__di_espressione_e_dignit__delle_vittime_in_un_caso_di_negazionismo_del_genocidio_armeno__si_pronuncia_la_grande_camera_della_corte_edu/. Per una breve nota v. anche G. Borgna, *Il genocidio armeno (non) passa in giudicato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 1046 ss.

⁹ Dopo uno degli incontri pubblici in questione, Perinçek diffonde anche un suo scritto su «Le Grandi Potenze e la questione armena», in cui ribadisce le tesi già anticipate oralmente. La rievocazione completa dei fatti, così come rievocata *supra*, è operata in dettaglio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: v. la sentenza della Seconda sezione, § 6-13 della motivazione, e quella della Grande Camera, §§ 12-26 della motivazione.

paix publique, stabilisce che possa essere sanzionato con una pena detentiva fino a tre anni «chiunque compie pubblicamente atti di denigrazione o di discriminazione avverso una persona o un gruppo di persone in considerazione della loro razza, della loro origine etnica o della loro religione, in modo da violare la dignità umana, sia che ciò avvenga con parole, scritti, immagini, gesti, atti aggressivi, sia che avvenga con altri mezzi, ovvero chiunque, con gli stessi mezzi, nega, banalizza grossolanamente o cerca di giustificare un genocidio o altri crimini contro l'umanità»¹⁰.

In primo e in secondo grado Perinçek viene condannato. E viene respinta anche l'impugnazione che lo stesso propone dinanzi alla Corte Federale Svizzera. In tutti i giudizi, il fondamento dell'imputazione e dell'accertamento della responsabilità del politico turco risiede nella previa qualificazione come genocidio degli accadimenti in cui è stato coinvolto il popolo armeno nel 1915, qualificazione che, secondo i giudici svizzeri, sarebbe oggetto di un vasto consenso nella comunità, poiché ampiamente riconosciuta anche sul piano internazionale e su quello accademico¹¹.

A fronte di tali condanne, Perinçek si rivolge alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sostenendo che la Svizzera avrebbe violato l'art. 10 della CEDU, che protegge la libertà di espressione, intesa come inclusiva della «libertà d'opinione» e della «libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

2. – Le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo

Per ciò che qui interessa, è opportuno sottolineare che la Corte ha deciso la controversia allo stesso modo e in due diverse fasi (in sezione semplice e nella Grande Camera), accogliendo in entrambi i momenti la difesa di Perinçek, e perciò condannando la Svizzera, anche se con significative differenze di toni e di argomenti tra la prima e la seconda pronuncia.

La questione da risolvere, naturalmente, era la stessa: una volta escluso che si potesse ricondurre il comportamento di Perinçek all'art. 17 della CEDU – egli non

¹⁰ Traduzione dell'Autore.

¹¹ V. gli estratti, in particolare, della pronuncia della Corte Federale Svizzera, riportati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: Grande Camera, § 26 della motivazione.

aveva negato *tout court* determinati eventi, né lo aveva fatto, a giudizio della Corte, in modo oltraggioso per il popolo armeno, non avendo, quindi, dimostrato di “abusare” della libertà di espressione riconosciuta dalla Convenzione¹² – si trattava di verificare se la criminalizzazione operata dalla Svizzera possa o meno considerarsi giustificata in base al § 2 dell’art. 10 della CEDU, ossia se essa possa interpretarsi tra le restrizioni legittimamente «stabilite dalla legge» che, «in una società democratica», costituiscono «misure necessarie (...) alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

La Seconda sezione della Corte, nel 2013, pur avendo riconosciuto che l’incriminazione stabilita dal codice penale svizzero è prescritta dalla legge in modo sufficientemente determinato e che essa sarebbe in ogni caso finalizzata a proteggere diritti e libertà altrui (segnatamente quelli delle famiglie delle vittime dei fatti del 1915), ha negato che si possa discutere di misura necessaria in una società democratica, e ciò ha deciso, in estrema sintesi, per i seguenti motivi: - le asserzioni formulate da Perinçek riguarderebbero un dibattito di particolare interesse pubblico, sul quale il potere restrittivo degli Stati non potrebbe essere particolarmente forte; - non si potrebbe, poi, ravvisare un consenso generale, nella comunità scientifica come in quella internazionale, sulla qualificabilità come genocidio di ciò che è accaduto agli armeni nel 1915, diversamente da ciò che è possibile constatare con riguardo all’Olocausto; - le opinioni di Perinçek non potrebbero comunque considerarsi come particolarmente pericolose, perché inidonee ad incitare odio o violenza; - l’analisi comparata delle legislazioni europee dimostrerebbe che la punibilità del negazionismo non è un dato acquisito in modo omogeneo e che, anzi, si tratta di un profilo discusso e critico, tanto più quando vengono in considerazione negazioni relative ad eventi diversi dalla Shoah; - la pena comminata concretamente a Perinçek (per quanto di lieve entità) dovrebbe valutarsi comunque come sproporzionata.

¹² È in questo modo che sia la Seconda sezione (§ 45) sia la Grande Camera (§ 104) pongono una preliminare differenza tra il caso Perinçek e il (famoso) caso Garaudy (Garaudy v. France, ric. n. 65831/01; per un commento a questa celebre pronuncia v., *ex multis*, A. Buratti, *L’affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei “miti fondatori” del regime democratico*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 2243 ss.

Con la decisione della Grande Camera, nel 2015, la Corte segue la stessa linea ricostruttiva, ma solo in termini generali, precisando: - che ciò che occorre verificare, nel caso concreto, è se la legislazione svizzera abbia operato un corretto bilanciamento tra la libertà di espressione dell'art. 10 della CEDU e l'esigenza di tutelare i diritti delle vittime, titolari, a loro volta, specificamente, di una posizione tutelata dall'art. 8 della CEDU; - che lo scrutinio che si deve operare dev'essere naturalmente stretto, soprattutto quando si discute di opinioni avversate dalla maggioranza; - che la Corte stessa ha affrontato questioni simili in molte occasioni, nelle quali ha già avuto a che fare anche con opinioni parimenti relative, oltre che alla Shoah, anche al genocidio armeno; - che il bilanciamento da effettuarsi, materialmente, da parte della Corte medesima non può che orientarsi su specifici livelli, ossia: a) accertando la reale natura delle dichiarazioni in esame (che qui si porrebbero su di un piano di indubbio interesse storico, politico e giuridico); b) valutando il contesto geografico, storico e temporale in cui esse sono state rese (e la Svizzera sarebbe storicamente, e anche attualmente, estranea al conflitto tra popolo armeno e popolo turco); c) apprezzandone l'effettiva idoneità offensiva e pericolosità concreta (nel caso di specie le affermazioni contestate non potrebbero definirsi come offensive o come istigatrici all'odio o alla violenza); d) verificando se esista o meno una disciplina incriminatrice comune negli Stati membri o un corrispondente obbligo internazionale di incriminazione (ma il negazionismo non viene considerato in modo omogeneo negli Stati membri, né alla Svizzera è applicabile la decisione quadro adottata nel 2008 dall'Unione europea¹³); e) analizzando con cura la proporzionalità della misura punitiva (che tuttavia potrebbe accertarsi, nella fattispecie, solo se la reazione statale si fosse limitata a sanzioni di natura civile).

3. – Tra Perinçek I e Perinçek II: un chiarimento essenziale e un dubbio finale

Nell'ambito dell'*iter* argomentativo delle due sentenze sono molti i punti meritevoli di attenzione; ciascuno, a ben vedere, richiederebbe un apposito

¹³ Si tratta della «Decisione quadro 2008/913/GAI, del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale». Per un'analisi dettagliata v. E. Fronza, *Negazionismo (diritto penale)*, cit., par. 4.

approfondimento. Il profilo che, tuttavia, desta uno specifico interesse è quello consistente nelle affermazioni che la Seconda sezione ha fatto in ordine alla diversità di trattamento tra l'Olocausto e il genocidio armeno.

Infatti, in uno specifico passaggio (§ 117) della motivazione, è parso che Perinçek I abbia voluto tracciare una linea di distinzione molto chiara, muovendo precisamente dalla constatazione che, con riguardo ed eventi del tipo di quelli al centro della controversia, è assai problematico riscontrare «a “general consensus”». Secondo la Corte, ciò dipende dal duplice fatto che «historical research is by definition subject to controversy and dispute and does not really lend itself to definitive conclusions or the assertion of objective and absolute truths». Eppure, sempre secondo la Corte, «a clear distinction can be made between the present case and cases concerning denial of crimes relating to the Holocaust» (così come già affrontati dalla Corte in altre pronunce), dal momento che, per un verso, in quei precedenti casi i ricorrenti «had not disputed the mere legal characterisation of a crime but had denied historical facts, sometimes very concrete ones, such as the existence of gas chambers», per altro verso, «their denial concerned crimes perpetrated by the Nazi regime that had resulted in convictions with a clear legal basis, namely Article 6, sub-paragraph (c), of the Charter of the (Nuremberg) International Military Tribunal, annexed to the London Agreement of 8 August 1945». Di più, secondo la Corte, i fatti storici dell'Olocausto «had been found by an international court to be clearly established».

Fatta eccezione per il riferimento – molto chiaro e condivisibile – alla differenza fondamentale che esiste tra la pura negazione e la differente definizione tecnica di un certo fatto, non si può negare che la ricostruzione in questione potrebbe prestare il fianco a molte critiche. Si potrebbe, cioè, ricavare l'impressione che il giudice, in Perinçek I, abbia voluto “fare la storia”, esprimendo anche un punto di vista istituzionalmente qualificato sulla possibilità di considerare come genocidio le atrocità subite dagli armeni nel 1915. È una posizione spiazzante, che genera ragionevoli perplessità. Sul punto è opportuno ricordare che l'assenza di un “consenso generale” su tale aspetto è un'affermazione particolarmente discutibile, se non altro per la circostanza che sono molte e autorevolissime le voci degli storici

che, anche alla luce di documenti e testimonianze assai chiare¹⁴, non hanno più dubbi nel definire il caso armeno come il primo caso (se non il prototipo), nel Novecento, di genocidio¹⁵.

Nonostante ciò, presi alla lettera, gli estratti surriprodotti della motivazione di Perinçek I suonano come inequivocabili: da un lato, paiono anche alludere ad una sorta di riconoscimento giuridico indiscusso del paradigma della cd. “unicità” della Shoah, escludendone il relativo dibattito (storiografico) dal novero di quei fatti sui quali possono coesistere, “per definizione”, opinioni diverse e contrapposte; dall’altro indicano la pre-esistenza, sul piano internazionale, di un riconoscimento espresso, anche di tipo giurisdizionale, come un fattore decisivo di differenziazione, quasi che la pregressa qualificazione giuridica operata da una corte potesse cristallizzare per sempre il particolare significato, anche storico, di determinati eventi.

Che tali affermazioni siano facilmente considerabili come particolarmente “forti” non è soltanto un’impressione: non è un caso, ad esempio, che, nella *joint concurring opinion* dei giudici Raimondi e Sajó si ribadisca come «determining truth in historical matters is not the role of the law, and even less that of the courts». La precisazione è stata senz’altro sentita come doverosa. Così come pare doverosa, nella medesima *opinion*, anche la notazione sulla consapevolezza che colui che ha

¹⁴ V., ad esempio, i documenti raccolti in F. Cortese, F. Berti (a cura di), *Pro Armenia. Voci ebraiche sul genocidio armeno*, con prefazione di A. Arslan, Firenze, 2015. Ma v. anche H. Morghentau, *Diario. 1913-1916. Le memorie dell'ambasciatore americano a Costantinopoli negli anni dello sterminio degli Armeni*, ed. it. a cura di F. Berti, F. Cortese, Milano, 2010, nonché B. Guerzoni, *Cancellare un popolo. Immagini e documenti del genocidio armeno*, Milano, 2013; D.E. Miller, L. Touryan Miller, *Survivors. Il genocidio degli armeni raccontato da chi allora era bambino*, Milano, 2007. Resta tuttora significativa una delle prime testimonianze dettagliate degli eventi del 1915, ossia il celebre testo di J. Lepsius, *Der Todesgang des armenischen Volkes: Bericht über das Schicksal des armenischen Volkes in der Türkei während des Weltkrieges*, Potsdam, 1919 (che era stato preceduto da un ulteriore scritto del 1916), tuttora non tradotto in italiano.

¹⁵ Nella letteratura italiana, una recente ricostruzione del caso armeno è fornita, per tutti, da M. Flores, *Il genocidio degli armeni*, Bologna, 2007. Più in generale, v. Y. Ternon, *Gli armeni. 1915-1916. Il genocidio dimenticato*, Milano, 2003; B. Bruneteau, *Il secolo dei genocidi*, Bologna, 2006; R. Gellately, B. Kiernan (a cura di), *Il secolo dei genocidi*, Milano, 2006; D. Bloxham, *Il «grande gioco» del genocidio. Imperialismo, nazionalismo e lo sterminio degli armeni ottomani*, Torino, 2007; M. Impagliazzo, *Il martirio degli armeni. Un genocidio dimenticato*, Brescia, 2015. V. anche il lavoro molto accurato, di “parte armena”, prodotto da V.N. Dadrian, *Storia del genocidio armeno. Conflitti nazionali dai Balcani al Caucaso*, Milano, 2003, nonché il testo (viceversa) più “scettico” di G. Lewy, *Il massacro agli armeni. Un genocidio controverso*, Torino, 2006.

coniato il termine tecnico-giuridico di “genocidio” (il giurista ebreo-polacco Raphael Lemkin: 1900-1959) «had in mind the 1915 massacres and deportations»¹⁶.

Il fatto è che, a ben vedere, le statuizioni apparentemente così “nette” di Perinçek I non vanno sopravvalutate, poiché esse riposano in larga parte sulle convinzioni garantistiche che stanno alla base del fondamentale principio di legalità, centrale laddove si discuta sulla legittimità di una determinata incriminazione. Ciò significa, in buona sostanza, che già dalla lettura di Perinçek I ci si sarebbe potuti avvedere che la preoccupazione della Corte non era quella di *entrare nel dibattito storiografico*, bensì, paradossalmente, di *restarne del tutto al di fuori*, andando alla ricerca, sul piano internazionale, di una qualche *base giuridica particolarmente riconoscibile*.

In quest’ultima prospettiva, «nel contesto di quella che si può definire come “sedimentazione progressiva” di un “quadro giuridico di riferimento presupposto” sul genocidio e sulle relative fattispecie concrete, non c’è dubbio che la “posizione” della Shoah sia molto più forte di quella relativa al “Grande Genocidio” armeno»¹⁷. E questa non è osservazione che possa condizionare in alcun modo il dibattito sulla cd. “unicità della Shoah” e sullo studio dei percorsi novecenteschi che hanno portato a diverse e molteplici esperienze genocidarie¹⁸: qui il tema è diverso; ad essere in gioco è l’individuazione di un parametro squisitamente giuridico. Al

¹⁶ La Corte cita espressamente R. Lemkin, *Axis Rule In Occupied Europe: Laws Of Occupation, Analysis Of Government, Proposals For Redress*, Washington, 1944. Ma v. già Id., *Les actes constituant un danger général (interétatique) considérés comme délits de droits de gents*, Paris, 1934. In argomento v., nella letteratura italiana, l’ampia ricostruzione di C. Leotta, *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Torino, 2013. Cfr. anche J. Martin, *The Man Who Invented “Genocide”: The Public Career and Consequences of Raphael Lemkin*, Torrance, 1984; J. Cooper, *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*, Basingstoke-UK, 2008; S.L. Jacobs, *Lemkin on Genocide: An Introduction*, Lanham-Maryland, 2012; D. Schaller, J. Zimmerer (eds.), *The Origin of Genocide. Raphael Lemkin as a historian of mass violence*, London-New York, 2009. L’interesse di Lemkin per il tema armeno ha un *terminus a quo* specifico: da giovane studente di giurisprudenza, presso l’Università di Lwów, resta vivamente impressionato dai resoconti giornalistici del processo tenutosi a Berlino nel 1921 a carico di un giovane armeno, Soghomon Tehlerian, accusato di aver ucciso Mehmet Talaat, ex Ministro degli Interni del Governo turco (gli atti di questo processo sono stati recentemente pubblicati, in versione integrale, anche in Italia: “L’imputato non è colpevole”, Lecce, 2006). Quel caso giudiziario fu davvero rimarchevole ed eccezionale, sia perché in esso fu disposta una sorta di consulenza storica *ante litteram* (e sui fatti del 1915-1916 testimoniarono alcuni sopravvissuti al genocidio, e anche J. Lepsius, già cit. *supra* a nt. 13), sia perché la Corte d’Assise di Berlino giunse ad assolvere il giovane studente, ritenendo che egli non fosse colpevole, e ciò anche sulla base dell’acquisizione che la coscienza di quel giovane era stata concretamente alterata dal peso che egli e il suo popolo erano stati costretti a subire.

¹⁷ V. F. Cortese, F. Berti, *Postfazione*, in *Pro Armenia*, cit., 120, nt. 27.

¹⁸ In merito v. il panorama offerto da F. Berti, F. Cortese (a cura di), *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, con prefazione di M. Flores e postfazione di G. Vassalli, Milano, 2008.

contempo, tuttavia, «ciò non toglie (...) che quel “quadro” muti e che in tale direzione possa svolgere un ruolo forte anche la diversa sensibilità che la diffusione delle testimonianze (...) può promuovere (anche nei Governi e nelle loro istituzioni: non è un caso che la Corte, per suffragare i propri argomenti, ricorra anche ad un’analisi sull’intensità e numerosità dei riconoscimenti ufficiali dell’esistenza del genocidio armeno nei diversi paesi e nel contesto internazionale)»¹⁹.

Non è un caso, allora, che Perinçek II, pur seguendo la stessa soluzione accolta in Perinçek I, abbia, per così dire, abbandonato l’equivoca ricostruzione generalizzante che ora si è rapidamente rievocata. Perinçek II ha scelto di enfatizzare le peculiarità del caso concreto, sia insistendo molto sul fatto che la condotta del politico turco non era caratterizzata da negazioni suscettibili di stimolare, *in Svizzera*, odio o intolleranza, sia mettendo in luce, proprio per questa ragione, le caratteristiche (originali) dei precedenti in cui la Corte si è occupata di «cases concerning historical debates»²⁰, sia (ancora) sottolineando che, anche in quest’ultima occasione, si trattava di valutare la conformità alla CEDU della (sola) legislazione di un Paese specifico, prendendone in esame le peculiarità di contesto.

Quest’ultimo aspetto è molto interessante, perché, così facendo, la Corte si è spostata – verrebbe da dire “strategicamente” – dal piano, scivoloso, di ciò che è genocidio nel giudizio degli storici a ciò che, alla stregua dei parametri CEDU, non può essere giuridicamente considerato come tale *dai giudici svizzeri*. Da questo punto di vista, la Corte non fa altro che *circostanziare* la possibile rilevanza della necessità, in *una* società democratica, di adottare misure incriminatrici contro il negazionismo del genocidio armeno: il contesto in cui Perinçek ha fatto le sue affermazioni «was not marked by heightened tensions or special historical overtones in Switzerland»; quelle stesse affermazioni, del resto, «cannot be regarded as affecting the dignity of the members of the Armenian community to the point of requiring a criminal law response in Switzerland»; e infine «there is no international law obligation for Switzerland to criminalise such statements»²¹.

¹⁹ F. Cortese, F. Berti, *Postfazione*, cit., ibid.

²⁰ V. ai §§ 213-220 della motivazione.

²¹ Sono queste le conclusioni con cui la Grande Camera riassume le sue valutazioni: v. al § 280 della motivazione.

Rimane, tuttavia, un dubbio. E si tratta di una perplessità che bene viene intuita anche dall'*opinion* (parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente) del giudice Nussberger, e che, anzi, viene *utilizzata* dalla *joint dissenting opinion* di altri sette giudici per provare ad illustrare le possibili ragioni di un verdetto radicalmente opposto.

Nussberger, in particolare, oltre a ripetere il suo disaccordo rispetto al passaggio in cui Perinçek I aveva distinto tra negazione dell'Olocausto e negazione del genocidio armeno (il § 117 della motivazione della Seconda sezione, come sopra riassunto), dimostra di non essere pienamente convinto anche della successiva spiegazione (come si è detto) *circostanziata* della decisione. Ciò che non convince Nussberger – e del tutto comprensibilmente – è il fatto che la Corte, in Perinçek II, è stata di fatto costretta a *dequotare* la rilevanza *valoriale* del *fatto* Olocausto, circoscrivendola a quelle società che vi hanno dovuto, per così dire, “fare i conti” più da vicino o che, ancora, continuano a sperimentare concretamente il pericolo di derive antisemite²².

Se per Nussberger, però, questa criticità del ragionamento della Corte non fa altro che dimostrare che il punto determinante, in controversie quali il caso Perinçek, è quello che si è richiamato prima, evocando il principio di legalità (e che è a questo specifico profilo che la Corte avrebbe dovuto dedicare una più *scoperta* – e questa volta sì, correttamente *circostanziata* – attenzione²³), per i giudici dissenzienti il «geographically restricted approach apparently adopted by the majority» rischia di mettere in crisi, in radice, la vocazione universalistica che certi eventi hanno nel

²² Le parole di Nussberger sono molto chiare: «I cannot agree with this approach. For me it is not only “laudable, and consonant with the spirit of universal protection of human rights, ... to seek to vindicate the rights of victims of mass atrocities regardless of the place where they took place”(paragraph 246 of the judgment), but this is wholly sufficient to justify legislation of this kind. It is a “choice of society” (...) which the Court has to accept. Legislation expressing solidarity with victims of genocide and crimes against humanity must be possible everywhere, even if there are no direct links to the events or the victims, even if a long period of time has elapsed, and even if the legislation is not directly aimed at preventing conflicts. Each society must be free to settle the conflict between free and unrestricted debate on historical events and the personality rights of victims and their descendants in accordance with its vision of historical justice in the case of what is alleged to be a genocide».

²³ Perché se è vero che ogni società potrebbe scegliere di punire atti di negazionismo, è altrettanto vero che questa opzione «has to be based on a transparent and open democratic debate in society and has to be laid down in law in such a way as to make it clearly foreseeable what statements are allowed and what statements are not only taboo, but attract criminal sanctions». In Svizzera – nota Nussberger – il processo che ha portato all'introduzione della fattispecie contestata «was not focused on the “Armenian question”».

richiedere una *risposta* internazionale e che è sottesa, sin dall'origine, alla stessa adozione della CEDU. In altri termini, se l'approccio di Perinçek II fosse quello corretto, allora «one might come to the view that denial in Europe of genocides perpetrated in other continents, such as the Rwandan genocide or the genocide carried out by the Khmer Rouge regime in Cambodia, would be protected by freedom of expression without any limits, or with scarcely any»: per i dissenzienti, tale soluzione non rifletterebbe «the universal values enshrined in the Convention».

Ma si potrebbe anche dire di più, quanto meno nel senso che – diversamente da quanto sostenuto dalla Grande Camera (v. §§ 242-243) – il desiderio «to “avoid a repetition of those experiences by founding its new State on the idea that it should be a ‘democracy capable of defending itself’”» – volontà che sarebbe alla base dell'esperienza costituzionale cui ha dato vita, nel secondo dopoguerra, la Repubblica federale tedesca – non può invocarsi solo per alcuni Stati democratici, bensì anche per altri Stati che, non solo in Europa, abbraccino espressamente *questo paradigma democratico* (o, meglio, questa specifica visione dello Stato democratico).

Perinçek II, dunque, in qualche modo, per fuggire dai rischi indotti dalla *troppo facile*, o equivoca, spiegazione di Perinçek I, si è imbattuta una questione virtualmente ulteriore, e forse *logicamente* e *giuridicamente* più grande e delicata, quella, cioè, concernente il confronto tra modelli di *democrazia aperta* e modelli di *democrazia protetta*²⁴. E occorre riconoscere, peraltro, che forse la Corte non ne aveva una particolare necessità, visto che buona parte delle sue considerazioni sull'impatto di certe negazioni sul contesto sociale specifico potevano essere pacificamente valorizzate per rafforzare l'idea – che trova un certo fondamento, questa sì, nell'analisi comparata e nella disciplina adottata dall'Unione europea²⁵ – che ad

²⁴ Per una applicazione di questa dicotomia tra modelli con riguardo all'argomentazione della (non) ammissibilità dell'introduzione, nell'ordinamento italiano, di una fattispecie che incrimini il negazionismo v. G.E. Vigevani, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014 (disponibile anche online al seguente indirizzo: <http://www.rivistaaic.it/radici-della-costituzione-e-repressione-della-negazione-della-shoah.html>).

²⁵ L'art. 1 della Decisione quadro già cit. *supra* rende punibili gli atti di negazione (o di minimizzazione grossolana) di un genocidio solo allorché «i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro». Ma si ricordi anche che il Tribunal constitucional ha “salvato” la legittimità costituzionale dell'apposita fattispecie di reato prevista in Spagna (art. 607 del codice penale) alla sola condizione che all'atto della negazione si accompagni, effettivamente, l'istigazione a darvi seguito con altri atti criminali. Così nel celebre caso Varela; cfr. la sentenza n. 235/2007, del 7 novembre 2007, reperibile online al seguente indirizzo: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/12/10/pdfs/T00042-00059.pdf>.

essere pericolose, nel negazionismo, sono tutte le condotte che si rivelino di fatto idonee a (ri)suscitare (o a replicare) atteggiamenti concretamente discriminatori o violenti. Se c'è qualcosa, in definitiva, che il caso Perinçek ci può trasmettere è che, dinanzi al negazionismo, l'appello a posizioni presupposte dal carattere asseritamente risolutivo (l'idea che l'opinione pubblica e la ricerca storica siano sempre capaci di "difendersi" da sole, da un lato; l'idea che, viceversa, il faro di ogni possibile valutazione consista nella tutela di un certo modo di porsi dello Stato democratico, dall'altro) non porta nulla di buono, e spinge interpreti e giudici al di fuori dello spazio, propriamente e tipicamente giuridico, in cui le tensioni assiologiche, lungi dal dominare l'una sull'altra, dovrebbero trovare un armonico componimento o, se si vuole, una razionalizzazione.

4. – Tra storia e diritto: qual è il posto della memoria?

Evidentemente, la traiettoria seguita dalla Corte – con il suo percorso così tortuoso e complesso – non risolve le delicate questioni che sono sottese alla criminalizzazione del negazionismo. Essa lascia intuire condivisibilmente, per un verso, che esiste un problema di riconoscimento *giuridico* previo e diffuso del valore di determinati eventi (al fine di poterne inferire legittimamente conseguenze rilevanti sul piano ugualmente *giuridico*) e, per altro verso, che punire un'opinione è sempre un'attività di per sé controversa e di dubbia legittimità (visto che, per essere sanzionata, *non dev'essere più un'opinione*, ma deve manifestarsi con modalità che siano intrinsecamente dotate di un carattere lesivo aggiuntivo e chiaramente percepibile in un determinato contesto). Non si tratta, per vero, di acquisizioni di poco momento.

Ciò premesso, tuttavia, la Corte – che, ad ogni modo, occorre ricordarlo, è un giudice, sia pur particolare, e non un legislatore... – non discute della fragilità costitutiva dell'opzione a monte, ossia dell'idea che il ricorso alla sanzione penale possa essere realmente funzionale allo scopo che, *in uno Stato democratico che si vuole autotutelare*, la comunità intende proporsi²⁶. Da un certo punto di vista, anzi, si potrebbe constatare che, soprattutto in Perinçek II, coerentemente con il segnalato processo di allontanamento da una lettura pienamente universalistica, la Corte

²⁶ V., per una visione critica, i lavori di E. Fronza, cit. *supra* a nt. 1. Ma v. anche S. Parisi, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 879 ss.

enfattizza uno stretto legame tra tutela contro il negazionismo e dignità delle vittime, come se l'unico elemento giustificatore per l'assunzione della tutela più forte, quella penale per l'appunto, risiedesse nella compenetrazione, anche solo parziale (purché storicamente, culturalmente e socialmente apprezzabile), tra la comunità nel suo complesso e le ragioni dei discendenti delle *vittime* storiche che essa ha voluto ospitare e riconoscere.

Si può dire, tuttavia, che il negazionismo ponga solo un problema di tutela delle vittime? Si può dire, ancora, che il negazionismo abbia soltanto a che fare con l'offesa a beni giuridici di cui si debba predicare una specifica appartenenza comunitaria? Si può dire, meglio, che il negazionismo implichi solo una tutela forte di quei beni (magari imposta anche per mezzo di un ricordo-con-forza-di-legge²⁷) e non, invece, la definizione fisiologica di uno spazio pubblico di condivisione dei processi che *fanno* la memoria collettiva, quale serbatoio di esperienze e di convinzioni profonde che hanno bisogno di riconoscersi reciprocamente per riuscire effettivamente a ricomporsi nell'osservanza di una comune cornice costituzionale?

Senza voler ripercorrere integralmente i toni di una meditazione offerta in altra sede²⁸, è necessario sottolineare che la risposta a questi interrogativi non può che essere negativa. Tali interrogativi, infatti, dovrebbero invitarci a scoprire che, nella dialettica tra storia e diritto, ciò di cui il secondo può e deve legittimamente occuparsi riguarda solo la predisposizione e la garanzia delle occasioni, dei luoghi e dei momenti, se del caso anche istituzionali, in cui la memoria possa formarsi. Questo processo, poi, è tanto più efficace e significativo allorché la memoria sia riconosciuta innanzitutto *dagli altri*, da coloro, cioè, che non sono stati partecipi di un determinato evento e che, tuttavia, ne riconoscono le ragioni come parte del patrimonio costituzionale che li unisce alla più ampia comunità cui appartengono. Lo spazio per una *costituzionalizzazione ragionevole dell'universalismo* – operazione che nella sfera penale, abbandonata a se stessa, si presta a cortocircuiti difficili da risolvere²⁹ – è decisamente questo e consiste, così, più nello specifico, nella legittima

²⁷ Per mezzo, ad esempio, di specifiche “leggi della memoria”, sui cui limiti v., per tutti, A. Pugiotto, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 7 ss.

²⁸ Cfr. F. Cortese, *Memoria e diritto*, cit., passim.

²⁹ Oltre che ad esiti poco effettivi: punire un negazionista non è mai un risultato notevole, sia perché il negazionismo è fatto di reti vere e proprie, sia perché, in quelle reti, la repressione di un singolo nodo comporta il rafforzamento degli altri, e ciò proprio per mezzo del più potente mezzo

previsione di momenti pubblici in cui le diversità delle letture e degli approcci possano vedersi reciprocamente compartecipi di un traguardo comune. Sono tali momenti a dare concretezza e profondità alle percezioni che una comunità ha circa determinati eventi e circa il senso che essi possono avere anche per chi non vi ha preso parte³⁰.

La lettura di un breve ma intenso romanzo, *Il Libro di Mush*, di Antonia Arslan³¹, fornisce una buona metafora per chiarire questa prospettiva. Ed è anche un caso di come ci si possa avvalere di un piccolo percorso di *Law & Literature* per illuminare un passaggio interpretativo.

Il racconto narra una vicenda semplice e straordinaria allo stesso tempo, che si svolge proprio nel bel mezzo del genocidio armeno del 1915. Due donne, Anoush e Kohar, ed un bambino, Hovsep, unici sopravvissuti armeni di un villaggio completamente distrutto dall'esercito turco che ne ha sterminato la popolazione, si imbattono nel famoso Msho Charantir, il Libro dei Sermoni vecchio di settecento anni e custodito nel monastero di Surp Arakelots, fondato nel IV sec. da San Gregorio l'Illuminatore. Si è misteriosamente salvato dall'incendio che è stato appiccato anche al convento. Le donne decidono di portarlo con sé, nella loro lunghissima fuga dal terrore, aiutati da una coppia di greci, Eleni e Makarios, e scortati da un altro superstite, Zacharias, un anziano cui i carnefici hanno tagliato la lingua.

Il nucleo della storia non consiste nel suo finale, nel salvataggio riuscito, nella consegna del Libro ai monaci di Etchmiadzin. E neanche nel solo ricordo, terribile, del genocidio, delle barbarie che lo hanno caratterizzato, della sorte, altrettanto dura, che è toccata ai pochi salvati. La narrazione si muove ad una profondità maggiore, attorno ad altri poli, tra i quali spicca, implicitamente, l'importanza, quasi salvifica, che la memoria collettiva – materializzata nel Libro – riveste anche per il *diverso*, anche per colui che *per stirpe* non può apparentemente condividere gli stessi motivi di

di infiltrazione e di diffusione che tali reti utilizzano, ossia il richiamo (naturalmente retotrico) alla libertà di espressione e ai “rischi” che essa corre.

³⁰ Come già segnalato (e sia pur su di un piano diverso), un buon esempio di questo approccio è dato dalle iniziative sostenute e incoraggiate dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano per il 9 maggio (il cd. “Giorno della memoria dedicato alle vittime del terrorismo”): v., in proposito, F. Cortese, *Memoria e diritto*, cit., passim.

³¹ A. Arslan, *Il Libro di Mush*, Milano, 2012.

resistenza o di fuga, e quindi anche per Eleni, che, pur essendo greca, e pur celando nel suo cuore gli stessi nostalgici sogni del compagno Makarios, capisce e condivide il destino dei fuggiaschi armeni, accollandosi pericoli e responsabilità.

L'immagine è molto efficace: quel genocidio e la tutela della sua memoria e della memoria del popolo che ne è stato travolto hanno un significato profondo soprattutto se sono soggetti diversi dalle vittime a farsene carico. Così, in uno Stato democratico (o in una comunità di Stati che vogliano dirsi tali) anche il nucleo forte delle conquiste costituzionali può trarre dalla condivisione e dalla comunicazione della memoria, anche altrui, sia un "rafforzativo" della cittadinanza (e di ciò che viene richiesto anche agli stranieri di riconoscere per essere accolti in una data comunità), sia un fattore di riscoperta ulteriore (quello della vocazione universale che ancora oggi si riconosce al costituzionalismo e che ha animato la "lotta per" i diritti e per le libertà, dagli albori della Modernità ai giorni nostri).

In questo modo, il «ricordo di ciò che è stato (...) diventa alimento per un precipitato culturale senza il quale le libertà e i diritti civili da difendere rischiano di prestarsi a mera forma (...), la vera sostanza cui occorre riferirsi per costruire e garantire una visione oggettiva e *umanistica* della tradizione costituzionale e dei valori di cui questa si è fatta effettivo portavoce»³².

³² F. Cortese, F. Berti, *Postfazione*, cit., 121.



ISSN 2037-6677

2016/1

Il Brasile alla prova del diritto: l'impeachment del Presidente Dilma Rousseff tra cause e conseguenze

The impeachment of the President Dilma Rousseff: reasons and effects

M. Figueredo

Tag: impeachment, Brazil, Dilma Rousseff



Il Brasile alla prova del diritto: l'*impeachment* del Presidente Dilma Rousseff tra cause e conseguenze¹

di Marcelo Figueiredo *

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Il rafforzamento della magistratura, dei procuratori e della polizia federale. 3. – L’operazione “Lava-Jato” e il rafforzamento della magistratura. 4. – Gli ultimi sviluppi e il peggioramento della crisi politica. 5. – Le difficoltà giuridiche.

1. – Introduzione

Il Brasile sta attraversando un momento delicato. Una forte crisi politica, economica e sociale, che è peggiorata negli ultimi giorni, sta inficiando direttamente la capacità di governare del partito di governo (il PT – Partito dei Lavoratori) e, soprattutto, del governo che ha come capo dell’esecutivo Dilma Rousseff.

La crisi economica è stata causata da diversi motivi². Il primo può essere identificato nella totale mancanza di investimenti in infrastrutture, che ha portato il

¹ Traduzione dal portoghese di Alessandro Zagarella e Pier Luigi Petrillo.

* Marcelo Figueiredo. Avvocato in São Paulo, Brasil. Professor Associado de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice-Presidente dell’Associazione Internazionale di Diritto Costituzionale IACL-AIDC.org.

² A partire dal 2012 il Brasile ha visto un forte interventismo nell’economia, eccesso di volontarismo da parte del governo. Solo per rifinanziare l’ammortamento delle infrastrutture e

paese a perdere competitività in ambito sia interno sia esterno. La spiegazione di questo caos è da ricercarsi nelle questioni strategiche.

La seconda ragione principale, per cui siamo arrivati al punto in cui ci troviamo, risiede nella più totale mancanza di una pianificazione strategica a lungo termine della nostra economia. Il governo continua a lavorare attraverso una strategia di risposta ai fatti, una vera e propria operazione "tappabuco", in cui vengono adottate misure emergenziali per affrontare problemi che potrebbero essere facilmente risolti se ci fosse quella pianificazione macroeconomica oggi inesistente.

Il terzo, e, forse, più grave problema, è la sottomissione della politica economica alla politica di partito. Ciò ha portato a un crollo della pubblica amministrazione che sta danneggiando tutti i settori della società, come l'istruzione, la salute, la sicurezza e, naturalmente, l'economia.

Il quarto motivo, forse il più grave dal punto di vista politico, è la totale mancanza di credibilità del governo. Con scandali che si accumulano ogni giorno e l'impunità che aumenta nel tempo, il governo non ha oggi abbastanza credibilità per fare affidamento sul sostegno dei vari settori della società brasiliana.

Senza misure dure e coordinate, la situazione economica del Brasile tende a peggiorare, e durante una recessione di grandi proporzioni come quella attuale, si corre anche il rischio che il paese venga sedotto dall'eterodossia economica "bolivariana" adottata dai vicini venezuelani e argentini con risultati tragici.

Alternative per la ripresa della crescita esistono, ovviamente. Ma un rilancio dell'economia dipenderà esclusivamente da un nuovo governo che esca dalle urne con rappresentatività e legittimità rinnovate.

2. – Il rafforzamento della magistratura, dei procuratori e della polizia federale

La Costituzione del 1988 ha rafforzato le istituzioni di controllo della pubblica amministrazione, dando autonomia alla magistratura e alle Istituzioni del sistema

produrre la crescita economica è necessario investire circa il 15% del PIL all'anno. Il Brasile non è riuscito ad aumentare l'attività economica in quantità sufficienti per crescere. Si trova purtroppo in un momento di stagnazione.

giudiziario in generale. Come già accaduto in Italia e negli Stati Uniti, il Brasile vive attualmente il susseguirsi di varie operazioni di polizia finalizzate a combattere numerosi scandali di corruzione, come i noti “Mensalão”³ e il successivo “Petrolão”⁴.

³ Così divenne noto e conosciuto al pubblico lo schema di compravendita dei voti dei parlamentari, scoppiato nel primo mandato del governo di Luiz Inácio Lula da Silva (PT-Partito dei Lavoratori). C'erano già voci di questa “compravendita” di voti da parte dei deputati, ma nulla era stato dimostrato. Fino a quando questo schema è stato rivelato dall'allora deputato Roberto Jefferson (PTB - RJ), in un'intervista al quotidiano Folha de São Paulo, ai primi di giugno del 2005. Roberto Jefferson è stato accusato di coinvolgimento nei processi di acquisto fraudolento effettuate dai dipendenti della Società Brasiliana di Poste e Telegrafi (ECT), legata al PTB, partito di cui è stato presidente. Prima che fosse istituita una Commissione Parlamentare di Inchiesta (CPI) per indagare sul caso Poste, il deputato ha deciso di segnalare il caso Mensalão. Secondo Jefferson, deputati della coalizione di governo alleata del PT hanno ricevuto una “indennità” di 30 mila reais per votare secondo gli orientamenti del governo. Questi parlamentari, i “mensaleiros”, sarebbero afferenti al PL (Partito Liberale), al PP (Partito Progressista), al PMDB (Partito del Movimento Democratico Brasiliano) e allo stesso PTB (Partito Laburista Brasiliano). Un nucleo sarebbe stato responsabile per la compravendita di voti e anche per corruzione attraverso incarichi in aziende pubbliche. José Dirceu, allora Ministro della Casa Civile, è stato indicato come a capo dello schema criminale. Delúbio Soares, tesoriere del PT, è colui che provvedeva al pagamento dei “mensaleiros”. Il gruppo avrebbe anche pagato i debiti del PT e la spesa per le campagne elettorali in contanti. Marcos Valerio Fernandes de Souza, pubblicitario e proprietario delle agenzie che detengono più contratti di lavoro con le agenzie governative, sarebbe uno degli operatori del Mensalão. Valerio riscuoteva i soldi delle aziende trasferendoli in banche statali e private, attraverso prestiti che non sono mai stati pagati. Fernanda Karina Somaggio, ex segretario del pubblicitario è stata uno dei testimoni che hanno confermato lo schema criminale, soprannominato “valerioduto”. Altre figure di primo piano nel governo e nel PT sono state identificate come parte del “Mensalão”, come José Genoíno (presidente del PT), Sílvio Pereira (segretario del PT), João Paulo Cunha (presidente della Camera dei deputati), il Ministro delle Comunicazioni, Luiz Gushiken, il Ministro dei Trasporti, Anderson Adauto, e anche il Ministro delle Finanze, Antonio Palocci. Tutti gli accusati sono stati rimossi dai loro incarichi. Sebbene non vi fosse alcuna prova concreta del sistema di corruzione, le persone coinvolte non sono riuscite a difendersi in maniera appropriata durante gli interrogatori presso il CPI delle Poste, istituito dagli investigatori sul caso. Lula ha negato di essere a conoscenza del Mensalão. Lo stesso Roberto Jefferson lo ha risparmiato dalle accuse. Mentre i suoi uomini forti cadevano, Lula riuscì a rimanere in carica e ad essere ancora rieletto nel 2006. Nell'agosto del 2007, più di due anni dopo la denuncia dell'organizzazione criminale, il Tribunale Supremo Federale ha accolto l'esposto del procuratore generale e citato in giudizio quaranta delle persone coinvolte nello scandalo del Mensalão. Tra gli imputati: José Dirceu, Luiz Gushiken, Anderson Adauto, João Paulo Cunha, Marcos Valerio, Roberto Jefferson, che risponderanno, tra gli altri, per i reati di corruzione passiva e attiva, racket, riciclaggio di denaro.

⁴ Petrolão è il nome dato ad un sistema di corruzione e appropriazione indebita che ha avuto luogo nella Petrobrás, la più grande impresa di proprietà statale del Brasile. Questo scandalo è legato a diversi partiti politici, tra cui il Partito dei Lavoratori (PT), il Partito Progressista (PP) e il PMDB. Tale schema è stato utilizzato per deviare il denaro di Petrobrás, mediante contratti gonfiati e denaro sporco, a beneficio dei politici. Questo denaro è stato utilizzato anche per accordi politici, per comprare voti e per finanziare campagne politiche. Nel marzo 2014, l'operazione della Polizia Federale denominata “Lava-Jato” ha arrestato i cambiavalute Alberto Youssef e Paulo Roberto da Costa. Questa indagine ha confermato che Paulo Roberto Costa, l'ex direttore del settore acquisti della Petrobrás, riceveva tangenti da imprenditori (grandi costruzioni) che fornivano servizi a Petrobrás. Successivamente, Alberto Youssef ha utilizzato i soldi per corrompere alcuni politici.

Per la prima volta in Brasile sono emerse alla luce le viscere del gioco sporco e dell'associazione criminale tra potere politico e grandi imprese.

3. – L'operazione “Lava-Jato” e il rafforzamento della magistratura

La cosiddetta operazione “Lava-Jato”⁵ si è rivelata un potente strumento per la polizia, i procuratori federali e la magistratura nella lotta contro il riciclaggio di denaro, pagamento di tangenti e appropriazione indebita di fondi pubblici, che coinvolgono politici in alte posizioni e grandi imprese.

Parte del suo successo è dovuta al fatto che molti degli indagati o degli accusati hanno iniziato a collaborare con gli investigatori⁶, come è accaduto ad esempio in Italia con l'operazione Mani Pulite. In realtà, pare che il giudice principale che ne è a capo, Sergio Moro, si sia ispirato proprio allo storico esempio italiano.

Secondo il Procuratore Federale⁷, l'operazione “Lava-Jato” può essere riassunta come segue: “Il nome dell'operazione, “Lava-Jato”, deriva dall'uso di una rete di stazioni di carburante e autolavaggio automatico⁸ per spostare fondi illeciti appartenenti ad una delle organizzazioni criminali inizialmente indagata. Anche se l'indagine è poi avanzata coinvolgendo altre organizzazioni criminali, il nome iniziale è rimasto immutato. “Lava-Jato” è la più grande indagine di corruzione e riciclaggio di denaro che il Brasile abbia mai avuto. Si stima che il volume delle risorse deviato dalle casse di Petrobrás, maggiore azienda statale del paese, sia di alcuni miliardi di reais. A questo si aggiunge l'estrazione economica e politica di coloro che sono sospettati di aderire al sistema di corruzione che coinvolge l'azienda. In un primo

Nelle confessioni di Alberto Youssef, più di 30 politici sono stati coinvolti nel sistema di corruzione. In un interrogatorio della Polizia Federale, Youssef ha rivelato che alcuni grandi nomi sono coinvolti nel sistema, tra cui anche Dilma Rousseff e Lula da Silva. Tuttavia, Youssef non ha presentato alcuna prova che confermi il coinvolgimento delle due figure politiche citate. L'operazione prosegue, moltiplicandosi in centinaia di indagini e azioni che interessano numerosi imprenditori e politici famosi.

⁵ Per una visione più generale dell'operazione è consigliata la consultazione del seguente sito: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>

⁶ Attraverso l'Istituto giuridico della “delação premiada”. Negli ultimi dieci anni il Brasile ha previsto innumerevoli leggi che incentivano i criminali a confessare gli schemi di corruzione in cambio di una riduzione della loro pena.

⁷ <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>

⁸ Lava-Jato indica il posto dove un macchinario lava le automobili automaticamente, con getti d'acqua ad alta pressione.

momento delle indagini, sviluppatasi a partire da marzo 2014, presso la Corte Federale di Curitiba, sono state indagate e processate quattro organizzazioni criminali capeggiate da cambiavalute, gli operatori paralleli del mercato dei cambi. Successivamente, i procuratori federali sono riusciti a raccogliere prove di un vasto schema criminale di corruzione che coinvolge Petrobrás. In questo schema, che dura almeno da dieci anni, le grandi imprese, organizzate in cartello, pagavano tangenti agli alti dirigenti di Stato e ad altri funzionari pubblici. La quota delle tangenti variava tra l'1% e il 5% dell'importo totale di contratti miliardari gonfiati adeguatamente. Questa mazzetta veniva distribuita attraverso gli operatori finanziari dello schema, tra cui i cambiavalute indagati nella prima fase. Gli appalti - In uno scenario normale, gli imprenditori concorrerebbero tra loro con offerte per ottenere i contratti da Petrobrás, e l'azienda statale dovrebbe scegliere l'offerta dell'azienda che accetta di fare il lavoro al prezzo più basso. In questo caso, gli imprenditori creano un cartello in un "club" per sostituire una concorrenza reale con una concorrenza apparente. I prezzi offerti a Petrobrás erano calcolati e aggiustati in riunioni segrete nelle quali si definiva chi avrebbe vinto il contratto e quale sarebbe stato il prezzo, gonfiato a beneficio del privato e a scapito delle casse dello Stato. Il cartello aveva anche un regolamento che, simulando le regole di un campionato di calcio, definiva come sarebbero stati distribuiti gli appalti. Per nascondere il crimine, il registro scritto della distribuzione degli appalti era redatto, a volte, come se fosse relativo alla distribuzione dei premi del bingo. I funzionari della Petrobrás - Le aziende dovevano garantire che solo quelli del cartello fossero invitati a presentare offerte. Per questo motivo era conveniente cooptare i funzionari pubblici. I dipendenti non solo facevano finta di non conoscere il cartello, di cui essi erano al corrente, ma lo favorivano limitando gli invitati alla presentazione delle offerte e comprendendo il vincitore tra i partecipanti, in un gioco di carte truccate. Secondo le indagini interne della Petrobrás, tra le altre irregolarità, venivano fatti negoziati diretti ingiustificate, venivano richieste integrazioni non necessarie e con prezzi eccessivi, si acceleravano le contrattazioni con la soppressione di passaggi rilevanti e venivano fatte trapelare informazioni riservate. Gli operatori finanziari - gli operatori finanziari o intermediari erano responsabili non solo per l'intermediazione del pagamento delle tangenti, ma soprattutto per la consegna della mazzetta mascherata come denaro pulito ai beneficiari. In un primo momento, il denaro era trasferito

dagli imprenditori all'operatore finanziario. Questo accadeva in contanti per movimentazioni verso l'estero e attraverso contratti simulati con società di copertura. In un secondo momento, il denaro passava dagli operatori finanziari al beneficiario in contanti, mediante trasferimenti all'estero o attraverso il pagamento di beni. Politici - Un'altra linea di indagine, corrispondente alla sua integrazione verticale, è cominciata nel marzo 2015, quando il procuratore generale della Repubblica ha presentato al Tribunale Supremo Federale 28 istanze per l'apertura di indagini penali volte ad appurare fatti attribuiti a 55 persone, di cui 49 titolari di "foro privilegiato", viste le prerogative dei loro incarichi politici. Queste persone facevano parte o erano legate a partiti responsabili della nomina e della conferma degli amministratori della Petrobrás. Gli indagati erano stati citati nelle testimonianze dei collaboratori di giustizia realizzate in primo grado per delega del procuratore generale. In primo grado saranno indagati i politici per cattiva condotta nell'ambito civile, e nell'ambito penale coloro privi di prerogativa di foro speciale. Questa ripartizione politica ha dimostrato di essere più evidente per le seguenti direzioni: Acquisti, occupata da Paulo Roberto Costa tra il 2004 e il 2012, indicato dal PP, con ulteriore sostegno da parte del PMDB; Servizi, occupata da Renato Duque tra il 2003 e il 2012, indicato dal PT; e Internazionale, occupata da Nestor Cerveró tra il 2003 e il 2008, indicato dal PMDB. Per la Procura Generale della Repubblica (MPF), questi partiti politici agivano come una associazione a delinquere, in modo stabile, con comunione di sforzi e unità di progetto per realizzare vari reati, tra cui corruzione passiva e riciclaggio di denaro. Fernando Baiano e João Vacari Neto lavoravano nello schema criminale come operatori finanziari, in nome dei membri del PMDB e del PT."

D'altra parte, alcuni avvocati penalisti e settori di sinistra più legati al Partito dei Lavoratori sono insorti contro l'operazione "Lava-Jato" e alcune delle sue pratiche. Essi affermano quanto segue in un recente manifesto sul tema: "Non c'è mai stato un procedimento penale in cui le violazioni degli standard minimi per un giusto processo si stiano verificando in relazione a un numero così grande di imputati e in maniera così sistematica", dicono.

«La mancanza di rispetto della presunzione di innocenza, del diritto alla difesa, a garanzia dell'imparzialità della giurisdizione, la distorsione del ricorso alla detenzione

preventiva, la pubblicazione di informazioni selezionate e confidenziali, la pubblica esecrazione degli imputati, insieme ad altri vizi gravi, si stanno consolidando come un segno distintivo della “Lava Jato”, con conseguenze incalcolabili per il presente e il futuro della giustizia penale brasiliana».

La lettera dice che «quello che abbiamo visto negli ultimi tempi è una specie di inquisizione, o neo-inquisizione, dove è già noto, prima ancora di iniziare il processo, quello che sarà il risultato, con le fasi procedurali che seguono tra denuncia e giudizio utili solo a soddisfare formalità indesiderabili».

E continua: «In questa ultima settimana, la prima pagina di una delle riviste settimanali brasiliane più vendute non lascia alcun dubbio sulla gravità di quello che sta succedendo. Un atteggiamento infamante e tipicamente sensazionalista, fotografie di alcuni degli imputati (indebitamente sottratte dai registri nelle carceri dove sono in attesa di processo) sono state pubblicate in forma vile e spettacolare, con il chiaro intento di promuovere il loro disonore e di avviare l'esecrazione pubblica. Questo è senza dubbio più di una manifestazione di una strategia a scapito della presunzione di innocenza delle persone e di imparzialità che dovrebbe prevalere nel giudizio degli imputati - che ha segnato fin dall'inizio il comportamento ritorsivo tra gli organi di accusa e alcuni settori della stampa», afferma.

«Questa è una pratica assurda e non può essere tollerata in una società che vuole essere democratica, che deve reagire e segnalare tutto questo, dando sfogo al sentimento di indignazione che appartiene a coloro che hanno assistito a questa serie di eventi. L'operazione “Lava-Jato” è diventata una giustizia di parte. Una giustizia che è guidata dal motto che il fine giustifica i mezzi, una regressione storica di diversi secoli, con la soppressione delle garanzie e dei diritti duramente conquistati, senza i quali ciò che resta è un finto processo, un tentativo di far giustizia, che non si vedeva neanche durante la dittatura».

Gli avvocati dicono: «È inaccettabile - come è stato fatto più volte, con l'ultima e più inammissibile per mano di un Ministro di una delle più alte corti del paese - che i magistrati siano attaccati o posti sotto sospetto per il fatto di decidere o votare (secondo le loro convinzioni e la loro coscienza) per il ripristino della libertà degli imputati, al punto di rendere necessaria, in riparazione, l'insurrezione e la

manifestazione di sostegno solidaristico delle entità associative dei giudici. Questo è molto grave e non solo rappresenta un tentativo di soppressione dell'indipendenza della magistratura, ma rivela il fatto che agli imputati non viene garantito il diritto a un giusto processo».

Gli avvocati che difendono gli accusati della “Lava-Jato” continuano «è del tutto inaccettabile, per una giustizia che deve essere democratica, che l'arresto provvisorio sia sfacciatamente utilizzato per stimolare la conclusione di accordi di collaborazione, come del resto hanno pubblicamente dichiarato alcuni avvocati che hanno lavorato al caso».

«Un giorno gli imputati sono in carcere in base alle decisioni che affermano l'indispensabilità della loro detenzione, visto che le loro libertà rappresentano un grave rischio per l'ordine pubblico; il giorno dopo, fanno un accordo per collaborare alle indagini e sono liberi, come se per magia l'indispensabilità del carcere scomparisse. Come minimo, l'evidenza pratica dimostra gli artificiali e puramente retorici fondamenti utilizzati nei decreti di arresto. Si tratta di gravi attacchi alla Costituzione e allo stato di diritto ed è inaccettabile che la magistratura non si opponga a questo artificio».

4. – Gli ultimi sviluppi e il peggioramento della crisi politica

Nelle ultime settimane, l'operazione “Lava-Jato” è entrata apparentemente in una fase delicata, in quanto tra gli indagati è emersa la figura dell'ex presidente Lula, padrino politico e mentore dell'attuale presidente Dilma Rousseff, raggiungendo gran parte del nucleo del partito di governo.

Allo stesso tempo, l'ex leader della coalizione di governo al Senato, il senatore Delcídio Amaral, persona strettamente legata al presidente e al governo, è stato arrestato per aver tentato di ostacolare la giustizia e ha iniziato a collaborare coinvolgendo diverse alte figure della Repubblica, tra cui il presidente Dilma Rousseff.

Tra le varie accuse mosse nella sua testimonianza, ha affermato che il presidente Dilma ha chiesto al presidente del Tribunale Supremo Federale, in una riunione in Portogallo, di agire in favore degli imprenditori arrestati.

Delcídio ha anche rivelato le manovre dell'esecutivo finalizzate a nominare al Tribunale Supremo giudici che potessero agire in favore degli imputati della "Lava-Jato". Ha anche rivelato che Dilma, quando era presidente del Consiglio di Amministrazione della Petrobrás, era a conoscenza di tutto il processo di acquisizione di una raffineria di Pasadena (Stati Uniti d'America) da Petrobrás, affare chiaramente sconveniente per lo Stato e per i suoi azionisti⁹.

Delcídio ha anche riferito che sia Lula sia Dilma avevano piena conoscenza degli episodi di corruzione accaduti in Petrobrás e, insieme, hanno tramato per sabotare le indagini, anche mettendo a conoscenza di informazioni sensibili gli indagati.

Infine, la polizia federale, nella stessa operazione "Lava-Jato", in una delle sue ultime fasi, ha accusato e indagato l'ex presidente Lula per occultamento di patrimonio e riciclaggio di denaro. Una proprietà vicino a San Paolo, ad Atibaia, frequentata dall'ex presidente e dalla sua famiglia, e un appartamento trifamiliare nella località turistica di Guarujá, nello Stato di San Paolo, sono due delle proprietà sotto indagine.

Allo stesso modo le attività dell'Istituto Lula sono sospette. Tutti questi immobili, pare, siano stati un "regalo" fatto dagli imprenditori a Lula per "i servizi resi".

Dobbiamo anche ricordare che dinanzi al Tribunale Superiore Elettorale è in corso l'impugnazione dell'elezione di Dilma. L'accusa è quella di aver abusato del potere economico e politico e aver commesso frodi durante la campagna presidenziale del 2014. L'arresto del responsabile della comunicazione di Dilma, John Santana, nel febbraio di quest'anno¹⁰ ha fatto emergere numerosi indizi su irregolarità nel pagamento delle spese della campagna elettorale del presidente.

Infine, la polizia federale e la giustizia federale hanno rivelato alcuni frammenti di conversazione dell'ex presidente Lula con varie persone, tra cui il Presidente

⁹ L'allora direttore di Petrobrás, oggi agli arresti, Nestor Cerverá aveva affermato in una sua confessione che il presidente Dilma sempre è stata al corrente di tutto l'affare gonfiato a un valore di 792 milioni di dollari.

¹⁰ 2016 (N.d.T).

Dilma, e altre figure della Repubblica, che rafforzano i sospetti di pressione per ostacolare e abortire i lavori dell'operazione "Lava-Jato".

La rivelazione di queste conversazioni ha avuto un forte impatto sulla società brasiliana, che si è fortemente indignata per il loro contenuto.

Anche la magistratura ha reagito rendendo pubblica la seguente nota di commento del più anziano ministro della Corte, Celso de Mello, che dimostra il clima in cui il paese si trova:

«DICHIARAZIONE DEL MINISTRO CELSO DE MELLO
DURANTE LA SESSIONE PLENARIA DEL TRIBUNALE
SUPREMO FEDERALE DEL 17 MARZO 2016

I media hanno rivelato ieri che un noto personaggio politico del nostro paese, in un dialogo telefonico con una terza persona, ha offeso, gravemente, la dignità istituzionale della magistratura, imputando a questo Tribunale la maligna e ingiusta qualifica di essere "una Corte suprema totalmente impaurita".

Questo insulto alla magistratura, oltre ad essere assolutamente inaccettabile e passibile della più forte repulsione da parte di questa Corte Suprema, si traduce, in questo contesto di profonda crisi morale che coinvolge le più alte cariche della Repubblica, in una reazione goffa e poco dignitosa, tipica di menti autocratiche e arroganti che non riescono a nascondere, anche in ragione della limitatezza del loro gesto sconsiderato e irresponsabile, la paura per il prevalere dello stato di diritto e il timore per l'azione forte, fiera, impersonale e franca di giudici liberi e indipendenti, che tanto onorano la magistratura brasiliana e che non esiteranno, osservando i grandi principi del regime democratico e rispettando la garanzia costituzionale del giusto processo, a fare cadere su coloro che sono considerati colpevoli, in regolare procedimento giudiziario, tutto il peso e tutta l'autorità delle leggi penali del nostro paese!

La Repubblica, Signor Presidente, oltre a non ammettere i privilegi, ripudia la concessione di favori speciali e di trattamenti differenziati per chi detiene il potere o chiunque altro.

Pertanto, signor Presidente, non dobbiamo disconoscere il dogma dell'eguaglianza, che è una delle più significative virtù repubblicane, a tutti, governanti e governati, uguali senza alcuna discriminazione, affermando che nessuno, assolutamente nessuno, è al di sopra dell'autorità della legge e della Costituzione del nostro paese, a significare che gli atti criminali perpetrati all'ombra del potere non saranno mai tollerati, e che coloro che vi si sono prodigati, nominati, o meno, alle alte gerarchie del governo, saranno puniti dal loro giudice naturale nella misura esatta e nella estensione della loro responsabilità penale!

Questo, Signor Presidente e Signori Ministri, l'appunto che volevo fare».

In questo clima il paese vive negli ultimi tempi diviso. Coloro che sono a favore del governo organizzano proteste, quelli che sono contro pure. Ogni giorno assistiamo a una manifestazione che dimostra la grande indignazione della popolazione brasiliana per i fenomeni di corruzione e impunità.

In questo clima ogni giorno si rafforza la tesi dell' *impeachment* del Presidente della Repubblica in relazione ai fatti narrati.

In realtà, il 17 marzo 2016 la Camera dei Deputati ha istituito la prima Commissione Speciale che preparerà una relazione per raccomandare o meno la prosecuzione del procedimento di *impeachment*, da votare in plenaria.

Il presidente dovrà ottenere almeno 172 voti su 513 deputati per interrompere il procedimento. Se la Camera approverà l'apertura del processo di *impeachment* e il Senato ratificherà la decisione a maggioranza semplice (41 degli 81 voti), Dilma sarà sospesa dall'incarico per un massimo di 180 giorni.

Speriamo di aver offerto ai colleghi europei una panoramica della situazione che vive il Brasile in questo momento difficile.

5. – Le difficoltà giuridiche

Elenchiamo di seguito alcune delle possibili difficoltà giuridiche incontrate ad oggi nello sviluppo regolare del procedimento di *impeachment* del Presidente della Repubblica richiesto dal Congresso Nazionale (Camera dei Deputati e Senato Federale).

Quali sono?

Bisogna ricordare che ci sono due fronti fino ad oggi che spingono per procedere con l'*impeachment* del Presidente Dilma Rousseff.

1) Il ruolo del Tribunale Superiore Elettorale

Una è quella di fronte al Tribunale Superiore Elettorale (TSE) per abuso di potere economico e utilizzo di fondi illeciti per la campagna elettorale. Questa richiesta si propone di revocare la nomina del Presidente e del Vice-Presidente. Anche nel caso in cui il Tribunale Supremo Elettorale (TSE) verifichi l'azione, la revoca della nomina non è automatica perché il TSE non ha il potere di revocare direttamente tali incarichi. La sua conclusione sarebbe per così dire, opinabile.

È un dato di fatto che le sue conclusioni potrebbero costituire la base di un procedimento di *impeachment* al Congresso Nazionale. Cioè, potranno servire come base giuridica per una richiesta di *impeachment*. In questo caso, le possibilità che si verifichi la revoca dell'incarico del presidente Dilma attraverso un processo di *impeachment* aumentano.

2) *Fatti occorsi nel mandato precedente possono essere utilizzati per la revoca del mandato in corso?*

Sappiamo che il Presidente Dilma è nel suo secondo mandato. Eventi che hanno avuto luogo nel primo mandato possono servire come base per un'impeachment durante il secondo? La dottrina in Brasile, sul tema è divisa, soprattutto a causa delle disposizioni dell'articolo 86, comma 4, della Costituzione: «Il presidente della Repubblica, durante il suo mandato, non può essere ritenuto responsabile per atti estranei all'esercizio delle sue funzioni».

La prima corrente ritiene che sia impossibile accusare durante il secondo mandato il Presidente per atti commessi nel primo.

Affermano ciò perché, in sostanza, sostengono che l'intenzione del costituente era quella di escludere l'ipotesi di responsabilità del Presidente per fatti che non siano stati commessi durante l'attuale mandato, ovvero, durante il mandato che sta esercitando.

Così, per questa corrente, l'eventuale circostanza che il Presidente (attuale) abbia già portato a termine il mandato precedente non ha alcuna rilevanza per la corretta applicazione del quarto comma citato. Ciò che conta è esclusivamente che il fatto contestato sia stato commesso durante l'attuale mandato, ovvero, durante il mandato che sta esercitando. Se la stessa persona ha esercitato un mandato precedentemente si tratta di un altro Presidente e di un altro mandato, non dell'attuale.

Per quanto riguarda la corrente opposta, in caso di rielezione, il Presidente sarà nell'esercizio delle sue funzioni inerenti all'incarico, per un mandato di otto anni (4+4), e può essere ritenuto responsabile per fatti e omissioni che costituiscono reato di responsabilità, che hanno avuto luogo durante tutto il mandato.

Mi sembra che questa interpretazione sia più realistica e più e meglio si conforma al principio di ragionevolezza e al principio repubblicano. Dopo tutto, il Presidente rieletto è la stessa persona, con la stessa guida amministrativa, in linea di principio vincente, altrimenti non sarebbe stata rieletta.

3) Le pedalate

Credo che ci siano difficoltà giuridiche nel sostenere che il ritardo nel pagamento dei programmi sociali per mancanza di fondi del Tesoro possa dar luogo ad una violazione dell'art. 36 della legge di responsabilità fiscale.

Inoltre ci sarebbero problemi per determinare la responsabilità personale del presidente. Sarebbe necessario dimostrare, a mio parere un intento deliberato di falsare il bilancio, la correttezza nella gestione delle risorse pubbliche, che finora non si è verificata, in questo senso. Infine, si sostiene che la responsabilità per le cosiddette "pedaladas" (pedalate) sarebbe del Segretario del Tesoro e non del Presidente della Repubblica.

4) *Petrobrás, intralcio alla giustizia, nomina di Lula a Ministro per proteggerlo attraverso il "foro privilegiato", l'operazione "Lava-Jato" e le sue conseguenze*

Innanzitutto è necessario ricordare la distinzione tra reato penale, condotta amministrativa impropria e il reato di responsabilità come infrazione politico-amministrativa.

Ciascuna di queste modalità di violazione ha un proprio regime giuridico specifico. Lo stesso fatto può dar luogo a sanzioni per uno qualsiasi di questi, ma non è possibile confondere o fondere i relativi processi di accertamento. La condotta amministrativa impropria è prevista dalla Costituzione federale (articolo 37, comma 4), regolamentata dalla Legge 8.429/92 che prevede la cattiva condotta che provoca danni all'erario come qualsiasi atto o omissione, dolosa o colposa contro il patrimonio pubblico.

La responsabilità del Presidente della Repubblica è prevista dagli articoli 85 e 86 della Costituzione brasiliana e regolata dalla legge 1079/50. È anche importante notare che lo strumento per destituire i governi (gestiti da) non competenti, i malgoverni, in un sistema presidenziale, è la *recall election*, che non è prevista dalla Costituzione brasiliana.

L'*impeachment* non rappresenta un sostituto del *recall*. L'*impeachment* è un processo politico, un giudizio politico, e una sanzione che si applica attraverso ciò è politica, non ha natura di sanzione penale, ma solamente di revoca del mandato e l'inibizione per otto anni all'esercizio della vita pubblica.

Il processo deve avere i requisiti di un giusto processo. Anche se la ricezione della denuncia da parte della Camera dei deputati è ragionevolmente discrezionale, il processo in Senato deve essere guidato dalle norme costituzionali e dalla legge.

Nel merito, chi valuterà se ci sia stata o meno un reato di responsabilità (sentenza politica) è dunque il potere politico, e, in larga misura, il Congresso Nazionale, la Camera e il Senato, ognuno con i suoi poteri costituzionali ben definiti. Coloro che sostengono che esista la base giuridica per l'*impeachment* affermano che Petrobrás è stata completamente distrutta e dilapidata, anche a causa degli affari rovinosi e dai costi gonfiati, quando Dilma Rousseff era Presidente del

Consiglio di Amministrazione e aveva una vasta conoscenza delle irregolarità. Ma anche qui c'è il problema dei fatti precedenti al mandato presidenziale.

A tutto questo sono da aggiungere gli eventi recenti relativi alla nomina a Ministro dell'ex-presidente Lula, e la consegna dell'atto di nomina a lui personalmente (prima di assumere l'incarico), ma non ancora firmato, la divulgazione delle conversazioni telefoniche con terzi e di incontri che sembra avessero l'intento di ostacolare il lavoro della giustizia e dell'operazione "Lava-Jato".

Tutto ciò può influire sulla convinzione del Congresso Nazionale che vi sia stata responsabilità penale del Presidente della Repubblica, a condizione che il Congresso conformi il suo comportamento e la sua condotta ad uno dei casi previsti dalla Costituzione federale e dalla legge 1.079/50. Attendiamo cosa ci dirà il futuro.



ISSN 2037-6677

2016/1

Polish Constitutional Tribunal: a systemic reform or a hasty political change

A. Bień-Kacała

Tag: Poland, Polish Constitutional Tribunal, reform



Polish Constitutional Tribunal: a systemic reform or a hasty political change*

di Agnieszka Bień-Kacała

1. – The currently binding Constitution of the Republic of Poland was enacted on 2 April 1997. The document entered into force on 17 October 1997. The previous Act on the Constitutional Tribunal was enacted on 1 August 1997 and came into force on the same day as the basic law, because it was assumed that these laws were compatible. However, their practical application evidenced the need to adopt a new act containing ways to improve the procedure of issuing judgements and its adjustment to the specificity of constitutional review (including the justification of the cases cognition as well as the types of the constitutional court¹ judgements). In order to comply with the Constitution, the fundamental changes concerning both the constitutional review and the political position of the Tribunal however were not discussed.

Thus, the new Act of 25 June 2015 on the constitutional court was enacted by Sejm (Dz.U. 2015, poz. 1064) and entered into force on 30 August 2015.

* Translation from Polish by Inga Zapala (Maastricht University).

¹ The Constitutional Tribunal will be interchangeably named the “Tribunal”, the “constitutional court” or the “CT”.

Pursuant to Art. 194 of the Polish Constitution, the CT “shall be composed of 15 judges chosen individually by Sejm for a term of office of 9 years from amongst persons distinguished by their knowledge of law. No person may be chosen for more than one term of office. The President and Vice-President of the Constitutional Tribunal shall be appointed by the President of the Republic from among candidates proposed by the General Assembly of the Judges of the Constitutional Tribunal”. Subsequent Art. 195 provides that judges of the CT, “in the exercise of their office, shall be independent and subject only to the Constitution. They shall be provided with appropriate conditions for work and granted remuneration consistent with the dignity of the office and the scope of their duties. Judges, during their term of office, shall not belong to a political party, a trade union or perform public activities incompatible with the principles of the independence of the courts and judges”.

Nonetheless, passage of the new bill together with the changes brought by the newly elected legislature (whose majority is assigned to the Law and Justice party) led to a substantial political dispute concerning the election of the CT judges and the political position of this body itself. The pivot of argument was the election of 5 judges of the CT on 8 October 2015 by the outgoing Sejm, dominated by the Civic Platform. The justiceship of 3 of them would have expired on 6 November 2015. The other 2 were to be replaced on 2 and 8 December 2015, so already after the election won by the Law and Justice party on 25 October 2015. The first session of the new Sejm took place on 12 November 2015. It was also the first day of term of the newly elected Parliament (Art. 98.1 in conjunction with Art. 109.2 of the Constitution). Then, the tenures of 3 judges expired during the outgoing Parliament, whereas the justiceships of the other two during the upcoming one. Nonetheless, the President refused to swear in these 5 judges.

The part of the Act on the Constitutional Tribunal concerning election of the judges was questioned before the Tribunal itself. The newly elected parliamentary majority (Law and Justice) did not wait for a resolution for a dispute (ref. no. K 34/15) and on 19 November 2015 passed a law amending the abovementioned Act (Dz.U. poz. 1928), which eventually came into force on 5 December 2015. However, on 25 November 2015 five resolutions were passed which declared that

the Sejm's resolution of 8 October 2015 concerning the choice of the CT judges had no legal force. Changes were also made in the Standing Orders of the Sejm of the Republic of Poland, enabling the re-election of 5 judges of the Tribunal. On 30 November 2015 the CT passed a significant and pre-emptive decree addressing the request of a group of deputies and calling the Sejm to refrain from taking the actions aiming at the election of the CT judges until the final judgement (ref. no. K 34/15). It was supposed to prevent the election of 5 judges of the Tribunal on 2 December 2015. These judges were chosen by the Sejm and immediately sworn in by the head of state. The examination of a motion regarding the Act of 25 June 2015 on the CT was scheduled on 3 December 2015. On the same day the Tribunal passed a sentence (K 34/15), in which it stated a general compatibility of the act with the Constitution. Nevertheless, the incompatibility was specifically stated with regard to two issues. First of all, the Tribunal stated that the head of state is obliged to swear in the judge immediately. The second issue concerned the incompatibility of the regulation with the basic law as to the scope of the election of the 2 judges whose justiceships would start in December 2015.

2. – In its judgement of 3 December 2015 (K 34/15) the Tribunal made very significant decisions concerning the political position of the CT in Poland. It stated *inter alia* that the Constitution shall be the supreme law of the Republic of Poland (Art.8.1 of the Constitution). All organs of public authority must function on the basis of, and within the limits of, this law (Art. 7), which should be abided by all the people under its authority (Art. 83). The state authorities are especially charged with the responsibility to follow the Constitution. Judicial review of the constitutionality of the norms held by a body independent and different from the legislature and the executive is a protection of the principle of the constitutional primacy as well as of the human rights and freedoms. From the very beginning the constitutional judiciary in the European legal culture has been perceived as an individual protection from the “tyranny of the majority” and a guarantee of the rule of law over the governmental abuse. It does not raise doubts, especially after the totalitarian regimes, that even a democratically-elected parliament is not competent to make the resolutions conflicting with the Constitution. Such a situation cannot be even

justified by the abstractly understood good of the Nation. The resolutions of the public authorities regarding the substantive and procedural laws must remain within the limits laid down by the constitutional lawmaker. In a centralised system constitutional review is limited to one specialised body with the jurisdiction to make the final and binding decisions about the hierarchical compliance of the legal norms. The constitutional adjudication mechanism is characterised by the fact that the judges are usually elected by the legislative and occasionally by the executive. This is not as much a symptom of politicizing the constitutional courts but rather of balancing the power. Nevertheless, the constitutional courts are to remain independent bodies and the judges must always be autonomous. These fundamental attributes of the constitutional adjudication protect many solutions specified in the Constitution itself. The way of appointing the constitutional judges, high requirements for their moral and professional standards as well as the inability to dismiss them from office are meant to ensure that the resolutions made by them follow solely from the norms, principles and the values enshrined in the Constitution. The constitutional framers gave the CT jurisdiction to check the hierarchical compatibility of norms, at the same time making the judgements final and universally binding (Art. 190.1 of the Constitution). These rulings shall be abided by both the citizens and all organs of public authorities, particularly these obliged to watch over the public power. The CT is first and foremost a guarantor of the constitutional primacy, but it also safeguards the separation of powers. Any regulations related to this body cannot lead to a situation in which the Tribunal would lose the ability of functioning. Thus, the possibility of controlling the Act on the Constitutional Tribunal is justified, because pursuant to the Constitution, the Tribunal is competent to carry out constitutional review. The CT, as one of two tribunals mentioned in the Constitution, has a judicial power (Art. 10.2 of the Constitution). The principle of separation and balance of powers, following from the Art. 10.1 of the Constitution, impact on the overall position of the whole judiciary. Whereas overlapping of the competences can be noticed between the legislative and the executive, the judiciary is characterised by a separation from other powers. This is confirmed by Art. 173 of the Constitution, stating that the courts and tribunals “shall constitute a separate power and shall be independent of other branches of power”.

In respect to the positions of its President and the judges, the Tribunal emphasized that the creation of constitutional mechanisms and procedure of organising the judiciary as a whole should be understood as a form of balancing and co-operation of powers. The relationships among the Tribunal and other authorities cannot lead to a situation in which the latter interfere in the tasks that should be autonomously dealt by the CT. The Tribunal also spotted the difference between the justiceship (primarily aiming at ensuring a judge's independence) and the consequences of the term of office performed by those who hold a managerial position in the Court. The term of office of the President or Vice-President first of all aims at ensuring an effective leading of a group of people. Holding this position for years, without verifying it by the Tribunal, can potentially entail some threat. Nonetheless, the Constitutional Court also indicated that the turning over mechanism of managing its duties is strictly connected with the protection of its independence. As long as the President (or other authority from outside the Court) is involved in appointing the Tribunal's President and Vice-President, the procedure must guarantee independence from other branches of power (Art. 173 of the Constitution). The length of the office of President or Vice-President of the CT should be considered with regard to the democratic rule of law and the Tribunal's independence. This concerns also an eventual introduction of a possibility to perform two managerial positions within the Tribunal, irrespective of the term of office of the Tribunal's judge. The appointment of the President's and Vice-President's seats was clearly excluded from the competences of the Council of Ministers. This is the exclusive competence and the constitutional duty of the President. There are no doubts on the basis of the Constitution that the President is obliged to fulfil this competence. However, the nomination of the President and the Vice-President of the Constitutional Court, chosen from a narrow group of candidates, is not left at his own discretion.

With regard to election of the judges, the CT stated that pursuant to Art. 19 §2 of the Act on the Constitutional Tribunal: "Motions on proposing a candidate for a Tribunal judge shall be submitted to the Speaker of the Sejm not later than 3 months before the expiration date of the Tribunal judge's term of office". In the following Art. 137 of the Act it is provided that "In the case of Tribunal judges whose term expires in 2015, the time for submitting the petition

referred to in Art. 19 §2, shall be 30 days after the day of the Act's entry into force". This is a temporary solution, which scope of application is limited to election of the 5 judges only in 2015, at the same time being a source of conflict among the competitive political parties. One of the key issue was the need to determine the moment of appointing the judge. The Tribunal explained the statutory structure in this field, according to which a judge chosen by the Sejm who has not been sworn in by the President yet is "a person elected to the position of a Tribunal judge". However, in accordance with the constitutional mandate, the judicial status shall be recognised in the moment of the appointment of the candidate by the Sejm. The parliamentary resolution regarding this issue is definitive and cannot be set aside. The Sejm (in office or any another) cannot cancel its decision, invalidate it, state its abstractness (lack of legal force) and not even "amend" it *post factum*. Setting the time for submitting the petition of the candidates for the Tribunal's judges within 30 days after the day of the Act's entry into force allowed the parliamentarian majority to decide *quasi-en bloc* about the mandate of the judges whose terms of office expire in different times. However, the election prior to the scheduled end of the tenure is not allowed. The nine-year long term of office is specified for every judge; this provision will determine the gradual expiration of the individual justiceship. Therefore, the transitional provision that allows the outgoing Sejm to elect the judges to replace of those whose tenure will expire during the successive parliament infringes Art. 194.1 of the Constitution. This rule determines the fixed time of 9 years for the judge's term of office. The establishment of a relatively long justiceship confirms that any connections between the CT and the political configuration of the ruling Sejm have been split. The constitutional norms *implicite* provide that the Tribunal can be composed of the judges elected by two (and sometimes even by three) following Sejms, which aims at assuring the pluralism of the judicial composition as well as impartiality and independence from the changing parliamentarian majorities. Thus, according to the Constitution, the Sejm has a duty to elect a Tribunal judge, if the justiceship expires during its term of office.

Another constitutional issue concerned taking oaths by the CT judges. The Tribunal stated that the questioned Art. 21 §1 of the Act on the Constitutional Tribunal obliged the President to swear in the judge immediately. Adopting a different approach and giving the head of state freedom to decide whether or not to

accept the oath from the judge would generate a new statutory norm. It would make the President an additional (next to the Sejm) authority competent to decide on the Tribunal's composition. Such an understanding of Art. 21 §1 of the Act has no legal basis either in Art. 194.1 of the Constitution or in any other constitutional norm. Taking an oath *vis a vis* the President is not only an uplifting with a symbolical character, but it also refers to the traditional commencement of the term of office. This event has two significant meanings. Firstly, it is a public promise made by a judge to behave in accordance with his wording. Secondly, it allows him to begin his term of office, thus to execute his mandate. Swearing in the Tribunal judges cannot be left to the President's discretion, because he is obliged to do so pursuant to Art. 194.1 of the Constitution. He can neither evaluate the legal basis for the choice nor the appropriateness of the procedure followed by the Sejm. The President, as an executive authority, is not entitled to final and binding opinions concerning the compatibility of the legal norms with the Constitution. He is not competent to evaluate the legality of the Sejm's activities on the basis of generally applicable law. Awarding the President with non-limited possibility of giving opinions of this kind would lead to making decisions without legal basis. It would infringe the principle of legality (Art. 7 of the Constitution) and would be inconsistent with the principle that the President shall exercise his duties within the scope of and in accordance with the principles specified in the Constitution and statutes (Art. 126.3 of the Constitution). Moreover, swearing in a judge is a presidential obligation, because his competence does not extend to co-creation of the judicial composition of the CT. This is an exclusive task of the Sejm. Thus, the role of the President is twofold: he shall be the supreme representative of the Republic of Poland as well as the guarantor of the continuity of State authority (Art. 126.1 of the Constitution). Due to the abovementioned principles he is obliged to take a prompt action. Only in this way can he execute his constitutional prerogatives and at the same time ensures the continuity of the state (judicial) authority. Refusing to swear in the judges should be regarded as incompatible with the presidential role in the constitutional system, since it prevents from executing the judicial duties and guaranteeing the continuity of the state authority exercised by the Constitutional Tribunal.

The Tribunal also determined the consequences of the verdict concerning the 5 judges elected by the Sejm dominated by the Civic Platform. The procedure was

unconstitutional in the case of the two judges elected to replace those whose justiceships expired on 2 and 8 December 2015. Filling the posts had not succeeded yet, because the last routine procedure had not been followed (i.e. swearing in the judges by the President). The derogation of the legal norm codified in Art. 137 of the Act on the CT should result in suspending and closing the procedure. Its continuation is unacceptable, since the legal basis of one of its stage have been found unconstitutional by the Tribunal. However, the legal basis for replacing three judges, whose tenure expired on 6 November 2015, does not raise doubts. According to the rule the judges are elected by the current Sejm. Thus, in this case the election was valid and the procedure should have been finalised by swearing in the judges by the President.

3. – On 9 December 2015 the Tribunal released a judgement on the Act of 19 November 2015 amending the Act on the CT (Dz.U. poz. 1928). The act at stake came into force on 5 December 2015. In its judgement the Tribunal stated that the amended changes were generally incompatible with the Constitution. The sentence mostly referred to the abovementioned judgement and specified it in the context of the changes brought by the Sejm. That is why, to some extent, it is necessary to read them together.

First of all, the amended provision regarding the President of the CT was challenged. According to the amendment: “The President of the Tribunal shall be appointed by the President of the Republic of Poland from among at least three candidates presented by the General Assembly, for a period of three years. One may be appointed President of the Tribunal twice”. The CT held its standpoint saying that in the scope of his autonomy, the legislator can introduce the new term of office in respect to the President and the Vice-President of the CT. However, this autonomy is limited, because the legislator must first and foremost respect the principle of judicial independence (Art. 195.1 of the Constitution). In the analysed amendment the legislator, regulating the matters of filling the posts of the President (Vice-President), introduced a possibility of evaluating a judge’s work via the executive authority. As it follows from the explanatory statement to the bill, the lawmaker assumed that depending on the results of such an evaluation, the

President could “reward” a person, whom he finds an efficient administrator, entrusting him to further continue his duties of the President (Vice-President) of the Tribunal. Such a mechanism is not consistent with the requirement of balance and co-operation among the divided authorities and is a symptom of derogation to the constitutional and judicial independence. The Tribunal also stated that independence of the constitutional courts could be assured by making it possible to have the President elected by the judges.

The problem of expiring terms of office of the Tribunal President and Vice-President also arouse in this context. One of the provisions of the Act of 19 November 2015 says: “The term of office of the President and Vice President of the Constitutional Tribunal who have held their offices so far shall expire after three months from the day the Act comes into force”. However, the Tribunal stated that if legislator had only intended to introduce the term of office for those two managerial posts, then there can be no “expiring of the current tenures” considered. Nonetheless, the CT judges’ term have fixed periods on the basis of the statutory regulation. Otherwise “expiring of the tenures” would *de facto* be equivalent to the fact of recalling two CT judges before the end of their terms of office. This would result in infringing the constitutional standards about the judges’ irremovability as well as the courts and tribunal independence. Thus, the legislator would obviously derogate Art. 180.1 and 2 in conjunction with Art. 194.1 of the Constitution. Moreover, according to the Tribunal the internal rules of organising and functioning of the CT are to fulfil the principle of independence and impartiality of this organ. Positions and mechanism of appointing the managerial posts of the Tribunal are included within these principles.

Thus, the CT claimed that the appealed provisions make an illegal interference of the legislator into the judicial autonomy and interfere with the independence of the Tribunal in relation to other authorities and consequently with the separation of powers (Art. 10 of the Constitution). The provisions concerning the positions of the Tribunal’s managerial posts, and especially the shaping of their tenures, are strictly connected to the independence of the CT itself. This independence is grounded on the organizational and functional division of the Tribunal from other authorities,

which assures the CT autonomy in respect to adjudicating and passing the sentences.

Another issue concerns the will of expiring the tenures of three judges elected by the Civic Platform's Sejm, whose appointments were found constitutional by the Tribunal in the abovementioned judgement. The revision introduced the period of 30 days from the day of election for taking an oath *vis a vis* the head of state. In respect to this, the CT stated that any other solution different from the presidential obligation to promptly swear in the judge elected by the Sejm is incompatible with Art. 194.1 of the Constitution. Moreover, the Constitutional Tribunal emphasized that hindering this procedure cannot be justified by the alleged unlawfulness of the election. The legitimacy of the choice can always be checked by the Tribunal through a motion for constitutional review. Apart from that, the Tribunal claimed that the President is not competent to refuse swearing in the judge. Otherwise it would entitle the head of state not to fill the Tribunal's post with a person elected by the Sejm. This would mean the creation of a statutory norm, which would make a President an additional (next to the Sejm) organ, co-deciding about the personal composition of the Tribunal. This would not find support in the constitutional norms.

In respect to the beginning of the justiceship, the Tribunal indicated that pursuant to Art. 21 §1 of the Act of 2015 on the CT, it starts in the moment of taking an oath by a judge. Thus, the appealed provision modifies the way of determining the tenure's beginning in respect to the current interpretation. According to the state authorities' practice the justiceship starts on the day a judge is elected by the Sejm, unless the post is still filled. In the latter case the tenure begins when the post becomes vacant. That is to say the term of office of one judge cannot start before the end of the other, otherwise the overall number of the judges would be higher than the maximal amount indicated by Art. 194.1 of the Constitution. In the present practice taking an oath *vis a vis* the President after waiting for the vacation for a period of few weeks (as it happened for instance in 2006) does not mean a postponement of the justiceship's beginning in respect to the date the judges have been elected by the Sejm (like in the case of the tenures expired in 2015). Thus, the solution based on making the tenure's beginning depending on the taking an

oath procedure, where the executive authority is needed to swear in him, would mean an indirect and unconstitutional inclusion of the executive into the process of completing the Tribunal composition.

4. – Another decision concerning the present relationship between the Constitutional Tribunal and the legislative is the court decree of 7 January 2016 (U 8/15). It refers to the actions taken by the current Sejm in respect to 5 judges elected by the former one. The CT terminated the proceedings due to the lack of competences to decide about the Sejm's resolutions, which cannot be regarded as normative acts.

The Tribunal underlined that it had to decide in extraordinary both legal and political circumstances, related to the expiring of the 5 judges' tenures in 2015 as well as in an emerging serious crisis concerning the election of their successors. These circumstances changed the possibility of fulfilling the Tribunal's tasks prescribed in the Constitution, since its competences provided by the basic law were limited.

Additionally, the CT stated that the main issues requiring decision regarded determination whether the questioned resolution of 25 November 2015 (about lack of legal force) and the one of 2 December 2015 (about re-election) could be classified for the purpose of its cognition as normative acts. Only this determination can enable to examine the motions on the merits. Considering these resolutions as individual legal acts would lead to termination of the proceedings, because the CT would not be competent to pass a judgement on this. This happened in the case at stake.

In its ruling, the Tribunal indicated two alternative defining criteria of the normative acts. The first one is formal, according to which normative acts are those acts qualified by the Constitution as sources of law (e.g. statutes and regulations, but not resolutions and orders which could be forms of making either the law or its application). The content of these acts does not matter though. The second criterion is material (substantive). According to this one, the normative acts are those containing legal, thus general and abstract, norms. As a consequence, an act fulfilling either formal or material (substantive) criterion shall be considered normative

according to the meaning referred to by the Constitution and at the same time shall be a subject to cognition by the Tribunal. Normally these two criteria are fulfilled simultaneously.

Qualifying the resolutions about the lacking legal force, the CT stated that they should be treated as legal acts of an internal nature, having the features both of a statement and of a resolution. From a legal point of view, their content describes the Sejm's political position in a specific case, which in a given moment was found significant by the chamber. They also include non legally binding order of a state authority (*in casu* of the President) to take a specific action. The resolutions of 25 November 2015 are not decisions of a concrete and individual nature, within the scope of the so called Sejm's creating function, consisting in fulfilling or dismissing the legal posts and the public functions. In this sense they are categorially different from the Sejm's resolutions about the election of the CT judges. The resolutions of 25 November 2015 and the statements (declarations) included therein, by definition did not affect the resolutions' legal force of the former Sejm in respect to the election of the judges, whose tenures expired on 6 November, 2 and 8 December 2015. They could not exert any legal effect in this matter. Despite the declarations included within, the successions of the resolutions of 25 November 2015 shall be explained having regard to their legal nature and position in a categorisation of the Sejm's resolution. This means that the resolutions lacking legal force shall be considered non-law-making and qualified as non legally binding.

As to the resolutions about re-election, it was indicated to categorise them as non-legally-binding; through them Sejm would fulfil the creating function in respect to the public authorities. As a consequence, the Tribunal stated the resolutions at stake could not be classified as normative acts, because they fulfil neither the formal nor the material (substantive) criterion. For that reason the CT decided to terminate the proceedings with regard to this matter, recognising its incompetence to pass a judgement.

However, this decision brought some controversy and three dissenting opinions (*votum separatum*) were expressed. They included the arguments in favour of the normative character of the resolutions and the necessity of checking their

constitutionality. This argument referred to the potential risk of enabling the Sejm to grant itself competences in an unacceptable manner.

5. – On 9 March 2016 the CT passed a very important judgement concerning the case ref. no. K 47/15. It regarded the Act of 22 December 2015 (Dz.U. 2015, poz. 2217), which had introduced significant changes related to the Tribunal about the functioning of this body, positions of its judges and proceedings. First of all, the modifications led to the ruling paralysis because of the introduction of strict rules regarding the case examination according to the order of the requests, decision of the full composition of the Tribunal in a number of 13 judges and the qualified majority of 2/3 necessary to pass a judgement. Moreover, the revision introduced a possibility of removing a judge from office before a scheduled tenure's expiration via the Sejm's resolution and initiating a motion for disciplinary proceedings by the President or the Minister of Justice.

The Tribunal found the incompatibility of the whole amendment with the Constitution due to the violation of the legislative procedure while passing it. In the process of constitutional review of the Act of 22 December 2015 the Tribunal judged exclusively on the basis of the Constitution, omitting the statute that was a subject of the decision. The Tribunal indicated the incompatibility of the Act with the basic law on the merits, because the Sejm's prevented the CT from thoroughly and efficiently fulfilling its duties as well as violated its independence. Moreover, the Sejm infringed the rule of separation of powers and the principle of the democratic rule of law. It is worth mentioning that there were two dissenting opinions to this judgement.

Due to the fact that the ruling was passed by the CT in a 12-judge composition (the Tribunal refused to apply the challenged amendment that was a subject of the judgement), the doubts concerning legal force of the decision were raised. The Prime-Minister Beata Szydło announced that she would not recognise this judgement, because in her opinion there was no legal basis to announce the sentence of the Constitutional Tribunal. The decision will not be published in the Journal of Laws (*Dziennik Ustaw*), which means that it will not be enforced.

6. – In the concluding remarks concerning the present changes in the regulation of the CT in Poland it should be stressed that these modifications are of hasty nature. Unfortunately, they have nothing to do with a real reform, but rather treat the law as an instrument in the fight among the political parties. This situation raises doubts not only among Polish constitutional law scholars, but also among respected international assemblies (the Venice Commission that prepared a report *inter alia* relating to the amendment of the Act on the Constitutional Tribunal). The modifications are not driven by the legal system of the state and they aim to subordinate the fundamental organ securing the Constitution and the rights of individuals to the present parliamentary majority. Nevertheless, I strongly believe that independence of the Constitutional Tribunal will be preserved due to the autonomy of the judges who, even chosen by the political parties, will be able to ensure their impartiality while passing the judgements.



ISSN 2037-6677

2016/1

La Corte suprema nipponica e il mancato tentativo di fondare la famiglia moderna

The Japanese Supreme Court and the failed attempt to found the modern family

E. Bertolini

Tag: Supreme Court of Japan, marriage, modern family



La Corte suprema nipponica e il mancato tentativo di fondare la famiglia moderna

di Elisa Bertolini

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Parità dei coniugi, libertà di matrimonio e matrimoni dello stesso sesso. – 3. Limiti temporali al nuovo matrimonio per l'ex coniuge donna. – 4. La legge sulla cittadinanza: disparità di trattamento per i figli di coppie miste? – 5. Conclusioni.

1. – Introduzione

Il 2015 non è stato un anno particolarmente significativo per la giurisprudenza costituzionale nipponica. Qualche commentatore particolarmente pungente potrebbe dire che è difficile rintracciare un anno in cui la Corte suprema abbia lasciato veramente il segno.

Volendo sintetizzare l'annata 2015 in poche righe, possiamo affermare che essa ha riconfermato decennali precedenti ma si è caratterizzata allo stesso tempo per un paio di pronunce che potrebbero contribuire al dibattito, dottrinale e non solo, sui diritti dei

coniugi e la libertà di matrimonio, sicuramente ben al di là di quella che poteva essere la volontà di un Giudice costituzionale che si distingue per passivismo e conservatorismo¹.

Passando brevemente in rassegna l'attività della Corte, cinque sono state le pronunce della *Grand Bench*: due sulla validità delle elezioni della Camera bassa del 2014, relativamente alla disparità del valore dei voti in diverse circoscrizioni elettorali; una sulla conformità a costituzione del requisito per i coniugi di portare il medesimo cognome; una sulla illegittimità del divieto, in capo alle sole donne, di risposarsi prima di sei mesi dal divorzio; infine il *distinguishing* di un precedente inerente al metodo di calcolo in *tort cases* relativi ai rapporti di impiego dipendente.

Tutte e cinque le pronunce possono essere considerate delle occasioni mancante, seppure con gradi differenti. Le due sentenze in materia elettorale, in particolare, mostrano il grande sforzo di equilibrismo che la Corte pratica ormai da decenni in questa materia. Il problema della disparità del valore dei voti si ripresenta ciclicamente a ogni elezione e ogni volta la Corte risolve la questione affermando che le elezioni si caratterizzano sì per incostituzionalità, ma non tale da renderle illegittime e dunque nulle; precisamente, la Corte parla del c.d. *state of unconstitutionality* o *borderline unconstitutionality*.

Anche le due sentenze in tema di famiglia, e oggetto del presente commento sono delle occasioni mancate, così come lo è la terza sentenza, in tema di cittadinanza. Quest'ultima non è però una pronuncia della *Grand Bench*, ma di una delle tre *Petty Benches* (in questo caso la terza), a riprova che la caratteristica di mancare le occasioni appartiene alla Corte in tutte le sue articolazioni.

Il minimo comun denominatore di queste tre sentenze, oltre all'ambito tematico in senso lato, consiste nel fatto che tutte e tre avrebbero potuto essere l'occasione per modernizzare completamente la nozione di famiglia e scardinare definitivamente il sistema familiare tradizionale basato sull'*ie* (家), aprendo alle famiglie multicolore, multietniche e/o multinazionali e che realizzino una effettiva parità tra i coniugi.

¹ Sul tema, si v. H. Itō, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, New York, 1989 e Id., *Judicial Review and Judicial Activism in Japan*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 53, n. 1, *The Constitution of Japan: the Fifth Decade [Part 1]*, (Winter 1990), 169 ss. V. anche Y. Higuchi, *Evolution récente du contrôle de la Constitutionnalité sous la Constitution japonaise de 1946*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 31, n. 1 (Janvier-Mars 1979), 21. Non tutta la dottrina è comunque concorde nel giudicare così severamente l'attività della Corte suprema. Hasebe, ad esempio, nega l'atteggiamento deferente della Corte, spiegando come l'esiguo numero di leggi dichiarate incostituzionali sia da imputarsi ad altri fattori; v. Y. Hasebe, *The Supreme Court of Japan*, in *I-CON*, vol. 5, n. 2, 2007, 296 ss.

2. – Parità dei coniugi, libertà di matrimonio e matrimoni dello stesso sesso

La pronuncia più interessante è quella del 16 dicembre 2015 in cui la *Grand Bench* si è espressa (10 a 5) a favore della conformità a costituzione dell'art. 750 del Codice civile (disposizione introdotta nel 1947) che impone che le coppie sposate siano registrate sotto un unico cognome (non necessariamente quello del marito).

In Giappone, l'obbligo di adottare un cognome è piuttosto recente, risalendo infatti al 1870; nel 1876, per le donne questo si trasforma nell'obbligo di mantenere il proprio cognome anche dopo il matrimonio.

I primissimi provvedimenti di epoca Meiji², ancora poco organici e strutturati, hanno avuto per oggetto proprio la famiglia, quale ente fondante dell'ordine sociale. Nel corso degli anni, queste misure iniziali sono state perfezionate e articolate nel quadro di un codice civile occidentale. La completa occidentalizzazione, che si realizza con l'adozione di un Codice civile quasi interamente modellato sul BGB³, accogliendo dunque un modello familiare di chiara matrice occidentale, impone, nel 1896, l'adozione del cognome del marito. L'americanizzazione dell'immediato dopoguerra e la necessità di adattare il Codice civile al nuovo testo costituzionale – che portano alla definitiva abolizione del sistema familiare tradizionale (c.d. 家-*ie*) – ha portato, con la riforma appunto del 1947⁴, alla introduzione, tra gli altri, dell'art. 750, che obbliga al cognome unico.

È opportuno precisare come nella società nipponica non sia una pratica infrequente l'adozione del marito nella famiglia della moglie (in mancanza di eredi maschi) e la conseguenza per il marito di adottare il cognome della moglie. Per questo motivo il Codice non preferisce uno dei due cognomi, conformandosi così a una prassi tradizionale. Tuttavia, adottando il 96% delle coppie il cognome del marito, non sono mancate né le proteste dei gruppi femministi né le pressioni delle Nazioni Unite – che considerano la disposizione sessista, in violazione della CEDAW, ratificata nel 1985 – a favore della modifica della disposizione, sempre rifiutata dalla maggioranza di governo del conservatore LDP.

² 1869-1912: il periodo corrisponde alla europeizzazione del Paese, iniziata all'indomani della c.d. Restaurazione Meiji e alla conseguente abolizione del sistema feudale.

³ Dopo un primo tentativo di introdurre il modello francese nel 1890. V. S Ono, *Comparative Law and the Civil Code of Japan*, in 24 *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 1996, 27 ss.

⁴ La riforma ha riguardato i libri 4 e 5.

La Corte, nella sua opinione a sostegno dell'articolo impugnato, rileva la formale uguaglianza della stessa, che non preferisce appunto un cognome rispetto all'altro, e che dunque rispetta sia il divieto di non discriminazione *ex art. 14 Cost.* che l'eguaglianza tra coniugi *ex art. 24 Cost.*⁵.

Nel punto successivo del *reasoning*, la Corte si sposta sull'obbligo della scelta di un solo cognome, obbligo che viene considerato come «fortemente radicato nella società» e che «rende possibile per le persone identificarsi come parte di una famiglia agli occhi degli altri». La Corte articola poi ulteriormente la propria posizione ricorrendo al classico *leit motiv* della dicotomia individualismo-gruppismo, presentati ancora come un binomio assolutamente inconciliabile. Allontanarsi dall'obbligo del cognome unico segnerebbe la «diffusione dell'individualismo»⁶, mentre il cognome unico «conferisce alla famiglia un senso di unità». Nella retorica di quelli che vengono genericamente, e poco correttamente, denominati valori asiatici, retorica mai completamente abbandonata e anzi resuscitata dai Paesi dell'area ogni volta ritenuto conveniente, l'individualismo, di matrice esclusivamente occidentale, è visto come l'elemento distruttore non solo della famiglia, ma dell'intero sistema sociale tradizionale, fondato sulla difesa e preservazione dell'armonia (*wa*-和) del gruppo⁷. Più in generale, si può affermare che la Corte suprema ricorra al relativismo culturale ogni qualvolta risulti giuridicamente difficile fondare il proprio *reasoning* a favore di disposizioni decisamente conservatrici.

Contestualmente, però, la Corte si dimostra consapevole della necessità di attualizzare alcune delle disposizioni in tema di famiglia, tra cui quella in oggetto, tanto da affermare che una disposizione che consentisse alla coppia di utilizzare due cognomi non sarebbe in alcun modo irragionevole.

Pur dunque non dichiarando la disposizione impugnata incostituzionale, la Corte, con una sentenza esortativa, invita la Dieta ad aprire una discussione sulla possibilità per le coppie sposate di adottare il doppio cognome, qualora lo desiderino. Addirittura, sottolinea la Corte come la Dieta non debba interpretare la pronuncia come una sorta di alibi per non affrontare la questione. Qualora infatti lo facesse, il Legislatore dimostrerebbe di

⁵ È proprio questo l'articolo che scardina definitivamente l'*ie*-家.

⁶ Sempre delineato come una malattia.

⁷ Si v. alcuni "classici" sul punto: T. Kawashima, *The Status of the Individual in the Notion of Law, Right and Social Order in Japan*, in C.A. Moore (ed.), *The Japanese Mind: Essentials of Japanese Philosophy*, Honolulu, 1967, 264 ss. e R. Benedict, *Il crisantemo e la spada*, Bari, 1993.

irragionevolmente sottostimare e trascurare le ricadute, anche psicologiche⁸, dell'obbligo per la parte femminile della coppia di abbandonare il cognome utilizzato fino al momento del matrimonio.

La Corte dimostra di avere ben analizzato le ricerche psicologiche più recenti sul tema ed evidenzia in proposito come l'effetto psicologico negativo della disposizione in oggetto potrebbe essere attenuato rafforzando l'uso del cognome pre-matrimoniale. Secondo l'Istituto del Lavoro, attualmente circa il 65% delle aziende consentono l'uso del cognome pre-matrimoniale, contro il solo 17% di vent'anni fa. Il cambio di cognome sul posto di lavoro non è infatti da sottovalutare in termini di conseguenze negative per la vita lavorativa. In particolare, quando una donna che, come si suole dire, si è “fatta un nome” nel suo campo lavorativo va a modificare proprio il nome con cui era conosciuta, corre il rischio di non essere più identificata con la persona che era prima del cambio di cognome. Tuttavia, l'opzione del cognome pre-matrimoniale è una non soluzione, in quanto la Corte sembra aver dimenticato, o trascurato, come manchi di fondamento legislativo; il cognome pre-matrimoniale non infatti ha valore legale, non può pertanto essere utilizzato in documenti ufficiali. Combinando dunque questi due elementi, dati alla mano, si può rilevare come un altro effetto diretto della scelta del cognome del marito sia, per molte donne, l'abbandono definitivo del posto di lavoro all'indomani del matrimonio.

I medesimi dati e risultati scientifici esaminati dalla Corte sono stati utilizzati dai ricorrenti, ma più in generale da tutti gli oppositori all'articolo, per dimostrare come la disposizione, oltre a violare l'art. 24, violi anche la dignità della donna e la libertà di matrimonio.

Nonostante dunque il Giudice costituzionale riconosca una ricaduta psicologica negativa per la donna che si vede costretta ad abbandonare il proprio cognome in favore di quello del marito, non ha però ritenuto questo elemento tale da ledere la dignità personale né la libertà di matrimonio.

Un altro elemento estremamente interessante che non può essere tralasciato, riguarda la netta divisione dei giudizi costituzionali sulla base del genere di appartenenza. Delle cinque opinioni dissenzienti, tre appartengono alla componente femminile del collegio

⁸ Molti sono gli studi che hanno affrontato le implicazioni psicologiche sulla vita di una donna sposata dell'obbligo di cambiare cognome. I risultati hanno dimostrato che si può giungere ad avere e proprie crisi di identità.

giudicante. Le tre giudici (su tre giudici donne) hanno infatti rilevato come la disposizione debba essere considerata incostituzionale in quanto impone degli obblighi assolutamente irragionevoli in capo alle coppie sposate, alla componente femminile in particolare, restringendo così anche la libertà di matrimonio.

Un ulteriore elemento di interesse è costituito dal fatto che per la prima volta che la Corte si è espressa in un caso in cui il parametro è l'art. 24. L'art. 24, dedicato al matrimonio, recita al c. 1, nella sua versione originale: «Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes and it shall be maintained through mutual cooperation with the equal rights of husband and wife as a basis». Nella versione giapponese, *both sexes* è tradotto con il termine 両性 (*ryōsei*), la cui traduzione con 'entrambi i sessi' non è così pacifica. Ed è qui che si innesta il potenziale della sentenza in termini di matrimoni dello stesso sesso.

Il termine può infatti semplicemente indicare anche entrambe le parti, senza dunque alcun riferimento al loro genere. Ora, secondo un folto gruppo di costituzionalisti progressisti, il fatto che in questa pronuncia la Corte, parlando di coppia, non abbia posto l'accento sulla composizione della stessa (uomo-donna), è da interpretarsi come una apertura verso i matrimoni dello stesso sesso. A ulteriore suffragio di questa lettura, sicuramente estensiva, della sentenza, si può addurre come il termine 両性 è stato preferito al termine 男女 (*danjo*), traducibile con 'uomo e donna'. Il passaggio successivo in questa ricostruzione interpretativa è che, contrariamente alle dichiarazioni del *premier* Abe, non sarebbe necessaria alcuna modifica del testo costituzionale per legalizzare le unioni matrimoniali dello stesso sesso, in quanto già consentite dalla Carta.

È chiaro che lo SCAP e il GHQ⁹, così come il governo Shidehara¹⁰, nelle drammatiche e concitate settimane di *drafting* del nuovo testo costituzionale nel febbraio-marzo 1946 non pensassero in alcun modo alle unioni dello stesso sesso, ma la fortunata scelta del termine

⁹ Douglas MacArthur arrivò in Giappone nel settembre del 1945 con la carica di SCAP, *Supreme Commander for Allied Powers*, e con il compito di applicare la *Dichiarazione di Potsdam* del 26-7-1945 (p.to 12 della stessa). In particolare, pare opportuno richiamare il p.to 10 dove, *inter alia*, si legge «Il governo giapponese rimuoverà tutti gli ostacoli al rifiorire e al rafforzarsi delle tendenze democratiche nel popolo giapponese. Dovranno essere assicurati libertà di parola, di religione e di pensiero, così come il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo». Sull'occupazione, v. A.C. Oppler, *Legal Reform in Occupied Japan: A Participant Looks Back*, Princeton, 1976 e K. Kawai, *Japan's American Interlude, 1945-1952*, Chicago, 1960. V. anche C. Whitney, *MacArthur: His Rendez-Vous with History*, New York, 1956; il generale Whitney, avvocato, fu uno dei più stretti collaboratori di MacArthur e *Chief of the Government Section* del GHQ, oltre che uno dei *drafters* della nuova Carta.

¹⁰ In carica dal 9-10-1945 al 22-5-1946. Il nuovo testo costituzionale è entrato in vigore il 3-5-1946.

in giapponese potrebbe consentire questa apertura e una interpretazione in tal senso sarebbe pertanto conforme a costituzione. A questo punto, però, due ulteriori rilievi sono d'obbligo: il primo ancora di natura lessicale, il secondo relativo alla ragion d'essere della disposizione.

La genesi dell'attuale Costituzione nipponica è stata incredibilmente travagliata, tanto da far parlare molti costituzionalisti, non solo nipponici, di *Diktat*¹¹. Una delle conseguenze maggiormente rilevanti, e sicuramente la più curiosa, è rappresentata dal fatto che la versione originale del testo sia stata redatta in inglese e solo successivamente tradotta in giapponese (c.d. giapponesizzazione)¹². La giapponesizzazione di un testo imposto non deve essere pensata come una mera traduzione letterale del testo originale, quanto un'opera decisamente di più ampio respiro: rendere sì con espressioni e immagini giapponesi concetti sostanzialmente estranei al contesto culturale (non sempre riuscito, si pensi all'assolutamente bizzarro preambolo¹³), ma contestualmente anche tentare di modificare la portata di molte disposizioni, considerate troppo progressiste e non giapponesi (è stato il caso, in particolare, degli art. 13 e 14¹⁴). L'art. 24, letto in questa cornice, sarebbe quindi quasi un paradosso, in quanto la versione giapponese – indubbiamente più conservatrice dell'origine inglese – sarebbe invece più progressista.

In aggiunta, risulta difficile capire ora, alla luce della impossibilità di prevedere nel 1946 l'attuale dibattito sui matrimoni dello stesso sesso, se la scelta lessicale nipponica sia da interpretarsi come espressione della volontà di una traduzione letterale oppure il traduttore non si sia posto il problema, cosa alquanto più probabile.

Accanto dunque a quella parte della dottrina che vede nella particolare scelta lessicale la possibilità di riconoscere i matrimoni dello stesso sesso senza una previa riforma

¹¹ Parte della dottrina nipponica parla infatti di Costituzione imposta, *oshitsuke Kenpō* 押し付け憲法.

¹² Sull'opera di traduzione della Carta e soprattutto sul sottile uso della traduzione quale strumento per "giapponesizzare", e quindi alterare per quanto possibile, il contenuto di partenza, si rimanda a K. Inoue, *MacArthur's Japanese Constitution: A Linguistic and Cultural Study of Its Making*, Chicago, 1991.

¹³ Ci si riferisce, in particolare, all'espressione «we, the Japanese people», che non suona assolutamente in giapponese e di cui è chiaro il modello ispiratore.

¹⁴ L'espressione inglese «all of the people», presente in entrambi gli articoli, viene resa con il termine *kokumin* (国民, letteralmente 'il popolo del Paese'), che viene quindi interpretato come indicante i soli cittadini nipponici, escludendo così gli stranieri che erano invece compresi nel «all natural persons» americano. La Corte suprema ha progressivamente superato questa distinzione sin dal 1950, fino ad arrivare alla celebre sentenza del 1978, *McLean v Justice Minister* (Minshū 32-7-1223), con cui ha esteso anche agli stranieri in maniera chiara ed esplicita la garanzia di tutti i diritti sanciti nel *Kenpō* (eccezion fatta naturalmente per quelli politici).

costituzionale, ve ne è un'altra che arriva allo stesso risultato insistendo però sulla ragion d'essere dello stesso art. 24, il secondo profilo sopra richiamato: perché costituzionalizzare una disposizione sul matrimonio? Lo SCAP voleva modernizzare e liberalizzare il matrimonio, svincolarlo dal sistema familiare tradizionale di impianto ancora fortemente feudale. Sarebbe poi ulteriormente difficile non fondare costituzionalmente i matrimoni dello stesso sesso anche alla luce dell'art. 14 che sancisce l'uguaglianza di tutti i cittadini e il conseguente divieto di discriminazione.

Proprio su questa base il distretto di Shibuya a Tōkyō, lo scorso febbraio ha per prima deciso di rilasciare dei certificati di unione civile per le coppie omosessuali.

3. – Limiti temporali al nuovo matrimonio per l'ex coniuge donna

La seconda pronuncia in esame può essere considerata come gemella rispetto alla precedente, non solo perché datata anch'essa 16 dicembre, ma perché nuovamente la *Gran Bench* si confronta con una disposizione del Codice civile che incide – o può incidere – in maniera significativa sulla componente femminile della coppia. Anche il risultato delle due decisioni è assimilabile in quanto anche in quest'ultima la Corte non si spinge così in avanti da dichiarare la disposizione incostituzionale, ma esorta comunque la Dieta a intervenire e procedere quanto prima a un suo emendamento.

Oggetto dello scrutinio della Corte è questa volta l'art. 733 del Codice civile, che dispone, in capo alle sole donne il divieto di risposarsi prima che siano decorsi sei mesi dal divorzio.

La scelta del Legislatore di sei mesi non è stata casuale; la *ratio* del limite temporale di sei mesi è da rintracciarsi nel consentire di identificare agevolmente il padre di un eventuale figlio della coppia divorziata. Secondo il Codice, per un figlio nato entro 300 giorni dal divorzio, la paternità è da ricondursi al precedente marito, mentre per un figlio nato 200 giorni dopo il nuovo matrimonio è da ricondursi al nuovo marito (art. 772 Codice civile).

Esaminando dunque l'art. 733 in combinato con il disposto dell'art. 772, la Corte conclude che qualsiasi limite superiore ai 100 giorni sia da considerarsi irragionevole ed eccessivo. Ciò pertanto che viene tacciato di irragionevolezza è il termine di sei mesi, non l'esistenza del divieto in sé.

Tuttavia, come anche già nella sentenza precedente, la mancata declaratoria di incostituzionalità non deve essere interpretata dalla Dieta come un invito alla non azione. Il Giudice costituzionale ha infatti esortato il Legislatore a considerare se, alla luce dell'attuale facilità, e relativa economicità, del test di paternità, sia ancora ragionevole mantenere il limite temporale.

Stupisce la scarsa articolazione del ragionamento del Giudice costituzionale, che non riesce a convincere adeguatamente, mancando di spiegare come la facilità del test di paternità sia tale da rendere il termine di sei mesi irragionevole, ma non sufficiente per concludere circa l'irragionevolezza del limite in sé. Del resto, è la Corte stessa a richiamare l'attenzione del Legislatore su questo punto, ma manca, come sempre, di incisività nel momento finale. E non sembra convincente l'addurre la particolare volontà della Corte di rispettare la separazione dei poteri, in quanto le sue sentenze hanno effetto meramente dichiaratorio, spettando quindi sempre alla Dieta l'intervento.

Nondimeno, parrebbe che questa volta la coalizione di governo voglia dirigere la propria azione nella direzione suggerita. Il giorno stesso della pronuncia, infatti, il Ministro della giustizia Iwaki ha inviato a tutti gli uffici prefetturali istruzioni affinché sia consentito alle donne divorziate di risposarsi appena decorsi i 100 giorni, anche in difetto della revisione del Codice.

4. – La legge sulla cittadinanza: disparità di trattamento per i figli di coppie miste?

Infine, accanto alle due sentenze della *Grand Bench* appena commentate, pare opportuno richiamare anche una terza pronuncia, questa volta della *Third Petty Bench*, che può essere anch'essa considerata come appartenente a quel gruppo di sentenze che si caratterizzano per conservatorismo in tema di famiglia.

Questa terza pronuncia tocca il tema della famiglia sotto un altro profilo, avendo per oggetto non già una disposizione del Codice civile, quanto la legge sulla cittadinanza (*Kokusekibō*-国籍法), ciclicamente soggetta allo scrutinio della Corte a causa delle

disposizioni – che la dottrina considera discriminatorie – circa i figli di genitori di nazionalità diversa¹⁵.

Per il profilo che più interessa in questa sede, la legge sulla cittadinanza presenta profili problematici laddove dispone particolari obblighi – che sono da più parti considerati disparità di trattamento – per genitori e figli di coppie miste. Ne consegue che la famiglia mista, in cui uno dei due coniugi – e la situazione diventa ancora più problematica qualora la coppia non sia sposata – non è cittadino giapponese, specialmente se residente all'estero, si vede applicate disposizioni più rigide in tema di cittadinanza della prole.

Nuovamente è quindi contestata la conformità rispetto all'art. 14 Cost. (che sancisce il principio di uguaglianza), della legge sulla cittadinanza, qui dell'art. 12, secondo cui un cittadino giapponese che alla nascita acquista anche la cittadinanza di un Paese estero e che lì risiede, perde retroattivamente la cittadinanza giapponese dalla nascita a meno che non esprima chiaramente l'intenzione di mantenerla, secondo quanto stabilito dalla legge sul registro di famiglia del 1872¹⁶. Ora, questa legge stabilisce, all'art. 104, c. 1, che entro tre mesi dalla nascita del bambino, una persona interessata o incaricata (dunque non necessariamente i genitori) invii una notifica al Ministero di giustizia in cui sia espressa la volontà di mantenere la cittadinanza nipponica.

Anche in questa pronuncia la Corte ripropone il *leitmotiv* del legame tra bambino e Giappone al fine giustificare le disposizioni di legge rispetto al principio di uguaglianza. La cittadinanza deve dunque essere espressione di un forte legame tra il cittadino e il proprio Paese; per chiunque viva all'estero questo legame è tradizionalmente interpretato, sia dalla Corte che dal Legislatore, come molto debole. Ne consegue che, laddove il Legislatore intraveda prove di debolezza, la cittadinanza viene persa. La differenza di trattamento tra un cittadino giapponese residente in Giappone e uno residente all'estero non viene su questa base considerata dalla Corte come irragionevole. Il Legislatore, pertanto, nel redigere il testo di legge, non ha valicato i limiti della discrezionalità che gli è attribuita.

L'insistenza sulla profondità del legame con la madrepatria è da leggersi alla luce del tradizionale mito della omogeneità giapponese e del connesso rifiuto per tutto ciò che è

¹⁵ Sia consentito il rimando a E. Bertolini, *La legge sulla cittadinanza: profili problematici e recenti dubbi della Corte Suprema*, in G.F. Colombo (cur.), *Giappone: un diritto originale alla prova della globalizzazione*, Venezia, 2011, 17 ss.

¹⁶ Si segnala che la legge sulla cittadinanza è del 1899 e richiama dunque molto frequentemente la legge sul registro di famiglia.

culturalmente estraneo¹⁷. La residenza all'estero e il non essere figlio di due genitori giapponesi sono ritenuti due elementi che impediscono una piena "nipponizzazione", ma che favoriscono invece la penetrazione di elementi estranei tali da mettere in pericolo la omogeneità sociale e, come tali, dunque, da rigettare.

Ciò che dunque emerge dalla pronuncia della Corte – che riconferma qui nuovamente la sua tradizionale costruzione interpretativa della legge – è che è possibile stilare una sorta di graduatori di prossimità alla giapponesità sulla base di due fattori: nazionalità dei genitori e luogo di residenza. Secondo la loro combinazione, sono previste differenti modalità di acquisto (meno agevoli) e di perdita (più facile) della cittadinanza, creando una indubbia differenziazione di trattamento rispetto al caso più comune di figlio di genitori giapponesi residente su suolo giapponese.

Il punto chiave diventa quindi la ragionevolezza della indubbia differenziazione di trattamento. E la Corte risolve la questione piuttosto semplicisticamente, fondandosi su un argomento di natura meramente culturale, la cui reale fondatezza ancora deve essere dimostrata.

A ulteriore sostegno della non irragionevolezza della disposizione di cui all'art. 12, la Corte rileva come l'art. 17 dia la possibilità, a tutti i cittadini giapponesi che abbiano perso la cittadinanza *ex art. 12* e che abbiano meno di vent'anni, di riacquistarla qualora siano residenti in Giappone e lo notifichino al Ministero di giustizia. La residenza sul suolo nipponico è quindi sufficiente a provare l'esistenza di uno stretto vincolo con in Paese.

5. – Conclusioni

Il breve commento delle tre sentenze in materia di famiglia prova come la Corte suprema abbia dimostrato, ancora una volta, la sua incapacità di mostrarsi più attenta ai cambiamenti sociali rispetto a un Legislatore decisamente ancora aggrappato a una idea di società giapponese che non ha più un proprio corrispettivo nella realtà.

È sicuramente vero che le prime due sentenze mostrano un orientamento sensibilmente differente rispetto alla decisione in tema di cittadinanza. Il substrato culturale

¹⁷ Da qui il fiorire di molte teorie sulla nipponicità, definibili come teorie *nihonjinron*. Per un approfondimento su tali teorie di *nihonjinron* (*kokusaika*, *ibunka*, *kyōsei* e *tabunka*), v. C. Burgess, *Maintaining Identities*, 2003, *paper* reperibile sul sito www.japanesestudies.org.uk. V. anche Y. Noda, *The Character of the Japanese People and their Conception of the Law*, in H. Tanaka (ed.), *The Japanese Legal System*, Tōkyō, 1976, 295 ss.; v. anche P. Dale, *The Myth of Japan Uniqueness*, New York, 1986.

e sociale dietro alle tre pronunce è sicuramente differente e contribuisce al diverso orientamento del Giudice costituzionale. Relativamente al rapporto tra coniugi, infatti, la Corte si fa portatrice di un orientamento maggiormente progressista rispetto a quello dimostrato in rapporto alla cittadinanza, questo è innegabile. Tuttavia, l'apertura a una nuova idea di famiglia, in cui vi sia un nuovo equilibrio, tendenzialmente paritario tra i due coniugi, non è tale da spingere il Giudice costituzionale a dichiarare le due disposizioni del Codice illegittime.

Non pare inoltre sufficiente l'invito fatto in entrambi i casi al Legislatore affinché provveda a emendare il Codice; le probabilità di un intervento della Dieta sarebbero sicuramente più elevate a fronte di un intervento maggiormente incisivo e deciso da parte della Corte, la quale, per altro, si trova comunque impotente di fronte all'inerzia legislativa. *A fortiori*, poi, se l'inerzia segue una semplice esortazione non accompagnata da una declaratoria di incostituzionalità.

La cittadinanza si dimostra ancora un *topic* su cui la Corte, così come il Legislatore, non sembra disposta ad aperture. E qui poco rilevano argomenti quali lo scoraggiare la doppia cittadinanza, perché non è mai questo quello utilizzato dalla Corte per supportare il proprio *reasoning* a favore della disposizione impugnata. Il secolare splendido isolazionismo nipponico ha creato una omogeneità culturale di cui il Giudice delle leggi continua a farsi alfiere.

Più che altro, il minimo comun denominatore di queste, così come di altre precedenti pronunce della Corte, è la facilità con cui essa ricorre all'argomento sociale-tradizionale-culturale per fondare le proprie decisioni, tralasciando, sicuramente volutamente, di riflettere sulla pericolosità di questo approccio. Questa ideologia della omogeneità culturale, che viene ripetuta come fosse un mantra da tutto l'*establishment* nipponico, ha contribuito a creare il mito della *japanese uniqueness* che, dinnanzi ad approfonditi studi storico-culturali, si rivela effettivamente sempre più un mito. Sarebbe pertanto auspicabile che una Corte suprema rifuggisse da questo tipo di argomentazioni, non solo perché non fondabili giuridicamente, ma neppure, in senso lato, scientificamente.

Se dunque la omogeneità culturale rileva nel caso della cittadinanza, l'idea di una non facilmente identificabile famiglia tradizionale giapponese osta alla piena parità tra i coniugi. Non facilmente identificabile perché il nuovo impianto familiare costruito dalle riforme del biennio 1946-1947 ha azzerato totalmente la tradizione, rendendo impossibile poter

identificare un modello di riferimento ad esso precedente. Ma il progresso sociale ha ulteriormente inciso sull'evoluzione della famiglia e dei rapporti tra coniugi, iniziando a rendere evidente la discrasia tra la garanzia della parità tra coniugi (fortemente voluta dallo SCAP e dal GHQ) sancita in Costituzione e un Codice civile che, per quanto coevo alla Carta, non la realizza pienamente. E ciò che stupisce è che la Corte stessa ne riconosce la inadeguatezza, ma adducendo motivazioni di natura culturale, preferisce farsi da parte e lasciare che sia il Legislatore, notoriamente poco attivo sul punto, a farsi garante di una maggiore parità tra i coniugi.

Per concludere, per quanto si possano trovare spiegazioni – che in alcuni casi sono in realtà più delle giustificazioni – all'atteggiamento riluttante della Corte, la sua sudditanza nei confronti del potere esecutivo è piuttosto evidente, tanto da non potersi considerare come un effettivo contropotere, né come un soggetto propulsore verso la garanzia di nuovi diritti. Le aperture dell'anno 2015 sono sicuramente ancora troppo timide affinché si possa parlare di un possibile mutamento di atteggiamento da parte della Corte. Gli equilibri nella forma di governo nipponica non sembrano ancora destinati a cambiare.



ISSN 2037-6677

2016/1

Il caso Oliari and others v. Italy e il riconoscimento giuridico dell'amore omoaffettivo: necessità o utopia?

Oliari and others v. Italy and the legal recognition of homosexual relationships: necessity or utopia?

L. De Vita

Tag: European Court of Human Rights, same sex marriage, Italy

www.dpce.it



Il caso *Oliari and others v. Italy* e il riconoscimento giuridico dell'amore omoaffettivo: necessità o utopia? Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo 21 luglio 2015 (ric. 18766/11 e 36030/11)

di Luciano De Vita

1. – I dettami della recente sentenza del 25 luglio 2015 resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'esito della causa *Oliari and others v. Italy* (la sentenza è agevolmente reperibile al sito echr.coe.int; per un primo commento si segnala la nota di L. Paladini, *L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in questa *Rivista*, 2015-3) sul tema del riconoscimento e tutela dell'"amore" omoaffettivo, consente di ritornare sul tema, delicato e complesso, della protezione giuridica delle unioni omosessuali (sul tema si rinvia, *ex multis*, a G. C. Feroni, T. E. Frosini, *La tutela della famiglia nelle democrazie contemporanee: tra pluralismo dei modelli e multiculturalismo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, Torino, 2010, 391 ss.; F. Fiorillo, *Matrimonio omosessuale: la lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea* in *Giur. Merito*, 2009, 1848; T. E. Frosini, *Nozze gay, chi si ferma è perduto*, in www.confronticostituzionali.eu), incuneatosi in modo pervicace nel nostro ordinamento a far data dalla sentenza della Corte costituzionale n. 130 del 2010, che ha aperto la strada al «riconoscimento e (alla) garanzia» (punto 10 del considerato in diritto) del diritto alla convivenza omosessuale (la sentenza è agevolmente reperibile al sito giurcost.org; fra i

numerosi commenti si segnalano, *ex multis*, R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in www.rivistaaic.it; A. Ruggeri, *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?* in www.rivistaaic.it; per una parte della dottrina la sentenza rappresenta una difesa del tradizionale valore della famiglia, vedi, in particolare, M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it).

Tale diritto, espressione della realtà sociale e dell'evoluzione dei costumi, è da iscriversi a pieno titolo nel catalogo di quelli c.d. “nuovi”, ovvero «diversi, *ulteriori* (rispetto a quelli comunemente conosciuti), *emergenti* cioè dalla evoluzione sociale», prospettabili «indipendentemente da un loro riconoscimento normativo» (F. Modugno, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995) ed è inevitabilmente collegato alla fase di fragilità che contraddistingue il modello tradizionale di famiglia. La ricerca del “riconoscimento legale” da parte delle coppie omosessuali, costituisce uno dei punti più caldi del XXI secolo sul fronte del riconoscimento dei diritti civili. Tuttavia, e ciò spiega la particolare rilevanza e l'attualità della tematica, il nostro Paese, insieme alla Lituania, alla Lettonia, alla Polonia, alla Bulgaria e alla Romania, rappresenta uno dei pochi ordinamenti costituzionali contemporanei all'interno del quale si è molto parlato ma poco concretizzato. Non a caso, alla data di stesura del presente lavoro, è in discussione in Parlamento il c.d. “d.d.l. Cirinnà” sulla «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», il cui *iter* è attualmente “strozzato” dagli oltre 6000 emendamenti proposti (per un primo commento si segnala M. Gattuso, *Le Unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in Aula in Senato*, in www.articolo29.it). A bilanciare tale “atarassia giuridica” del nostro Paese, si contrappongono stimoli “nervosi” esterni favorevoli al riconoscimento giuridico del matrimonio o a forme alternative di riconoscimento e tutela delle unioni omosessuali, che provengono dal contesto sovranazionale.

2. – Sul piano comunitario, già da parecchi anni, le istituzioni hanno sollecitato gli Stati membri a riconoscere il principio di non discriminazione anche in ambito

familiare. In particolare, con la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 settembre 2015, ritenendo «che i diritti fondamentali delle persone LGBTI sarebbero maggiormente tutelati se esse avessero accesso a istituti giuridici quali coabitazione, unione registrata o matrimonio», sono stati espressamente sollecitati i Paesi, tra i quali il nostro, a «prendere in considerazione tali istituti», già adottati da diciotto Paesi membri o, ancora, a fornire adeguati strumenti di tutela legale alle unioni di fatto (etero e omosessuali) laddove non già giuridicamente disciplinate e, dall'altro, per gli Stati che riconoscono le unioni di fatto, a trattare in egual misura, anche sotto il profilo pensionistico, le coppie eterosessuali e quelle omosessuali. Sul piano normativo dell'UE si pensi ai Trattati europei e ad alcune Carte fondamentali, potenti strumenti interpretativi per il giudice nazionale anche nell'applicazione del diritto statuale, nelle quali il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale, il diritto a costituire una famiglia e il diritto al matrimonio trovano particolare enfasi e pieno riconoscimento, conferendo solennità a quei valori e principi condivisi dagli Stati membri assegnando, in particolare, una rilevanza autonoma al diritto di contrarre matrimonio rispetto a quello di creare una famiglia ed eliminando, quale presupposto per l'esercizio di questi diritti, la diversità di genere (per una ricostruzione della tutela delle coppie omosessuali nell'ordinamento dell'UE, si vedano, *ex multis*, P. Pallaro, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2000, 104 ss.; K. Waaldijk, *Towards the recognition of same-sex partners in European Union law: expectations based on trends in national law*, in R. Wintemute, M. Andenaes (cur.), *Legal Recognition of Same Sex Partnership*, Oxford, 2001, 635-651; F. Vari, *Unità nella diversità: famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra principi costituzionali, suggestioni comparatistiche e diritto comunitario*, in A. D'Atena, P. Grossi (cur.), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello: tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, 209-246).

3. – Sul piano del diritto comparato, terreno fertile sul tema, molteplici e variegate sono le soluzioni adottate, fin dagli anni Novanta. L'Europa è stato il primo continente ad aprire l'istituto del matrimonio alle coppie dello stesso genere, nonché il primo a offrire un riconoscimento formale alle unioni. Già dal 1989 la

Danimarca, con la *registreret partnerskab* dalla quale derivano i medesimi effetti legali del matrimonio, ha assunto il ruolo di modello di riferimento per gli altri ordinamenti del nord Europa a cui è seguito un effetto “domino” in gran parte dell’Europa. Tale soluzione è stata poi adottata dalla Germania, dall’Austria, dalla Repubblica ceca, dall’Ungheria, dall’Irlanda, dalla Slovenia, dalla Svizzera, dal Lichtenstein, dalla Grecia e da Malta (per quadro notevole di diritto comparato, non solo europeo, sulle unioni fra persone dello stesso genere, si veda, *ex multis*, P. Passaglia, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, in www.cortecostituzionale.it).

Relativamente all’estensione del matrimonio alle coppie omosessuali, sono stati i Paesi Bassi nel 2001 a modificare per via legislativa il matrimonio, scelta rimasta isolata fino al 2003, quando il Belgio ha compiuto lo stesso passo intervenendo sul codice civile. Nel 2005 ha modificato la propria disciplina codicistica la Spagna del Governo Zapatero, seguito nell’ordine da Svezia e Norvegia (2009), da Islanda (2010) e Portogallo (2010), dalla Francia (2013), dal Regno Unito (2014), dal Lussemburgo (2015), Irlanda (2015) e dalla Finlandia (dal 2017). Infine, con riferimento ai Paesi extraeuropei, in tutti i continenti sono presenti ordinamenti che riconoscono tutela alle unioni omosessuali. Fra i tanti, l’Argentina, l’Uruguay, gli Stati Uniti d’America dopo la sentenza *Obergefell v. Hodges* (la sentenza è agevolmente reperibile al sito supremecourt.gov; per un primo commento si rinvia a E. Falletti, *Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli Stati Uniti*, in questa Rivista, 2015-2), il Canada, il Messico (non in tutta la Federazione), la Nuova Zelanda e il Sudafrica.

4. – Nell’attesa che questi stimoli diventino realtà giuridica, sono stati i giudici a essere investiti delle domande di tutela. La Corte europea dei diritti dell’uomo attraverso il suo *dictamen* sussidiario, con i suoi vincoli più o meno stringenti, ha condannando l’Italia per “omissione legislativa” in materia di unioni omosessuali. La direttrice di fondo dell’intera ed articolata decisione dei Giudici di Strasburgo si snoda lungo il solco tracciato sia dalla propria giurisprudenza sia dalla giurisprudenza delle Corti apicali nazionali nell’ultimo lustro. Partendo dalla prima storica decisione della Corte costituzionale sul tema, la sentenza n. 138/2010 (cit.), la

Corte, per la prima volta nella storia repubblicana, escludendo l'illegittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* del c.c. che limitano l'applicazione dell'istituto matrimoniale alle unioni tra uomo e donna, ha compiuto un'ampia apertura al riconoscimento del "diritto fondamentale" per le coppie omosessuali di «vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (punto 8 del considerato in diritto), assimilandole alle categorie delle formazioni sociali *ex* art. 2 Cost. Infatti, i giudici costituzionali nell'ambito della riflessione sulla nozione di "formazione sociale" precisano che la stessa deve intendersi come «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico» (punto 8 del considerato in diritto). La sentenza, in considerazione del fatto che il tema delle unioni omosessuali ha un "alto contenuto sociale" più che giuridico, incorpora anche un monito al legislatore affinché, nell'ambito del suo potere discrezionale, introduca una legislazione finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia omosessuale, come già avvenuto per le convivenze *more uxorio*. Questo storico "monito" con cui la Corte, richiamando l'art. 12 della CEDU e l'art. 9 della Carta di Nizza i quali prevedono il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia «secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto», cerca di scuotere il suo interlocutore, e cioè il legislatore, è rimasto a tutt'oggi inascoltato. La citata sentenza precede l'altrettanto nota sentenza *Schalk and Kopf* del 24 giugno del 2010, con cui la Corte di Strasburgo stabilisce che le coppie formate da persone dello stesso sesso rientrano nella definizione di "vita familiare" di cui all'art. 8 CEDU (la sentenza è agevolmente reperibile al sito echr.coe.int, ed è stata ampiamente commentata dalla dottrina. Tra i vari commenti, si veda, *ex multis*, F. Crisafulli, *Same-Sex Couples' Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (cur.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer/TMC Asser Press, Berlin/The Hague, 2014, 409 ss.).

La decisione in commento, che ha avuto grande eco nell'opinione pubblica italiana, è stata emessa a seguito di due diversi ricorsi riuniti (il n. 18766/11 e il n. 36030/11) presentati da tre coppie di cittadini italiani rispettivamente il 21 marzo e il

10 giugno 2011. Dopo avere dichiarato ammissibile ciascuno dei ricorsi proposti, la CO.D.U. li ha esaminati nel merito.

I ricorrenti lamentavano la violazione, da parte dello Stato italiano, degli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU a causa della totale mancanza di una disciplina che consentisse loro di contrarre matrimonio o, in alternativa, di dar vita ad altro tipo di unione civile giuridicamente valida ed efficace. Le tre coppie, infatti, in tempi diversi, avevano tentato di ottenere dall'Ufficiale di stato civile dei rispettivi comuni di residenza le pubblicazioni di matrimonio, ricevendo, tuttavia, un rifiuto. Nel merito, deve premettersi che la CO.D.U. ha respinto il primo ricorso nella parte in cui lamentava la violazione dell'articolo 12 (da solo o in combinato con l'art. 14) della convenzione, in quanto l'ordinamento italiano, non prevedendolo, avrebbe violato il diritto al matrimonio delle coppie omosessuali. Non senza avere ricordato che la convenzione è uno strumento vivente, e che il diritto al matrimonio non deve essere considerato come limitato alle coppie eterosessuali, la CO.D.U., nel confermare la propria giurisprudenza (sentenza *Schalk und Kopf* del 24 giugno 2010, agevolmente reperibile al sito echr.coe.int), perviene ad una interpretazione particolarmente ossequiosa del margine di apprezzamento dei singoli Stati i quali «si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società» (par. 191). Poiché solo alcuni Stati contraenti appartenenti al Consiglio d'Europa ammettono il matrimonio egualitario non si può considerare esistente un *consensus* tale da far considerare l'articolo 12 interpretabile nel senso di imporre un obbligo agli Stati membri di riconoscere necessariamente alle coppie omosessuali il matrimonio. Pertanto, le eventuali forme di tutela per le tali coppie restano tuttora riservate alla discrezionalità del legislatore statale (par. 177-178).

Passando al tema centrale della decisione, i Giudici della CO.D.U. rilevano che in Italia è assolutamente carente una disciplina di riconoscimento e di tutela dei diritti fondamentali delle coppie omosessuali, respingendo, in modo del tutto condivisibile, l'argomento sostenuto dalla difesa erariale secondo cui alcune tutele sarebbero riconosciute dai registri comunali delle unioni civili, atti che hanno un valore meramente simbolico, affermando la scarsa rilevanza dei cosiddetti accordi di convivenza che non hanno lo scopo del riconoscimento e della tutela della coppia.

Pertanto, hanno ritenuto che la mancanza di una normativa volta al riconoscimento giuridico e alla tutela delle coppie formate da persone del medesimo genere contrastasse con l'art. 8 CEDU, ricordando che tale disposizione, diretta a proteggere gli individui dalle ingerenze arbitrarie dello Stato nella loro vita privata e familiare, può anche imporre allo stato l'adozione di misure positive finalizzate a rendere concreto ed effettivo il rispetto dei diritti dalla stessa tutelati (par. 159).

Nell'applicare le misure positive, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento, ma, secondo la giurisprudenza della Corte, quando si tratta di aspetti particolarmente importanti della vita privata, tale margine può essere soggetto a restrizioni.

5. – Orbene è chiaro che la condanna inflitta all'Italia dai Giudici di Strasburgo impone al nostro Paese un salto poderoso nella direzione della tutela di tali diritti, i quali non potranno certamente essere negati in favore di chi manifesta una differente propensione affettiva ma che, al contrario, dovranno richiedere una configurazione giuridica certa da parte del legislatore, tenuto conto del bilanciamento tra interessi del singolo e della comunità. Il margine di apprezzamento per l'Italia si riduce in considerazione del grado elevato di accettazione della società rispetto alle unioni dello stesso sesso e dei richiami giurisprudenziali. L'ultimo dubbio è: matrimonio o unioni civili? Se si procede nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale non si può che confermare il presupposto eterosessuale del matrimonio (art. 29 Cost.), istituto particolarmente radicato nei caratteri culturali della società italiana, residuando in favore delle coppie omosessuali una tutela "ragionevole" realizzabile attraverso le c.d. unioni civili. Ecco, dunque, che il parametro della ragionevolezza si pone ancora come faro del diritto e canalizzatore del volere sociale.

Solo la trasformazione ermeneutica del concetto costituzionale di "società naturale" potrebbe far propendere verso l'apertura del matrimonio a persone appartenenti allo stesso sesso, opzione questa, tuttavia, ancora difficilmente praticabile. Per queste ragioni quindi sarebbe ben più ragionevole ammettere una regolamentazione delle unioni civili che sia ovviamente tesa a garantire diritti ma a prevedere anche doveri dei membri della coppia, in condizioni di uguaglianza con le

coppie etero, così liberando l'amore dalle strette reti del diritto ma stabilendo, al contempo, il diritto d'amare.

Last but not least, ritenendo che la giurisprudenza – rimediando all'inerzia del legislatore – ha saputo dare risposte convincenti alle molteplici questioni che si sono state poste, il dibattito politico emerso nel corso dei lavori parlamentari sul d.d.l. Cirinnà, mi spinge a ritenere che il legislatore avrebbe potuto muoversi attribuendo al metodo comparato un ruolo decisivo nella stesura del d.d.l., in quanto tale metodo rappresenta uno strumento fondamentale della normazione (sul tema si veda T.E. Frosini, *Legislazione e comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2015, 63 ss.).



ISSN 2037-6677

2016/1

Sterminio degli Armeni: quando la storia è portata nelle aule di giustizia in sede europea

Armenian genocide and the ECHR

F. Giulimondi

Tag: European Court of Human Rights, Perinçek, Svizzera



Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Grande Camera). Sentenza 15 ottobre 2015, ricorso n.27510/08, *Perinçek c. Svizzera*. Sterminio degli Armeni: quando la storia è portata nelle aule di giustizia in sede europea

di Fabrizio Giulimondi

1. – La sentenza in epigrafe conferma la pronunzia della seconda sezione del 17 dicembre 2013 (per una articolata panoramica sul tema cfr. M. Montanari, *La Corte europea dei diritti dell’uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l’esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno*, in *Dir. pen. cont.*, 7-1-2014; P. Lobba, *Un “arresto” della tendenza repressiva europea sul negazionismo*, in *Dir. pen. cont.*, 15-1-2014).

I fatti da cui scaturisce il procedimento interno e quello europeo risalgono all’estate del 2005, quando il Presidente del Partito dei Lavoratori turco, Doğu Perinçek, durante alcuni convegni svolti in cantoni svizzeri, ha pubblicamente e reiteratamente dichiarato che, seppur il popolo armeno fosse stato oggetto di massacri e deportazioni da parte dell’impero ottomano dal 1915 al 1922, non era stato vittima di alcun genocidio. In ragione di queste affermazioni il Tribunale di polizia del distretto di Losanna nel 2007 ha condannato Perinçek, a mente dell’art. 261 *bis* c.p. svizzero, per “discriminazione razziale” – sintagma inglobante anche il profilo del negazionismo, con il quale si suole intendere il disconoscimento, la

grossolana minimizzazione e il tentativo di giustificazione del genocidio e di altri crimini contro l'umanità – a 90 aliquote giornaliere di 100 franchi l'una con la sospensione condizionale della pena e ad una multa di 3000 franchi. Siffatta pronunzia è stata confermata nello stesso anno dalla Corte vodese di Cassazione e dal Tribunale federale elvetico.

La citata decisione della Corte europea del dicembre 2013 è giunta a conclusioni opposte, conclusioni confermate dalla statuizione in commento: nella valutazione e comparazione dei diritti tutelati dagli art. 8 CEDU (“diritto al rispetto della vita privata e familiare”) e 10 CEDU (“libertà di espressione”) i giudici di Strasburgo hanno fatto prevalere quello garantito da quest'ultimo.

Non si può comprendere al meglio la decisione della Grande Camera senza affrontare, seppur *paucis verbis*, il significato della locuzione “negazionismo” (*ex pluribus* cfr. C. Vercelli, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, Roma, 2013; A. Merli, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008; con particolare riguardo al genocidio degli Armeni v. A. Rosselli, *L'olocausto armeno*, Fidenza, 1885, 2015, che *funditus* illustra i *pogrom* contro Armeni, Ebrei e Greci ordinati fra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento dall'ultimo sultano ottomano Harid II, nonché lo sterminio portato avanti fra il 1915 e il 1922 dal sedicente partito progressista e modernista dei “Giovani Turchi”; M. Corngati, U. Volli (cur.), *Il genocidio infinito*, Milano, 2015), in relazione alla espressione genocidio, così come configurata negli art. 2, Convenzione dell'ONU n. 260 del 9 novembre 1948 per la prevenzione e la repressione del genocidio e 6, lett. c), Statuto del Tribunale internazionale militare di Norimberga dell'8 agosto 1945 (cfr. W.A.Schabas, *Genocide in international law: the crime of crimes*, Cambridge, 19-2-2000).

2. – Il termine “negazionismo” – proposto dallo storico francese Henry Rousso e nato in relazione all'olocausto degli ebrei – non si limita a ridimensionare il giudizio storico sulla *Shoah*, ma, sulla base di argomentazioni di carattere culturale, storico, scientifico e politico, nega la sua stessa esistenza. Lo studio storicistico dei fenomeni sterminatori dell'Ottocento e Novecento, unitamente agli eventi che hanno sconvolto l'ex Jugoslavia e il Ruanda, hanno ampliato la fenomenologia in parola, determinandosi l'effetto di *slippery slope*, vale a dire la tendenza ad inserire nel

negazionismo una serie illimitata di gravi crimini ultronei a quelli posti in essere dai nazisti (cfr. I. Spigno, *La Corte di Strasburgo e il negazionismo del genocidio armeno: revirement o conferma giurisprudenziale?*, in *Quest. Giur.*, 24-3-2014; Id., *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in questa *Rivista*, 2008, 1931; E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012).

Non solo. Nel concetto di negazionismo dello sterminio degli Armeni confluiscono anche comportamenti che possono essere considerati sì contigui alla pura e semplice negazione di un fatto storico, ma anche da essa distinti e distanti, come la pubblica apologia, la grossolana minimizzazione dei crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra, la giustificazione dei medesimi o la loro approvazione.

Come si è accennato, il negazionismo è stato contrastato non solo su un piano didattico-informativo-culturale, ma anche penale. L'art. 261 *bis* c.p. svizzero, oggetto della decisione del 21 ottobre 2015, rientra nella strumentazione giuspenalistica adottata da molti ordinamenti europei per ostacolare l'avanzata dei teorici della inesistenza dell'olocausto. Invero, il codice svizzero, parimenti alla normativa lussemburghese, spagnola (dichiarata in parte incostituzionale dal *Trib. Const.*, sent. 7-11-2007, n. 235, in www.tribunalconstitutional.es) e portoghese, prevede sanzioni penali per le condotte negazioniste non vincolate ad uno specifico sterminio, includendovi, quindi, *eo facto* anche quello armeno; la Germania, il Belgio e l'Austria reprimono penalmente soltanto la negazione della *Shoah*, mentre le disposizioni elleniche, slovacche e francesi (queste ultime dichiarate incostituzionali dal *Cons. Const.*, dec. 28-2-2012, n. 2012/647, in www.conseil-constitutionnel.fr) ascrivono nel sistema degli illeciti penali unicamente il negazionismo del genocidio armeno. Norme anti-negazioniste sono state adottate anche in Svezia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca e Romania (*amplius* cfr. A. Di Giovine, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in questa *Rivista*, 2006, 13; T. Penna, *Negazionismo: sistemi legali a confronto*, in *Europae*, 18-2-2013; in chiave critica cfr. E. Fronza, A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Dir. pen. cont.*, 29-10-2013; D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.*, 16-3-2015).

Questi provvedimenti sono stati approvati nel rispetto della decisione quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, in G.U.U.E. L 328, 6.12.2008, 55, decisione

ancora non attuata in Italia (risulta in dirittura di arrivo il d.d.l. S 54-B, assegnato in seconda lettura al Senato il 27-10-2015, salvo il reato di negazionismo non sia riconosciuto una volta accolto l'emendamento 3.1 dell'On. Agostinelli e al. presentato il 9-12-2015 al d.d.l. C 3084).

3. – La Grande Camera si è posta il quesito se siffatte previsioni penali siano compatibili con la libertà di circolazione delle idee e sino a che punto le riflessioni storiografiche possano spingersi: il giudice da amministratore di giustizia può trasformarsi in colui che con il giudicato pone termine ad un dibattito storico?

La risposta fornita dalla pronunzia in esame è netta: prevale senza indugio il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero storico, anche se urticante e sgradevole, *ex art. 10 CEDU*, sul diritto al rispetto della memoria e della intimità dei ricordi e degli affetti delle vittime degli stermini, potenzialmente violati da pubbliche affermazioni negatrici di quei fatti (art. 8 CEDU).

L'art. 10, c. 1 CEDU riconosce e garantisce la libertà di espressione in termini ampi, prevedendo al c. 2 alcune limitazioni che, per poter essere legittime, devono essere previste per legge e costituire misure necessarie in una società democratica al fine di proteggere la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale, la difesa dell'ordine e la protezione della salute, della reputazione e dei diritti altrui.

La Grande Camera riprende *in toto* le argomentazioni della seconda sezione, confermando che la condanna penale del ricorrente rispetta due dei tre requisiti che legittimano la limitazione dell'esercizio del diritto *ex art. 10, c. 1 CEDU*: la sussistenza di una legge che sanzioni penalmente il negazionismo (art. 261 *bis* c.p. svizzero) e la presenza di almeno uno scopo legittimo cui la prescrizione penale tende. Tale scopo si sostanzia nella protezione dei diritti altrui, declinata come difesa della dignità delle vittime del genocidio e dei loro discendenti, che hanno costruito la propria identità nazionale anche sulle sofferenze patite dai propri ascendenti e da loro stessi. Ciò che rende cedevole l'applicazione dell'art. 8 CEDU in presenza dell'art. 10, c. 1 CEDU è proprio il difetto del terzo requisito indicato nell'art. 10, c. 2 CEDU, ossia la non considerabilità dell'art. 261 *bis* come “misura necessaria in una società democratica”.

Su tale questione la giurisprudenza della Corte europea è costante. La sentenza del 23 settembre 1998, ricorso n. 24662/94, *Lehideux et Isorni c. France*, par. 55, esplicita chiaramente la tendenziale tutela della libertà di espressione delle proprie opinioni, che: «vale non solo per le informazioni o idee accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che offendono, indignano o turbano lo Stato o una qualsiasi parte della popolazione. Così vogliono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non vi è società democratica» (sulla stessa linea Corte EDU, sent. 2-12-1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*, par. 49; sent. 20-9-1994, ricorso n. 13470/87, *Otto Preminger Institut c. Austria*, par.49; sent. 3-10-2000, ricorso n. 3400, *Du Roy er Malaurie c. Francia*, par. 27).

Le opinioni, seppur “reprobi”, non possono essere penalmente sanzionate e la Corte, esplicitando al meglio il proprio pensiero, detta nella parte motiva un vero e proprio decalogo che rende i giudizi, specie storici e politici, il più possibile immuni dall’azione giudiziaria (cfr. M. Montanari, *Libertà di espressione e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno: si pronuncia la Grande Camera della Corte edu*, in *Dir. pen. cont.*, 5-1-2016). Le asserzioni “incriminate” prive di rilievo penale devono vertere su aspetti di interesse pubblico di carattere giuridico, storico o politico, oltre che operare in contesti geografici e temporali il più possibile lontani dal luogo e dal tempo di verifica degli eventi contestati: più esse asserzioni sono cronologicamente separate dal tempo di compimento degli eventi a cui si riferiscono, più la sede di loro proclamazione è distante dall’area ove i fatti sono avvenuti, meno possono provocare turbamento nell’animo delle persone coinvolte nei tragici accadimenti. Nel caso di specie la Svizzera non è stata in alcun modo teatro dei misfatti, accaduti prevalentemente in Turchia (la questione armena è dirimente per la sua entrata nella Unione europea e, *in subiecta materia*, si consenta di rimandare a F. Giulimondi, *La Turchia e l’Unione europea: riflessioni e dubbi*, in *Mondo Giur.*, 2005, 66) e, in minima parte, in Azerbaijan, in epoca risalente a non oltre il 1922. Altresì, le dichiarazioni *de quibus* non debbono essere in alcun modo idonee, neanche astrattamente, ad offendere beni-interessi altrui; devono essere oggetto di una comune disciplina incriminatrice – invero assente – fra tutti gli Stati europei; la loro punibilità deve essere prevista da obblighi internazionali, insussistenti nel caso della Confederazione svizzera a cui non è applicabile la cennata decisione quadro; la

loro proporzionata limitazione deve essere adeguatamente motivata dalla autorità giudiziaria.

La valutazione, la comparazione e l'attenta osservazione della presenza o meno di questi elementi ha indotto la Corte a considerare non necessaria in una società democratica la repressione penale svizzera del negazionismo, prevalendo su di essa la libertà di espressione del pensiero del ricorrente. Tale libertà in questo caso, come in casi simili, pertanto, si espande nuovamente, sopravanzando i beni giuridici di cui le cennate norme penali incriminatrici sono poste a baluardo. La Corte considera *de facto* la libertà di espressione come un diritto relativo, bilanciabile e, talora, cedevole, ogni volta che collida con studi, valutazioni, critiche storiche afferenti la negazione o il sensibile ridimensionamento di eventi che, per efferatezza, quantità e diffusività, hanno gravemente leso l'ordine e la pace di vaste aree geografiche, quasi «una libertà» – per dirla con E. Fronza, *op.cit.*, p. 144 – «di mettere in pericolo l'esistente e le idee maggioritarie o condivise».

4. – Ulteriore argomento di grande interesse storico-giuridico – non sviluppato nella sentenza del 2013 – su cui si sofferma invece la Grande Camera, è quello formulato in forma sintetica nella opinione parzialmente dissenziente dei giudici della seconda sezione, Vučinić e Pinto de Albuquerque, in merito alla assenza di un consenso generale da parte della comunità scientifica internazionale sulla qualificazione di genocidio dei fatti avvenuti nell'arco temporale 1915-1922, rafforzata anche dal ristretto numero di Stati (sino ad ora 21, oltre l'Armenia e l'Unione europea – v. lista completa in *genocide.am*) che hanno riconosciuto per via legislativa o di risoluzione il genocidio del popolo armeno.

Questo è l'ulteriore aspetto di grande rilievo che si riscontra nell'*iter* argomentativo della Corte: la differenza di approccio dei giudici fra gli orrori che hanno afflitto la popolazione armena e quella ebraica. In quest'ultimo caso prevale *sine dubio* l'applicabilità della fattispecie incriminatrice sulla libertà di esprimere tesi negatrici dell'annientamento degli ebrei, delle camere a gas, dei forni crematori e dei campi di concentramento e sterminio.

La qualificazione giuridica di genocidio è il *thema disputandum* dei fatti oggetto della dichiarazione del ricorrente, che non ha mai contestato le verificazioni di

massacri e deportazioni brutali, bensì che questi eventi abbiano dato luogo ad un vero e proprio genocidio al pari di quello del popolo semita.

Secondo la Corte i negazionisti della *Shoah* non contestano semplicemente la qualificazione giuridica di un determinato crimine, quanto l'accadimento di fatti accertati oramai con prove inconfutabili, legate a “segni visibili”, mentre i drammi subiti e vissuti dagli armeni sono ancora oggetto di indagine da parte della comunità internazionale degli storici. La Corte distingue tra “fatti storici chiaramente stabiliti” e “fatti che sono ancora soggetti ad interpretazione”: nei primi viene sussunto l'olocausto, mentre nei secondi è ascrivibile la “questione armena” (a cui chi scrive ritiene possano essere affiancati i feroci misfatti compiuti nell'ex Jugoslavia e nel Ruanda, per numero ed omogeneità etnico-religiosa delle vittime e sistematicità, metodicità e scientificità della loro eliminazione).

Storia e diritto, *communis opinio* storiografica e giustizia, analisi storica e condanna giudiziaria rappresentano il terreno sdruciolevole su cui cammina la Corte: «La ricerca storica è per definizione stessa controversa e discutibile e pertanto non si presterebbe a delle conclusioni definitive o a delle verità oggettive e assolute» (cfr. T. Penna, *op.cit.*, 13), specie se le conclusioni sono cementificate in un giudicato. A tale proposito la Corte EDU, sent. 24-6-2003, ricorso n. 65831/01, *Garandy c. Francia*, in tema di negazionismo della *Shoah*, ha riconosciuto al giudice il potere di ricostruire i fatti storici e, per converso, i fatti storici vengono qualificati quali elementi suscettibili di essere vagliati, precisati, stabiliti all'interno del processo e, infine, consacrati nella *res iudicata* (in questo caso, come detto prima, l'assoluta verifica da un punto di vista scientifico-storiografico dell'olocausto ha confermato la legittimità della condanna, la validità della normativa incriminatrice e la sua prevalenza sul pensiero negatore di esso: cfr. A. Buratti, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2012, 2, ove ampi richiami di dottrina e giurisprudenza).

5. – La verità storica è il gelatinoso oggetto dello *iurisdicere* della Corte di Strasburgo e dei Tribunali nazionali e, certamente, non sostanzia il bene giuridico tutelato dalle ipotesi delittuose sopra accennate (che sono poste a garanzia, a seconda degli ordinamenti, della pace e dell'ordine pubblico, della reputazione e

dell'onore di individui o gruppi sociali, della dignità umana delle vittime), altrimenti il giudice avrebbe una metamorfosi kafkiana trasformando se stesso in arbitro della storia (cfr. M. Donini, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offesa" di Joel Feinberg*, in A. Cadoppi (cur.), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010). «Ma ciò che è stato taciuto non muore per questo», come vaticinava lo scrittore tedesco romantico Achim von Arnim, ed è proprio compito dello storico, con l'equilibrato e saggio supporto dell'autorità giudiziaria e del legislatore, farlo venire alla luce.



ISSN 2037-6677

2016/1

**Gli standard dell'accoglienza nell'emergenza
immigrazione secondo la giurisprudenza *Khlaifia*
della Corte EDU**

**ECHR case-law: the immigration emergency in the
case *Khlaifia***

F. Guella

Tag: European Court of Human Rights, immigration, Khlaifia

www.dpce.it



Gli standard dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione secondo la giurisprudenza *Khlaifia* della Corte EDU

di Flavio Guella

1. – La Corte EDU nel caso *Khlaifia e altri c. Italia* (n. 16483/12) ha condannato la Repubblica Italiana per fatti accaduti nel 2011, durante le c.d. primavere arabe, contestando la detenzione illegittima e in condizioni degradanti di tre migranti irregolari tunisini, in pendenza di una – poi in concreto eseguita – espulsione degli stessi che è stata qualificata come collettiva (per una prima nota cfr. A. Giliberto, *Lampedusa: la Corte edu condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Ottobre 2015).

Le violazioni dei diritti fondamentali si articolano in quattro diversi profili, riguardanti in primo luogo l'art. 5 CEDU, sia per il par. 1, affermando l'illegittimità della privazione della libertà personale di tali migranti, sia per i par. 2 e 4, posta la correlata carenza di comunicazione circa le ragioni della detenzione e l'ineffettività degli strumenti di contestazione della legalità della medesima. Vengono poi contestate violazioni dell'art. 3 CEDU, rilevate le condizioni inumane e degradanti di accoglienza nei centri sull'isola di Lampedusa, dell'art. 4, Prot. 4, CEDU, in quanto il provvedimento espulsivo finale avrebbe presentato carattere collettivo, nonché dell'art. 13 CEDU, per la carenza di un efficace rimedio giurisdizionale.

2. – Sebbene la vicenda riguardi specificamente tre cittadini tunisini – soccorsi in mare dalle autorità italiane e accolti prima nel Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Contrada Imbriacola a Lampedusa il 17 e il 18 settembre 2011 e poi (dopo che alcuni tumulti nel CSPA il 20 settembre avevano provocato l'inagibilità delle strutture) dal 22 settembre a bordo di alcune navi italiane – la sentenza presenta un interesse più ampio e strutturale, giudicando il complessivo sistema di accoglienza e respingimento apprestato nell'ambito dell'emergenza umanitaria legata ai flussi migratori degli ultimi anni; emergenza che in Italia si è inserita in un contesto che fin dal 2002 è stato gestito in regime di eccezione, rinnovato da ultimo – il 12 febbraio 2011 – per affrontare con le strutture e il coordinamento del Dipartimento di protezione civile l'eccezionale afflusso di cittadini provenienti dai Paesi del Nord Africa (cfr. D.U. Galetta, *Il diritto di asilo in Italia e nell'Unione europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all'"esternalizzazione" e politiche nazionali di gestione della c.d. "emergenza immigrazione"*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2010, 1449 ss., in particolare il par. 7 per il ruolo dello stato di emergenza dichiarato dall'Italia nel più ampio contesto normativo europeo).

La Corte EDU ha quindi avuto occasione di giudicare sia gli standard di accoglienza in condizioni emergenziali (apprezzando i fatti), sia le modalità di trattamento dello status giuridico dei migranti (apprezzando la qualificazione normativa). Sotto il primo profilo è stata verificata l'adeguatezza delle strutture di recezione dei migranti rispetto al parametro dell'art. 3 CEDU, sotto il secondo profilo sono invece state valutate le premesse normative e concrete delle modalità di trattenimento e di espulsione, alla luce dei parametri degli art. 5 e 4, Prot. 4, della CEDU.

Per quanto riguarda il primo profilo, la Corte EDU ritiene fondate le contestazioni relative alle condizioni di igiene e sovraffollamento nelle strutture di prima accoglienza, dando un'interpretazione dell'art. 3 CEDU non relativizzata dalle condizioni emergenziali allegate dallo Stato membro (cfr. par. 117 ss. della sentenza).

Quanto al secondo profilo, per ciò che riguarda le modalità di trattenimento la Corte ha ritenuto non adeguata la base giuridica in forza della quale si è in concreto limitata la libertà personale, realizzando una forma di detenzione amministrativa fuori dei tipi previsti dall'ordinamento italiano (cfr. par. 60 ss.). Inoltre, per quanto

concerne le modalità di espulsione, operate sulla base di uno specifico accordo bilaterale con la Tunisia, si è ritenuto che procedere in via semplificata – una volta operata la mera identificazione da parte delle autorità consolari dello Stato di provenienza – integri una forma di respingimento non ammessa, poiché non fondata su provvedimenti adeguatamente individualizzati (cfr. par. 153 ss.).

Le modalità di accoglienza, di trattenimento e di espulsione – seppure realizzate in un contesto emergenziale e nei confronti di immigrati irregolari identificati come non aventi titolo a protezione internazionale – sono state ritenute contrastanti con la Convenzione, in quanto di fatto degradanti e in diritto integranti una detenzione illegittima ed un’espulsione di tipo collettivo. Contestazioni quindi avallate dalla sentenza della Corte EDU ma la cui fondatezza era radicalmente negata dalla posizione del Governo italiano, che sottolineava come le strutture recettive fossero appunto emergenziali (i ricorrenti essendo peraltro stati alloggiati per un periodo di due sole giornate nella prima struttura contestata) e come il trattenimento fosse stato operato impiegando una base giuridica che mirava al respingimento, ossia l’art. 10, co. 2, lett. b) del d.lgs. 286/1998. Non si sarebbe trattato quindi né di detenzione ai sensi dell’art. 5 CEDU né di espulsioni in senso stretto (men che meno collettive), le autorità italiane sostenendo invece di aver provveduto ad un c.d. respingimento differito; tra l’altro, come previsto dalla citata lett. b), resosi necessario per ragioni di pubblico soccorso in mare anche per non incorrere in altre forme di responsabilità internazionale (cfr. la sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* [GC], n. 27765/09).

3. – Per quanto riguarda la limitabilità della libertà personale nel CSPA, la Corte EDU non contesta la finalizzazione della struttura all’accoglienza dei migranti, ma ciò non escluderebbe che – sulla base di una valutazione non formale delle modalità di ospitalità – nel medesimo centro sia stata in concreto posta in essere una detenzione amministrativa.

La nozione di detenzione *ex art. 5 CEDU* è infatti fondata su indicatori sostanziali, quali la tipologia, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura concretamente considerata (cfr. ad esempio la sentenza *Stanev c. Bulgaria* [GC], n. 36760/06, par. 115). Nel caso di specie, il trattenimento prolungato (nell’ordine di un totale di nove o dodici giornate complessive), accompagnato

dall'impossibilità di comunicare con l'esterno e da una sorveglianza continua ha fatto concludere alla Corte EDU per l'effettiva integrazione, da parte dell'Italia, di un trattenimento dei soggetti da respingere mediante privazione della libertà personale e non attraverso una semplice restrizione alla libertà di circolazione.

Ciò peraltro, sottolinea la sentenza, non sarebbe di per sé contrastante con la Convenzione. Lo stesso art. 5 CEDU, alla lett. f), ammette infatti restrizioni “se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio” (cfr. sentenze *Saadi c. Regno Unito* [GC], n. 13229/03, par. 43; *A. e altri c. Regno Unito* [GC], n. 3455/05, par. 162 s.; *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, n. 30471/08, par. 128). Nel caso specifico, tuttavia, la Corte EDU ha riscontrato la mancanza di una base giuridica coerente, idonea ad invocare tale eccezione, così che la privazione della libertà personale risulta essere stata posta in essere arbitrariamente non per una radicale inammissibilità ma in quanto operata fuori dalle condizioni di legge.

Va infatti ricordato che – per scelta dello stesso ordinamento giuridico italiano – l'unica forma di trattenimento lecita cui il cittadino straniero è sottoponibile per ragioni connesse all'irregolare presenza sul territorio nazionale risulta essere quella della detenzione amministrativa presso i Centri di Identificazione ed Espulsione (CIE), che trova base normativa nell'art. 14. D.Lgs. 286/98 (per la natura dell'istituto cfr. tra l'ampia letteratura A. Pugiotto, *La “galera amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 573 ss.; A. Cossiri, *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 430 ss.; A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, 17 ss.; C. Celone, *La “detenzione amministrativa” degli stranieri irregolari nell'ordinamento italiano e dell'Unione Europea ed il diritto fondamentale di ogni persona alla libertà ed alla tutela giurisdizionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, 299 ss.).

In questo senso, allegare che le misure assunte nei riguardi dei clandestini non erano dirette ai fini di cui all'art. 5, par. 1, lett. f), CEDU, poiché nessun provvedimento di espulsione doveva essere assunto, è risultata una difesa inadeguata. Se è corretto qualificare l'ammissione dei migranti sul territorio dello Stato come temporanea e a fini umanitari, diretta al respingimento previa loro

identificazione, viene ad essere carente – alla luce dello stesso ordinamento vigente – un titolo legittimante la restrizione della libertà personale, in quanto l'art. 10, co. 2, del D.Lgs. 286/98 fonda il potere di respingimento differito ma non prevede – in modo espresso, e quindi assistito da garanzie – un parallelo potere di privazione della libertà a danno del soggetto identificando (di cui può essere limitata la libertà di circolazione, ma non mediante modalità talmente restrittive da tradursi – secondo i criteri sopra citati – in una limitazione della libertà personale). Inoltre, neppure l'accordo con la Tunisia può essere utilmente invocato quale base giuridica per una così radicale limitazione di libertà, in quanto – trattandosi di un accordo dal contenuto non pubblico – per la Corte EDU non sarebbe comunque idoneo a colmare la lacuna garantendo quella certezza del diritto che è richiesta a fronte del bene giuridico compresso.

Inoltre, la sentenza nega che la situazione emergenziale possa incidere sulla qualificazione – come detentiva o meno – della limitazione di libertà dei migranti. La base legale imponeva infatti, per trattenere i soggetti in quelle concrete condizioni di restrizione (significative tanto sul piano temporale quanto su quello delle limitazioni apposte), di qualificare l'attività dell'autorità pubblica come finalizzata ad un'espulsione vera e propria, impiegando così gli spazi previsti dall'ordinamento per la detenzione amministrativa nei CIE. E sebbene proprio l'elevato afflusso di migranti rendesse impossibile anche l'utilizzo dei CIE, già saturi, la Corte EDU contesta comunque all'Italia l'avvenuta detenzione in carenza di base legale, la situazione di emergenza non potendo essere allegata *ex post* in sede processuale se per tempo non era stata invocata in modo trasparente la deroga prevista dall'art. 15 CEDU per i casi d'urgenza (cfr. peraltro *M.S. c. Belgio*, n. 50012/08, par. 122, sulla non derogabilità – in ogni caso – dell'art. 3 mediante l'art. 15 CEDU).

4. – Dal riconoscimento della violazione della libertà personale dei migranti derivano poi, quali corollari, profili di condanna ulteriori connessi alle carenze rimediali e informative; carenze in cui le autorità italiane sono incorse non avendo qualificato il regime restrittivo in questione come di tipo detentivo.

In particolare, l'accertata violazione del par. 1 dell'art. 5 la Corte EDU ha logicamente comportato una violazione anche del par. 2, essendo mancata

un'informativa tempestiva e specifica dei motivi di restrizione della libertà personale (cfr. le sentenze *Van der Leer c. Paesi Bassi*, 21 febbraio 1990, par. 28, serie A n. 170-A; *L.M. c. Slovenia*, n. 32863/05, par. 142 s.; *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, 30 agosto 1990, par. 40, serie A n. 182). Va notato tuttavia come tale contestazione risulti implicita nella prima violazione, posto che ove l'ordinamento italiano ha ritenuto di non incorrere nell'applicazione di un regime detentivo le autorità nazionali si sono limitate a rendere noto che lo stato di trattenimento (finalizzato al respingimento differito) era dovuto allo status di migrante irregolare. A parere della Corte EDU, nondimeno, tale informativa non può soddisfare i requisiti di cui all'art. 5, par. 2, CEDU, perché indica i presupposti in fatto e in diritto della condizione di migrante irregolare ma non della detenzione, così però contestando all'Italia sostanzialmente due volte la medesima infrazione (il trattenimento in vista del respingimento costituendo la ragione inizialmente comunicata e utilizzata per motivare la restrizione della libertà; ragione giustificativa che è rimasta alla base della condotta delle autorità italiane fino all'avvenuto respingimento, senza sopravvenuti mutamenti nella qualificazione cui quindi non potevano corrispondere oneri comunicativi differenziati).

Allo stesso modo, sul piano rimediale, la Corte rileva una violazione accessoria del par. 4 dell'art. 5 CEDU, in quanto i migranti non sarebbero stati posti in condizione di contestare la legalità della detenzione (cfr. le sentenze *E. c. Norvegia*, 29 agosto 1990, par. 50, serie A n. 181-A; *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, par. 200, serie A n. 25; *Weeks c. Regno Unito*, 2 marzo 1987, par. 61, serie A n. 114; *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 1996, par. 130, Recueil 1996-V; *A. e altri Regno Unito* [GC], n. 3455/05, par. 202; *Chtoukatourov c. Russia*, n. 44009/05, par. 123; *Stanev c. Bulgaria* [GC], n. 36760/06, par. 169; *Vachev c. Bulgaria*, n. 42987/98, par. 71; *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, n. 30471/08, par. 139; *Hutchison Reid c. Regno Unito*, n. 50272/99, par. 79; *Moisseiev c. Russia*, n. 62936/00, par. 160). Anche in questo caso, tuttavia, le autorità italiane hanno agito coerentemente con la qualificazione del trattenimento come non detentivo, operato limitando la libertà di circolazione ai fini di un respingimento differito realizzato con tempi e modalità di accoglienza in condizioni emergenziali. A fronte di ciò, il provvedimento di respingimento indicava sì la possibilità di contestarne la legittimità, ma il rimedio era appunto funzionale al respingimento e non al trattenimento in sé; trattenimento che – posto in essere *ex*

art. 10 del TU immigrazione – si era tuttavia prolungato per diversi giorni, per ragioni di oggettiva difficoltà logistica a fronte della dimensione dei flussi in ingresso.

Più pervasivamente, tuttavia, l'effettività dei rimedi (comunque diretti alla verifica della legittimità del respingimento e non della detenzione) è risultata anch'essa contrastante con i diritti convenzionali, in particolare ai sensi dell'art. 13 CEDU (letto in combinato disposto con gli art. 3 e 4, Prot. 4). Lo strumento apprestato dall'ordinamento italiano per contestare il respingimento è infatti rappresentato da un ricorso al Giudice di pace, certamente dotato delle necessarie garanzie giurisdizionali ma sprovvisto di efficacia sospensiva; e proprio per tale carenza esso è stato giudicato privo di adeguata effettività, come già prospettato peraltro in precedenza nella pronuncia della Grande Camera del 13 dicembre 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*.

5. – Una particolare attenzione è poi dedicata all'accordo bilaterale tra Italia e Tunisia su cui erano fondate le modalità semplificate di respingimento differito, mediante le quali le autorità italiane hanno ritenuto di non star procedendo ad una detenzione ma alla mera limitazione della libera circolazione dei migranti (pur pervasiva e prolungata per diversi giorni, a causa della situazione di emergenza). Anche la struttura di fondo delle prassi applicative fondate su tale accordo, diretto a contrastare l'eccezionalità del flusso migratorio indotto dalle c.d. primavere arabe, è però stata censurata dalla pronuncia della Corte EDU.

Sarebbe stato violato in particolare l'art. 4, Prot. 4, CEDU che vieta le espulsioni collettive, cioè realizzate sulla sola base della nazionalità e senza alcuna considerazione delle situazioni individuali. I ricorrenti non sarebbero infatti mai stati sentiti direttamente e in modo adeguato dalle autorità italiane, che hanno solo proceduto all'identificazione mediante rilievo delle impronte digitali, cui è seguito – senza disamina delle singole condizioni – un provvedimento di respingimento redatto sulla base di moduli standard.

L'identificazione non esclude quindi la natura collettiva dell'espulsione, posta la carenza di apprezzamenti sulla situazione personale del migrante e di colloqui informativi individuali, mentre il ruolo centrale nelle procedure semplificate di

respingimento è stato assunto dall'identificazione finale, operata di fatto dalla stessa autorità consolare tunisina.

Si è così acceduto ad un'interpretazione estensiva dell'art. 4, Prot. 4, CEDU che fa ricadere nel suo campo di applicazione qualunque provvedimento espulsivo che ometta una presa in carico da parte dello Stato delle situazioni individuali dei ricorrenti. Ciò, peraltro, sebbene la *ratio* originaria del divieto in questione (cfr. J.-M. Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995), anche come recepito dalla esigua giurisprudenza della Corte EDU in materia (cfr. sentenze *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* [GC], n. 27765/09 e *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, n. 16643/09; cfr. anche *Čonka c. Belgio*, n. 51564/99, par. 62 s., e *Georgia c. Russia (I)* [GC], n. 13255/07, par. 175), sottendesse un'esegesi più limitata per la nozione di "espulsione collettiva"; fattispecie che – osservano anche le opinioni dissenzianti – sarebbe riscontrabile in due sole ipotesi, ovvero quella del soggetto espulso sulla sola base della sua appartenenza ad un dato gruppo e quella dell'espulsione di un intero gruppo, senza identificazione dei singoli membri.

6. – Infine, sul piano della stretta valutazione circa l'adeguatezza degli standard di accoglienza, la sentenza rileva una violazione dell'art. 3 della Convenzione, ritenendo che le oggettive condizioni di sovraffollamento e le carenze delle strutture di trattenimento possano qualitativamente integrare trattamenti inumani e degradanti. La problematicità di questo passaggio della sentenza emerge per due profili, particolarmente rilevanti: da un lato l'apprezzamento degli elementi di prova della situazione di fatto, prestando attenzione alle modalità di soddisfacimento del relativo onere impiegate dalla Corte; dall'altro, qualora ritenute provate le condizioni fattuali, la valutazione del se l'emergenza possa o meno giustificare standard inadeguati di accoglienza.

A tale ultimo riguardo, la Corte EDU osserva come anche in presenza di situazioni emergenziali lo Stato non possa mai giustificare trattamenti disumani e degradanti e debba invece assicurare, senza deroghe, la tutela della dignità umana (cfr. par. 128 della sentenza). Gli standard dell'accoglienza sull'isola di Lampedusa nel 2011 avevano subito un evidente deterioramento, legato ad un afflusso eccezionale di migranti. Per l'argomentazione svolta nella sentenza queste

circostanze non possono tuttavia esonerare lo Stato membro dall'obbligo di garantire il rispetto dell'art. 3, e ciò neppure se l'Italia avesse azionato l'art. 15 della CEDU formalizzando una situazione di particolare urgenza (cfr. ancora *M.S. c. Belgio*, n. 50012/08, par. 122); situazione che, quindi, rimaneva in ogni caso suo onere prevenire ed affrontare adeguatamente.

La Corte EDU esclude pertanto la riconoscibilità in materia di qualunque ruolo per prospettabili stati di emergenza, rifiutando radicalmente anche la ponderabilità in altre forme della consistenza di una situazione di emergenza di fatto; ciò escludendo dal suo giudizio non solo lo spazio per un vero e proprio “stato di eccezione”, di rilievo costituzionale, ma rifiutando anche – in termini assoluti – un bilanciamento parziale con ragioni di gestione emergenziale concrete, rilevanti sul solo piano amministrativo (per una descrizione dell'emergenza come fattore di ponderazione degli interessi “comune” nel diritto amministrativo, cfr. G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza: profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2010 e A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il mulino, 2008).

In questo senso anche due *dissenting opinion* lamentano il fatto che la Corte abbia trascurato di valorizzare nel bilanciamento la breve durata del soggiorno (limitato, ma inevitabile per l'oggettività dei vincoli logistici) dei ricorrenti nel CSPA di Lampedusa, ciò che – in un contesto di gestione in concreto difficoltosa ed in assenza di altri specifici indici di gravità – avrebbe dovuto condurre, sebbene siano provate le oggettive condizioni di disagio, ad escludere sul piano del complessivo apprezzamento qualitativo la violazione dell'art. 3 CEDU.

Insito nella sentenza della Corte EDU può pertanto essere individuato anche un più ampio tema di prova, la decisione essendo venuta a poggiare per intero sui rapporti di una ONG e di una commissione di inchiesta del Senato italiano; documenti certamente utili e realizzati con diligenza, ma apprestati per scopi non istruttori e che – per ragioni diverse – non sembrano poter garantire un quadro conoscitivo adeguato anche sul piano qualitativo qualora non opportunamente mediato da parametri propri, invece, della giurisdizione.

Tale documentazione può infatti senz'altro rappresentare l'oggettivo sovraffollamento dei centri di accoglienza (oltre tre volte la capienza normale e una volta e mezzo quella massima) e le carenze di igiene, ma la Corte EDU –

considerando tali condizioni provate non solo nella loro materialità, ma anche per ciò che concerne il loro apprezzamento nei tipi dell'art. 3 CEDU – recepisce *de plano* le valutazioni nel merito operate dai soggetti politici citati circa l'inadeguatezza degli standard, mentre un apprezzamento dell'equivalenza ad un trattamento inumano della detenzione in dette condizioni – eventualmente poi in concreto anche identico – non può essere automaticamente dedotto da rapporti di carattere politico (Senato) o umanitario (ONG). La Corte EDU può al contrario – sul piano tecnico – riverificare essa direttamente l'adeguatezza dell'accoglienza sulla base di standard oggettivi di legittimità, apprezzando da una prospettiva terza alle parti sia gli elementi di prova dei fatti, sia – soprattutto – la qualificabilità dei fatti medesimi come trattamenti qualitativamente inumani e degradanti; dovrebbe cioè riapprezzare le circostanze obiettive per verificare la mancata corrispondenza a precisi standard di accoglienza a cui lo Stato membro possa essere ritenuto vincolato (definiti spesso da strumenti internazionali di *soft law*, ma comunque idonei ad integrare un qualche parametro di giudizio: cfr. ad es. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, e *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, December 2011, HCR/1P/4/ENG/REV), così legando l'accertamento della violazione dell'art. 3 a profili di legittimità e non al recepimento di valutazioni qualitative altrove – pur se adeguatamente, ma ad altri fini – operate (e questa parziale rivalutazione di legittimità non era mancata in altri casi precedenti, come *M.S. c. Belgio*, n. 50012/08, par. 128 ss.).

Non a caso la Corte EDU nell'impianto probatorio fa prevalere valutazioni di diversa natura quando un identico apprezzamento dei fatti, derivante da documentazione non provvista di un'impostazione giurisdizionale, si scontra con una valutazione già operata invece dall'autorità giudiziaria nazionale. Ed infatti, quanto al periodo di trattenimento sulle navi (durato da sei a otto giorni, e rispetto al quale le parti ricorrenti avanzavano le medesime doglianze sollevate riguardo al CSPA di Lampedusa) la Corte rileva come la ricostruzione offerta nel ricorso sia smentita da un provvedimento del GIP di Palermo, relativo all'archiviazione di indagini sui medesimi avvenimenti (ordinanza del 1° giugno 2012, relativa ad una notizia di reato per abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.* e arresto illegale *ex art. 606 c.p.*);

provvedimento che si fondava a sua volta su fatti provati per mezzo della testimonianza di un membro del Parlamento italiano, autonomamente apprezzati in giudizio come qualitativamente non integranti abuso, vincolando così la Corte EDU a rilevare – limitatamente a tale doglianza – la prevalenza dell'accertamento giurisdizionale sulle risultanze di diversa provenienza, e la conseguente adeguatezza degli standard di accoglienza.



ISSN 2037-6677

2016/1

Il divieto del velo islamico ancora a Strasburgo: obbligo di scoprire il volto e di non di svelare la propria identità

The Islamic headscarf in ECHR case-law

T. Pagotto

Tag: European Court of Human Rights, Ebrahimian, Islamic headscarf



Il divieto del velo islamico ancora a Strasburgo: obbligo di scoprire il volto e di non svelare la propria identità. Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo (quinta sezione). Decisione del 27 novembre 2015, ric. n. 64846/2011. Affaire Ebrahimian c. France.

di Tania Pagotto

1. – Il divieto di indossare simboli religiosi continua ad essere una questione dibattuta a Strasburgo e il principio di laicità nella sua versione francese, «fondateur de l'État», rimane un baluardo del margine di apprezzamento statale. Il caso in commento conferma la difficoltà di bilanciare le esigenze del datore di lavoro laico – in questo caso lo Stato francese – con la libertà d'indossare il velo islamico durante il servizio. La Corte EDU, con questa sentenza, inquadra il secolarismo francese all'interno dell'ampio margine di apprezzamento nazionale, confermando la significativa discrezionalità degli Stati del Consiglio d'Europa in questa materia.

L'ultima parola resa dalla Corte riguarda Christiane Ebrahimian, cittadina francese e musulmana, assunta in un ospedale pubblico di Parigi come assistente sociale presso il reparto di psichiatria. A seguito del mancato rinnovo del contratto di lavoro ella si rivolge alla Corte sostenendo che ciò sarebbe avvenuto per il rifiuto di rimuovere quello che lei definisce un discreto «copricapo» (par. 46 sent. cit.) che avvolge capelli, copre nuca e orecchie e lascia completamente scoperto il volto.

La ricorrente insiste su tre ordini di motivazioni al fine di evidenziare l'illegittimità della misura adottata nei suoi confronti e la conseguente violazione del diritto di manifestare la sua religione così come protetto dall'art. 9 della Convenzione: a) non sussisterebbero i presupposti previsti dal comma 2 dell'art. 9, *in primis* l'ingerenza non sarebbe prevista da una norma come invece prescrive l'art. 9 nel consentire limitazioni al diritto di libertà religiosa. In effetti, sia la normativa interna sia la giurisprudenza del *Conseil d'État* che del *Conseil Constitutionnel* tratteggiano il quadro di riferimento in relazione a simboli religiosi indossati esclusivamente in contesti educativi – non in presidi ospedalieri (par. 24-26 e 36 sent. cit.); b) inoltre, non sarebbero rispettate neppure le ulteriori condizioni, dettate dalla medesima disposizione, necessarie per la limitazione della manifestazione della libertà religiosa: né l'ordine o la sicurezza pubblica né, tantomeno, l'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui. Secondo la Sig.ra Ebrahimian, il semplice copricapo «non influisce, di per sé, sulla neutralità del servizio pubblico, (...) non provoca alcuna minaccia a sicurezza e ordine pubblico né costituisce da solo un atto di proselitismo» (par. 38 sent. cit.); c) il mancato rinnovo del contratto sarebbe avvenuto, in ultima analisi, solamente in ragione della sua appartenenza religiosa, discriminazione vietata ai sensi della Convenzione, e con una misura non proporzionata in uno stato democratico, considerato il fatto che la Francia farebbe parte dell'oramai isolata minoranza di Stati europei che perseverano nel divieto d'indossare il velo islamico (par. 40 sent. cit.).

2. – Il governo francese, dal canto suo, si appella in via generale al principio di laicità – intorno al quale la Repubblica francese è costruita – e alle implicazioni che la stretta neutralità esige da tutti i dipendenti pubblici, categoria cui appartiene la ricorrente. Il Governo, nel ripercorrere le tappe che hanno portato all'odierna configurazione del principio di laicità, richiama in primo luogo la legge 9 dicembre del 1905, che ha gettato le fondamenta della rigorosa separazione tra Chiesa e Stato. Queste basi, poi largamente confermate nei successivi mutamenti costituzionali e legislativi, sarebbero indiscutibilmente cristallizzate in ulteriori fonti di diritto positivo (quali la Costituzione e, da ultima, la legge del 13 luglio 1983) e, inoltre, tanto nella giurisprudenza amministrativa di oltre mezzo secolo quanto in quella

costituzionale (par. 41 sent. cit.). Non solo: nel caso concreto si dovrebbe necessariamente prendere in considerazione anche il peso specifico del suddetto principio in relazione alla libertà di coscienza di pazienti fragili e facilmente influenzabili (par. 44 sent. cit.). Ecco che, allora, l'ingerenza sarebbe giustificata in virtù dell'esigenza di proteggere sia diritti e libertà altrui sia il peculiare assetto costituzionale francese in tema di laicità.

3. – Passando brevemente in rassegna i punti focali della giurisprudenza nazionale francese, che ha ricoperto un ruolo fondamentale nella decisione della Corte, appare dirimente la posizione del *Conseil Constitutionnel*. Nel rammentare che uno dei *blocs de constitutionnalité* è il carattere informatore della laicità, che esiste proprio in nome dei diritti e libertà altrui, i giudici del *Palais-Royal* ne ricordano la rigorosa applicazione nei confronti dei dipendenti pubblici, ossia coloro che svolgono funzioni pubbliche all'interno degli apparati statali, degli enti territoriali e nei presidi ospedalieri (par. 24-25 sent. cit.; *Conseil Constitutionnel, décision du 21 février 2013*, n. 2012-297).

Il Consiglio di Stato aggiunge che la neutralità dei servizi pubblici, da una parte, giustifica le limitazioni spesso poste alla manifestazione religiosa dei dipendenti pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, in particolare per quanto riguarda l'insegnamento, e, dall'altra, che «non v'è ragione di stabilire una distinzione tra i dipendenti del servizio pubblico in base al fatto che siano incaricati o meno delle funzioni dell'insegnamento» (par. 26 sent. cit.; *Conseil d'État, avis du 3 mai 2000*, n. 217017).

4. – Il Collegio, poste queste premesse e qualificato il copricapo – per quanto discreto e modesto – come velo, constata *de plano* la sussistenza di un'ingerenza da parte dello Stato sul diritto di manifestazione della religione della ricorrente. Avendo accertato che il velo è espressione non contestata dell'appartenenza religiosa e che non c'è «ragione per dubitare che indossare il velo [non] costituisca una “manifestazione” di una convinzione religiosa sincera protetta dall'articolo 9 della Convenzione» (par. 47 sent. cit.), la Corte articola la consueta analisi relativa alla

giustificazione dell'ingerenza in oggetto, ovvero verifica la previsione da parte di una legge, lo scopo legittimo e la necessità della misura in una società democratica.

5. – Rifacendosi all'accezione materiale – e non formale – della nozione di «legge», i giudici di Strasburgo ricostruiscono l'addentellato normativo e giurisprudenziale che avrebbe potuto permettere alla ricorrente di conoscere in termini chiari le circostanze applicabili al suo caso.

In prima battuta, importanza centrale è riconosciuta all'art. 1 della Costituzione francese, disposizione che stabilisce il «fondamento del dovere di neutralità e imparzialità dello Stato per quanto riguarda tutte le fedi religiose o mezzi utilizzati per esprimerle e che è interpretata e letta unitamente all'applicazione che ne hanno fatto i giudici nazionali» (par. 50 sent. cit.).

Oltre a ciò, la giurisprudenza del *Conseil d'État* e del *Conseil Constitutionnel* «costituiscono una base legale sufficientemente autorevole per permettere alle autorità nazionali di restringere la libertà religiosa della ricorrente» (*ibidem*). La libertà di manifestazione del proprio credo deve, quindi, conciliarsi con la neutralità del servizio pubblico ospedaliero: ed è qui che la libertà della ricorrente incontra un ostacolo. Più nello specifico, l'*avis* del Consiglio di Stato del 3 maggio 2000 sulla neutralità dell'insegnamento in scuole statali, reso diversi mesi prima del mancato rinnovo contrattuale in oggetto, sebbene in un *obiter dictum*, stabilisce chiaramente l'obbligo di stretta neutralità imposto a tutti i dipendenti pubblici nel loro insieme – nel nome della «esigenza di prevedibilità e accessibilità della legge ai sensi della giurisprudenza della Corte» (par. 51 sent. cit.).

Tale conclusione costituisce un *punctum dolens* della dispiegata analisi, come enucleato nella separata opinione parzialmente dissenziente del giudice O'Leary. Quest'ultima evidenza come sia discutibile che al momento dell'assunzione (in cui, tra l'altro, la ricorrente aveva indossato il velo e continuato a portarlo in seguito per molti mesi) o del mancato rinnovo del contratto il divieto in questione fosse accessibile e prevedibile. In particolare, dà rilievo al fatto che le norme fossero «vaghe e non specifiche», «anteriori meramente di qualche mese» e la giurisprudenza su cui la maggioranza del Collegio si è basata per estendere l'obbligo di stretta neutralità ai dipendenti pubblici *tout court* un «*obiter* di una linea» (O'Leary, cit., p. 33).

6. – Dopo aver rapidamente identificato il duplice scopo legittimo della misura in esame, ovvero la protezione dei diritti e libertà altrui (pazienti, utenti del servizio pubblico, destinatari dell'esigenza di neutralità imposta alla ricorrente) e la salvaguardia della laicità, principio in sé compatibile con i valori soggiacenti la Convenzione (par. 52-53 sent. cit.), la Corte si appresta a ricostruire la base giurisprudenziale necessaria per il test di proporzionalità in senso stretto. I principi enucleati e dedotti mediante il richiamo ai precedenti giurisprudenziali sono i seguenti: a) poiché può risultare necessario conciliare interessi contrastanti, il legislatore nazionale assume il ruolo fondamentale di «organizzatore neutro e imparziale dell'esercizio delle diverse religioni, culti e credenze» al fine di assicurare l'ordine pubblico, la pace religiosa e la tolleranza (par. 55 sent. cit. che richiama *Leyla Şahin c. Turchia*, ric. n. 44774/98, sulla legittimità del divieto imposto ad una studentessa di indossare il velo all'università pubblica); b) considerata l'assenza negli Stati del Consiglio d'Europa di una concezione uniforme del rapporto Stato – religione e constatato che l'impatto delle manifestazioni religiose pubbliche muta nel tempo e nello spazio, la regolamentazione della materia può variare da uno Stato all'altro (par. 56 sent. cit. che richiama *Dahlab c. Svizzera*, ric. n. 42393/98, sull'inammissibilità del ricorso relativo al velo islamico indossato da un'insegnante di scuola elementare); c) l'obbligazione di stretta neutralità imposta ai dipendenti pubblici francesi implica che «tutti i funzionari, rappresentanti dello Stato nell'esercizio delle loro funzioni, tengano un'apparenza neutra al fine di preservare il principio di neutralità», pilastro fondamentale dello Stato (par. 57 sent. cit. che richiama *Kurtulmuş c. Turchia*, ric. n. 65500/01, sull'irricevibilità del ricorso di una professoressa universitaria che indossava il velo islamico durante le lezioni); d) tutto ciò premesso, uno Stato è legittimato a richiedere ed esigere che funzionari e dipendenti pubblici siano fedeli e leali verso i suoi principi costituzionali (*ibidem*, richiamando *Vogt c. Germania*, ric. n. 17851/91, sulla illegittimità del licenziamento di un'insegnante iscritta al *Deutsche Kommunistische Partei*); e) infine, la Corte ricorda che la possibilità di cambiare impiego non esclude l'onere per il legislatore nazionale di ricercare un accomodamento degli interessi che si contrappongono nel luogo di lavoro (par. 59 sent. cit. che richiama *Eweida et al. c. Regno Unito*, ric. n. 48420/10, sull'illegittimità del licenziamento di una hostess e che portava un piccolo crocifisso al collo).

Successivamente, i principi su esposti sono applicati al caso di specie prendendo in considerazione, da una parte, il secolarismo francese e, dall'altra, le specifiche mansioni lavorative svolte dalla ricorrente.

7. – Riferitamente al primo aspetto, la Corte ricorda innanzitutto che su ventisei Stati contraenti solo cinque vietano totalmente di indossare simboli religiosi; cionondimeno, la Convenzione riserva allo Stato un ampio margine di apprezzamento. Tuttavia, dalle motivazioni contenute nella sentenza, pare che l'estensione di questo dominio riservato sia alquanto inafferrabile. La Corte usa termini molto generici per concludere che la regolamentazione della materia «varia da un paese all'altro, in funzione delle tradizioni nazionali e delle esigenze imposte dalla protezione dei diritti e libertà altrui e del mantenimento dell'ordine pubblico» (par. 56 sent. cit.) e che le relazioni tra Stato e Chiese «evolvono nei tempi, con i cambiamenti della società» (par. 65 sent. cit.). La discrezionalità statale, in secondo luogo, è sviluppata – come normalmente accade nella giurisprudenza di Strasburgo – attraverso il principio di sussidiarietà, in virtù del quale la Corte osserva che non solo i responsabili del presidio ospedaliero si trovano in un luogo più adeguato per prendere decisioni in tal senso (*ibidem*) ma anche che «le autorità nazionali sono nella posizione migliore per valutare la proporzionalità della sanzione» (par. 69 sent. cit.).

Pertanto, avvallando la giurisprudenza interna, il mancato rinnovo del contratto a seguito dell'inadempimento della ricorrente è ritenuto dalla Corte EDU misura proporzionata nel peculiare contesto di laicità dello Stato francese e per il carattere (troppo) manifesto del simbolo religioso in oggetto (par. 69 sent. cit.).

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, indossare il velo islamico è visto come una «manifestazione ostentata della propria religione incompatibile con lo spazio di neutralità che esige un servizio pubblico» (par. 62 sent. cit.). Ciò, tra l'altro, è la cifra che contraddistingue i semplici cittadini, che non essendo in alcun modo rappresentanti dello Stato non esplicano funzioni di carattere pubblico, e coloro che, di contro, lo fanno (par. 64 sent. cit.).

In ultima analisi, tutte queste circostanze conducono alla conclusione che il sacrificio della libertà religiosa della ricorrente non sia stato eccessivo: la normativa nazionale dà preminenza al contesto secolare, alla parità di trattamento dei pazienti e

al funzionamento del servizio pubblico rispetto alla libertà di manifestazione religiosa: «di ciò [la Corte] prende atto» (par. 71 sent. cit.).

8. – Le due separate opinioni annesse alla decisione – seppur con approdi differenti – ripercorrono questi ultimi passaggi evidenziando il sentiero scivoloso battuto dalla maggioranza dei giudici. Rilevando che «tutti i casi citati, eccetto uno, riguardano restrizioni del diritto individuale alla manifestazione della libertà religiosa in contesti educativi» (O’Leary, cit., p. 30) e che «c’è, comunque, poca discussione nella decisione sulla considerevole estensione dei precedenti forgiati esclusivamente nel settore educativo» (O’Leary, cit., p. 32), il giudice irlandese dà luce critica al rischio che «ogni misura presa in nome del principio del secolarismo – neutralità (...) sarà compatibile con la Convenzione» (O’Leary, cit., p. 35). Il giudice De Gaetano, nella sua opinione dissenziente, aggiunge che «questo astratto principio diviene in sé e per sé una “pressante esigenza sociale” tanto da giustificare l’interferenza con un diritto umano fondamentale. (...) Un principio di diritto costituzionale o una “tradizione” costituzionale potrebbe facilmente finire con l’essere divinizzata, in tal modo minando ogni valore su cui si basa la Convenzione» (De Gaetano, cit., p. 39).

Lo stesso giudice manifesta forti perplessità sulla premessa che «agli utenti di servizi pubblici non può essere garantito un servizio imparziale se il dipendente che li segue manifesta nella maniera più discreta la sua appartenenza religiosa – anche se molto spesso, dallo stesso nome del dipendente esibito sulla scrivania o in qualsiasi altro posto, si potrebbe essere ragionevolmente certi dell’appartenenza religiosa di quel dipendente» (*ibidem*). Le medesime criticità sono condivise dal giudice O’Leary che acclara il mancato e rigoroso vaglio sull’effettiva possibilità di composizione di interessi contrapposto, rilevata l’assenza di una violazione del principio di laicità da parte della ricorrente mediante «esercizio di pressione, ricerca di provocare una reazione, proselitismo, disseminazione di propaganda o minaccia dei diritti altrui» (O’Leary, cit., p. 37).

Nelle note conclusive, ricordando la posizione raggiunta dalla Corte nel caso *Eweida et al.*, cit., sull’opportunità di ricercare una composizione degli interessi invece che dare spazio all’idea che il lavoratore possa comunque cercare un altro impiego

più confacente, viene evidenziato che «[t]racce di (...) ogni considerazione della ragionevole *accommodation* sono in qualche modo smarrite nella decisione sul ricorso in oggetto» (*ibidem*).

9. – È importante sottolineare che il velo fosse stato indossato al momento della selezione pre-assunzione e successivamente per molti mesi senza che ne fosse stata evidenziata l'inopportunità da parte dell'amministrazione ospedaliera. Inoltre, solo a controversia ormai sorta, quest'ultima ha specificato che durante il colloquio il velo non fosse stato interpretato come «segno di appartenenza [religiosa] ma come semplice capo d'abbigliamento» (par. 8 sent. cit.).

La Corte, inquadrando la controversia nell'ambito della libertà religiosa, consapevole che l'amministrazione non l'avesse qualificata come tale (par. 47 sent. cit.), in ogni caso ribadisce il margine di apprezzamento persistente nella materia in esame e ne conferma l'ampiezza dei confini. Al tempo stesso, pare eviti un controllo in concreto sulla proporzionalità della misura adottata: come ha evidenziato il giudice O'Leary, non rientra sicuramente nella competenza della Corte giudicare il modello francese di per sé; tuttavia, il margine di apprezzamento e il controllo europeo vanno di pari passo e «la supervisione non può essere aggirata semplicemente invocando il margine di apprezzamento, per quanto ampio esso sia» (O'Leary, cit., p. 33).



ISSN 2037-6677

2016/1

**Ancora sui contatori elettrici “discriminatori”. La
Corte riflette sulla discriminazione fondata
sull’origine etnica Rom**

**Electricity meters: the discrimination on the grounds
of ethnic origin. The case of Roma ethnic groups in
ECJ case-law**

A. Palladino

Tag: European Court of Justice, ROMA ethnic group, electricity meters



Ancora sui contatori elettrici “discriminatori”. La Corte riflette sulla discriminazione fondata sull’origine etnica Rom. Corte di Giustizia dell’Unione europea, Grande Sezione, sentenza del 16 luglio 2015, causa C-83/14, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contro Komisia za zashtita ot diskriminatsia.

di Alessia Palladino

1. – Con la sentenza del 16 luglio 2015 la Grande Sezione risponde ai quesiti pregiudiziali formulati dal Tribunale amministrativo di Sofia, in materia di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica. La questione verte pertanto sull’ interpretazione della direttiva 2000/43/CE (direttiva del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica, pubblicata in GU n. L 180 del 19/07/2000 pag. 0022 – 0026), ed in particolare sugli articoli 1 e 2, paragrafi 1 e 2, lettere a) e b), concernenti la tutela avverso forme discriminatorie dirette e indirette.

La domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia insorta tra la CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD (in seguito CHEZ RB) e la Komisia za zashita ot dikriminatsia (Commissione per la difesa contro la discriminazione, in prosieguo KDZ), in merito a una decisione della KDZ tesa a porre fine a un trattamento discriminatorio praticato nei confronti della Sig.ra Nikolova.

Nel caso di specie la Sig.ra Nikolova gestisce un negozio nel quartiere di Gizdova mahala, nella città bulgara di Dupnitsa, nel quale risiedono prevalentemente persone di origine Rom. Tra il 1999 e il 2000 l'impresa locale di distribuzione di energia elettrica CHEZ RB ha installato contatori elettrici agli abbonati del quartiere, ponendoli su pali di altezza non inferiore ai sei metri per prevenire allacciamenti abusivi che, secondo l'azienda, sarebbero opera prevalentemente di cittadini Rom. Negli altri quartieri, invece, i contatori sono stati collocati a un'altezza di 1,70 metri, rendendoli agevolmente accessibili per la consultazione. Nel 2008 la Sig.ra Nikolova, in qualità di residente nel quartiere – e non dunque come appartenente all'etnia Rom – ha presentato reclamo presso la Commissione per la difesa contro la discriminazione (KDZ), sostenendo che la differente collocazione dei dispositivi installati realizzasse un trattamento discriminatorio, del quale era essa stessa vittima. In particolare, l'interessata lamentava l'impossibilità di accedere liberamente al proprio contatore elettrico per sincerarsi della correttezza delle fatture emesse a suo carico, ritenute a suo parere di entità superiore al dovuto.

Nel 2010 la KDZ si è pronunciata sul punto, accertando che la prassi posta in essere dall'impresa CHEZ RB comportasse nei confronti dell'interessata una forma di discriminazione indiretta fondata sulla nazionalità, vietata ai sensi della normativa bulgara sulle discriminazioni. A seguito dell'annullamento di tale decisione ad opera della Corte Suprema amministrativa, la KDZ ha adottato nel 2012 una nuova decisione, statuendo che la Sig.ra Nikolova fosse vittima di una discriminazione fondata sulla *"condizione personale"*, rispetto agli altri clienti della CHEZ RB residenti in altri quartieri. La CHEZ RB ha così proposto ricorso avverso tale decisione innanzi al Tribunale amministrativo di Sofia, giudice del rinvio della questione pregiudiziale. Tale giudice esprime alla Corte di Lussemburgo dubbi sui concetti di discriminazione diretta ed indiretta, chiedendo se la fattispecie controversa costituisca una discriminazione fondata sull'origine etnica. Nel formulare quesiti pregiudiziali sul punto ex art. 267 TFUE, il Tribunale amministrativo rimettente si sofferma anche sulla opportunità di configurare oggettivamente giustificata la prassi della CHEZ RB, in relazione alla necessità di preservare la sicurezza della rete elettrica e del rilevamento dei consumi, tenuto conto dell'obbligo di fruibilità dei contatori.

Prima di pronunciarsi sui dieci quesiti formulati, la Corte di giustizia ha verificato che la situazione di cui al procedimento principale rientrasse nell'ambito applicativo *ratione materiae* della direttiva 2000/43, come definito dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera h), relativo all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura. Dal momento che l'installazione di un contatore elettrico presso l'utente finale costituisce un accessorio strettamente connesso al servizio di fornitura, la Corte reputa operativo l'ambito applicativo della direttiva e di conseguenza anche il principio di parità di trattamento ivi contemplato. Tale direttiva, si ricorda, è espressione del principio generale di uguaglianza, riconosciuto dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali; pertanto la sua portata applicativa non può subire alcuna restrizione.

2. – L'analisi dei quesiti si snoda secondo un percorso articolato in quattro direzioni, a seconda del profilo argomentativo trattato.

La prima questione deferita ai giudici di Lussemburgo riguarda la nozione di "*origine etnica*". In particolare, se l'interpretazione della nozione di "*discriminazione fondata sull'origine etnica*" rilevante ai sensi degli articoli 1 e 2, paragrafo 1, della direttiva in esame ne comporti l'applicazione generalizzata, tutelando così anche coloro che subiscono un trattamento deteriore di riflesso, a causa della appartenenza etnica altrui. La Corte, nell'intento di fornire una risposta positiva sul punto, argomenta tenendo presente una posizione giurisprudenziale costante che induce a negare –alla luce dell'oggetto e della natura dei diritti che si intendono tutelare– qualunque interpretazione restrittiva della direttiva 2000/43. Tale impostazione, che risulterebbe corroborata altresì dal *considerando* 16 dell'articolo 3, paragrafo 1, estenderebbe pertanto l'ambito soggettivo di tutela avverso qualsiasi forma discriminatoria fondata sulla razza o l'origine etnica nei confronti di qualunque soggetto; tale assunto risulterebbe confermato dall'art. 19 TFUE, che costituisce la base giuridica della direttiva medesima. Alla luce di tali considerazioni, la Corte estende la portata della nozione di discriminazione, ricomprendendo nel novero soggettivo non solo coloro che vantano una particolare origine etnica, ma anche tutti coloro che subiscono insieme a questi un trattamento meno favorevole o un

particolare svantaggio arrecati da misure come quelle di cui al procedimento principale.

Proseguendo la disamina delle questioni, la Corte si prefigge lo scopo di chiarire se, ai fini della sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta basata sulla razza od origine etnica, il trattamento sfavorevole o il particolare svantaggio cui la direttiva fa riferimento all'articolo 2, rispettivamente ai paragrafi 1 e 2, lettere a) e b), debbano sostanziarsi in un pregiudizio a diritti o interessi legittimi. La risposta alle questioni pregiudiziali formulate sul punto deve tener conto del ruolo rivestito dalla Corte, la quale, in forza del disposto di cui all'art. 267 TFUE, non può applicare le norme del diritto dell'Unione a una fattispecie concreta, ben potendo invece pronunciarsi sull'interpretazione dei Trattati e degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione, per fornire al giudice nazionale elementi interpretativi utili (Corte di giust, 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Feryn*, EU:C:2008:397). Seguendo tale percorso, i giudici di Lussemburgo esaminano in maniera puntuale le disposizioni della direttiva ed in particolare dalla lettura congiunta dei *consideranda* emerge chiaramente la volontà di apprestare un elevato livello di protezione contro fenomeni discriminatori presenti negli Stati membri, attraverso il principio della parità di trattamento che assicura in tal senso lo sviluppo di forme democratiche e tolleranti. Inoltre l'articolo 6, paragrafo 1, precisa come la direttiva lasci impregiudicata agli Stati membri la possibilità di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alla protezione del principio di parità di trattamento.

La normativa bulgara, dunque, nell'apprestare tutela unicamente avverso quegli atti che recano pregiudizio a un diritto ovvero interesse legittimo della persona, limita l'intento garantista della direttiva in parola. In conclusione, alla luce del contesto normativo esaminato, la Corte conclude affermando che l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, lettere a) e b) deve essere interpretato nel senso che osta a una norma nazionale che riconduca la fattispecie discriminatoria –nelle ipotesi di cui all'art.3- ai soli casi di pregiudizio a diritti o interessi legittimi.

L'attività di indagine si incentra poi sugli elementi caratteristici di una discriminazione diretta, per verificare l'idoneità della prassi controversa a configurarsi in tali termini. I Giudici di Lussemburgo valutano così l'ambito

applicativo dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), ponendo l'accento sul carattere sfavorevole del trattamento e sulla analogia delle situazioni esaminate.

A tal proposito si rileva innanzitutto che la direttiva 2000/43 costituisce concreta espressione del principio di non discriminazione sancito dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali.

Dall'analisi dei *consideranda* si evince poi che la direttiva effettua un rinvio ad una serie di accordi internazionali, tra cui la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (adottata dall'Assemblea Generale il 21 dicembre 1965 ed entrata in vigore il 4 gennaio 1969, secondo la quale la discriminazione fondata sull'origine etnica di una persona costituisce una forma di discriminazione razziale.). Tali forme discriminatorie sono idonee a pregiudicare il perseguimento degli obiettivi sanciti dal Trattato, fra i molti un elevato livello di occupazione e protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà, nonché lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Sulla scorta di queste considerazioni preliminari, la Corte valuta se la differenza di trattamento risultante dalla prassi controversa sia stata posta in essere proprio a causa dell'origine etnica ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a). Dalla puntuale analisi della fattispecie concreta, la presenza nel quartiere Gizdova mahala di residenti non appartenenti all'etnia Rom non costituirebbe di per sé un fattore impeditivo per la configurabilità di un trattamento discriminatorio posto in essere proprio in ragione di tale origine etnica. In particolare, ai fini della qualificazione di una discriminazione diretta, si ritiene sufficiente che il fattore etnico costituisca il motivo portante per la predisposizione di un trattamento meno favorevole.

Il fenomeno discriminatorio produce inferenze anche di ordine processuale, in tema di inversione dell'onere della prova: infatti, una volta adita l'autorità competente per l'asserita lesione del principio di parità di trattamento, ed esposti i fatti da cui è possibile presumere la discriminazione diretta o indiretta, l'onere di provare la mancata violazione di tale principio incombe sulla parte convenuta (Corte di giust., sentenza del 14 settembre 2012, causa C-415/10, EU:C:2012:217, punti 36 e 40). Sarà comunque compito del giudice nazionale verificare se i fatti dedotti in giudizio, in base al diritto interno nonché alle prassi nazionali, possano costituire

indizi sufficienti per dimostrare il trattamento discriminatorio. Le osservazioni e dichiarazioni rilasciate dalla CHEZ RB, dalle quali si evince che la prassi controversa sia stata posta in essere solo nei quartieri a elevata presenza Rom, costituiscono circostanze idonee a fungere da indizi rilevanti circa la sussistenza di una presunzione di discriminazione.

I giudici di Lussemburgo concludono l'esame condotto in tema di discriminazioni dirette, affermando la sussistenza nel caso di specie di un trattamento meno favorevole rispetto ad una situazione considerabile analoga. In effetti, l'elevata difficoltà per la consultazione dei contatori elettrici e l'estensione di questa prassi a tutti i residenti del quartiere costituirebbero di per sé indici idonei a dimostrare il carattere sfavorevole del trattamento. Quanto invece al requisito relativo alla analogia delle situazioni, ai fini della sua corretta configurabilità occorre considerare indifferentemente tutti gli abitanti della città, in qualità di utenti del servizio di distribuzione. Ai fini della qualificazione di tale prassi come ipotesi di discriminazione diretta è necessario che la stessa sia stata posta in essere ovvero mantenuta per ragioni connesse all'origine etnica comune alla maggior parte dei residenti del quartiere di Gizdova mahala, fatte salve le valutazioni in capo al giudice nazionale circa l'inversione dell'onere probatorio, secondo le circostanze contemplate dall'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva.

Un altro gruppo di questioni pregiudiziali dirotta l'attenzione sul fenomeno delle discriminazioni indirette e sui fattori costitutivi di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b) della direttiva, per verificare se la prassi controversa del procedimento principale possa esservi ricompresa ogniqualvolta si escluda di ricadere in ipotesi di discriminazione diretta. Esponendo sinteticamente l'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla nozione di discriminazione indiretta (Corte di giust., sentenza del 18 marzo 2014, causa C-363/12, EU:C:2014:159, nonché sentenze del 2 ottobre 1997, Gerster, C-1/95, in Racc. pag. I-5253; del 20 ottobre 2011, Brachner, C-123/10, in Racc. pag. I-10003), la Corte si sofferma poi sul "*particolare svantaggio*" che integra la fattispecie discriminatoria; nella specie, il Giudice nazionale chiede se tale svantaggio tenda a verificarsi unicamente in un caso "*rilevante evidente e grave*". La Corte nega qualunque interpretazione tesa a ridurre la portata operativa della tutela antidiscriminatoria indiretta, che vanificherebbe gli intenti tracciati dal legislatore

dell'Unione. Ne consegue da un lato l'impossibilità di ricondurre lo stato di particolare svantaggio ai soli casi di rilevante, evidente e grave disuguaglianza; dall'altro, si evidenzia l'assenza di altre precisazioni contenute nella disposizione in parola che depongano a favore di una simile interpretazione restrittiva. Con riferimento al caso di specie, la prassi controversa, qualora sia stata posta in essere per contrastare gli abusi commessi nel quartiere, si baserebbe su criteri apparentemente neutri idonei a incidere prevalentemente sui residenti di origine Rom, comportando uno svantaggio per questi in relazione all'origine etnica. Inoltre, pur supponendo che la prassi di cui al procedimento principale non costituisca una discriminazione diretta, la Corte non esclude che possa rappresentare una prassi apparentemente neutra comportante un particolare svantaggio per persone aventi una determinata origine etnica.

Con l'ultima questione il giudice del rinvio induce una ulteriore riflessione in tema di discriminazioni indirette, alla luce del principio di proporzionalità. La società CHEZ RB ha in più occasioni sostenuto che la prassi controversa derivasse da cospicui danni arrecati ai contatori elettrici, tra cui manomissioni ed allacciamenti illegali presumibilmente commessi da cittadini Rom. Quantunque la prassi nazionale sembrerebbe giustificarsi in considerazione dell'intento di apprestare la sicurezza della rete elettrica e il corretto rilevamento del consumo, occorre valutare se i mezzi adoperati per il conseguimento risultino appropriati e necessari. In particolare, se la condizione relativa all'appropriatezza può ritenersi soddisfatta, spetterà al giudice del rinvio valutare la sussistenza della necessità della prassi, che imporrebbe alla CHEZ RB di impiegare misure alternative parimenti appropriate ma meno restrittive, così da eliminare ogni dubbio sulla potenziale configurabilità della fattispecie a titolo di discriminazione indiretta.

In caso contrario, il giudice dovrà allora valutare la proporzionalità degli inconvenienti cagionati dalla prassi controversa rispetto agli scopi perseguiti, prendendo in considerazione alcuni fattori. In primo luogo, egli dovrà tener conto dell'interesse degli utenti finali di energia elettrica ad aver accesso ai servizi di fornitura, alla consultazione e al controllo regolare ed efficace dei propri consumi. In aggiunta, ogni valutazione in merito dovrà prendere in considerazione che la prassi di specie investa indistintamente i residenti del quartiere, in maniera duratura,

nonostante l'impossibilità di imputare alcun comportamento illegale alla maggior parte di essi, sia a titolo di responsabilità personale che per atti compiuti da terzi.

In definitiva, la Corte rileva la sproporzionalità di tale pratica, spettando comunque al giudice bulgaro la verifica di siffatto squilibrio alla luce della lungolatenza della prassi nazionale e dell'effetto stigmatizzante ed offensivo prodottosi indistintamente in capo ai residenti dell'intero quartiere. Come già evidenziato nelle precedenti questioni, sarà onere dell'impresa convenuta dimostrare la congruità della prassi in termini di proporzionalità, declinata secondo le condizioni della necessità ed appropriatezza.

3. – Con la pronuncia in commento la Corte ritorna sul processo di integrazione della popolazione Rom. In effetti è opportuno precisare che simili questioni siano già state sollevate in un altro giudizio (Corte di giust., sentenza del 31 gennaio 2013, *Belov*, EU:C:2012:585), avente ad oggetto la medesima prassi controversa relativa all'installazione di contatori elettrici ad un'altezza di sette metri. Tale situazione si era verificata in due quartieri della città di Montana (Bulgaria), abitati prevalentemente da membri della comunità Rom. A differenza del caso sopra esposto, tuttavia, la Corte non aveva avuto la possibilità di pronunciarsi sull'ambito oggettivo e soggettivo delle discriminazioni fondate sull'origine etnica; era invece pervenuta a dichiarare la propria incompetenza, giacché la questione pregiudiziale era stata sollevata da un organo amministrativo e non giurisdizionale ai sensi dell'art. 267 TFUE. La censura era stata infatti posta dalla Commissione per la tutela delle discriminazioni bulgara, la quale non poteva considerarsi organo legittimato alla proposizione di questioni pregiudiziali in ragione dell'assenza di taluni elementi caratteristici (come il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, l'applicazione di norme giuridiche e l'indipendenza), individuati dalla costante giurisprudenza prodottasi sul tema (Corte di giust., sentenza del 14 giugno 2011, *Miles e a.*, causa C-196/09, in *Racc.* pag. I-5105).

Con la sentenza *Belov* la Corte di Giustizia ha dunque omesso ogni pronuncia sul merito della fattispecie discriminatoria, sebbene l'Avvocato Generale avesse invitato la Corte a configurare la Commissione per la tutela delle discriminazioni

come organo giurisdizionale. Nelle sue conclusioni (Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott relative alla causa C-394/11, *Valeri Hariev Belov*, presentate il 20 settembre 2012), l'Avvocato Generale aveva altresì esaminato il merito della prassi controversa, ritenendo fondata la discriminazione indiretta basata sull'origine etnica.

L'intensificarsi dell'interesse dell'Unione verso la minoranza Rom si ricollega alla necessità di gestire l'impatto dell'aumento dei flussi migratori in seguito all'ampliamento a 28 paesi. Tale circostanza ha permesso ad un numero elevato di Rom di beneficiare dello *status* di cittadino dell'Unione, potendo così esercitare il diritto di libera circolazione e godere di un ampio catalogo di diritti sociali.

I gruppi nomadi rappresentano in effetti una realtà in continua evoluzione. Tenuto conto della dislocazione diffusa su tutto il territorio d'Europa, si ritiene che la loro posizione giuridica non contempli però quel catalogo di diritti collettivi e individuali che caratterizzano la tutela delle minoranze territoriali, bensì una specifica tutela nell'ambito dei diritti umani, in relazione al divieto di discriminazione per motivi etnici (G. Caggiano, *L'integrazione dei Rom e il rispetto del loro "tradizionale stile di vita"*, in *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino 2015, pp.211 e ss.).

L'inquadramento giuridico delle condizioni dei membri delle minoranze Rom costituisce un'operazione complessa, che ha investito le istituzioni dell'Unione su molteplici fronti. La Commissione europea si è interessata della questione con la Comunicazione n.173 del 4 aprile 2011, *"Un quadro dell'Unione europea per le strategie nazionali di integrazione dei Rom fino al 2020"*, approvata dal Consiglio nella seduta del 23-24 giugno 2011. Lo scopo è quello di sensibilizzare gli Stati membri sull'argomento, attraverso l'elaborazione di strategie nazionali di inclusione dei Rom ovvero mediante l'adozione di misure di intervento nelle politiche di inclusione sociale tese al miglioramento delle condizioni di vita di questa popolazione. Per attuare la Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, anche in tema di inclusione sociale della popolazione Rom sono state stanziati ingenti risorse economiche dai tre fondi europei strutturali FSE, FESR e FEASR. Investire nell'inclusione socio-economica di tale comunità apporterebbe molteplici benefici per i singoli Stati membri: una maggiore coesione sociale potrebbe tradursi in un incremento della ricchezza e del benessere nazionale, con la conseguenziale eliminazione di tutti quei costi relativi, ad esempio, agli alloggi di emergenza o

all'assistenza sanitaria. A ciò si aggiunga la possibilità di contenere fenomeni di criminalità ai quali i Rom risultano spesso ricollegati. Il confronto con tale etnia comporta dunque, a livello nazionale, la promozione di politiche volte all'inserimento sociale di tali gruppi e la predisposizione di idonee misure di tutela, in linea con i principi costituzionali, comunitari ed internazionali (P.Bonetti, A.Simoni, T.Vitale, *La condizione giuridica dei Rom e dei Sinti in Italia. Atti del convegno internazionale.*, Milano 2010, p.25) .

Le molteplici problematiche relative alla condizione peculiare della minoranza Rom sono state affrontate anche dalla Corte Edu. La giurisprudenza appare eterogenea e variegata sul punto, ed incentrata prevalentemente sull'articolo 8, mentre, ai fini della nozione di discriminazione ed uguaglianza, sull'articolo 14 della Convenzione (D.Strazzari, *C'è un giudice a Strasburgo! : la Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela contro la discriminazione degli appartenenti all'etnia rom*, in S.Bladini, M.Zago (a cura di), *Il mosaico rom. Specificità culturali e governance multilivello.*, Milano 2011 pp. 192 ss.). In generale, la Corte di Strasburgo ha evidenziato *deficit* di tutela scaturenti dall'applicazione dell'art. 14, per la cui violazione è necessario dimostrare che il trattamento discriminatorio si sia verificato in relazione al godimento di uno degli altri diritti della Convenzione (R.Bin, *Art.14. Divieto di discriminazione*, in S.Bartole, B.Conforti, G.Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, pp.409 e ss.); per appianare tale divergenza, il protocollo n.12 alla Cedu ha esteso la portata del divieto di discriminazione al godimento di tutti i diritti sociali previsti da fonti normative. All'articolo 14 della Cedu si ispira l'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali. In base a quanto esposto nelle Spiegazioni relative alla Carta (Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, pubblicata in GU 2007, C 303, pag. 17), quest'ultimo articolo, nella misura in cui coincide con l'art.14 della Cedu, "si applica in conformità dello stesso". Le spiegazioni in parola fungono da parametri interpretativi della Carta, alla cui osservanza sono tenuti tanto i giudici dell'Unione quanto quelli nazionali, alla luce del combinato disposto dell'articolo 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e dell'articolo 52, paragrafo 7, della Carta. La sentenza in commento costituisce un importante momento di riflessione in tema di discriminazione razziale, dal momento che la Corte di giustizia ha avuto esclusivamente due occasioni per pronunciarsi sull'interpretazione della direttiva

2000/43. Con la sentenza *Feryn* (Corte di giust., sentenza del 10 luglio 2008, *Feryn*, causa C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397) la Corte ha consolidato la portata del divieto di discriminazione diretta fondata sulla razza e origine etnica, sostenendo la giustiziabilità della fattispecie illegittima indipendentemente dalla produzione di effetti lesivi. Successivamente, con la sentenza *Kamberaj* (Corte di giust., sentenza del 24 aprile 2012, *Kamberaj*, causa C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233) ha invece posto l'accento sull'articolo 34 della Carta di Nizza, disposizione cardine nel sistema di protezione dei diritti sociali, dal forte contenuto solidaristico. Il caso in esame rappresenta l'occasione per soffermarsi in maniera più approfondita sulla tutela antidiscriminatoria prevista dalla direttiva 2000/43. La prassi controversa posta in essere dalla CHEZ RB fornisce sicuramente un valido spunto per introdurre una più ampia riflessione sui fenomeni discriminatori diretti e indiretti. Ripercorrendo la costante giurisprudenza sui trattamenti discriminatori, la Corte amplia l'applicazione *ratione personae* della direttiva, ricomprendendovi anche coloro sui quali, seppur non appartenenti ad un determinato gruppo etnico, si riverberano le conseguenze sfavorevoli generate da un trattamento discriminatorio in ragione dell'origine etnica altrui.

L'attività interpretativa della Corte si coniuga con la volontà di apprestare una piena tutela giurisdizionale. L'effettività del principio paritario presuppone dunque l'irrogazione di sanzioni adeguate, idonee a risarcire il soggetto discriminato del danno patito; la connotazione della tutela risarcitoria in tali termini rappresenterebbe così un efficace strumento di deterrenza. Si potrebbe obiettare, tuttavia, che l'articolo 15 della direttiva in esame -nel demandare ai giudici nazionali la scelta della tipologia sanzionatoria-, tenda ad indebolire l'incidenza di tali principi. A quanto appena esposto si potrebbe però replicare, ricordando che la discrezionale predisposizione del regime sanzionatorio risponde alla regola generale secondo cui le direttive obbligano gli Stati membri esclusivamente quanto al risultato. In ossequio alle prescrizioni contenute nella direttiva, gli Stati membri sono pertanto tenuti ad apprestare forme di tutela che non pregiudichino l'effetto utile della direttiva stessa. Quanto infine al profilo risarcitorio, esso ben potrebbe costituire la forma di tutela più ampia di cui dispone il soggetto discriminato. Per valorizzare tale forma di tutela, quindi, il legislatore dell'Unione ha inteso garantire la

predisposizione di un regime sanzionatorio proporzionato, adeguato ed effettivo da parte degli Stati membri.



ISSN 2037-6677

2016/1

**Le limitazioni indirette al diritto di accesso del pubblico
alle informazioni ambientali: ammissibilità di una tassa
per l'accesso alle informazioni ambientali nei limiti della
ragionevolezza**

**The right of access to environmental information:
reasonable charges for environmental information. The
case East Sussex County Council v. Information
Commissioner**

C. Petteruti

Tag: European Court of Justice, right of access, environmental information



Le limitazioni indirette al diritto di accesso del pubblico alle informazioni ambientali: ammissibilità di una tassa per l'accesso alle informazioni ambientali nei limiti della ragionevolezza. Nota a CGUE (Quinta Sezione) 6 ottobre 2015, causa C- 71/14, *East Sussex County Council c. Information Commissioner e altri*.

di Carmine Petteruti

1. – La sentenza in commento affronta il problema delle limitazioni indirette all'accesso alle informazioni ambientali derivanti dalla imposizione del pagamento di tasse per il rilascio delle informazioni, esaminando la normativa comunitaria sia con riferimento alle istituzioni comunitarie che con riferimento alle disposizioni applicate negli Stati membri. In particolar modo, la sentenza relativa alla causa C-71/14, originata da un rinvio pregiudiziale del First-tier Tribunal inglese, divisione della regolamentazione generale dei diritti d'informazione, esamina la compatibilità con le disposizioni della direttiva 2003/4/CE (G.U.U.E L 41, 14.2.2003, 26-32) sull'accesso del pubblico alle informazioni ambientali, di una tassa per la fornitura di informazioni ambientali.

La questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia UE nel quadro della disciplina sull'accesso alle informazioni ambientali sia internazionale che comunitaria. Infatti, l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998 sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai

processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale – ratificata con decisione del Consiglio n. 2005/370/CE (G.U.U.E L 124, 17.5.2005, 1-4) – ha ovviamente ispirato la disciplina comunitaria in materia. La Convenzione impegna le parti aderenti a predisporre le condizioni per una partecipazione attiva dei cittadini per influenzare gli esiti delle scelte operate in campo ambientale. L'accesso all'informazione è, dunque, considerato un profilo particolarmente rilevante per poter attuare questa forma di partecipazione che presuppone, peraltro, che le autorità pubbliche provvedano esse stesse a raccogliere e divulgare le informazioni ambientali. Questa condivisione aperta delle informazioni evidenzia l'intento della Convenzione di realizzare un sistema di accesso conformato al principio di trasparenza ed alla possibilità di un controllo democratico delle autorità, istituzionalizzando la partecipazione del pubblico alle fasi istruttorie, consultive e decisorie dei procedimenti ambientali.

Pertanto, accanto alla disciplina generale sull'accesso del pubblico agli atti delle istituzioni comunitarie, contenuta nel regolamento CE n. 1049/2001 (G.U.C.E. L 145, 31.5.2001, 43-48), il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno adottato la dir. 03/4 sull'accesso del pubblico alle informazioni ambientali ed il regolamento CE n. 1367/2006 (G.U.C.E L 264, 25.9.2006, 13-19) sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari della Convenzione di Aarhus da cui si ricava un esplicito obbligo dell'autorità di mettere a disposizione del cittadino le informazioni ambientali, facilitandone l'accesso. In questa prospettiva, la dir. 03/4 introduce un concetto di informazione ambientale e di autorità molto ampio, confermando, in relazione alla connotazione democratica delle istituzioni europee, la riconducibilità del tema dell'accesso alle informazioni ambientali al principio di trasparenza ed al principio democratico. Tale affermazione trova esplicita conferma nella giurisprudenza comunitaria che, riconducendo il reg. CE n. 1049/2001 all'art. 1, comma 2, TUE, ha considerato la disciplina sull'accesso agli atti come aspetto rilevante nel consolidamento dell'unione tra gli Stati membri, in cui le decisioni sono adottate nel modo più trasparente e più vicino possibili ai cittadini stessi (C. Rivadossi, *Il diritto d'accesso agli atti delle istituzioni europee all'ennesima prova della Corte di Giustizia*, in *Riv. Tel. Giur. A.I.C.*, 3, 2012, 3). D'altra parte è lo stesso considerando 2 del reg. CE n. 1049/2001 che ricollega il diritto di accesso del pubblico ai documenti al carattere democratico delle istituzioni, per poi affermare che la politica di trasparenza

contribuisce a rafforzare i principi di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali sanciti dal TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali (Corte giust., sent. 17-10-2013, causa C-280/11, *Consiglio c. Repubblica Ceca e altri*, in *Racc. dig.*, p.to 27; sent. 21-9-2010, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Regno di Svezia e altri c. Commissione e API*, in *Racc.* I-08533, p.to 68; sent. 21-7-2011, causa C-506/08 P, *Regno di Svezia c. My Travel e Commissione*, in *Racc.* I-06237, p.to 72; sent. 1-7-2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Regno di Svezia e Turco c. Consiglio*, in *Racc.* I-04723, p.to 34).

In effetti, la stretta connessione tra l'accesso del pubblico alle informazioni ed il carattere democratico delle istituzioni comunitarie è stata affermata già nel Trattato di Maastricht che, alla Dichiarazione n. 17, individua nell'accesso al pubblico lo strumento di accrescimento della trasparenza del processo decisionale, presupposto per il consolidamento democratico delle istituzioni comunitarie ed il rafforzamento della fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione. Sulla base di questa impostazione, nonostante le ritrosie passate della Corte di giustizia UE a pronunciarsi sulla natura del diritto d'accesso (Corte giust., sent. 30-04-1996, causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio*, in *Racc.* I-2169, p.to 27), si è addivenuti ad una espressa affermazione del diritto di accesso alle informazioni delle istituzioni comunitarie nell'art. 15, comma 3, TFUE e nell'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

2. – La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal First-tier Tribunal (General Regulatory Chamber, Information Rights), giurisdizione istituita dal Tribunal Courts and Enforcement Act del 2007, verte in particolar modo sulla interpretazione della dir. 03/4 con particolare riferimento all'art. 5 in base al quale l'accesso a tutti i registri o elenchi pubblici e l'esame in situ delle informazioni ambientali sono gratuiti, pur potendo le autorità pubbliche applicare una tassa per la fornitura dell'informazione ambientale che in ogni caso non può superare «un importo ragionevole»; e sulla interpretazione dell'art. 6 che impone agli Stati membri di predisporre procedure di riesame, sia di tipo amministrativo che giurisdizionale, della richiesta di accesso qualora il richiedente ritenga che essa sia stata ignorata o infondatamente respinta.

Nel caso del Regno Unito, la dir. 03/4 è stata recepita attraverso l'Environmental Information Regulations (EIR) del 2004, regolamento entrato in vigore nel 2005 per disciplinare l'accesso alle informazioni ambientali in possesso di autorità pubbliche. In ossequio alle prescrizioni contenute nell'art. 5 della direttiva, l'EIR del 2004 contempla la possibilità che l'autorità pubblica possa applicare una tassa per la fornitura di informazioni ambientali, fatta eccezione per l'accesso ai registri e agli elenchi pubblici o per l'esame in situ delle informazioni ambientali. In ogni caso, l'EIR del 2004 prevede che nel caso di applicazione di una tassa, il suo ammontare non possa superare «l'importo che l'autorità pubblica ritiene essere un importo ragionevole». La normativa inglese prevede, inoltre, che qualsiasi interessato possa rivolgersi all'Information Commissioner, autorità indipendente per la tutela dei diritti all'informazione, della trasparenza e della riservatezza dei dati dei singoli, istituita a seguito dell'approvazione della legge sulla libertà d'informazione (Freedom of Information Act) del 2000, per ottenere l'accertamento della conformità alle disposizioni dell'EIR del 2004 del trattamento riservato dall'autorità pubblica alla richiesta d'informazioni.

Nella vicenda posta all'attenzione della Corte di Giustizia, una società di ricerca immobiliare, la PSG Eastabourne, aveva proposto reclamo all'Information Commissioner avverso la imposizione di una tassa da parte del County Council dell'East Sussex, ritenendola non conforme alle prescrizioni dell'art. 8, paragrafo 3, dell'EIR del 2004 in quanto determinata sulla base di costi diversi dalle spese postali, dalle fotocopie o altri esborsi associati alla fornitura delle informazioni richieste.

In effetti, il County Council aveva determinato un tariffario standard, applicato a prescindere dall'autore della domanda, tenendo conto dei costi di mantenimento della banca dati e del costo orario per le risposte alle richieste di informazioni individuali da parte di un team appositamente costituito nonché dei costi salariali del personale e delle spese generali. A fronte del reclamo presentato dalla società immobiliare, l'Information Commissioner pur affermando che le tasse per l'accesso alle informazioni ambientali possano tener conto anche dei costi relativi al tempo dedicato dal personale a rispondere a richieste di informazioni individuali, ha dichiarato la tassa applicata dal County Council non conforme alle disposizioni dell'art. 5, paragrafo 2, della dir. 03/4, ritenendo esclusi i costi connessi al mantenimento di una banca dati o di spese generali.

Avverso tale decisione, il County Council, sostenuto da una associazione di enti locali, la Local Government Association, ha proposto ricorso al First-tier Tribunal al quale, fra l'altro, è attribuita la competenza per la impugnazione delle decisioni adottate dall'Information Commissioner (art. 57 Freedom of Information Act 2000).

Il Tribunale inglese di primo grado, tuttavia, ha ritenuto di sospendere il procedimento per sottoporre alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale relativa alla possibilità che una tassa istituita per le richieste di accesso alle informazioni ambientali possa includere parte del costo per il mantenimento di una banca dati utilizzata dall'autorità pubblica per rispondere alle richieste di quel particolare tipo di informazione e i costi generali attribuibili alle ore lavorative del personale. Inoltre, il giudice del rinvio ha ritenuto di sottoporre alla Corte anche la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con gli articoli 5, paragrafo 2, e 6 della dir. 03/4 della legislazione di uno Stato membro che preveda che un'autorità pubblica possa applicare una tassa per la fornitura dell'informazione ambientale che non eccede l'importo che l'autorità pubblica ritiene essere ragionevole, qualora la decisione dell'autorità pubblica in merito al concetto di "importo ragionevole" sia soggetta a riesame in sede amministrativa e giurisdizionale, come nel caso della legislazione inglese.

3. – A fronte di una stretta interpretazione delle limitazioni all'accesso del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni dell'Unione che emerge dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (R. Rota, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012, 226), la sentenza relativa alla causa C-71/14 accerta se la previsione da parte di uno Stato membro di una tassa per l'accesso ai documenti possa costituire una illegittima limitazione a tale diritto. In effetti, l'art. 5 della dir. 03/4 pur prevedendo la gratuità per l'accesso a registri o ad elenchi pubblici, ammette la possibilità che gli Stati membri consentano l'accesso alle informazioni ambientali a titolo oneroso, purché gli elementi in base ai quali è calcolato l'importo della tassa riguardino la fornitura dell'informazione richiesta e che l'importo globale non superi un importo ragionevole (art. 5, paragrafo 2). Sul concetto di «importo ragionevole» la Corte esclude che esso possa essere di importo tale da produrre un effetto dissuasivo sulle persone che intendono

ottenere informazioni o limitare il diritto delle medesime di accedervi. Questa necessità è in linea con le disposizioni della Convenzione di Aarhus che, fra l'altro, obbliga gli Stati aderenti a prevedere che le autorità pubbliche mettano a disposizione le informazioni ambientali garantendone la reale accessibilità. Ciò implica una valutazione della ragionevolezza della tassa sia di tipo soggettivo che di tipo oggettivo, nel senso che la tassa deve essere determinata in funzione della situazione economica del richiedente l'informazione e dell'interesse generale legato alla tutela dell'ambiente, tenuto conto della economicità ed immediatezza dell'accesso offerto dalle nuove tecnologie.

Dunque la Corte di giustizia UE, considerato che la dir. 03/4 distingue tra fornitura delle informazioni ambientali da un lato ed accesso ai registri ed agli elenchi pubblici che contengono informazioni ambientali dall'altro, esclude che l'autorità pubblica possa far ricadere su coloro che richiedano la fornitura di informazioni ambientali, gli oneri per la gratuità dell'accesso (art. 5, paragrafo 2) e, quindi, i costi di istituzione e manutenzione dei registri, degli elenchi e degli uffici per la consultazione. Ciò genererebbe una evidente disparità tra chi consulti gratuitamente una banca dati in situ e chi, invece, ne faccia richiesta con le modalità di cui all'art. 5, paragrafo 2. Pertanto, la ragionevolezza dell'importo della eventuale tassa per la fornitura dell'informazione ambientale può riguardare soltanto i costi direttamente riconducibili alla fornitura stessa, ivi compresi quelli del tempo dedicato dal personale addetto alla risposta alla richiesta di fornitura dell'informazione.

La Corte sottolinea, inoltre, che la verifica della ragionevolezza della tassa imposta per la fornitura dell'informazione ambientale non può che spettare al giudice nazionale. A tale scopo gli Stati membri sono tenuti a predisporre procedimenti che nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, pur eventualmente limitando il controllo giurisdizionale alla valutazione di talune questioni di fatto, consentano di verificare oggettivamente se l'autorità pubblica che impone la tassa abbia rispettato le condizioni previste dall'art. 5, paragrafo 2, della dir. 03/4.

4. – La sentenza in commento si inserisce nel più ampio filone della giurisprudenza comunitaria sul tema dell'accesso alle informazioni ambientali, tema

strettamente connesso a quello della partecipazione dei cittadini alle decisioni ambientali e della effettività del principio di trasparenza. La normativa comunitaria affronta la questione dell'accesso alle informazioni ambientali sia sul piano delle istituzioni comunitarie che con riferimento alla normativa applicata dagli Stati membri, prevedendo in via generale che qualsiasi persona fisica o giuridica che risiede in uno Stato membro ha diritto di accedere ai documenti delle istituzioni comunitarie nell'ottica di garanzia della trasparenza dell'azione comunitaria, del buon governo e della partecipazione dei cittadini (art. 15 TFUE). Sul piano dell'ordinamento comunitario, la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha ampiamente riconosciuto il diritto di accesso alle informazioni delle istituzioni comunitarie, diritto che trova riscontro nell'art. 4 del reg. CE 1049/2001, sia pur con una diversa gradazione tra l'attività amministrativa della Commissione e l'attività legislativa dell'Unione (Corte giust., sent. 21-9-2010, cause riunite riuniti C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P C-365/12 P, *Regno di Svezia c. API e Commissione*, in *Racc. I-08533*, p.to 77). Infatti, ferme restando le limitazioni fondate su ragioni di interesse pubblico o privato nonché sulla tutela degli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile, esse sono derogabili quando vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione del documento (G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, I, 524). D'altra parte, secondo una giurisprudenza consolidata, il verificarsi di una delle ipotesi per cui è contemplata la limitazione all'accesso agli atti di per sé non comporta la legittimazione della limitazione stessa se l'istituzione interessata non fornisce adeguata motivazione circa il pregiudizio che l'accesso arreherebbe all'interesse tutelato. In buona sostanza, a prescindere dal verificarsi di una delle ipotesi contemplate dall'art. 4 del richiamato regolamento, l'istituzione comunitaria interessata è comunque tenuta ad una ponderazione degli interessi che si oppongono in una data situazione: da un lato, gli interessi che sarebbero favoriti dalla divulgazione dei documenti; dall'altro, quelli che sarebbero minacciati dalla divulgazione stessa (Corte giust., sent. 27-2-2014, causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, in *Racc. dig.*, p.to 63); potendo in tal caso ricorrere anche a presunzioni di carattere generale applicabili a determinate categorie di documenti. A questo proposito, la giurisprudenza comunitaria ha individuato cinque tipi di documenti per i quali è riconosciuta l'esistenza di una presunzione

generale di riservatezza: i documenti di un fascicolo amministrativo relativo alla procedura di controllo degli aiuti di Stato; le memorie depositate da un'istituzione nell'ambito di un procedimento giurisdizionale; i documenti scambiati tra la Commissione e le parti notificanti o terzi nell'ambito di un procedimento di controllo di operazioni di concentrazioni tra imprese; i documenti afferenti a un procedimento di applicazione dell'art. 101 TFUE; i documenti relativi a un procedimento precontenzioso per inadempimento. Rispetto a quest'ultima tipologia di documenti la Corte di giustizia UE, in linea con l'esigenza di una stretta interpretazione e applicazione di tali presunzioni e con il principio del più ampio accesso possibile del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni dell'Unione, ha avuto occasione di affermare che il diniego alla richiesta di accesso può essere ritenuto legittimo solo in relazione a quei documenti afferenti alla fase precontenziosa di un procedimento per inadempimento, ferma restando la possibilità di provare la esistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione dell'informazione, escludendo la possibilità diniego per quei documenti che non attengono in maniera diretta all'avvio della procedura di cui all'art. 258, comma 1, TFUE (Corte giust., sent. 16-7-2015, causa C-612/13, *ClientEarth contro Information Commissione europea e altri*. Per un commento alla sentenza, J. Paffarini, *L'accesso alle informazioni ambientali e la tutela dell'attività di indagine della Commissione europea: di nuovo una "lettura funzionale" della Corte di Giustizia?*, in *DPCE online*, 4, 2015).

Tali principi sono rintracciabili anche nelle disposizioni della dir. 03/4 che pur ammettendo la possibilità che gli Stati membri prevedano limitazioni al diritto di accesso alle informazioni ambientali (art. 4, paragrafi 1 e 2), introduce un criterio generale di interpretazione restrittiva che tenga conto in maniera ponderata dell'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione con l'interesse tutelato dal rifiuto. La direttiva, allo stesso tempo, impone agli Stati membri un onere di raccolta di informazioni aggiornate, precise e confrontabili ed un obbligo di diffusione al pubblico delle informazioni anche attraverso l'ausilio di tecnologie di telecomunicazione informatica ed elettroniche.

5. – L'accesso e la messa a disposizione delle informazioni delle autorità pubbliche sono stati considerati da sempre un aspetto importante della

partecipazione dei cittadini ai processi decisionali ambientali, sin dalla Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 (Principio 10 della Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo). La valorizzazione della partecipazione nel tempo ha fatto sì che l'accesso agli atti assumesse, sia nel diritto internazionale che in quello comunitario, una connotazione sempre più specifica e garantita. L'accesso alle informazioni ambientali viene, infatti, qualificato dalla dir. 03/4 come principio generale in forza del quale le istituzioni comunitarie (e le autorità pubbliche in genere) sono tenute a rendere disponibile l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che il richiedente debba dichiarare il proprio interesse, prescindendo dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive. Questa ampia possibilità di accesso alle informazioni ambientali ha come conseguenza la circoscrizione dell'eventuale rifiuto alle ipotesi espressamente contemplate dalla normativa comunitaria e la interpretazione restrittiva delle eccezioni che, anche attraverso il principio di proporzionalità, deve ponderare l'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione delle informazioni con l'interesse tutelato dal rifiuto di divulgarle. Il richiamo del diritto di accesso alle informazioni nel Titolo V della Carta dei diritti fondamentali UE, dedicato alla cittadinanza, e gli obblighi che scaturiscono dalla Convenzione di Aarhus e dalla normativa comunitaria sulle informazioni ambientali, consentono di configurare il diritto di accesso in campo ambientale come un diritto individuale per i cittadini dell'UE che si traduce in una pretesa giuridicamente tutelata verso le istituzioni europee a poter conoscere le informazioni ambientali necessarie a partecipare attivamente ai processi decisionali che mirano a realizzare un livello elevato di tutela dell'ambiente ed il miglioramento della sua qualità (sulla democrazia partecipativa si vedano: L. Iapichino, *La Convenzione di Aarhus e il diritto dell'Unione europea*, in A. Tanzi, E. Fasoli, L. Iapichino (a cura di), *La convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011, 58-60; U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 13 ss.; G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010, 169 ss.; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 315 ss.; B. Dalle, *Instruments of a Universal Toolbox or Gadgets of Domestic Administration? The Aarhus Convention and Global Governance*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1, 2008, 7 ss.; G. Manfredi, S. Nespor, *Ambiente e democrazia*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2010, 2, 293 ss.; D. Siclari, *La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario*, in D. Bolognino, G. De Martin (a cura di),

Democrazia partecipativa e nuova prospettiva della cittadinanza, 2010, 195 ss.; L. Salvi, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale nel quadro del bilanciamento tra effettività della tutela giurisdizionale nell'Unione e autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. Dir. Agr.*, 4, 2013, 267; M. Picchi, *Uno sguardo comunitario sulla democrazia partecipativa*, www.astrid-online.it, 2; D. Siclari, *La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario: sviluppi attuali e prospettive*, www.amministrazioneincammino.luiss.it; D. Ferri, *Dal libro bianco sulla nuova governance al nuovo Registro per la trasparenza: l'UE tra paerticipatory engineering e democrazia partecipativa*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 3-4, 2012, 508; M. Zinzi, *La democrazia partecipativa in Francia alla luce delle recenti riforme legislative*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II, 2014, 822; M. Feola, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Torino, 2014, 94; M. Prieur, *La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 1999, 24, 12). Un diritto, dunque, strettamente connesso alla connotazione democratica delle istituzioni comunitarie e al sistema di democrazia partecipativa in materia ambientale che rivela, dall'analisi delle fonti e degli orientamenti giurisprudenziali, la possibilità di nuove declinazioni di prossimità delle istituzioni comunitarie rispetto ai cittadini. La stessa esistenza di una funzione attiva delle istituzioni comunitarie e dei cittadini circa l'utilizzo delle informazioni ambientali (le prime per quel che concerne le iniziative per la divulgazione; i secondi per quanto concerne l'accesso) creano un profilo di democrazia di prossimità che può ancor meglio coniugare il diritto ambientale con le istanze del cittadino. Si tratta di un ulteriore passaggio inclusivo dei cittadini nell'interazione tra istituzioni (comunitarie in questo caso) e società che consente sul piano ambientale l'assunzione di scelte sempre più condivise, nel rispetto delle regole e sulla base di procedure istituzionali riconosciute (V. Pepe, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, Napoli, 2015, 118). Si tratta, cioè di rinforzare, attraverso una democrazia meglio partecipata e l'eventuale riconoscimento di nuovi diritti, la capacità degli individui, di contribuire attivamente alla qualità della loro vita e alla tutela dell'ambiente. Questioni che interessano le istituzioni comunitarie in quanto istituzioni in grado di rappresentare e ricomporre la pluralità di interessi, delle istanze e delle diversità culturali presenti nel contesto comunitario.



ISSN 2037-6677

2016/1

Exit Nino. L'originalismo sopravvivrà a Scalia?

Exit Nino. Originalism after Scalia?

A. Pin

Tag: Scalia, originalism, Supreme Court



Exit Nino. L'originalismo sopravvivrà a Scalia?

di Andrea Pin

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Scalia alla Corte: l'“unica” costituzione. 3. – Scalia nella pensiero giuridico americano: l'originalismo da “male minore” a pensiero dominante.

1. – Introduzione

Un aneddoto risalente agli anni ottanta decifra il tratto non solo umano, ma dottrinale, di Antonin Scalia. In *My Pizza with Nino*¹, il giudice Alex Kozinski racconta che il suo originalismo ne permeava persino i gusti culinari. Egli ricorda di avere consumato diverse pizze in compagnia di “Nino” (il diminutivo con cui lo chiamavano i colleghi). Dopo avere sperimentato che la pizzeria scelta da Scalia una prima volta non era il meglio che si potesse trovare in circolazione, l'autore dell'articolo aveva scelto un pizzaiolo di doti molto superiori; e tuttavia racconta il disgusto del suo commensale nello scoprire che la pizza proveniva da una pizzeria diversa da quella presso la quale egli si serviva. Egli, conclude l'autore, non amava la pizza – amava *quella* pizza in particolare, al punto da non volerne provare altre. Non

¹ *Cardozo Law Review* 12, 1583 (1990).

era interessato al gusto migliore, ma gli premeva piuttosto essere certo di quale pizza avrebbe gustato. L'autore chiosa dunque che Scalia anche nella vita privata non amava le cose migliori, ma quelle che avvertiva come sue; ugualmente, non amava ricercare la migliore costituzione possibile, bensì quella che il popolo americano si era scelto.

Dell'ossessione originalista cui ha dato vita Scalia con il suo pensiero e il lavoro alla Corte Suprema degli Stati Uniti, l'ordinamento americano non sembra potersi privare facilmente. E questo non perché l'originalismo di Scalia abbia fatto breccia, divenendo la dottrina della Costituzione americana prevalente nella Corte: con l'eccezione di Thomas, il quale è piuttosto famoso per intraprendere dei percorsi argomentativi che lo isolano quasi sistematicamente, anche gli attuali giudici d'impronta conservatrice – Alito e il *Chief Justice* Roberts – non adottano un'impostazione fortemente originalista, declinando invece il proprio atteggiamento lungo le linee del precedente giurisprudenziale e di una forte preoccupazione per lo *stare decisis*².

Tuttavia, se l'originalismo è destinato a durare negli Stati Uniti, è perché Scalia è stato di quella dottrina il portavoce più autorevole e il più audace stratega. Le sue mosse non sono sempre state monocordi: ha alternato momenti di eroica e cristallina affezione al testo nel suo significato originale, a episodi in cui si è impegnato in una pragmatica tutela di alcune posizioni marcate dalla sua appartenenza religiosa (è stato l'ottavo giudice cattolico eletto alla Corte suprema)³ e dalla sua impostazione culturale conservatrice⁴ (che ha quasi ostentato). Tuttavia, il suo contributo ha inciso forse indelebilmente nella cultura costituzionale americana, sia nella dimensione pratico-applicativa propria della giurisdizione, sia nell'accademia: è stato capace di influenzare la concezione stessa dell'interpretazione, conducendola nella direzione che gli premeva⁵. Lo vedremo a breve.

² Si veda G. Romeo, *To be or not to be: Le prospettive dell'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti dopo la morte di Justice Antonin Scalia*, *Rivista AIC* 2016, 2.

³ Va notato comunque che a Scalia si deve l'opinione della Corte in *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), decisione fondamentale in tema di *Free Exercise*, che negò il fondamento costituzionale delle obiezioni di coscienza. La sentenza provocò una reazione politica culminata nel *Religious Freedom Restoration Act* (1993).

⁴ C.R. Sunstein, *Constitutional Personae*, New York, 2015, 27-28.

⁵ Kozinski, *cit.*, 1588.

2. – Scalia alla Corte: l’“unica” costituzione

Scalia giunse alla Corte nel 1986 grazie alla nomina di Reagan, in un momento di *revival* del federalismo americano, dopo essersi diviso tra impegni nell’amministrazione federale, nella magistratura distrettuale e d’insegnamento nei prestigiosi atenei dell’Università della Virginia e di Chicago. Dopo decenni di attivismo della Corte suprema, soprattutto sotto la guida del giudice Warren, che aveva condotto all’espansione dei diritti tutelati dalla Costituzione federale, alla loro penetrazione all’interno degli ordinamenti statali tramite l’*incorporation* e alla valorizzazione della dimensione federale su quella statale, Reagan voleva far dimagrire la Federazione, contenere l’espansione dei diritti costituzionali e rilanciare le libertà soprattutto economiche. La teoria originalista di Scalia, che sosteneva l’interpretazione costituzionale nel suo dettato originale, faceva al caso. Le preoccupazioni di natura innanzitutto efficientistica che dominavano le politiche reaganiane vennero dunque tradotte in termini di stretta adesione al dettato originale della Costituzione attraverso l’opera del nuovo giudice, tra l’altro il primo italoamericano a entrare a far parte dei Nove.

Di lì a poco avrebbe dovuto raggiungerlo Robert Bork, un altro campione dell’originalismo. Tuttavia, la candidatura di Bork si arenò di fronte al Senato a causa della sua *liaison* con Nixon e il Watergate e proprio per suo atteggiamento interpretativo, che spaventava per le conseguenze che avrebbe avuto sui diritti proclamati sino ad allora: dal movimento per i diritti civili all’aborto, le libertà di quella generazione sembravano a rischio, con uno come Bork alla Corte Suprema. Lo sostituì infine Anthony Kennedy, un giurista di segno molto pragmatico, che con Scalia sarebbe stato in rapporto fortemente dialettico e spesso di aperta contrapposizione.

Dal 1986 Scalia si impegnò esponendosi progressivamente nel compito di ricostruire e applicare quello che egli credeva dovesse essere il significato originale del testo costituzionale e dei testi legislativi che la Corte era chiamata a interpretare. Intraprese sostanzialmente una battaglia per la riduzione del significato e della portata della Costituzione al contesto originario, nella convinzione che questo, di volta in volta, avrebbe restituito un significativo spazio di manovra politica al legislatore sia statale che federale, mentre dall’altro avrebbe reso giustizia alla

volontà politica degli americani, che si erano voluti vincolare a un patto caratterizzato da un preciso contenuto e dall'ambito limitato, e non a un documento il cui significato poteva mutare con chi sedeva alla Corte suprema. Come ebbe modo di dire in un caso in cui il collegio negò il diritto al suicidio assistito, «il diritto americano ha sempre accordato allo stato il potere di prevenire, se necessario con la forza, il suicidio – incluso il suicidio causato dal rifiuto di prendere i provvedimenti necessari a conservare la vita; (...) il punto in cui la vita diviene “senza dignità”, e quando i mezzi necessari a preservarla divengono “straordinari” o “inappropriati”, non sono stabiliti nella Costituzione né conosciuti ai nove giudici di questa Corte più di quanto lo siano a nove persone scelte a caso dall'elenco telefonico di Kansas City».⁶

La preoccupazione di Scalia di conservare alla società politica – o meglio alle società politiche che compongono gli Stati dell'Unione e la Federazione nel suo complesso – il potere di prendere delle decisioni ha diversi profili di particolare spessore, rispetto alle vicende del costituzionalismo contemporaneo, che conviene mettere in evidenza.

La deferenza di Scalia nei confronti della volontà legislativa aveva delle implicazioni importanti per i diritti individuali. Celeberrimo, in questo senso, fu il suo *dissent* in *Lawrence v. Texas*⁷, ove la Corte – con la penna di Kennedy – dichiarò incostituzionale il reato di sodomia⁸. Scalia mise in chiaro che una tale depenalizzazione era assolutamente legittima, ma doveva provenire dal popolo, e in particolare dal popolo dello stato coinvolto: «persuadere i propri concittadini è un conto, imporre il proprio punto di vista in assenza di una maggioranza democratica è un altro conto». E se era vero che una legge può derivare da un pregiudizio che discrimina una parte della società, «quand'è così, le generazioni successive possono abrogare quelle leggi. Tuttavia è la premessa fondamentale del nostro sistema che quei giudizi vengano pronunciati dal popolo, e non imposti da una casta al governo che sa cosa sia meglio».

Quest'impostazione, dal punto di vista concettuale, sostiene che il progresso del diritto si snodi legittimamente solo attraverso il mutamento legislativo, non

⁶ *Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990), 294.

⁷ 539 U.S. 558 (2003).

⁸ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

interpretativo; e che esso deve avvenire attraverso le procedure che l'ordinamento prevede. Il pensiero di Scalia sul punto è forse interpretato meglio da ogni altro dal suo collega e amico Thomas, la cui brevissima opinione dissenziente in *Lawrence*, totalmente adesiva a quella di Scalia, aggiungeva soltanto quanto segue: «Se fossi un membro del parlamento del Texas [lo stato che contemplava questo reato nel suo ordinamento penale] voterei per abrogarlo. Tuttavia, riconosco che come membro di questa Corte non ho il potere di [intervenire]. Il mio compito, piuttosto, è di decidere casi in accordo con la Costituzione e le leggi degli Stati Uniti. [E non trovo] né nel Bill of Rights né in altra parte della Costituzione un diritto» che vieti una legge come quella texana.

Un secondo aspetto di particolare significato, soprattutto per i comparatisti, è il rigetto di Scalia per il diritto straniero nell'interpretazione costituzionale. Nel distillare il contenuto delle norme costituzionali, Scalia, che pure aveva insegnato la materia, si oppose costantemente al diritto comparato. La sua critica all'uso – invero piuttosto modesto – della comparazione all'interno della giurisprudenza della Corte Suprema ne mise in luce il pericolo della selettività: lo sguardo al diritto degli altri Paesi si sarebbe concretato in un'alternante attenzione e in un'indifferenza per l'estero, secondo criteri puramente funzionali al risultato di persuadere il lettore della ragionevolezza di una sentenza⁹. Tuttavia, Scalia mosse una critica persino più importante all'uso del diritto straniero, che ripeté negli ambiti più vari, dal federalismo alla pena capitale: la comparazione, a suo dire, era infatti buona per *scrivere* una costituzione, mentre era inadeguata a *interpretarla*¹⁰. Nel primo caso essa poteva ispirare il costituente, mentre la seconda operazione sottoponeva il diritto statunitense alle fluttuanti tendenze straniere, togliendolo dalle mani degli americani¹¹.

⁹ *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551 (2005): «The Court has been oblivious to the views of other countries when deciding how to interpret our Constitution's requirement that Congress shall make no law respecting an establishment of religion. (...) Most other countries – including those committed to religious neutrality – do not insist on the degree of separation between church and state that this Court requires».

¹⁰ *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 921, nota 11.

¹¹ *Roper, cit.*: «The Court thus proclaims itself sole arbiter of our Nation's moral standards and in the course of discharging that awesome responsibility purports to take guidance from the views of foreign courts and legislatures. Because I do not believe that the meaning of our Eighth Amendment, any more than the meaning of other provisions of our Constitution, should be

Quest'accento sul popolo americano consente un'importante precisazione, che illumina la differenza tra la nomina di Scalia e cosa sarebbe avvenuto se Bork fosse giunto alla Corte. Bork credeva nell'*original intent*¹²: un'operazione esegetica che impegna a ricostruire l'intenzione dei costituenti e dei *drafters* di un testo legislativo all'attenzione della Corte. Per Scalia, il punto d'osservazione non corrispondeva a quello di chi aveva proposto un certo testo normativo – del resto, egli notava, nelle assemblee legislative e costituenti è possibile una convergenza su un certo fraseggio per opposte ragioni. Il punto di osservazione piuttosto doveva essere quello del lettore – ovvero del pubblico dell'epoca. Scalia nel ricostruire il significato del testo tentava di mettersi nelle condizioni di chi doveva comprenderlo e adeguarvisi: il pubblico, e non il legislatore. Di qui la sua insistenza, ad esempio, sull'uso dei vocabolari antichi, per ricostruire i significati dei lemmi utilizzati dal costituente.

Proprio nel nome dell'originalismo, egli era uso lanciare delle vere e proprie “granate verbali”¹³ nei confronti dei colleghi, di cui si alienò spesso l'appoggio¹⁴. Scrivesse in dissenso o semplicemente una *concurring*, Scalia non rinunciava al sarcasmo nei confronti di chi la pensava diversamente. In un caso relativo all'iniezione letale nel quale la sua posizione aveva prevalso, rese un'opinione al vetriolo nei confronti del dissenziente Breyer e del suo reiterato tentativo di contenere la pena capitale, che a dire di Scalia continuava a rendere imprevedibile la giurisprudenza della Corte, aprendo il proprio scritto con un ironico “*Benvenuto al giorno della marmotta*”¹⁵ (una risalente tradizione della costa orientale, nella quale si vaticina sulla meteorologia osservando quale ombra proietti una marmotta uscendo dalla propria tana). Fu però probabilmente una delle sue più recenti opinioni, ad arroventare maggiormente la polemica con Kennedy e con la componente *liberal* della Corte. Nella celeberrima sentenza sul *same-sex marriage*, terminata 5 voti a 4, Scalia scrisse una nota a piè di pagina per la sua *dissenting* a dir poco irriverente: «Se, anche come prezzo da pagare per un quinto voto, avessi mai aderito ad un'opinione della Corte che iniziava con ‘La costituzione promette la libertà a tutti all'interno del

determined by the subjective views of five Members of this Court and like-minded foreigners, I dissent».

¹² R.J. Bork, *Original Intent: The Only Legitimate Basis for Constitutional Decision Making*, 26 *Judges' Journal*, 13 (1987).

¹³ Kozinski, *cit.*, 1586.

¹⁴ G. Romeo, *cit.*, 2-3.

¹⁵ *Glossip v. Gloss*, 576 U.S. ____ (2015).

suo ambito, una libertà che include certi specifici diritti che consentono alle persone, nei limiti del lecito, di definire ed esprimere la loro identità' [che era l'incipit dell'opinione della maggioranza, resa da Kennedy] nasconderei la mia testa in una busta. La Corte suprema degli Stati Uniti è decaduta dal ragionamento giuridico rigoroso di John Marshall e Joseph Story ai mistici aforismi di un biscotto della fortuna»¹⁶.

Un tale atteggiamento non ripagò certo Scalia con l'adesione dei colleghi, nemmeno di orientamento comune. La sua opinione sul matrimonio omosessuale voleva – *apertis verbis* – mettere in guardia nientemeno da quella che egli riteneva fosse una “*minaccia per la democrazia americana*”; tuttavia, forse proprio per la sua eccessiva veemenza, essa ottenne l'adesione soltanto di Thomas, sebbene le opinioni di Alito e Roberts esprimessero timori sostanzialmente sovrapponibili. Rinfocolò anzi le ostilità: quella nota a piè di pagina screditava Kennedy quanto gli altri giudici che avevano votato a favore del matrimonio omosessuale, ai quali Scalia rimproverava – non troppo velatamente – di avere rinunciato a scrivere una propria opinione (che poteva essere migliore) allo scopo di persuadere Kennedy – il noto *swinging vote* dei casi difficili – a votare per la loro posizione.

Quel che Scalia probabilmente perse in termini di consenso immediato, anche a causa della sua scrittura corrosiva, lo recuperò nel medio e lungo periodo, sia nella giurisprudenza sia nella dottrina. E il suo stile aveva esattamente questo scopo¹⁷. Tre anni orsono, in una conversazione, lo ammise: «Il mio tono talvolta può essere tagliente. Ma penso che la durezza sia talvolta necessaria per dimostrare quanto penso che l'idea sia sbagliata. Specialmente nei miei dissensi. Per chi crede che io scriva?» “Gli studenti di diritto”, replicò l'intervistatore. “Esatto. Che leggeranno opinioni dissenzienti piacevoli e che li catturino. Ecco per chi scrivo»¹⁸. Quel modo caustico ottenne alle sue opinioni e al suo pensiero un'attenzione la cui eco

¹⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015), nota 22.

¹⁷ T. Ginsburg, *After Scalia: A More Collegial Court?*, *Huffington Post*, 15 febbraio 2016, www.huffingtonpost.com/tom-ginsburg/after-scalia-a-more-colle_b_9233760.html: “Scalia’s audience was bigger than that of most justices: as the most prominent exponent of originalism and textualism, he was speaking as much to the public, and to present and future law students, as to his colleagues on the Court. He was a great dissenter, who embellished his opinions with language sure to get the attention of casebook writers. His hope was that his views would one day carry the day”.

¹⁸ A. Scalia, intervistato da J. Senior, *In Conversation: Antonin Scalia*, *New York*, 6 ottobre 2013, <http://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10/index6.html>.

difficilmente si spegnerà con la sua morte. E probabilmente i suoi scritti dottrinali rendono più giustizia alla sua statura di quanto facciano le sue opinioni, nelle quali la celia e l'irriverenza lo conducevano non così di rado al paradosso.

3. – Scalia nella pensiero giuridico americano: l'originalismo da “male minore” a pensiero dominante

Nel pensiero di Scalia, il tema dell'originalismo in un certo senso fu l'architrave di un sistema più complesso, sebbene essenzialmente elementare nelle sue componenti. Il giurista italoamericano fu, nelle parole di Cass Sunstein, «il più limpido e consapevole esponente del formalismo democratico nella lunga storia del diritto americano»¹⁹.

Il suo formalismo era largamente una reazione alla giurisprudenza evolutiva e progressista che egli riteneva avesse tradito le premesse dell'edificio costituzionale americano²⁰, inizialmente basato su una serie di regole stabilite chiaramente all'interno della sua Carta fondamentale. L'evoluzione del diritto americano, per Scalia, doveva camminare sulle gambe delle assemblee legislative, in base alle competenze assegnate dalla Costituzione agli Stati o alla Federazione. La sua opposizione alla generazione dei nuovi diritti emersi tra gli anni sessanta e settanta non era dunque innanzitutto di natura contenutistica, ma metodologica: essi scaturivano dalle aule giudiziarie²¹ anziché dal processo legislativo stabilito dalla Costituzione, e pertanto toglievano al popolo la capacità di dare forma al proprio futuro insieme²². Se il suo sforzo intellettuale poteva essere conservatore negli esiti, nel metodo era sostanzialmente una forma di contestazione alla giurisprudenza dei decenni precedenti.

La sua teoria dell'interpretazione mirava dunque innanzitutto a ripristinare un equilibrio tra i poteri, in particolare riconducendo l'alveo del potere giudiziario all'interno dei limiti previsti dalle norme positive. In questo senso, egli si contrappose quasi frontalmente alla logica dworkiniana del ragionamento per

¹⁹ *Justice Scalia's Democratic Formalism*, 107 *Yale L. J.*, 529, 530 (1997).

²⁰ A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton, 1997, 6 e 24-25.

²¹ A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 *U. Chi. L. Rev.*, 1175, 1177 (1990).

²² A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, cit., 42.

principi, intesa a lasciare margini di manovra al giudiziario. Egli ne contestava infatti l'imprevedibilità e l'arbitrarietà: con un gioco di parole, l'istanza stessa della *rule of law* era per Scalia che essa fosse una *law of rules*²³, un ordinamento basato su regole chiare, che i giudici non dovevano bilanciare²⁴, ma piuttosto applicare con metodi quasi meccanici²⁵.

Aveva questi obiettivi polemici l'Antonin Scalia appena giunto alla Corte suprema, e per questi aderì all'originalismo rilanciandolo. Era più interessato a ciò che l'originalismo sembrava proteggere, piuttosto che alla dottrina in sé. Se era molto scettico nei confronti della giurisprudenza e del pensiero costituzionalistico prevalenti negli anni ottanta, a suo dire sostanzialmente appiattiti nell'attribuire alla Costituzione quanto i giudici desideravano dicesse²⁶, non era inconsapevole che l'originalismo e, più in generale, il testualismo interpretativo incontravano non pochi ostacoli: l'originario significato dei testi normativi, oltre ad essere spesso difficilmente decifrabile²⁷, poteva essere dirompente in un sistema che adottava la regola dello *stare decisis*²⁸, e persino retrogrado, se conduceva al ripristino di pratiche punitive come la flagellazione²⁹.

Per queste ragioni, Scalia si professava un "originalista pavido"³⁰, non disposto a riesumare sanzioni penali rivoltanti o a distruggere il tessuto giuridico nazionale, demolendo tutti i precedenti incompatibili con il testo costituzionale nella sua interpretazione originale. Dopotutto, egli riconosceva espressamente nell'originalismo soltanto "il male minore"³¹, non il migliore strumento interpretativo.

Scalia avrebbe poi probabilmente abbandonato questa misura e moderazione nell'interpretare l'originalismo, come egli stesso ammise a distanza di molti anni³². Il

²³ A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, cit., 1175.

²⁴ A. Scalia, *La mia concezione dei diritti*, intervista a cura di D. Tega, *Quad. cost.*, 2013, 670.

²⁵ C.R. Sunstein, *Justice Scalia's Democratic Formalism*, cit., 530-531.

²⁶ A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. Cinn. L. Rev., 849, 852 (1989).

²⁷ *Ibidem*, 856.

²⁸ *Ibidem*, 861.

²⁹ *Ibidem*, 862.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Idem*.

³² A. Scalia, *In Conversation*, cit.: alla domanda «You've described yourself as a fainthearted originalist. But really, how fainthearted?» egli rispose «I described myself as that a long time ago. I repudiate that».

suo *fil rouge*, tuttavia, nei decenni divenne un polo d'indiscutibile attrazione per giuristi accademici e giudici.

Alla sua scomparsa, molti risultano non seguirne le teorie; di quelli che aderiscono a un'impostazione originalista, non tutti sono disponibili ad adottarla fino alle conseguenze più estreme³³, e molti raggiungono conclusioni diametralmente opposte alle sue³⁴. Tuttavia, l'originalismo influenza le discussioni e occupa le argomentazioni sia della dottrina che della giurisprudenza³⁵. Spesso il tentativo di ricostruire il significato della Costituzione si risolve in un'indagine di tipo storiografico³⁶, al punto da trasformare il lavoro dell'interprete costituzionale in una «funzione talvolta più consona allo storico che al giurista»³⁷. Nel segno di Scalia, esso non viene impiegato solo per interpretare il dettato costituzionale, ma anche per determinare i confini del potere giudiziario e per isolare il ruolo della Federazione rispetto agli Stati³⁸. Quel che è probabilmente più interessante, è che il lavoro di Scalia ha nel tempo generato un interesse alla ricostruzione storica che ormai è trasversale. Coloro i quali non si professano originalisti fanno comunque i conti con il contesto nel quale una disposizione è stata concepita³⁹. E lo scetticismo nei confronti del diritto comparato ha condotto alla quasi totale sparizione delle citazioni di diritto straniero nelle sentenze della Corte⁴⁰.

L'eredità principale di Scalia, più che nel pacchetto di sentenze e opinioni dissenzienti che ha consegnato ai colleghi e successori, pare consistere in una dimensione degli studi costituzionalistici e in una preoccupazione per lo snodo tra il potere giudiziario e il legislativo che ormai permeano buona parte dell'accademia americana. Con il suo lavoro, più che vincere le battaglie, sembra avere occupato il campo.

³³ K. Lash, *Originalism All the Way Down?*, 30 *Constitutional Commentary* 149 (2015).

³⁴ *Ex multis*, J. Balkin, *The New Originalism and the Uses of History*, 82 *Fordham L. Rev.* 641 (2013), o S.G. Calabresi, A. Matthews, *Originalism and Loving v. Virginia*, *Brigham Young Univ. L. Rev.* 1393 (2012).

³⁵ A.L. Tyler, *Assessing the Role of History in the Federal Courts Canon: A World of Caution*, 90 *Notre Dame L. Rev.* 1739 (2015).

³⁶ R.H. Fallon, Jr., *The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication*, 90 *Notre Dame L. Rev.* 1753 (2015).

³⁷ A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, *cit.*, 857.

³⁸ R.H. Fallon, Jr., *Jurisdiction-stripping Reconsidered*, 96 *Va. L. Rev.*, 1043, 1047 (2010).

³⁹ R.H. Fallon, Jr., *The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication*, *cit.*, 1754.

⁴⁰ D.S. Law, *Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy*, 153 *U. Penn. L. Rev.* 927, 930-931 (2015).



ISSN 2037-6677

2016/1

Cronaca di una condanna annunciata: Abu Omar a Strasburgo, l'ultimo atto

The case Abu Omar in EHCR case-law: the last step

A. Vendaschi

Tag: European Court of Human Rights, Abu Omar, Italy



Cronaca di una condanna annunciata: Abu Omar a Strasburgo, l'ultimo atto

di Arianna Vendaschi

1. – Il 23 febbraio 2016, all'unanimità, la quarta sezione della Corte EDU ha condannato l'Italia nel caso *Nasr e Ghali*. Con la pronuncia in esame si consolida la linea giurisprudenziale già impostata dalla decisione *El-Masri* e, poi, confermata dalle sentenze *Al-Nashiri* e *Husayn* (Grande Chambre, *El-Masri c. Macedonia*, sent. 13-12-2012, ric. 39630/09; *Al-Nashiri c. Polonia*, quarta sezione, sent. 27-04-2014, ric. 28761/11; *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, quarta sezione, sent. 24-07-2014, ric. 7511/13, v. G. Marino, *El Masri e oltre: la Polonia "colpevole per complicità" nelle extraordinary renditions*, in *DPCE on line*, 2014, n. 1). Secondo i giudici di Strasburgo, la cooperazione – offerta dagli Stati membri del Consiglio d'Europa nell'ambito dell'*Extraordinary Renditions Programme*, ideato dagli Stati Uniti d'America per combattere il terrorismo internazionale di matrice jihadista – contrasta, sotto diversi profili, con la Carta EDU e, in particolare, viola l'inderogabile divieto di ricorrere alla tortura e ad altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti (in generale sulle ERs e sui relativi risvolti giudiziari, A. Vendaschi, *Extraordinary Renditions: esiste una giustizia transnazionale?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2013, n. 4, 1255 ss., e dottrina ivi citata).

La decisione in commento chiarisce definitivamente che anche la *war on terror* è soggetta a regole; in altri termini, le azioni di contrasto al terrorismo internazionale devono rispettare i diritti umani inderogabili e non possono comprimere le libertà personali oltre la soglia minima garantita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Da una prospettiva più generale, si può osservare che il delicato bilanciamento tra la libertà e la sicurezza, così spesso evocato in questi ultimi anni, trova nella sentenza in parola un chiaro assestamento a favore del primo dei due elementi del binomio.

2. – Prima di esaminare la sentenza che si commenta, è opportuno ricordare che il caso, approdato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, è originato dalla lunga e complessa vicenda giudiziaria che ha visto protagonista Nasr Osama Mustafa Hassan (*alias* Abu Omar). Come è noto, l'*imam* di una delle più frequentate moschee di Milano, sospettato di essere affiliato a organizzazioni terroristiche, è stato *target* di una “consegna speciale” (*rectius*, sparizione forzata finalizzata al trasferimento extragiudiziale in uno Stato che consenta l'impiego della tortura quale mezzo di interrogatorio) progettata dalla CIA (Central Intelligence Agency) e realizzata sul suolo italiano con la collaborazione, non meramente logistica, del SISMI (Servizio di Informazione per la Sicurezza Militare).

L'*extraordinary rendition*, iniziata nel nostro Paese e finita nelle prigioni egiziane, ha seguito lo schema classico: il religioso, che peraltro godeva dello *status* di rifugiato politico e, al momento del rapimento, era già oggetto di interesse della Procura milanese, il 17 febbraio del 2003 veniva fermato, mentre si recava al lavoro, con il pretesto di un routinario controllo dei documenti e costretto a salire su un furgone per essere portato alla base Nato di Aviano. Qui lo attendeva un c.d. *ghost flight*, diretto, dopo un rapido scalo tecnico alla base tedesca di Ramstein, in Egitto, dove, all'ombra del diritto locale, Abu Omar veniva torturato e interrogato sulla sua (presunta) affiliazione a cellule jihadiste.

I fatti di reato (sequestro di persona finalizzato alla tortura) venivano portati all'attenzione del Tribunale di Milano, che nel 2009 si pronunciava condannando 23 agenti dell'*intelligence* statunitense, ma prosciogliendo 5 funzionari dei servizi segreti italiani per opposizione del segreto di Stato, ritualmente confermato dall'allora

Presidente del Consiglio dei Ministri (secondo quanto disposto dall'art. 40, cc. 2-5, l. 124/2007 e dall'art. 202 c.p.p.; Trib. Milano, sent. 4-11-2009 n. 12428).

Dalla conferma del segreto nasceva la dura contrapposizione tra la competente Autorità giudiziaria e l'Esecutivo, poi sfociata nel conflitto di poteri deciso dalla Corte costituzionale a favore della Presidenza del Consiglio (v., *infra*, la sent. 106/2009).

Intanto, sul piano processuale ordinario, la Corte d'appello di Milano, nell'accettare l'impianto della pronuncia del Tribunale, da un lato confermava le condanne, anzi aumentava le pene già comminate in primo grado e dall'altro, letta la decisione nel frattempo pronunciata dal giudice dei conflitti (cioè la sent. 106/2009), ribadiva la declaratoria di improcedibilità dell'azione penale nei confronti degli imputati italiani in forza al SISMI. Emblematicamente, il giudice d'appello rimarcava che, con la sua decisione la Consulta aveva calato un «sipario nero» sul materiale probatorio e, di conseguenza, le posizioni contestate erano entrate in un'orbita di "indecidibilità" (Corte di appello di Milano, sez. III, sent. 15-12-2010 n. 3688).

Sulla questione del segreto o meglio delle prove segrete, il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Milano presentava però ricorso alla Corte di cassazione, che confermava le condanne, ma annullava con rinvio il proscioglimento degli agenti del SISMI (Corte di cassazione pen., sez. V, sent. 19-9-2012 n. 46340). Sulla linea della menzionata pronuncia, il giudice d'appello, in sede di rinvio, condannava gli agenti in forza al servizio segreto italiano, senza attendere la pronuncia del giudice dei conflitti, nuovamente chiamato ad esprimersi sulla legittimità dell'opposizione del segreto (Corte di appello di Milano, sent. 12-2-2013 n. 985).

Dunque, in questa fase processuale della vicenda giudiziaria, la Consulta tornava a pronunciarsi sul segreto di Stato, al fine di risolvere l'ulteriore conflitto di poteri sollevato dalla Presidenza del Consiglio nei confronti della Corte di cassazione (e della Corte d'appello in sede di rinvio). Orbene, con la sent. 24/2014, la Corte costituzionale confermava l'orientamento favorevole all'Esecutivo, già espresso dalla sent. 106/2009 (e, invero, nel frattempo ribadito anche dalla sent. 40/2012, concernente il c.d. caso *Pollari*, v. *infra*).

Preso atto dell'orientamento ormai consolidato della Consulta, la Cassazione proscioglieva, senza rinvio, tutti i funzionari del SISMI manifestando tuttavia un certo disagio nei rapporti con il giudice dei conflitti (Corte di cassazione pen., sez. I, sent. 24-2-2014 n. 20447).

3. – Dalla prospettiva che interessa a questo studio, va anzi tutto sottolineato che in tutti i gradi di giudizio si è presentata, in termini problematici, la questione della segretezza. Anzi, l'opposizione e la relativa conferma del segreto di Stato, alla base della declaratoria di improcedibilità nei confronti dell'allora direttore del SISMI e di altri agenti dell'*intelligence* militare italiana, hanno rappresentato l'occasione di una dura e reiterata contrapposizione tra l'Esecutivo e il Giudiziario. Basti dire che la conferma del segreto di Stato è stata oggetto di ben sette conflitti di attribuzione, sollevati dall'Esecutivo, o meglio dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, e dalle competenti Autorità giudiziarie milanesi, chiamate ad occuparsi della vicenda. I conflitti, riuniti secondo le regole procedurali, sono stati tutti risolti dalla Corte costituzionale nel senso della legittimità del ricorso al segreto di Stato (il riferimento è alle richiamate sentenze 106/2009 e 24/2014, la prima commentata da F. Ramacci, *Segreto di Stato, salus rei publicae e «sbarramento» ai p.m.*, e da A. Anzon, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale* e ancora da V. Fanchiotti, *Il gusto (amaro) del segreto*, tutti in *Giustizia costituzionale*, 2009, rispettivamente 1015 ss., 1020 ss., 1033 ss. Si veda inoltre A. Vendaschi, *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2012, n. 3, 978 ss. e dottrina ivi citata. La seconda commentata da A. Pace, *Le due Corti e il caso Abu Omar* e A. Vendaschi, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, n. 1, rispettivamente 389 ss. e 394 ss.).

Invero, al fine di sottolineare l'approccio della Corte sul tema, insieme alle richiamate pronunce del 2009 e del 2014 andrebbe anche menzionata la sent. 40/2012, che, benché non riguardi il caso in esame, conferma però la linea interpretativa tracciata nel 2009; anzi, la pronuncia c.d. Pollari radicalizza l'orientamento della Consulta sulla questione del ricorso al segreto di Stato (v. A. Pace, *Sull'asserita applicabilità dell'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre sui fatti coperti*

dal segreto di Stato e sull'inesistenza dei fatti eversivi come autonoma fattispecie di reato e A. Anzon, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale* e ancora R. Orlandi, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, tutti in *Giustizia costituzionale*, 2012, rispettivamente 526 ss., 534 ss., 2327 ss.; v. anche T.F. Giupponi, «A ciascuno il suo»: il segreto di Stato di nuovo davanti alla Corte costituzionale, in *Quad. cost.* 2012, 404 ss.).

Si può, dunque, osservare che, nelle sue più recenti decisioni, il giudice dei conflitti ha ritenuto il segreto di Stato legittimamente opposto, apposto e confermato, malgrado i casi di specie presentassero più di un'anomalia. Con specifico riferimento al caso *Abu Omar*, ad esempio, il segreto di Stato non solo veniva tardivamente invocato su elementi già acquisiti nel processo penale, ma anche opposto dagli indagati, poi imputati e non da semplici persone informate dei fatti (testimoni). Vieppiù, le prove segretate riguardavano reati gravissimi (come il sequestro di persona, la sparizione forzata, i trattamenti inumani e persino la tortura) perpetrati nel contesto della c.d. *war on terror* e ritenuti da parte della dottrina "eversivi dell'ordine costituzionale" (A. Pace, *I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, in *Costituzionalismo.it*, 2009, n. 2, in www.costituzionalismo.it).

Senza indugiare sulle pur non marginali anomalie, pare utile riproporre, in estrema sintesi, il ragionamento sviluppato dalla Consulta nelle richiamate decisioni, come si è anticipato, tutte tese a giudicare legittimo il ricorso al segreto di Stato e a risolvere i conflitti di attribuzione a favore del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Nel ripercorrerne il *reasoning* va, in primo luogo, rimarcato che la Corte costituzionale ritiene il vincolo di segretezza nell'esclusiva disponibilità del vertice dell'Esecutivo. Anzi, la Corte puntualizza l'ampio margine di discrezionalità decisionale che, in tale ambito, deve essere riconosciuto al Presidente del Consiglio dei Ministri, data la natura «squisitamente politica» del «giudizio sui mezzi idonei e necessari per garantire la sicurezza dello Stato» (*cons. dir.*, n. 3, sent. 106/2009).

In questo passaggio, la Corte ricollega correttamente l'istituto del segreto all'interesse fondamentale della sicurezza nazionale. Invero, a far tempo della giurisprudenza di fine anni settanta (sent. n. 82 del 1976 e sent. n. 86 del 1977) la Corte ha sempre ribadito la stretta connessione tra l'istituto del segreto di Stato e la

sicurezza pubblica, intesa come primario interesse dello Stato-comunità. Nello specifico, la Consulta ha affermato che la disciplina del segreto «involge il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza» (*cons. dir.*, n. 3, sent. 106/2009). Secondo la Corte, tale preminente interesse trova espressione nell'art. 52 della Costituzione, che afferma il «sacro» dovere della difesa della Patria e che va letto in combinato disposto sia con l'art. 5, teso a fissare i principi dell'unità e dell'indivisibilità dello Stato, sia con l'art. 1, volto a ribadire «i caratteri essenziali dello Stato ... nella formula di “Repubblica democratica” (a tal riguardo, si noti che in dottrina non vi è pieno accordo sul fondamento costituzionale del segreto, cfr. P. Caretti, *Limiti costituzionali alla tutela del segreto di Stato*, in *Dem. e dir.*, 1980, 815 ss. e M. Raveraira, *Segreto nel diritto costituzionale*, in *Dig. it. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 27 ss. In particolare, A. Anzon, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1976, 1784 e Id., *Interrogativi sui riflessi sostanziali della nozione di segreto di Stato individuate dalla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, 866 ss. S. Labriola, *Segreto di Stato*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1031. P. Barile, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, 1987, 37; e v. anche G. Pitruzzella, *Segreto. Profili costituzionali*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1992, 5. A. Pace, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giur. cost.*, 2008, 4041).

Dunque, proprio in ragione della strumentalità del segreto alla tutela della *salus rei publicae*, la Corte riconosce all'asserzione del segreto il «rango costituzionale» e, su tale presupposto, esclude qualsiasi sindacato dei giudici comuni sulla scelta del suo impiego.

In parallelo, ed è questo il passaggio del *reasoning* che non convince chi scrive, la Consulta, anziché rivendicare pienamente il suo ruolo di giudice naturale del segreto di Stato, peraltro espressamente riconosciute dalla legge, circoscrive il suo sindacato alle mere verifiche procedurali. Nello specifico, il giudice dei conflitti si limita a constatare che l'organo che ha confermato il segreto sia il Presidente del Consiglio e che questi abbia dichiarato di ricorrere al segreto per ragioni di sicurezza nazionale, accontentandosi anche di motivazioni generiche, se non addirittura meramente formalistiche.

Ebbene, in altre sedi si è già avuto modo di dire che questo tipo di verifica svislisce il controllo esplicitamente affidato alla Corte dal Legislatore e, invero, richiesto dallo Stato di diritto (art. 40, c. 8, l. 124/2007). Anzi, si è anche avuta l'occasione di avanzare riserve su un ulteriore passo del ragionamento proposto dalla giurisprudenza in esame, che, nel fare leva sulle ragioni di sicurezza nazionale ritenendole sempre e comunque prevalenti su ogni altro valore o interesse in gioco, pare sottendere l'esistenza di una rigida scala gerarchica verticalizzata sul bene-sicurezza, che peraltro esiste allorquando lo decide il Presidente del Consiglio. Davanti a questa prospettiva, si è invece sostenuta la necessità di cercare, volta a volta, il corretto bilanciamento tra l'interesse collettivo della sicurezza pubblica e le libertà personali, soprattutto nel cruciale momento dell'emergenza, come quella terroristica, che rende significativo il test in parola (A. Anzon, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, cit. e A. Vidaschi, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, in *Comparative Law Review*, 2010, 1 ss.).

4. – Venendo all'esame della sentenza in commento, va subito evidenziato che il caso giudicato dalla Corte di Strasburgo presenta alcune non trascurabili differenze rispetto agli altri casi di ERs, che pure avevano coinvolto Stati membri del Consiglio d'Europa (ad es. la Macedonia) ed erano arrivati all'attenzione della Corte EDU. Diversamente dai casi precedentemente affrontati, che rivelavano gravi lacune, se non evidenti omissioni, nell'attività investigativa dei Paesi membri interessati (basti ricordare che, nella vicenda El-Masri, la competente autorità macedone non aveva ravvisato gli elementi minimi per iniziare l'azione penale), nella pronuncia in esame i giudici di Strasburgo riconoscono e, anzi, lodano il lavoro della magistratura italiana, che, grazie a «une enquête approfondie» e «une fermeté exemplaire», è riuscita a ricostruire dettagliatamente i fatti di reato e, soprattutto, è stata capace di individuare i responsabili materiali dell'*extraordinary rendition* di Abu Omar (punto 265 e punto 267).

Parallelamente, la medesima Corte prende atto che l'Italia non è però stata in grado di adempiere all'obbligo di condannare e sanzionare adeguatamente tutti i colpevoli, a causa del sistematico e reiterato ricorso al segreto di Stato, che ha

portato, nei primi due gradi di giudizio, al non luogo a procedere a vantaggio dei funzionari SISMI e, dopo la sentenza di condanna del giudice di appello in sede di rinvio, all'annullamento delle condanne in Cassazione, dovuto alla pronuncia della Consulta, che ribadiva la legittimità dell'impiego del segreto di Stato. Del resto, anche gli imputati condannati, cioè gli agenti della CIA, sono di fatto riusciti ad evitare la pena loro inflitta, grazie all'inerzia del Governo italiano, che non ha solertemente proceduto all'inoltro delle richieste di estradizione, nonostante la presenza di un trattato in materia firmato dall'Italia e dagli Stati Uniti (v. art. 4 del trattato del 13-10-1983, modificato dall'accordo bilaterale del 03-05-2006 e ratificato dalla l. 16-03-2009, n. 25).

Più nello specifico, con riferimento agli imputati in forza al servizio di *intelligence* italiano, nel censurare l'uso del segreto, i giudici di Strasburgo rimarcano il fatto che gli elementi di prova e le informazioni segretate erano ampiamente conosciute per essere state divulgate dai *media* di tutto il mondo, tanto da potere essere considerate di «*domaine public*» (punto 268). Pertanto, la Corte EDU conclude che il ricorso al segreto non è valso a celare fatti già noti (nell'interesse della pubblica sicurezza), ma semmai a garantire l'impunità di alcuni degli imputati, che grazie all'(ab)uso del segreto si sono visti annullare le condanne. In altre parole, nel confermare il segreto di Stato, il Governo italiano, secondo i giudici di Strasburgo, ha impedito la condanna degli imputati e, di conseguenza, non ha permesso di infliggere la giusta (*rectius*, proporzionata al tipo di reato) sanzione ai responsabili di gravissimi crimini.

Con riguardo, poi, agli agenti statunitensi, la Corte osserva che, da un lato, la competente autorità nazionale non ha, come si è anticipato, intrapreso nessun procedimento finalizzato a chiedere l'estradizione e, dall'altro, i mandati di arresto tanto internazionali (invero uno solo, spiccato nei confronti di Mr. Lady) quanto europei non hanno avuto alcun esito. Vieppiù, tre degli agenti CIA condannati hanno potuto beneficiare del provvedimento di grazia concesso dal Presidente della Repubblica (il riferimento è ai provvedimenti adottati il 05-04-2013 e il 23-12-2015 dal Capo dello Stato, in considerazione del *revirement* dell'amministrazione Obama sulle tecniche di interrogatorio c.d. avanzate e sulla pratica dell'ERs, v. i comunicati in www.quirinale.it).

In questo quadro, i giudici europei, benché non manchino di valorizzare l'attività investigativa e processuale condotta dalle Corti nazionali di merito, definita «effective et profonde», registrano tuttavia l'impunità *de facto* dei colpevoli. Davanti a tale sconcertante esito, declinato sia sul fronte della mancata (*rectius*, annullata) condanna dei funzionari SISMI sia dell'omessa esecuzione della pena comminata agli agenti CIA, la Corte europea ravvisa la violazione degli obblighi fissati dall'art. 3 della Convenzione, letto nella sua dimensione processuale (v., *infra*, par. 5).

D'altra parte, la Corte di Strasburgo rileva la violazione del divieto di tortura anche sotto il profilo sostanziale, sia nella sua componente fisica sia in quella psicologica. Non ci sono dubbi che l'operazione di ER ponga la vittima in una situazione di «totale vulnérabilité» e, nelle sue diverse fasi, oltre alle violenze fisiche, comporti un «état d'angoisse permanent», dovuto all'incertezza in merito «à son sort futur» (punto 286).

Orbene, nel ribadire un'ormai consolidata giurisprudenza, i giudici europei, dopo avere esaminato i fatti e abbracciato la ricostruzione proposta dalle corti nazionali di merito, affermano che le autorità italiane sapevano o comunque erano nelle condizioni di conoscere la sorte di Abu Omar e, in particolare, erano consapevoli dell'elevato rischio di trattamento crudele e degradante, se non addirittura di tortura, a cui vengono esposte le vittime delle ER, come quella condotta ai danni del ricorrente (punti 242-243 e punto 288). Da questa prospettiva e in ottica prognostica, secondo la Corte EDU, emergono in tutta evidenza le responsabilità dirette, anche omissive, delle autorità italiane e dei loro servizi di *intelligence*, aggravate dallo *status* di rifugiato politico della vittima. Per agire in senso conforme alla Convenzione, le competenti autorità nazionali avrebbero, invece, dovuto prendere tutte le misure necessarie per impedire che un individuo soggetto alla giurisdizione italiana venisse esposto a «risque réel» di tortura o di altri trattamenti degradanti e crudeli (punti 289-290).

La medesima Corte riscontra inoltre la palese violazione dell'art. 5 CEDU, che vieta l'arresto arbitrario, oltreché la detenzione illegale. In effetti, nel richiamarsi alla precedente giurisprudenza in tema di ERs, già orientata a ritenere infrante le garanzie fissate dall'art. 5, i giudici di Strasburgo addebitano all'Italia non solo le operazioni di fermo, prelevamento e trasporto forzato di Abu Omar alla base Nato

di Aviano, realizzate in concorso con il servizio di *intelligence* statunitense sul territorio nazionale, ma estendono la responsabilità italiana al successivo trasferimento gestito dalla CIA e alla conseguente detenzione «non reconnue» avvenuta, tra il maggio 2004 e febbraio il 2007, in Egitto, senza la formulazione di nessun preciso capo di imputazione (c.d. *incommunicado detention*).

Sotto il profilo strettamente probatorio, come già in altre occasioni ed in particolare negli altri casi di ERs, la Corte osserva che il tipo di scrutinio a cui è chiamata può richiedere deroghe alla regola generale che vede l'onere della prova gravare su chi denuncia la violazione di un diritto (*affirmanti incumbit probatio*). Infatti, sul presupposto che lo Stato si trovi nella condizione migliore per contestare le denunce delle lamentate violazioni alla Convenzione, la Corte inverte l'onere della prova a favore del ricorrente e, laddove vi siano indizi gravi, precisi e concordanti sulla veridicità del racconto del ricorrente (suffragato anche da rapporti di organizzazioni internazionali), in mancanza di una «explication satisfaisante et convaincante» delle autorità nazionali convenute, accoglie la versione della vittima sui fatti controversi (punto 220).

Tornando al piano sostanziale, viene altresì accolta dalla Corte di Strasburgo la denuncia in merito alla violazione dell'art. 8 della CEDU, disposizione tesa a tutelare il pieno sviluppo della personalità, oltreché a proteggere la vita privata e le relazioni familiari. Ebbene, secondo i giudici di Strasburgo, la sparizione forzata finalizzata alla detenzione arbitraria, aggravata dall'isolamento e dalla mancata comunicazione del luogo di detenzione, è chiaramente una prassi in contrasto con richiamata norma della Convenzione.

Infine, fermo restando che non esiste alcun principio generale comportante l'automatico stato di vittima per i familiari dei ricorrenti sottoposti a tortura, in ragione della particolare condizione di angoscia vissuta per un tempo prolungato nella vicenda oggetto della pronuncia la Corte riconosce la violazione degli articoli 3 e 8 della CEDU, letti in combinato disposto con l'art. 13, pure nei confronti di Nabila Ghali, moglie di Abu Omar e anch'essa ricorrente nella causa in esame.

In questo quadro, la Corte EDU condanna l'Italia a pagare 70 mila euro ad Abu Omar e 15 mila euro alla signora Ghali, oltre a liquidare in 30 mila euro le spese di causa, anche queste a carico dello Stato membro.

5. – Dopo avere ripercorso i passi fondamentali della decisione che si commenta, va rimarcato che la Corte di Strasburgo ribadisce la ferma condanna del programma di ERs, che, benché gestito dall'amministrazione statunitense, ha visto complici, a vario titolo, diversi Paesi membri del Consiglio d'Europa e, nel caso di specie, l'Italia.

Da questa prospettiva, si può dunque ritenere consolidata la giurisprudenza inaugurata dalla pronuncia *El-Masri* (Grande Chambre, *El-Masri c. Macedonia*, cit.), in cui alcuni giudici del Collegio si erano persino spinti ad affermare l'esistenza di un diritto alla verità storica, cioè sganciato da quello della verità processuale (A. Vidaschi, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence Between Courts: the Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Shetreet (cur.), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace*, Boston-Leiden, Nijhoff - Brill, 2014, 107 ss.).

Al di là del menzionato inedito diritto, risulta ormai chiaro che i giudici di Strasburgo ritengono la controversa *counter-terrorism measure* delle sparizioni forzate in aperto contrasto almeno con gli articoli 3, 5 e 8, che nel caso in esame vengono letti in combinato disposto con l'art. 13 della Convenzione.

In quest'ottica deve essere altresì sottolineato il costante richiamo della Corte allo spirito della comunità democratica, che deve essere preservato anche, anzi soprattutto, nel difficile tempo dell'emergenza, come quella di matrice terroristica. In effetti, il divieto di tortura è esplicitamente ritenuto «une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques» e come tale non ammette deroghe, neppure nella lotta al terrore (punto 280). Analogamente, nel censurare la violazione dei divieti di arresto arbitrario e di detenzione illegale, la medesima Corte evidenzia il legame indissolubile tra i basici diritti violati dalle ERs e l'assetto democratico (punto 296), al fine di ribadire convintamente che, malgrado l'importanza e la peculiarità del contrasto alla minaccia terroristica, le autorità nazionali non possono avere «carte blanche ... pour arrêter et placer en garde à vue des suspects, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes...» (punto 298).

In definitiva, la c.d. *war on terror* va combattuta secondo le regole minime che vietano la tortura e impongono l'arresto e la detenzione secondo quanto stabilito dalla legge; in aggiunta, alle vittime di abusi da parte del pubblico potere va

assicurato il c.d. giusto rimedio, teso a compensare, per quanto possibile, le violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Su questi presupposti, la Corte EDU riesce a marcare il limite dell'azione di contrasto al terrorismo internazionale e a riportare in primo piano i diritti e le libertà personali, così da definire con linee nitide il perimetro dello Stato di diritto.

Nell'inchiodare gli Stati membri (nel caso di specie l'Italia) alle loro responsabilità, la medesima Corte ripercorre la linea argomentativa già tracciata dalle precedenti pronunce: i governi parte del Consiglio d'Europa devono essere chiamati a rispondere non solo per le azioni (direttamente) commesse, ma anche per le condotte altrui rese possibili dalle loro colpevoli omissioni. In altre parole, la Corte fa valere la responsabilità dello Stato membro (l'Italia) per non avere (attivamente) impedito la sparizione forzata finalizzata alla *incommunicado detention* e alla tortura, rispettivamente gestite e compiute da Paesi terzi, nel caso di specie gli Stati Uniti e l'Egitto (punto 288). Infatti, nel riscontrare la violazione degli articoli 3 e 5 della CEDU la Corte ritiene l'Italia responsabile anche per i trattamenti crudeli ed inumani commessi dalla polizia egiziana e, più in generale, la ritiene responsabile per tutte le fasi operative del trasferimento extragiudiziale e della successiva detenzione coatta realizzate dal commando della CIA. In parallelo, a prescindere dalla rapidità e dalla correttezza dell'attività della magistratura italiana, inquirente e giudicante, la medesima Corte considera l'omessa condanna di alcuni imputati e la mancata esecuzione di una pena proporzionata ai crimini commessi quali fattori integranti la violazione dell'art. 3 della Convenzione. Dalla lettura proposta dalla Corte si evince quindi che il menzionato art. 3, sotto il profilo procedurale, non deve ritenersi rispettato laddove vi siano state tempestive e puntuali indagini, se mancano le conseguenti e doverose condanne. Anzi, la norma in oggetto va considerata violata anche nel caso in cui alle condanne non segua l'effettiva esecuzione della pena. In altri termini, dalla motivazione della Corte di Strasburgo emerge chiaramente che l'esecuzione della pena è un elemento necessario per il pieno rispetto della Convenzione.

Da questa prospettiva, la medesima Corte sembra implicitamente ricordare che solo facendo seguire una giusta (*rectius*, proporzionata) punizione alla violazione dei diritti umani e delle libertà personali si consacra la loro effettiva esistenza e,

soprattutto, si agisce in via dissuasiva, oltretutto prospetticamente preventiva nei confronti di possibili analoghe condotte criminali. Dunque, benché le sanzioni penali spettino all'esclusiva competenza degli Stati membri, la Corte si attribuisce una non irrilevante funzione di controllo sulla loro adeguatezza in relazione al fatto e sulla loro effettiva esecuzione.

Un altro profilo della sentenza che merita di essere messo in risalto è la ferma condanna dell'uso del segreto di Stato, allorquando venga posto dalle autorità nazionali su fatti noti, cioè già di pubblico dominio. Invero, nell'esaminare la vicenda El-Masri, la Corte aveva già avuto modo di biasimare apertamente gli Stati Uniti d'America, ancorché non soggetti alla sua giurisdizione, per il sistematico ricorso allo *state secrets privilege*, ma con il caso *Abu Omar* la critica all'ingiustificato ricorso alla segretezza, oltre ad essere rivolta ad uno Stato membro, viene rafforzata e precisata.

Anzi tutto, va notato che l'opposizione del segreto di Stato, pure confermata dalla Consulta, non vale nei confronti della Corte di Strasburgo, che anzi non si astiene dal definirne il perimetro del legittimo impiego. Come si è anticipato, secondo la lettura dei giudici europei, è un nonsenso logico prima ancora che giuridico l'uso dell'istituto in parola per coprire fatti e informazioni già divulgate e quindi ormai conosciute dall'opinione pubblica (sul punto, si noti l'opinione contraria delle corti di merito statunitensi: *El-Masri v. United States* 479 F. 3d 296 4th circuit court of appeals).

Non pare, inoltre, irrilevante sulla valutazione di legittimità del ricorso alla segretezza l'esito concreto dell'impunità; in effetti, la Corte EDU si dimostra particolarmente attenta e sensibile in merito all'epilogo della vicenda in esame e condanna esplicitamente il fatto che a causa del ricorso al segreto di Stato gli agenti SISMI siano stati sottratti alle loro responsabilità e alla conseguente sanzione (sul punto vi sono interessanti analogie con il *reasoning* della Cassazione, sent. 19-9-2012 n. 46340, cit., v. A. Vidaschi, *La Cassazione solleva il "sipario nero" calato dalla Consulta: il caso Abu Omar si riapre*, in *Percorsi costituzionali*, 2013, n. 1, 163 ss. e dottrina ivi citata).

Nel seguire la medesima linea logica, tesa a censurare la mancata esecuzione delle pena, la Corte critica, da un lato, l'inerzia del Governo italiano e, dall'altro, ed

invero neppure velatamente, l'uso del potere di grazia da parte del Presidente della Repubblica a beneficio di alcuni agenti CIA (tra i quali Mr. Lady, che aveva avuto una delle pene detentive più alte).

Il Capo dello Stato italiano, nel concedere la grazia a favore di tre condannati, (peraltro, almeno nel primo caso, piuttosto a ridosso delle pronunce di colpevolezza), ha impedito la possibilità di esecuzione della pena. D'altra parte, il Governo italiano non solo si è servito dello schermo del segreto, considerato legittimo dal giudice costituzionale, (il che ha evitato ad alcuni imputati le condanne in primo e secondo grado e contribuito, in maniera decisiva, all'annullamento in sede di rinvio), ma ha anche omesso di inoltrare le richieste di estradizione nei confronti degli agenti CIA condannati, malgrado la presenza di un trattato *ad hoc* con gli Stati Uniti.

In questo quadro, la Corte di Strasburgo ha aspramente criticato, anzi censurato per aver concorso alla violazione della Convenzione, l'operato di almeno tre organi/poteri dello Stato italiano, due dei quali, la Corte costituzionale e il Presidente della Repubblica, si connotano all'interno del sistema italiano per essere garanti della legalità e dell'ordine costituzionale (che comprende la garanzie dei diritti fondamentali e delle libertà personali) e, fino alla triste vicenda dell'ER ai danni di Abu Omar, erano invero apparsi all'altezza del compito loro assegnato.



Rassegne – La dottrina britannica in tema di amministrazione

di Giacomo Tagiuri

1. – Come già nelle precedenti edizioni di questa rassegna, prima di dare conto delle novità che la dottrina britannica ha prodotto nel biennio 2014-2015 (con alcune incursioni anche nel 2016) in tema di pubblica amministrazione, gioverà premettere poche succinte considerazioni sulla nozione di diritto amministrativo nel Regno Unito. È infatti vero che, come sovente ribadito, i confini della disciplina appaiono più sfumati rispetto al contesto continentale: diritto amministrativo e diritto costituzionale trovano spesso una trattazione congiunta nella dottrina e nella manualistica britannica, fondendosi in una più ampia nozione di *Public Law*. Tale differenza ha radici profonde, in quanto non esiste storicamente nel Regno Unito un diritto amministrativo in senso continentale, inteso come corpo di norme speciali che regoli i rapporti fra privati e pubbliche amministrazioni dello Stato, né un sistema di corti apposite per l'applicazione di tale diritto. Tuttavia, l'affermazione di Lord Dicey circa l'inesistenza in Inghilterra di un diritto amministrativo – probabilmente un *over-statement* già ai tempi in cui scriveva, nel 1885 – appare oggi assai poco plausibile. L'elaborazione giurisprudenziale di dottrine specifiche che si applicano al sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa, l'ampio ricorso agli *administrative tribunals*, la creazione di una procedura speciale e di sezioni speciali delle

corti ordinarie contribuiscono a fare dell'*Administrative Law* un'area di studio sempre più autonoma, anche nel Regno Unito.

Come appare immediatamente evidente a chiunque approcci anche in modo superficiale la questione, l'*Administrative Law* britannico si occupa in modo preponderante di *Judicial Review* – o meglio di *Judicial Review of administrative action*, da non confondere con la *Judicial Review of legislation* che è invece equiparabile alla nostra giustizia costituzionale. La determinazione dell'intensità e dei limiti di tale *review* è principalmente il frutto di evoluzioni giurisprudenziali, il cui studio occupa in maniera prioritaria la dottrina “amministrativistica” britannica. In secondo luogo, l'enorme crescita delle funzioni amministrative e regolative dello Stato lungo tutto il corso del 900 e soprattutto a partire del secondo dopoguerra (che porta a parlare appunto di *Administrative o Bureaucratic State*), ha prodotto, anche nel Regno Unito, una mole importante di regole che disciplinano l'organizzazione, i poteri e le funzioni delle amministrazioni pubbliche e delle agenzie governative, come pure l'attività regolativa dello Stato. Tali regole ed in particolare la loro evoluzione negli ultimi decenni interessano gli studiosi di *Administrative Law*, ma forse ancor più coloro che si occupano di *Public Administration* o di *Regulation*, spesso in prospettiva multidisciplinare, del cui apporto pure si cercherà di rendere conto. A grandi linee la presente rassegna segue questa biforcazione. Dopo aver indicato alcune novità generali e nella manualistica, va ad occuparsi prima dei nuovi contributi in materia di *Judicial Review*, contributi che si occupano della legittimità dell'azione amministrativa e del rapporto fra giurisdizione ed amministrazione e poi degli apporti di studio all'evoluzione strutturale e funzionale dell'amministrazione pubblica.

2. – Le riedizioni di alcuni manuali ad uso degli studenti danno particolare rilievo a innovative decisioni della Corte Suprema come *Bank Mellat*¹ e *Nicklinson*² che hanno un forte impatto sul dibattito intorno al rapporto fra discrezionalità amministrativa e sindacato delle corti, e pure al piano del governo per ridurre la mole eccessiva di ricorsi per *Judicial Review* (vedi *infra*) di cui si è dato conto anche nella precedente rassegna. Da segnalare sono la settima edizione di I. Loveland,

¹ Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (no. 2) [2013] UKSC 39.

² R (Nicklinson) v Ministry of Justice [2014] UKSC 38.

Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights (Oxford, Oxford University Press, 2015); la terza edizione di T. Endicott, *Administrative Law*, (Oxford, Oxford University Press, 2015); la undicesima edizione di W. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014); la undicesima edizione di B. Thompson e M. Gordon, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014); la ottava edizione di N. Papworth, *Constitutional and Administrative Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014) e la sedicesima edizione di A. W. Bradley, K. D. Ewing e C. Knight, *Constitutional and Administrative Law* (Harlow, Pearson, 2015). Un nuovo *textbook*, che potrebbe dirsi di diritto amministrativo comparato è di P. Cane, *Controlling Administrative Power: an Historical Comparison*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2016). Il volume ripercorre la nascita del c.d. Stato amministrativo in Inghilterra, negli Stati Uniti ed in Australia e inquadra i differenti sistemi di controllo dell'azione amministrativa nella più ampia cornice costituzionale in cui tali sistemi si integrano. Ancora un nuovo volume di interesse generale è a cura di M. Elliott e D. Feldman, *The Cambridge Companion to Public Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015) che analizza temi o meglio dibattiti che appaiono centrali per la comprensione del diritto pubblico moderno, a partire dal rapporto fra diritto e politica. La preziosa raccolta mette insieme contributi dei più illustri teorici del diritto pubblico anglo-americano, di interesse per i neofiti come pure per gli studiosi.

3. – Come già accennato, a partire dal 2012 si assiste ad un intensificazione del dibattito, accademico e non, intorno alla *Judicial Review*. Da più parti se ne denuncia un ruolo sovradimensionato che si manifesterebbe in un'eccessiva mole dei ricorsi. In questa narrazione, amplificata dai media, la *Judicial Review* viene dipinta come espressione di una nuova burocratizzazione che soffoca e limita indebitamente l'azione del governo e dell'amministrazione. Alla *Judicial Review* è insomma diagnosticata una seria crisi di legittimità, non dissimile da quella che pare affliggere in questi stessi anni lo *Human Rights Act*, e più in generale la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Da tale prospettiva si comprendono interventi del Governo come il *Criminal Justice and Court Act 2015*, che, nella sua Parte 4^a, contiene una serie di misure tese a dissuadere i ricorsi “abusivi”, stabilendo una sorta

di soglia *de minimis* che impedisca alle corti di ammettere ricorsi di scarsa rilevanza. Su tale intervento del Governo si segnala l'analisi prodotta dal Bingham Centre for the Rule of Law in collaborazione con Justice e The Public Law Project, *Judicial Review and The Rule Of Law: an Introduction to the Criminal Justice and Courts Act 2015, Part 4* (London, 2015). Più in generale, sul dibattito in merito alla riforma della procedura di *Judicial Review* si vedano le proposte di M. Fordham et al.: *Streamlining Judicial Review in a Manner Consistent with the Rule of Law* (The Bingham Center for the Rule of Law, London, 2014).

Anche osservando i contributi più prettamente dottrinali in tema di *Judicial Review* si avverte la sensazione che il diritto amministrativo britannico stia attraversando una fase di profonda trasformazione e che le basi e i presupposti della *Review* vadano inevitabilmente evolvendosi. Appare così di notevole interesse la raccolta di saggi a cura di M. Elliott e H. Wilberg, *The Scope and Intensity of Substantive Review: Traversing Taggart's Rainbow* (Oxford, Hart Publishing, 2015). La raccolta di saggi di esperti provenienti da vari paesi di *Common Law* è un tributo all'opera di Michael Taggart, professore neozelandese di diritto pubblico molto attivo nel campo della *Judicial Review*. I contributi ruotano intorno a due domande fondamentali nel dibattito contemporaneo, fornendo un resoconto della dottrina esistente e proponendo soluzioni di innovazione. La prima domanda concerne la misura in cui le corti possano operare un controllo sostanziale o “di merito” delle decisioni amministrative. Se oggi le corti britanniche limitano tale possibilità ai casi di c.d. *Wednesbury Unreasonableness*, una irragionevolezza tanto estrema da giustificare l'intrusione dei giudici nel merito delle decisioni amministrative, il volume si interroga sull'opportunità di allentare tale standard di “irragionevolezza” e di ammettere giudizi di merito basati sul principio di proporzionalità. A tale proposito, se pur scettici in merito ad una rigorosa aderenza alla *Wednesbury Unreasonableness*, Mark Elliott, come pure Sir Joeffrey Jowell e Jason Varuhas concordano con Taggart sul fatto che la proporzionalità non debba divenire l'unico criterio di revisione – *it should not “sweep the rainbow”*³. La seconda questione che pure occupa in maniera importante i giuristi anglosassoni sulle due sponde dell'atlantico concerne il

³ Per una descrizione più approfondita del volume si veda il Blog del Prof. Mark Elliott, *Public Law for Everyone*: <http://publiclawforeveryone.com/2014/12/15/wilberg-elliott-eds-the-scope-and-intensity-of-substantive-review/>

concetto di *Judicial Deference*: quale e quanta “deferenza” i giudici debbano agli amministratori sulle questioni di diritto. Su questo tema si segnalano, nello stesso volume, i contributi di Peter Cane e Paul Daly.

A segnalare il vivo interesse della dottrina per il rapporto fra discrezionalità amministrativa e sindacato dei giudici è anche la monografia del canadese M. Lewans, *Administrative Law and Judicial Deference* (Oxford, Hart Publishing, 2016). Lo studio, particolarmente sensibile al dato storico, offre un resoconto dell’evoluzione di questo rapporto in Gran Bretagna, Stati Uniti e Canada. La prospettiva di Lewans appare interessante in quanto ribalta la consueta enfasi sui limiti e la legittimità della *Judicial Review*, e si interroga invece sulla legittimità dell’*Administrative Law*, col cui termine pare indicare più in generale l’esercizio della discrezionalità amministrativa. In altre parole, invece di interrogarsi sulla legittimità del potere di un giudice di annullare una decisione amministrativa, il contributo si interroga sulla legittimità del potere degli amministratori pubblici di applicare ed interpretare la legge. La teoria della *Judicial Deference* che prevale in Canada e negli Stati Uniti è per Lewans una prospettiva auspicabile anche per il Regno Unito in quanto si basa su una concettualizzazione del diritto amministrativo che riconosce il valore “costituzionale” degli amministratori e delle loro decisioni, in quanto organi democraticamente legittimati ad esercitare discrezionalità amministrativa e ad interpretare la legge. Per Lewans, infatti, la teoria del *Jurisdictional Error* prevalente nel Regno Unito è problematica, in quanto si basa su una concettualizzazione del diritto amministrativo puramente negativa, in cui la discrezionalità della pubblica amministrazione esiste solo fino a quando una corte non interviene a chiarire l’autentica volontà del legislatore.

Si muove su territori analoghi l’utile articolo di Eric C. Ip, *Taking a “Hard Look” at Irrationality: Substantive Review of Administrative Discretion in the US and the UK Supreme Courts* (Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 3, 2014, pp. 481-510). L’articolo esamina la giurisprudenza delle corti supreme britannica e statunitense per isolare due diversi approcci in materia di sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa: mentre la Corte Suprema statunitense, a partire dal caso *State Farm*, sposa una “*high intensity, ‘hard look’ administrative review*” (p. 481) che entra nel merito delle decisioni amministrative, nel Regno Unito, l’Appellate

Committee della House of Lords e più recentemente la Corte Suprema ribadiscono una “*low intensity arbitrariness review*” che lascia spazio ben più ampio alla discrezionalità amministrativa. In tema di *Judicial Deference* si menziona anche la recensione di Alison Young a un volume di cui si è già dato conto nella scorsa rassegna, (A. Brady, *Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, Cambridge University Press, 2012), *Will You, Won't You, Will You Join the Deference Dance?* (Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2, 2014, pp. 375-294) che ne sottolinea l'importanza nella riconciliazione delle *theories of deference* con la *proportionality analysis*. Può considerarsi rilevante nel dibattito anche il contributo, di stampo marcatamente teorico, di T. Endicott, *Comity Among Authorities* (Current Legal Problems, Vol. 68, No. 1, pp. 1-26, 2015) che indaga la possibilità di stabilire un *duty of comity* fra diverse autorità.

È il prodotto di una conferenza tenutasi nel 2014 all'Università di Cambridge, il recentissimo *Public Law Adjudication in Common Law Systems*, a cura di J. Bell, M. Elliott, J. N. E. Varuhas, e P. Murray (Oxford, Hart Publishing, 2016). Di particolare interesse sono i contributi che rileggono il diritto amministrativo in veste di “*public reason*” (Jerry L. Mashaw), come sistema basato su valori – “*values-based approach*” (Paul Daly) o ancora sull'interesse pubblico (Jason N. E. Varuhas). Si segnala inoltre la raccolta di scritti di uno dei pionieri della *Judicial Review* nel Regno Unito: Louis Blom-Cooper, *The Power of Persuasion: Essays by a Very Public Lawyer*, (Oxford, Hart Publishing, 2015). Infine su *Judicial Review* e diritti umani è cura di K. S. Ziegler, E. Wicks e L. Hodson, *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship*, (Oxford, Hart Publishing, 2015). La raccolta di saggi illumina sul rapporto fra corti nazionali e Corte di Strasburgo in materia di diritti umani, indaga le prospettive di riforma attualmente discusse nel Regno Unito e dedica speciale attenzione al ruolo dei media nella costruzione della narrazione pubblica in materia di diritti.

4. – Sull'evoluzione dell'amministrazione pubblica nel Regno Unito si segnalano due contributi di carattere storico/politologico. Lo studio di C. Hood e R. Dixon, *A Government that Worked Better and Cost Less: Evaluating Three Decades of Reform and Change in UK Central Government* (Oxford, Oxford University Press, 2015) offre

un'analisi dell'efficienza delle riforme che hanno interessato l'amministrazione britannica negli ultimi 30 anni. Il volume di D. M. Smith ed E. Wistrich, *Devolution and Localism in England* (Surrey, Ashgate, 2014), che pare animato dalla rinnovata enfasi su *Big Society* e *New Localism*, offre un'utile excursus del processo di decentramento amministrativo e delle politiche regionali nel Regno Unito ed un'inedita prospettiva sul processo di *devolution* attraverso un'indagine empirica sulle *elites* locali che hanno beneficiato del trasferimento dei poteri dal governo centrale.

Per quanto riguarda i profili organizzativi dell'azione amministrativa continua a generare attenzione il tema della cosiddetta *agencification* dell'azione pubblica che predilige il ricorso a quelli che nel Regno Unito vengono chiamati *Quangos* (*Quasi Non-Governmental Organizations*) o *Non Departmental Public Bodies* e che sono alla base dell'affermazione del cosiddetto *Regulatory State* – uno Stato che regola e monitora piuttosto che fornire direttamente beni e servizi. Della predilezione per questa forma organizzativa si occupa l'articolo di D. Feaver e B. Sheehy, *The Political Division of Regulatory Labour: A Legal Theory of Agency Selection* (Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 35, No. 1, 2015, pp. 153-177). Studiando una serie di agenzie governative britanniche e australiane e adottando una nozione smithiana di “*division of regulatory labor*”, il saggio sostiene che il potere esecutivo sceglie quelle forme organizzative che massimizzano il controllo del governo sull'agenzia e allo stesso minimizzano la responsabilità politica e giuridica per l'operato della stesa. L'ascesa del così detto Stato regolatore può essere vista, da questa prospettiva, come uno strumento strategico nelle mani del governo per minimizzare la propria responsabilità pur mantenendo un saldo controllo politico sull'azione amministrativa.

Ancora su temi analoghi è di G. Weeks, *Soft Law and Public Authorities* (Oxford, Hart Publishing, 2016) che analizza il ruolo della c.d. *soft-law* come strumento regolativo. Lo studio parte dall'assunto che mentre gli strumenti di *soft-law* sono tipicamente trattati dai loro destinatari come giuridicamente vincolanti, essi sono facilmente trasgrediti dalle autorità pubbliche che li hanno emanati. Nell'analisi prodotta da Weeks, la *soft-law* diviene dunque un mezzo di regolazione conveniente per la pubblica amministrazione, ma intrinsecamente rischioso per i suoi destinatari che sono esposti a repentini cambi di rotta da parte delle amministrazioni pubbliche.

Weeks analizza i possibili rimedi a disposizione dei cittadini quando un ente pubblico trasgredisce le sue stesse raccomandazioni o altri strumenti di *soft-law*.

Temi specifici che continuano ad attrarre l'interesse dei giuristi e degli studiosi di amministrazione sono le politiche ambientali e le misure anti-terrorismo. Per quanto riguarda il diritto dell'ambiente si segnalano: di C. Banner, *The Aarhus Convention: A Guide for UK Lawyers* (Oxford, Hart Publishing, 2015) che aspira a porre ordine nella crescente mole di decisioni generate in applicazione della Convenzione di Aarhus in tema di accesso alle informazioni, trasparenza e accesso alla giustizia in materia ambientale; in materia di attività regolativa con particolare riferimento alle nuove emergenze create dal cambiamento climatico di B. Lange and C. Cook, *Mapping a Developing Governance Space: Managing Drought in the UK* (Current Legal Problems, Vol. 68, No. 1, 2015, pp. 229-266); legata alle politiche di *New Localism*, su cui molto ha puntato il precedente governo di coalizione, è *Democratic Sustainability in a New Era of Localism*, di J. Stanton (London, Routledge, 2014) che propone un modello di *local sustainability* per cui la democrazia dei processi partecipativi favorisce politiche sostenibili a livello locale. In merito ai nuovi poteri anti-terrorismo assegnati alle amministrazioni britanniche si segnala: di R. H. Wagstaff, *Terror Detentions and the Rule of Law: US and UK Perspectives*, (New York, Oxford University Press, 2014); di stampo analogo, M. Bosworth, *Inside Immigration Detention* (Oxford, Oxford University Press, 2014); infine a cura di F. F. Davis, F. De Londras, *Critical Debates on Counter Terrorism Judicial Review* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014) che esplora l'appropriatezza della *Judicial Review* come strumento di controllo dell'azione anti-terrorismo, con contributi da Europa, Australia e Stati Uniti.

Si menziona infine un contributo che pone il diritto amministrativo britannico in relazione con quello europeo e "globale", a testimonianza del permanente interesse per le teorie che predicano l'utilizzo delle categorie classiche del diritto amministrativo oltre i confini nazionali: di P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015). Il volume, prodotto delle prestigiose Hamlyn Lectures che nel 2014 erano state appunto affidate al giurista dell'università di Cambridge, analizza le *foundations* e le *challenges* rispettivamente del diritto amministrativo inglese, di quello dell'Unione

Europea e di quello globale, visto non solo come mera aspirazione ma come una realtà già consolidata.

5. – Per concludere si segnalano alcuni contributi di teoria che paiono preziosi per lo studioso di amministrazione. In primo luogo, la raccolta di D. Dyzenhaus e T. Poole, *Law, Liberty and State: Oakeshott, Hayek and Schmitt on the Rule of Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015). Il volume offre una reinterpretazione dell'apporto di tre grandi pensatori, generalmente associati ad una sensibilità conservatrice ostile alla crescita dello stato amministrativo e sospettosa dell'idea della legge come regolamentazione, strumento della politica più che freno all'arbitrarietà della sua azione. Di particolare interesse il contributo conclusivo di A. Vermeule, *Local and Global Knowledge in the Administrative State*, che pone in discussione l'assunto hayekiano sulla produzione decentralizzata di conoscenza. Lo Stato Amministrativo e le strutture burocratiche che produce sono, per Vermeule necessari alla coordinazione e alla messa a frutto della conoscenza prodotta localmente. Dello stesso autore si segnala l'innovativa monografia *The Constitution of Risk* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014) che cerca di proporre una interpretazione delle regole costituzionali come strumenti di gestione del rischio politico. Le costituzioni, e il diritto pubblico in generale, si giudicano, per Vermeule, in base a quanto efficacemente gestiscono il rischio politico. Vermeule provocatoriamente sostiene che le teorie di *risk regulation* appaiono più valide se applicate ai problemi di natura politica e costituzionale, piuttosto che alle consuete questioni sanitarie, ambientali o alimentari.



La dottrina francese in tema di amministrazione

di Giorgio Bonerba

1. – Nella presente rassegna si procederà alla ricognizione dei principali scritti dottrinali sull'amministrazione pubblicati in Francia nell'ultimo biennio, ripartendoli per macro-aree: opere di interesse generale e principi; procedimento e provvedimento amministrativo; contenzioso amministrativo; collettività territoriali.

Con riferimento alla manualistica di ordine generale, si segnalano le ultime edizioni, aggiornate ai più recenti sviluppi legislativi e dottrinali, di: J. Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 25^a ed., 2014, pp. 760; J. Morand-Deville, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 14^a ed., 2015, pp. 807; D. Truchet, *Droit administratif*, Paris, PUF, 6^a ed., 2015, pp. 496; D. Maillard Desgrées du Loû, *Institutions administratives*, Paris, PUF, 2^a ed., 2015, pp. 600; nonché il nuovo manuale di P. Serrand, *Droit administratif* (2 tomi), Paris, PUF, 2015, pp. 309 e 312.

Diversi sono stati gli approfondimenti relativi ai concetti generali del diritto amministrativo. In particolare, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet - L'intérêt général*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 728, oggetto di studio è l'interesse generale. Tale nozione è astrattamente chiara, ma in concreto si rivela fluida e, talvolta, persino sfuggente: non sempre, infatti, è definita in maniera chiara dal legislatore, ma è ricavata dal giudice amministrativo al fine di cercare un giusto bilanciamento con i

diritti e gli interessi dei privati cittadini. In questo volume, nell'ottica di fornire un contributo per una sua migliore definizione si segnalano, ad esempio, gli scritti di S. Calmes-Brunet, *De la protection constitutionnelle de l'intérêt public général à celle des atteintes légitimes des personnes*, pp. 53-66, J. Chevallier, *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?*, pp. 83-94, M. Collet, *L'intérêt général dans la jurisprudence constitutionnelle : remarques sur la notion, son usage et son éviction*, pp. 95-104, M. Deguerge, *Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction*, pp. 131-142, C.-A. Dubreuil, *L'éthique de la décision publique, garante de l'intérêt général*, pp. 187-202. Sulla stessa scia si pone la monografia di V. Coq, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 660, che studia l'evoluzione dell'interesse generale nella giurisprudenza amministrativa adottando un metodo originale. Se, infatti, generalmente si attribuisce all'interesse generale un valore per lo più funzionale alla spiegazione di ulteriori istituti e non lo si definisce chiaramente, l'Autrice sceglie di ricostruirne autonomamente una nozione sostanziale per poi esaminarne le varie funzioni che esso ha assunto in giurisprudenza. Il punto di vista prescelto è, ovviamente, quello del diritto amministrativo, accompagnato da osservazioni di teoria e filosofia del diritto.

Il volume di J. Caillousse, *L'État du droit administratif*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 346, esamina le strettissime relazioni tra Stato e diritto amministrativo. Quest'ultimo, chiaramente, trova nello Stato la sua ragion d'essere, traendone origine e scopo. D'altra parte, lo Stato esprime le proprie scelte politiche e costruisce la propria storia anche per il tramite del diritto amministrativo. Di conseguenza, le innovazioni dell'uno si riflettono sull'altro e viceversa. Il diritto amministrativo si adegua ai mutamenti dello Stato, come dimostrano, ad esempio, l'elaborazione del *déféré* prefettizio - istituto mediante il quale il prefetto deferisce al giudice amministrativo la valutazione sulla legittimità degli atti delle collettività territoriali che ritiene illegittimi -, la sperimentazione di nuove forme di democrazia locale e il trattamento non giurisdizionale dei conflitti interni all'amministrazione. Per altro verso, l'analisi dello Stato, per quanto non possa prescindere dalle elaborazioni politiche, necessita di uno studio accurato dei loro supporti tecnici, ossia dei singoli aspetti del diritto amministrativo.

Merita di essere segnalata anche la monografia di C. Alonso, *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Aix-Marseille, Puam, 2015, pp. 886, che si sofferma sulle varie declinazioni, apparentemente eterogenee, che assume il principio di separazione nel diritto amministrativo: separazione tra autorità amministrative e giudiziarie e tra giurisdizione amministrativa e amministrazione attiva; separazione verticale dei poteri, che assume la forma del decentramento o della federazione; separazione, nell'ambito della contabilità pubblica, tra *ordonnateurs* e *comptables*. Dal loro esame congiunto, si ricava che nessuna di esse è radicale, ma, al di là del senso di rottura che inevitabilmente evoca il concetto di separazione, tra ciascuna delle parti separate esistono molteplici legami, che prendono la forma di rapporti, scambi e dialoghi formali o impliciti. Il principio di separazione, dunque, trae nuovi significati proprio a partire dal “gioco” dei rapporti giuridici complessi che organizza. Tramite questa monografia, dunque, l'Autore si prefigge di individuare tali rapporti e, per loro tramite, di evidenziare la coerenza e la logica sottese al principio di separazione. In tema, si veda anche P. de Montalivet, *L'extension de la séparation des pouvoirs dans les organisations publiques et privées*, in *Revue française de droit administratif*, 4/2015, pp. 763-772. Lo stesso principio è stato analizzato, in una diversa prospettiva, nell'opera collettanea curata da P. Mbongo, *La séparation entre administration et politique en droits français et étrangers*, Paris, Berger-Levrault, 2014, pp. 288. Gli Autori si occupano della dicotomia politica-amministrazione e delle modalità con cui diversi ordinamenti – in particolare, quelli francese, statunitense, italiano, britannico e danese – hanno proceduto alla neutralizzazione di ogni politicità dell'amministrazione e alla depoliticizzazione dei funzionari. L'opera si conclude con una riflessione sullo Stato amministrativo e con un invito a rivalutare il principio di responsabilità politica, essenziale in un contesto democratico quale è quello degli ordinamenti studiati.

2. – Numerosi sono gli scritti pubblicati in materia di procedimento e provvedimento amministrativi. In AA.VV., *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 312, vengono presi in considerazione i diversi procedimenti amministrativi: l'opera comincia con una prospettazione di teoria generale, anche in un'ottica internazionale ed europea, per continuare con un'analisi dell'iter

procedimentale, anche in chiave comparata; si conclude, infine, con un esame delle conseguenze della violazione delle regole procedurali. In tema, si segnala anche V. Kapsali, *Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse – étude comparée des droits français et grec*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 634: l'Autore si sofferma in particolare sulla tutela degli interessi privati nell'ambito del procedimento. I diritti procedurali, e specialmente il diritto di essere ascoltati e di ritrovare nel provvedimento finale un'adeguata motivazione, contribuiscono alla protezione dei diritti sostanziali coinvolti dall'attività amministrativa. Lo studio, che procede alla comparazione degli ordinamenti francese e greco, esamina approfonditamente l'evoluzione delle fonti - anche sovranazionali - dei diritti procedurali, la delimitazione del loro ambito di applicazione e gli strumenti giurisdizionali a loro tutela, tra i quali, ad esempio, l'annullamento dell'atto per eccesso di potere.

Nell'ambito di un procedimento amministrativo, un ruolo non secondario è svolto dalla correttezza del funzionario responsabile: è per questo che F. Chambon, O. Gaspon, *La déontologie administrative*, Paris, LGDJ, 2^a ed., 2015, pp. 256, approfondisce un tema particolarmente delicato e ampiamente dibattuto anche in sede politica, come dimostra la recentissima presentazione in Parlamento di un apposito disegno di legge relativo alla deontologia e ai diritti e obblighi dei funzionari (*projet de loi* n. RDX1314513L: nel momento in cui si scrive, è in corso l'esame in prima lettura da parte del Senato). L'opera affronta gli sviluppi normativi più recenti e analizza le prassi degli uffici amministrativi, a distanza di vent'anni dalla sua prima edizione.

Il volume di B. Defoort, *La décision administrative*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 706, approfondisce il concetto di provvedimento amministrativo. In un primo momento, l'Autore ne ricostruisce la definizione partendo dall'analisi critica degli orientamenti dottrinali. Successivamente, procede alla ricognizione e valutazione degli usi strategici che ne fanno le amministrazioni, anche al fine di affermare la propria competenza; in altre parole, il provvedimento rivela le strategie di legittimazione che giustificano la sua adozione da parte delle autorità pubbliche.

Interessante è lo studio preparato su richiesta del Primo ministro dal Conseil d'État, *L'application du nouveau principe «silence de l'administration vaut acceptation»*, Paris, La documentation française, 2014, pp. 140. Con la legge 12 novembre 2013, il

Governo è stato abilitato a semplificare le relazioni tra amministrazioni e cittadini: tra le misure previste, particolare rilievo ha la generalizzazione del principio del silenzio-assenso, mediante il quale si intende agevolare le pratiche amministrative dei cittadini e delle imprese. In ogni caso, la legge contempla diverse eccezioni al principio. Lo studio fornisce anzitutto un inquadramento teorico e storico degli effetti giuridici del silenzio dell'amministrazione. Espone, quindi, il quadro generale di applicazione delle nuove disposizioni legislative, compresa la loro attuazione nelle collettività territoriali. Esplicita, infine, la portata delle tre grandi categorie di eccezioni al nuovo principio: eccezioni previste dal legislatore; eccezioni di diritto imposte dal rispetto di norme di rango superiore alla legge; ulteriori eccezioni rimesse all'apprezzamento del Governo. In argomento, si vedano anche i contributi di B. Sellier, *Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence l'administration* e P. Gonod, *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, entrambi in *Revue française de droit administratif*, 1/2014, pp. 35-46.

3. – Ampie sono state le riflessioni dottrinali in materia di contenzioso amministrativo. Preliminarmente, si segnalano gli aggiornamenti di alcuni manuali, tra cui: M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 3^a ed., 2014, pp. 596; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 20^a ed., 2015, pp. 1016; J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 4^a ed., 2014, pp. 1466; B. Pacteau, *Manuel de contentieux administratif*, Paris, PUF, 3^a ed., 2014, pp. 307; R. Roquette, *Petit traité du procès administratif – Contentieux administratif, juridictions générales et spéciales*, Paris, Dalloz, 6^a ed., 2014, pp. 1516.

Si segnala anche la monografia di B. Ricou, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, Paris, Editions L'Építoge, 2015, pp. 510, che valuta gli strumenti coi quali, negli ultimi trent'anni, si è rafforzata la giurisdizione del giudice amministrativo. In effetti, nonostante l'esistenza di testi normativi che hanno per oggetto o per effetto il riparto di giurisdizione, il giudice dispone di un margine di apprezzamento alquanto discreto. Dall'esame di varie decisioni significative si comprende che il rafforzamento in questione si è realizzato

mediante un'interpretazione strategica delle norme – costituzionali o di legge – e delle categorie giuridiche relative.

Nel corso del tempo, il giudice amministrativo ha notevolmente rinnovato i propri orientamenti nel senso di una maggior tutela per le aspettative dei cittadini e per i loro diritti fondamentali. C. Leclerc, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 938, studia approfonditamente tale cambiamento, che trova alcune sue notevoli espressioni nel *référé-liberté* – procedura d'urgenza mediante la quale chi abbia subito da parte di un'amministrazione pubblica un pregiudizio grave e manifestamente illegittimo nell'esercizio di una libertà fondamentale può ottenere un provvedimento del giudice entro le 48 ore successive – e nell'apertura al dialogo con gli altri giudici, tanto interni (in particolare, mediante la QPC) quanto sovranazionali. Tutto ciò ha prodotto un profondo rinnovamento delle tecniche e dei metodi di giudizio: ragionamenti particolarmente ancorati nella giurisprudenza pregressa sono stati reconsiderati e, talvolta, superati; sono aumentati gli ambiti d'intervento della giurisprudenza amministrativa; sono state elaborate nuove tecniche d'intervento per la tutela delle aspettative dei privati.

P. Gonod, *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 146, studia come sia cambiato il sistema di giustizia amministrativa a seguito dell'epocale riforma del 1987, che ha introdotto le corti amministrative d'appello e ha reso il Consiglio di Stato giudice di "cassazione". Lo studio rielabora e cerca di ricondurre a unità le riforme successive, servendosi anche di fonti non usuali, come gli svariati colloqui con giudici e avvocati e le relazioni dei Presidenti del Consiglio di Stato, onde fornire una ricostruzione quanto più possibile aderente alla pratica quotidiana dell'istituzione.

Nella *Revue française de droit administratif*, 2/2015, pp. 221-264, è possibile trovare un approfondimento sulla sezione di rapporti e studi del Consiglio di Stato. Lo stesso numero, inoltre, dedica ampio spazio, alle pp. 331-357, a una possibile riforma del *Tribunal des conflits*, collegio che dirime i conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

W. Zagorski, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs*, Paris, Mare & Martin, 2016, pp. 484, approfondisce il rilievo degli atti amministrativi non

provvedimentali nel giudizio amministrativo, osservando una notevole varietà di approcci a seconda dei singoli atti. Ne esistono infatti alcuni, come le raccomandazioni di buone pratiche mediche, che possono essere oggetto di un ricorso per eccesso di potere; la maggior parte di essi, come gli atti di indirizzo e le circolari, non è suscettibile di autonoma impugnazione; altri, invece, come gli atti preparatori o le linee guida, possono essere oggetto di un'eccezione d'illegittimità ed essere usati dalle parti come sostegno delle loro pretese. L'Autore sostiene che una simile eterogeneità non sia giustificabile: per questo, propone di superare la distinzione tra *droit souple* e *droit dur* e di procedere a una sorta di unificazione teorica delle due categorie a fini di semplificazione e di sistematizzazione delle conoscenze.

C. Vocanson, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de la Justice de l'Union Européenne*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 716, affronta le modalità con cui il Consiglio di Stato ha impiegato, nel corso del tempo, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea. In prima battuta, l'Autore studia il contributo del Consiglio di Stato alla definizione del ruolo del giudice nazionale, che deve valutare se servirsene o meno e, comunque, è tenuto ad applicare i principi contenuti nelle sentenze del giudice europeo. In secondo luogo, l'opera contiene un'analisi di come, attraverso il rinvio pregiudiziale, il Consiglio di Stato proceda a un'armoniosa applicazione del diritto dell'Unione, valutando in particolar modo la conciliazione del rinvio pregiudiziale con la QPC e la sua utilità ai fini del dialogo tra giudici.

4. – Uno degli argomenti più discussi dell'ultimo biennio è stato sicuramente quello delle collettività territoriali nei suoi vari aspetti: lo statuto dei rappresentanti elettivi locali, con riferimento a modalità di elezione, funzioni e responsabilità; le competenze degli enti locali; i rapporti tra le collettività, e tra queste e lo Stato e i soggetti di diritto internazionale e sovranazionale; l'impiego delle risorse finanziarie. Tale ampio dibattito è stato alimentato dalle recenti riforme, e in particolare dalla legge 27 gennaio 2014 per la modernizzazione degli affari pubblici territoriali e per l'affermazione delle metropoli – *loi MAPTAM*: in argomento, si vedano i contributi di M. Verpeaux, B. Faure, L. Janicot e M. Decoffe in *Revue française de droit administratif*, 3/2014, pp. 457-486 -, la legge del 17 gennaio 2015 sulla ridefinizione

dei confini regionali, sulle elezioni regionali e dipartimentali e sul calendario delle attività elettorali, e la legge 16 luglio 2015 per una nuova organizzazione territoriale della Repubblica (*loi NOTRe*).

Per uno sguardo d'insieme sulle collettività locali, anche alla luce della normativa appena citata, si rinvia alle ultime edizioni di: B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 732; E. Auber, D. Cervelle, *Les collectivités territoriales*, Paris, Armand Colin, 3^a ed., 2015, pp. 240; J.-B. Auby, J.-F. Auby, R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, Paris, PUF, 6^a ed., 2015, pp. 440; M. Verpeaux, *Les collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, 5^a ed., 2015, pp. 200; Id., *Les collectivités territoriales et la décentralisation*, Paris, La Documentation française, 2015, pp. 192. In considerazione delle recenti riforme, la *Revue française de droit administratif* ha dedicato ampio spazio, nel n. 4/2015, alle innovazioni in materia di collettività territoriali nel resto d'Europa, e in particolare in Spagna, Polonia e Romania. Anche G. J. Guglielmi, J. Martin, *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales – Aspects de droit public comparé*, Paris, Berger-Levrault, 2015, pp. 266, analizza il diritto delle collettività territoriali sotto il profilo costituzional-comparatistico, confrontando il sistema francese con altri analoghi europei, sudamericani e nordafricani. Nonostante le inevitabili differenze tra gli ordinamenti, gli Autori riscontrano alcune tendenze comuni: la messa in discussione del modello di Stato unitario decentrato; la formazione di un diritto “costituzionale” locale; la propensione a costruire le collettività territoriali “su misura”, con modi di funzionamento di tipo federativo. Al di là dell'effettiva presenza di un vero e proprio diritto costituzionale locale - affermazione in realtà alquanto spinta per stessa ammissione degli Autori -, le evoluzioni dell'assetto locale e il carattere democratico del suo funzionamento non possono essere garantiti che da un quadro costituzionale stabile.

È, questa, la stessa conclusione cui perviene il volume a cura di B. Mathieu, M. Verpeaux, *Les mutations constitutionnelles des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 146. L'opera ha un titolo volutamente provocatorio per evidenziare che, per quanto non mutino il cuore del sistema francese, le recenti evoluzioni del diritto delle collettività locali presentano comunque indubbi profili di carattere costituzionale: ne sono dimostrazione la sempre crescente attenzione per il tema da parte del Consiglio costituzionale e degli autori di diritto costituzionale. L'opera si

sofferma, in particolare, sulle conseguenze delle più recenti riforme sui principi di uguaglianza e rappresentatività, per poi affrontare l'interrogativo su quali siano le possibili ulteriori evoluzioni.

Il decentramento amministrativo, con i suoi punti critici, è uno dei temi che più ha appassionato la dottrina: ad esempio, in B. Faure, A. Hastings-Marchadier, *La décentralisation à la française*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 208, si osserva che il decentramento realizzato a partire dal 1982 è il frutto di una serie di piccole modifiche normative, anziché di una seria ristrutturazione globale delle collettività territoriali: ciò ha comportato un affastellamento di soluzioni palliative – intercomunalità, statuti particolari, fusione di collettività, esercizio collettivo di competenze – che ne aumentano la complessità e l'instabilità senza realmente riformarle. L'esame delle novità legislative si accompagna a un confronto con gli ordinamenti britannico, spagnolo e italiano. Dello stesso avviso dei precedenti Autori è V. Aubelle, *Osons la décentralisation. Il est temps de décider autrement*, Paris, Berger Levrault, 2014, pp. 200, che avanza alcune proposte per una riforma organica e condivisa. In particolare, Aubelle suggerisce di evitare una stigmatizzazione dell'esistente per giustificare le nuove riforme e di rinnovare l'intero sistema territoriale, ponendone alla base il blocco comunale; propone, inoltre, di ampliare il dibattito coinvolgendo gli enti locali attraverso un alto consiglio dei territori e prevedendo un meccanismo di convalida del legislatore per la definizione dei territori comunali e intercomunali. P. Bodineau, *La confusion des territoires*, Dijon, Editions universitaires de Dijon, 2015, pp. 104, manifesta un punto di vista estremamente critico sulle ultimissime riforme, ritenendo che comporteranno un appesantimento notevole del sistema amministrativo e del circuito decisionale. Molto interessante è il volume a cura di N. Kada, *Les tabous de la décentralisation*, Paris, Berger Levrault, 2015, pp. 400, per il quale le varie riforme degli enti locali non sembrano risolvere alcune questioni di fondo, che si rivelano veri e propri “tabù”: i sedicenti interventi in favore delle libertà locali potrebbero in realtà celare il riaccentramento di alcune funzioni; la protezione costituzionale delle collettività territoriali rischia di non essere sempre efficace di fronte al principio, altrettanto costituzionale, dell'indivisibilità della Repubblica. Partendo da questi presupposti, gli Autori si domandano a quale forma di Stato ricondurre l'attuale sistema francese, quali siano i legami fra territorio ed enti locali, come si strutturino le recenti forme di

cooperazione intercomunale, quale sia il ruolo dei comuni, come ripartire le competenze tra le varie collettività e se sia possibile attribuirne loro di nuove e ulteriori, ad esempio in materia d'istruzione e di relazioni internazionali. P. Sadran, *La République territoriale – Une singularité française en question*, Paris, La documentation française, 2015, pp. 358, rileva che ormai il concetto di decentramento non è più sufficiente a definire il sistema francese, caratterizzato da una non sempre facile coesistenza tra unità della Repubblica e riconoscimento della diversità dei singoli territori. L'opera di C. Lacour, A. Delamarre, *50 ans d'aménagement du territoire*, Paris, CGET, La Documentation française, 2015, pp. 201, pubblicata in occasione dei 50 anni dalla fondazione della delegazione interministeriale per la pianificazione del territorio e per l'attrattività regionale (DATAR), fa il punto sugli approdi del decentramento amministrativo e della pianificazione statale delle attività economiche, che ha dovuto fare i conti con le novità e, talvolta, difficoltà introdotte dall'integrazione europea, nonché con le sempre più frequenti crisi economiche.

Un altro profilo rilevante su cui la dottrina si è concentrata è quello del ruolo e dei reciproci rapporti tra rappresentanti eletti e funzionari non eletti: più in dettaglio, oggetto d'indagine è l'esercizio delle loro funzioni e la ripartizione delle rispettive responsabilità. T. Jouzel, *Pouvoir et responsabilité au sein de l'administration décentralisée*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 376, premesso che, secondo il principio democratico, i rappresentanti eletti sono detentori tanto del potere decisionale quanto della relativa responsabilità, osserva nella pratica una loro frequente abdicazione dall'esercizio del potere, onde evitare l'addossamento di notevoli responsabilità. Il tutto va a vantaggio dei funzionari non eletti, che, essendo formalmente meri esecutori materiali delle decisioni politiche dei primi, le influenzano ma non incorrono nelle relative responsabilità, così accrescendo notevolmente il proprio potere. V. Potier, *Déontologie des élus et des fonctionnaires territoriaux*, Paris, Le Moniteur, 2015, pp. 224, in attesa dell'emanazione della legge sulla deontologia amministrativa prima citata, individua i principi deontologici cui già fin d'ora gli eletti e i funzionari locali dovrebbero ispirare la loro azione, basandosi su una rielaborazione sistematica degli elementi normativi esistenti e degli orientamenti giurisprudenziali dominanti. J. Fialaire, G. Macou, *Trente ans de la fonction publique territoriale – Contradictions et adaptations*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 240 esamina l'evoluzione della funzione pubblica territoriale, rilevandone le contraddizioni sorte nel tempo - ad esempio, tra

il principio di libera amministrazione delle collettività territoriali e l'introduzione di statuti particolari nazionali, tra il ravvicinamento della categoria A alla sua equivalente statale e la maggiore autonomia statutaria prevista per la categoria C - e i tentativi di loro adattamento e correzione.

Su specifici aspetti dell'azione amministrativa degli enti locali, si segnalano P. Salen, *L'emprunt des collectivités territoriales – Un paradoxe du droit public financier*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 488 e R. Gueguen, *L'action internationale des collectivités territoriales françaises dans le cadre de l'État unitaire*, Aix-Marseille, Puam, 2015, pp. 452. Il primo si occupa dell'indebitamento delle collettività territoriali, che, pur disponendo sulla carta di ampia autonomia al riguardo, devono fare i conti con diverse disposizioni statali e con specifiche procedure di controllo che, di fatto, tendono a limitarla. Il secondo valuta, invece, le relazioni che le collettività territoriali sono abilitate a intrattenere tanto con loro omologhe straniere, quanto con Stati esteri, e rapporta tali nuove possibilità con la nozione di Stato unitario, che non ne risulta intaccata nella sostanza, ma solo parzialmente attenuata.

Si rileva, infine, un certo interesse della dottrina rispetto all'amministrazione dei Comuni, anche alla luce delle recenti innovazioni in tema di intercomunalità. V. Aubelle, *La commune nouvelle*, Paris, Berger-Levrault, 2015, pp. 242 esamina l'istituto della *commune nouvelle* – introdotto con la legge n. 2010-1563 del 16 dicembre 2010 e riformato con la legge n. 2015-292 del 16 marzo 2015 – mediante il quale più Comuni contigui costituiscono un'unica entità, con la possibilità di conseguire una razionalizzazione dei costi; gli stessi Comuni assumono la qualità di Comuni delegati, dotati di funzioni simili a quelle degli *arrondissements* municipali. G.-D. Marillia, *Les pouvoirs du maire*, Paris, Berger-Levrault, 6^a ed., 2014, pp. 490, esamina approfonditamente i poteri, gli strumenti d'intervento e le responsabilità del sindaco alla luce della più recente normativa (il testo è aggiornato alla legge *MAPTAM*) e della giurisprudenza in materia.



Austrian Literature in Administrative Law 2014/15 – An Overview

di Maria Bertel

1. – In the reporting period 2014-15 the introduction of administrative courts in 2014 still has a strong impact on the literature in administrative law. Moreover, as already in the past, the implementation and the effects of EU law were stimulating publishing activities in Austria. This is also reflected in the amount and variety of publications combining an analysis of Austrian and EU law. Beside the fields of general administrative law and administrative procedural law the emphasis of publishing activities concerned special administrative law.

This report can only give a (very small and selective) summary on the literature of the reporting period. This is mainly due to two facts: On the one hand the field of administrative law covers a wide range of different topics; on the other hand, due to the federal structure of Austria, legislation is divided between the federal level and the Länder.

Still the number of publishing houses, journals and series is rising: Beside the traditional publishing houses such as facultas.wuv, Manz, Springer, Linde Verlag and Verlag Österreich, especially the Jan Sramek Verlag and NWV (Neuer Wissenschaftlicher Verlag) can be considered as the main publishing houses in the field of administrative law.

2. – Regarding textbooks publishing activities mainly resulted in new editions of already successful books: A compact but comprehensive introduction into general administrative law is given by A. Kahl/K. Weber, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, facultas.wuv, 5th ed., 2015, pp. 351. This edition includes the changes resulting from the introduction of administrative courts and the newest literature and jurisprudence in the field. The authors are not only providing students with basic definitions and the constitutional and European background of administrative law, but are also describing organisational aspects of administrative law, administrative action, the relation between citizens and state, administrative control and legal protection. The whole textbook is not only concerning the Austrian system of administration, but always includes the influence and impact of EU law.

Other established textbooks available in new editions in the reporting period include C. Grabenwarter/M. Holoubek, *Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, facultas.wuv, 2nd ed., 2014, pp. 457 and B. Wieser, *Einführung in das Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, Wien, Verlag Österreich, 2nd ed., 2014, pp. 257, S. Griller, *Grundlagen und Methoden des Verfassungs- und Verwaltungsrechts*, Wien, Verlag Österreich, 3rd ed., 2014, pp. 201, and K. Weber/Th. Müller, *Einführung in das öffentliche Recht und Europarecht*, Wien, Verlag Österreich, 2nd ed., 2014, pp. 102. Those textbooks are also reflecting the strong connection between (general) administrative law on the one hand and constitutional and European Union law on the other hand.

Moreover three textbooks by A. Hauer, each covering part of the general administrative law can be recommended in this context: A. Hauer, *Staats- und Verwaltungsorganisation*, Linz, Pedell, 2014, pp. 151 deals with the organisational aspect of administration and A. Hauer, *Staats- und Verwaltungshandeln*, Linz, Pedell, 2014, pp. 215 encompasses administrative action. Finally, A. Hauer, *Gerichtbarkeit des öffentlichen Rechts*, Linz, Pedell, 2014, pp. 356 deals amongst others with the system of administrative courts including the Administrative High Court.

Due to the variety of materia, textbooks in the area of special administrative law can only encompass selected fields. A very rich selection is provided by S. Bachmann, G. Baumgartner, R. Feik, K. Giese, D. Jahnel, G. Lienbacher (eds.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Wien, Verlag Österreich, 10th ed., 2014, pp. 646,

encompassing fields of special administrative law which are part of the competence of the federal legislator (police law, law of associations, law on assemblies, aliens legislation, law of registration, legislation on citizenship, industrial law, water law, forest law, legislation on roads, waste management laws, environmental impact assessment, data protection laws, heritage protection law, procurement law). Additionally, subject matters the Land legislators are competent for (regional planning and development laws, construction law, real estate law, nature protection laws and event law) are included. This textbook is of peculiar interest as it combines all nine Land legislations and gives a comprehensive overview of the different Land legislations in the matters mentioned.

Similarly, but in a more compact way and besides the federal legislation, with an emphasis on the Upper Austrian legislation, B. Leitl-Staudinger, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4th ed., Linz, Pedell, 2014, pp. 267 provides an overview of different materia of the Austrian special administrative law.

Publishing activities in the field of administrative procedure is characterized by a relatively high amount of new editions of established textbooks on the one hand, and newly introduced textbooks on the other hand. Most of them were published in 2014 and are the result of the introduction of administrative courts. As the detailed code on procedure of the administrative courts was only published in the Official Gazette BGBl I 2013/33 most textbooks would be adapted only after this fundamental reform entered into force.

New editions of textbooks include the very detailed textbooks of J. Hengstschläger/D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht. Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten*, 5th ed., Wien, facultas.wuv, 2014, pp. 658 and D. Kolonovits/G. Muzak/K. Stöger, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts: einschließlich der Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und vor dem VwGH*, 10th ed., Wien, Manz, 2014, pp. 820. Shorter textbooks are provided by G. Wielinger, *Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht und in das Recht der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Graz, Leykam, 2014, pp. 333 (new textbook), W. Fasching/W. Schwartz, *Verwaltungsverfahrenrecht im Überblick*, 5th ed., Wien, facultas.wuv, 2014, pp. 149 and C. Grabenwarter/M. Fister,

Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 4th ed., Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 349.

In the field of economic law the textbook C. Bezemek/Eberhard/C. Grabenwarter/M. Holoubek/G. Lienbacher/M. Potacs/E. Vranes, *Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I*, 10th ed., Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 303 was released in a new edition. The textbook provides the reader with a profound and systematic introduction into economic law: It starts with some legal basics (such as the question of what law is, of legal interpretation and of the system of economic law) and the organisational aspects of Austrian and EU Law. In the following, specific contents regarding economic law are presented, such as basic guarantees in economic law, European single market law, European competition law, access to industrial and business activities, production plants and law of construction, and administrative procedure and forms of national legal protection. This textbook is highly useful for students, as in the end of each chapter questions for testing the knowledge of the student are attached.

In addition to textbooks, (new) books on how to draft pleadings in administrative (and more generally public) law were released, e.g. A. Hauer/M. Metzler, *Schriftsatzmuster Öffentliches Recht 2014*, Linz, Pedell, 2014, pp. 114 or G. Holzinger/M. Hiesel, *Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts*, 4th ed., Wien, Manz, 2015, pp. 557. Both books are not only directed to students, but mainly to practitioners. A similar book is D. Altenburger/B. Kneihls, *Schriftsätze an VwG, VfGH und VwGH*, 5th ed., Wien, LexisNexis Verlag, pp. 184.

Lastly, the third edition of the casebook *Th. Müller/K. Wallnöfer/A. Wimmer* (eds.), *Fallbuch. Verwaltungs-, Verwaltungsstraß- und Verwaltungsverfahrenrecht*, 3rd ed., Wien, Jan Sramek, 2015, pp. 378 has to be mentioned. It is directed to students and equipped with QR codes providing additional information on the cases.

3. – One of the most discussed topics in the period of report is still the reform regarding the introduction of administrative courts in Austria. Published in the Official Gazette already in 2012 (BGBl I 51/2012) the reform entered into force 1st of January 2014. Therefore, in the reporting period we can observe that new editions, incorporating the new legislation are available. Moreover, the first

publications in reaction to the entry into force of the reform and the first experiences with the newly established administrative courts can be found.

The conference volume P. Bußjäger/A. Gamper/C. Ranacher/N. Sonntag (eds.), *Die neuen Landesverwaltungsgerichte*, Wien, new academic press, 2014, pp. 240 is a collection of different contributions to one of the first conferences on the topic and was published in the beginning of 2014.

One of the most comprehensive books in the field of the newly established administrative courts is J. Fischer/K. Pabel/N. Raschauer (eds.), *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien, Jan Sramek, 2014, pp. 704. It includes articles on the history of the administrative courts (Th. Olechowski, *Historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich*, p. 3 ff.) followed by a systematic macro-perspective of the administrative courts in the Austrian (Th. Öhlinger, *Die Verwaltungsgerichte im System der österreichischen Bundesverfassung*, p. 37 ff.) and European (S. Storr, *Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Kontext*, p. 71 ff.) context and a micro-perspective of the system itself (W. Steiner, *Systemüberblick zum Modell "9 + 2"*, p. 105 ff.). Moreover, systematic aspects are also covered by a chapter rather at the end of the book, G. Kofler/W. Summersberger, *Das Bundesgericht für Finanzen im System der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, p. 623 ff., which shall be mentioned here because of the systematic context.

Furthermore the organization, the requirements for judges and the competences of the different administrative courts is explained in three chapters (J. Fischer/M. Zeinhofer, *Organisation, Besetzung und Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte*, p. 147 ff., V. Madner, *Organisation, Besetzung und Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts*, p. 203 ff., D. Ennöckl, *Organisation, Besetzung und Zuständigkeiten des VwGH*, p. 239 ff.). M. Brandstetter/A. Lukas, *Das Dienstrecht der Verwaltungsgerichte*, p. 259 ff. explain the rules on employment of judges of the administrative courts.

After this organizational part, the following chapters regard the legitimation of filing a complaint before the administrative courts (B. Leitl-Staudinger, *Die Beschwerdelegitimation vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH*, p. 317 ff.), the subject of the lawsuit (A. Hauer, *Der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem*

VwGH, p. 353 ff.), procedural law itself (K. Pabel, *Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten*, p. 379 ff., M. Mayrhofer/M. Metzler, *Das Verfahrensrecht des VwGH*, p. 453 ff.) and legal protection (A. Kahl, *Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erster Instanz beim VwGH*, p. 433 ff., E. Schulev-Steindl, *Einstweiliger Rechtsschutz*, p. 563 ff.).

The relation between municipalities and administrative courts is analyzed by H. Eberhard, *Verwaltungsgerichte und Gemeinden*, p. 601 ff.

Finally, N. Raschauer, *Die Auflösung (fast) aller Sonderbehörden*, pp. 653 ff. is dealing with the dissolution of a variety of special administrative instances that lost their fields of action with the introduction of administrative courts.

Similarly, but in a more practitioners oriented way, the conference proceedings of the Österreichische Juristenkommission, Österreichische Juristenkommission (ed.), *Justizstaat: Chance oder Risiko? Verwaltungsgerichtsbarkeit neu*, Wien, Linde Verlag, 2014, pp. 387 are dealing with questions regarding the basic configuration of the administrative courts, but also provide articles analyzing the impact of the administrative courts on administration (e.g. B. Raschauer, *Auswirkungen der Reform auf die Verwaltung*, p. 233 ff.).

The relation between municipalities and the reform is the topic of a publication of the Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft, KWG (ed.), *Verwaltungsreform – Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien, Manz Verlag, 2014, pp. 78. Apart from an overview on the organization of the administrative courts (H. Stolzlechner/C. Aufreiter/M. Lütte, *Die Organisation der Verwaltungsgerichte*, p. 1 ff.), the procedure of the administrative courts from the point of view of municipalities (D. Leeb, *Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte aus gemeindespezifischer Sicht*, p. 27 ff.), the impact of the reform on citizens and municipalities (H. Eberhard, *Der Einfluss der Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform auf Gemeinden und Bürger*, p. 43 ff.) and the supervision of municipalities (A. Hauer, *Die neue Funktion der Gemeindeaufsicht*, p. 61 ff.).

Of the literature published in connection with the newly established administrative courts only a very small selection can be presented in the following.

A big part of publications is dealing with the new procedural law of administrative courts and also with changes in the procedural law of the

Administrative High Court. The contributions in the conference proceedings M. Holoubek/M. Lang (eds.), *Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht*, Wien, Linde Verlag, 2014, pp. 360 and M. Holoubek/M. Lang (eds.), *Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof*, Wien, Linde Verlag, 2015, pp. 385 deal with various aspects of the administrative procedure before the courts.

Other publications discuss the role of the authority e.g. regarding its competence to issue so-called „Beschwerdevorentscheidungen“ (G. Schmidlechner, *Die Beschwerdevorentscheidung im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren*, Wien, Jan Sramek, 2015, pp. 131) or the role of administration in proceedings of administrative courts (e.g. T. Ehrke-Rabel/F. Merli [eds.], *Die belangte Behörde in der neuen Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 232; with contributions of R. Jantscher, *Das verwaltungsgerichtliche Verfahren zwischen Partei- und Inquisitionsprozess*, p. 1 ff., E. Maier, *Die belangte Behörde als Partei im Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten*, p. 17 ff, F. Raab, *Die Rolle der belangten Abgabenbehörde im finanzgerichtlichen Verfahren*, p. 39, B. Gunacker-Slawitsch, *Einigung im finanzgerichtlichen Verfahren?*, p. 61 ff, M. Scharfe, *Klaglosstellung durch die belangte Behörde im Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten*, p. 117 ff, T. Ehrke-Rabel, *Das Instrument der Klaglosstellung im Abgabenverfahren*, p. 147 ff., F. Merli/T. Ehrke-Rabel, *Die belangte Behörde in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit – Vergleich und Bewertung*, p. 167 ff).

The *ZfV*, *Zeitschrift für Verwaltung*, is one of the most important journals in the field of administrative law. The last two years were of course characterized by questions regarding the introduction of the administrative courts. Amongst others, the topic of coming into force of decisions of authorities and its implications were discussed in literature as large; C. Ranacher, *Amtswegige Aufhebung und Abänderung von Bescheiden neben und nach dem verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren*, *ZfV* 2015/3, p. 15 ff, e.g., discussed the possibility of revocations of such decisions ex officio. Of high interest, especially for practitioners, is the newly introduced – periodically included - review on decisions of the different administrative courts by H. Eberhard/E. Pürgy/C. Ranacher (e.g. *Rechtsprechungsbericht: Landesverwaltungsgerichte, Bundesverwaltungsgericht und Verwaltungsgerichtshof. Administrativrechtlich relevante Judikatur*,

ZfV 2015/52, p. 395 ff) which allows to quickly get an overview of the most important decisions and trends in administrative jurisprudence.

With (special) regard to the decisions of the administrative courts, the newly established journal *Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit* has to be mentioned. This journal is dedicated exclusively to topics linked to the administrative courts. Apart from scientific articles, it provides an exhaustive overview of the administrative courts jurisprudence focusing especially on a systematic and well-structured presentation of the cases.

4. – The field of environmental law is a very dynamic field of law not least due to the strong influence of European Union and International Law. This is also reflected in the amount and variety of publications in environmental law. The most important Austrian Journal in this field is *Recht der Umwelt* (RdU), but articles on environmental law can be found of course in any Austrian journal.

An important topic in the field of environmental law has been the question to which extent the public can participate in the decision on projects. P. Bußjäger/S. Lampert, *Öffentlichkeitsbeteiligung im UVP-Feststellungsverfahren*, ecolex 2015, p. 910 ff write on the possibilities of participation of the public within the framework of environmental impact assessments. W. Bergthaler, *Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großprojekten - aktuelle Herausforderungen im Lichte der Aarhus-Konvention*, RdU-U&T 2015/20, p. 86 ff. is focusing on the participation of the public in large projects and the requirements of the Aarhus Convention. B. Bachl, *Die (betroffene) Öffentlichkeit im UVP-Verfahren*, Wien, Manz Verlag, 2015, pp. 490, provides a comprehensive analysis of the public concerned within the framework of an environmental impact assessment and addresses questions such as who pertains to the public concerned, how this group gets to know about an environmental impact assessment and what possibilities of participation exist during and after an environmental impact assessment.

Questions arising in connection with the so-called state-of-the-art and environmental law are answered by A. Forster, *Der „Stand der Technik“ als Instrument des Umweltrechts*, Wien, Jan Sramek, 2015, pp. 364, who also puts an emphasis on the role of the public. Finally, T. Weber, *Umweltschutz durch Rechtsschutz? Internationale und*

Europäische Vorgaben für den Rechtsschutz im Umweltrecht und ihre Umsetzung in Österreich - analysiert am Beispiel des Wasserrechts, Wien, Verlag Österreich, 2015, pp. 281 is also dealing with the role of the public, but putting more emphasis on legal protection. Again, European and International Law (especially the Aarhus Convention) and its influence on the national law are incorporated. This text also shows the second big topic in the literature on environmental law in the reporting period. This is the question on mechanisms of legal protection in the field of environmental law. The publication of the Institut für Umweltrecht, (eds.), *Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2015*, Wien, Manz Verlag, 2015, pp. 219 unites a variety of articles on that same topic.

5. – Another example for a topic of special administrative law characterized by a big amount of publications is procurement law. Specialized Austrian journals in this field are e.g. the journals *Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht*, *RPA Zeitschrift für Vergaberecht* and *VIL Vergabe Infoletter*. In 2014 the well-established handbook M. Holoubek/C. Fuchs/K. Holzinger, *Vergaberecht*, 4th ed., Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 267 was released in an edition adapted to the changes necessary due to the introduction of the administrative courts and implementing a reform of the procurement law entering into force 1st of January 2014. Other handbooks published in the reporting period are M. Sachs/K. Trettnak-Hahnl, *Das neue Bundesvergaberecht. Leitfaden für Länder und Gemeinden*, 4th ed., Wien, Manz Verlag, 2014, pp. 122 and A. Kahl/S. Rosenkranz, *Vergaberecht*, 2nd ed., Wien, Jan Sramek Verlag, 2014, pp. 205. An introduction to procurement law directed mainly to students is provided by K. Gruber-Hirschbrich, *Vergaberecht*, 5th ed., LexisNexis, Wien, 2014, pp. 204. With K. Gruber-Hirschbrich, *Vergaberecht graphisch dargestellt*, 4th ed., LexisNexis, Wien, 2014, the same author provides graphic overviews on complex situations in procurement law, addressed especially to students.

6. – In the field of health law the journal *Recht der Medizin (RdM)* can be considered the leading journal in Austria. In the reporting period e.g. T. Steiner, *Rückblick zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit neu in Angelegenheiten des*

Erstattungskodex, RdM-Ö&G 2015/4, p. 6 ff., M. Kind/K. Retter, *Psychologische Beratung durch Lebens- und Sozialberater. Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung und Psychologenerwerb*, RdM 2015/69, p. 96 ff. and K. Stöger, *Föderalistischer Wildwuchs im medizinrechtlichen "Normendschungel"*, RdM 2014/197, p. 299 ff. might be of interest in the context of administrative law.

7. – The (maybe) most established Austrian journal regarding university law is the *zfh*, *Zeitschrift für Hochschulrecht*. One emphasis of the journal in this reporting period were questions of cross-border teaching and studying in the context of University law. Contributions in that context encompass (amongst others) A. Gamper, *Grundlagen grenzüberschreitender interuniversitärer Zusammenarbeit nach österreichischem Universitätsrecht*, *zfh* 2015, p. 2 ff., E. Happacher, *Voraussetzungen und Schranken grenzüberschreitender Lehre nach italienischem Studienrecht*, *zfh* 2015, p. 77 ff., and I. Rath-Kathrein, *Voraussetzungen und Schranken grenzüberschreitender Studien nach österreichischem Studienrecht*, *zfh* 2015, p. 23 ff.

Moreover, the monograph on Austrian University Law of M. Novak, M. Novak, *Universitätsrecht*, 2nd ed., Wien-Graz, NWV, 2015, pp. 173 is available in its second edition.

8. – A very broad field of administrative law is municipal law. A very important topic of municipal law in 2014/2015 was the restructuring of municipalities in Styria. This is also reflected in the publication activities. *RFG, Recht und Finanzen für Gemeinden*, a journal exclusively dealing with questions of municipal law and topics affecting municipalities, included several contributions on the topic, e.g. M. Schlögl, *Die Anfechtung des Stmk Gemeindestrukturreformgesetzes: eine formale Betrachtung*, *RFG* 2015/35, p. 166 ff and M. Bertel, *Gemeindezusammenlegungen und Sachlichkeitsgebot*, *RFG* 2015/6, p. 22 ff. Additionally, the contribution of H. Stolzlechner/Th. Müller, *Überlegungen zur Rechtsprechung des VfGH zur Stmk Gemeindestrukturreform 2014*, in Baumgartner (ed.), *Öffentliches Recht. Jahrbuch 2015*, Wien-Graz, NWV, 2015, p. 147 ff. can be recommended in that context.

9. – An example for a matter the *Land* legislators are competent for is construction law. Due to nine different laws, literature is diverse.

It is striking that the biggest part of the literature concerns the eastern *Länder* of Austria, and in particular Lower Austria and Vienna, such as G. Kienastberger/A. Stellner-Bichler, *NÖ Baurecht*, Wien, Verlag Österreich, 2015, pp. 1036, W. Pallitsch/Ph. Pallitsch/W. Kleewein, *Niederösterreichisches Baurecht. Kommentar*, 9th ed., Wien, Linde Verlag, 2015, pp. 1816, L. Riegler/W. Koizar, *NÖ BauO. NÖ Bauordnung 2014 NÖ Raumordnungsgesetz 2014*, 3rd ed., Wien, Manz Verlag, 2015, pp. 740, L. Riegler/W. Steinbauer, *Bauordnung für Wien. Praxiskommentar*, 3rd ed., Linz, Pedell, 2015, pp. 596 and W. Kirchmayer, *Wiener Baurecht. Kommentar*, 4th ed., Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 1242. This is most probably not only due to reforms in the reporting period, but is also explained by the size and importance of this *Länder*. Recommendations for commentaries on the construction laws of Tyrol and Carinthia include D. Wolf, *Tiroler Baurecht. Mit Erläuterungen nach dem Stande 1.10.2014*, 4th ed., Wien, Linde Verlag, 2014, pp. 344 and W. Pallitsch/Ph. Pallitsch/W. Kleewein, *Kärntner Baurecht. Kommentar*, 5th ed., Wien, Linde Verlag, 2014, pp. 1512.

10. – Information and data protection law was – not least due to the dynamic jurisprudence of the European Court of Justice – again a very discussed topic. Therefore, publishing activities are not only reflected in specialized journals such as *ZIIR*, *Zeitschrift für Informationsrecht* and articles, but also in other (broader oriented) journals.



La dottrina spagnola in tema di amministrazione

di Rodrigo Moreno Fuentes e Omar Bouazza Ariño

1. – La presente reseña tiene como objeto dar noticia de las obras monográficas, de carácter principalmente académico, publicadas en España, en el ámbito del Derecho Administrativo, en el último bienio. Así, en primer lugar, se trata de informar de las novedades más destacadas, sin entrar en el contenido de tales obras, más que para englobarlas en un sector o ámbito determinado. En segundo lugar, la reseña se limita a la mención de obras monográficas, firmadas por un autor, o por un conjunto de ellos, y publicadas en la forma de libro. Por ello no se incluye en el presente texto un examen de la doctrina administrativista española en el último bienio contenida en artículos científicos publicados en las principales revistas académicas en el ámbito del Derecho Administrativo español, pues tal tarea hubiera rebasado ampliamente el espacio adjudicado a esta crónica. En tercer lugar, se atiende al carácter principalmente académico de tales publicaciones, procurando obviar aquellas que tienen una función de apoyo al ejercicio profesional esencialmente práctico de los operadores jurídicos en este sector de la realidad. En cuarto lugar, la reseña presta atención a las obras publicadas en editoriales jurídicas españolas, y singularmente a aquellas de mayor distribución, por lo que no se encontrará aquí mención de las publicaciones de autores españoles producidas fuera de nuestras fronteras. En quinto lugar, la selección de las obras se ha hecho de

manera no restrictiva, por lo que se incluyen tanto menciones de trabajos de interés para un estudioso del Derecho Administrativo aunque publicados por profesores u operadores jurídicos expertos en otras ramas jurídicas, como de trabajos publicados por profesores o expertos en Derecho Administrativo, que tienen una conexión menos estrecha con esta rama jurídica, y más con el Derecho Constitucional, el Derecho público, o incluso el pensamiento jurídico. Por último, en esta reseña se da noticia de las obras publicadas en el bienio de referencia, de modo que se ha atendido rigurosamente a su fecha de edición, contemplando entonces sólo aquellas que la tienen entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015.

En todo caso, y para aquellos lectores interesados en profundizar en la doctrina administrativista española producida en el último bienio sin atender al formato de su publicación, puede resultar de utilidad el examen de los sumarios de las principales revistas académicas en tal sector jurídico, fácilmente accesibles a través de internet. Pueden citarse aquí, sin ánimo de ser exhaustivos, la *Revista de Administración Pública*, *Revista española de Derecho Administrativo*, *Documentación Administrativa*, *Revista General de Derecho Administrativo*, *Justicia Administrativa*, o la *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica* (REALA). En el ámbito autonómico, cabe mencionar también la *Revista Vasca de Administración Pública*. *Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, *Revista jurídica de Catalunya*, *Autonomies*. *Revista Catalana de Derecho Público*, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, *Revista Valenciana d'Estudis Autonomics*, *Revista Jurídica de Navarra*, *Administración de Andalucía*. *Revista Andaluza de Administración Pública*, *Revista Galega de Administración Pública*. Por último, con otro formato, y carácter multidisciplinar, cabe citar *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*.

Por último, la información bibliográfica que se describe en estas páginas ha sido ordenada agrupándola en distintos sectores o bloques temáticos comunes. La selección de tales bloques o sectores no sigue un criterio riguroso ni estrictamente académico, sino que se ha realizado de manera convencional, para facilitar la búsqueda del lector de aquellas obras que pueden reclamar su atención. En este sentido, se han agrupado sectores que pueden no tener una conexión estrecha entre sí, o no se han incluido otros que no cuentan con publicaciones relevantes en el bienio de referencia, siendo la mención y agrupación de tales obras las que han marcado la ordenación que a continuación se observa.

2. – La aparición de nuevos manuales de la asignatura en los últimos años (pueden citarse los del profesor Germán Fernández Farreres, *Sistema de Derecho Administrativo*, publicado en Civitas en 2012, o el del profesor José Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho Administrativo*, publicado en Marcial Pons en 2010, o el del profesor José María Trayter Jiménez, *Derecho Administrativo. Parte general*, publicado en Atelier en 2013, de los que ya se ha dado noticia en anteriores reseñas en esta revista) no se ha detenido, de manera que en el último bienio han surgido nuevas propuestas de exposición didáctica de los contenidos básicos de la asignatura de elevada calidad doctrinal y rigor expositivo.

Puede citarse en primer lugar la obra del profesor de la Universidad de Santander Luis Martín Rebollo, autor de un código comentado de leyes administrativas de gran éxito editorial, habiendo optado en esta ocasión por extraer del mismo los abundantes y muy clarificadores comentarios doctrinales que iniciaban el examen de cada sector del ordenamiento jurídico administrativo, y haberlos reunido en una narración conjunta y sistemática, a la que se acompaña de un código de las leyes fundamentales en dicho ordenamiento, en un único volumen. El resultado es la obra de Martín Rebollo, Luis: *Leyes administrativas: Manual y normas básicas*, Thomson Reuters-Civitas, 2015, 2202 págs.. Debe citarse igualmente la aparición de Rebollo Puig, Manuel (coord.): *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2015, 438 págs., primer volumen de una ambiciosa obra proyectada en seis tomos, coordinada por el prestigioso profesor de la Universidad de Córdoba, y que integra entre sus autores a distintos profesores de Universidades andaluzas. Igualmente escrito por profesores radicados en la citada Comunidad Autónoma, y aparecido en similares fechas, ha de citarse el manual coordinado por la profesora de la Universidad de Sevilla, Barrero Rodríguez, María Concepción (coord.): *Lecciones de derecho administrativo: Parte general*, Vol. I y II, Tecnos, Madrid, 2014, 336 y 330 págs. respectivamente. Desde una perspectiva transnacional puede mencionarse Rodríguez-Arana, Jaime y Rodríguez Rodríguez, Libardo (dirs.): *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Comares-INAP, Granada-Madrid, 2015, 774 págs. Por último, fuera del ámbito académico, y contando entre sus colaboradores exclusivamente con Abogados del Estado, es de destacar Bueno Sánchez, José Miguel: *Lecciones Fundamentales de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 500 págs.

Igualmente en estos dos últimos años han aparecido obras colectivas que rinden homenaje a distintos profesores o especialistas en la materia del Derecho Administrativo, por motivo de su jubilación o fallecimiento. Cabe así citar el homenaje al profesor de la Universidad de la Complutense Luis Cosculluela Montaner, llevado a cabo por iniciativa de los discípulos que el citado profesor reunió en la Universidad de Córdoba en sus años de magisterio en dicha Universidad. Nos referimos a la obra coordinada por Rebollo Puig, Manuel / Carbonell Porras, Eloísa / López Benítez, Mariano: *Régimen jurídico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 1004 págs.. Igualmente ha de citarse el libro homenaje al profesor también de la Universidad Complutense Juan Alfonso Santamaría Pastor, obra colectiva dirigida por Soriano García, José Eugenio: *Por el Derecho y la libertad*, 2 vols., Iustel, Madrid, 2354 págs.. También como homenaje, pero esta vez a un muy destacado magistrado, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, ha de mencionarse el libro homenaje a Javier Delgado Barrio, coordinado por Arroyo Jiménez, Luis / Beladiez Rojo, Margarita / Ortega Carballo, Carlos / Rodríguez De Santiago, José María: *El juez del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Colección: Comentarios y estudios jurídicos, Madrid, 2015, 662 págs.. Por último, y en homenaje a dos profesores recientemente fallecidos: Demetrio Loperena Rota, de la Universidad del País Vasco, y Ramón Martín Mateo, de la Universidad de Alicante, la *Revista Vasca de Administración Pública- Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, publicada por el Instituto Vasco de Administración Pública- Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea dedicó sus números 99-100 en 2014 a rendir homenaje a dichos profesores. Del mismo modo, y en recuerdo del último de los profesores citados, es obligatorio mencionar Embid Irujo, Antonio (coord.): *Agua, energía, cambio climático y otros estudios de Derecho ambiental en recuerdo a Ramón Martín Mateo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 523 págs..

En el mismo sentido, ha de mencionarse la aparición de distintas obras en recuerdo de quien fuera una de las figuras más relevantes del Derecho Administrativo español contemporáneo, el profesor Eduardo García de Enterría, fallecido en 2013. Pueden citarse VV:AA.: *Eduardo García de Enterría. Semblanzas de su vida y de su obra*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, 630 págs., que reúne muchos de los textos en homenaje del citado autor, aparecidos tras su fallecimiento,

así como de la transcripción de una entrevista realizada al mismo, en el que da cuenta de su actividad personal y académica; Sainz Moreno, Fernando: *Los cimientos del Estado de Derecho. Eduardo García de Enterría en sus recensiones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 568 págs, que reúne distintas recensiones a otras obras realizadas por el desaparecido profesor español; Allan R. Brewer-Carías (dir.): *La protección de los derechos frente al poder de la administración. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá - Caracas, 2014, 949 págs; y también Paricio, Javier: *Eduardo García de Enterría: un recuerdo impresionista*, Marcial Pons, Colección El ojo de la Ley, 2014, 86 págs..

3. – Los retos y desafíos que plantean los diferentes problemas que acechan a las dos entidades supranacionales europeas a las que pertenece España, el Consejo de Europa y la Unión Europea, han sido objeto de atención por parte de la doctrina española. Y es que la crisis económica ha tenido un impacto decisivo en la reconsideración de las estructuras políticas europeas así como en la interpretación de los textos normativos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por un lado, y el Tratado de Lisboa y el subsiguiente derecho comunitario derivado, por el otro. En este contexto, cabe citar las siguientes monografías: Alonso García, Ricardo: *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Thomson Reuters-Civitas, Colección Cuadernos, Cizur Menor, 2014, 130 págs.; Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Antonio: *Estudios sobre jurisprudencia europea*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014, 116 págs.; De Areilza Carvajal, José María: *Poder y Derecho en la Unión Europea*, Civitas, Cizur Menor, 2014, 275 págs.; Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel., *Derecho administrativo europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 449 pp.; Lora-Tamayo Vallvé, Marta: *La Europeización del territorio*, Dykinson, Madrid, 2014, 174 págs. Becerril Atienza, Belén: *Hacia una política cultural de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 480 págs.; Belintxon Martín, Unai: *Derecho europeo y transporte por carretera*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 350 págs.; Mir Puigpelat, Oriol: *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015, 366 págs.. Pueden mencionarse, por último, dos trabajos que merecieron la concesión del premio Lorenzo Martín-Retortillo a estudios sobre Derechos fundamentales, que otorga la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Arzoz Santisteban,

Xabier: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP. Madrid, 2015, 174 págs.; y Pérez Solá, Nicolás: *La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?*, INAP. Madrid, 2015, 164 págs.

4. – La especial actualidad de la cuestión territorial en España, provocada por el planteamiento de problemas identitarios con ocasión del encaje constitucional de Cataluña dentro del Estado español, se ha reflejado en la publicación de distintas obras de administrativistas españoles, las cuales destacan por superar el espacio estricto de esta disciplina, y abordar cuestiones diversas que tienen tal problema como origen o fin de su análisis. Desde una perspectiva constitucional, puede mencionarse tanto el trabajo del profesor de la Universidad Complutense, Muñoz Machado, Santiago: *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, Barcelona, 2014, 304 págs., que ofrece claves para la superación de los problemas mencionados y su integración en una solución comúnmente aceptable, como la obra del profesor de la Universidad de Barcelona, Tornos Mas, Joaquín: *De Escocia a Cataluña. Referéndum y reforma constitucional*, Iustel, Madrid, 2015, 188 págs, que trata de aportar elementos de reflexión para encauzar la solución del conflicto catalán a partir de la experiencia vivida en Escocia desde la *Devolution* hasta la celebración de un referéndum sobre su independencia. Desde una perspectiva histórica, debe citarse también la obra de Nieto García, Alejandro: *La rebelión militar de la Generalidad de Cataluña contra la República*, Marcial Pons Ediciones de Historia y la Fundación Alfonso Martínez Escudero, Madrid, septiembre de 2014, la cual, a pesar de su carácter historiográfico, aporta elementos interesantes para el análisis de la situación actual. Por último, sin ánimo de ser exhaustivos, y desde la perspectiva del principio de la unidad de mercado, ha de mencionarse la obra de Betancor Rodríguez, Andrés: *¿España de los territorios o de los ciudadanos? La captura territorial de la libertad de comercio*, Iustel, Madrid, 2014, 581 págs. Otros libros que tienen como objeto de estudio el funcionamiento del sistema autonómico en su conjunto en el periodo de tiempo objeto de reseña son los siguientes: Sáenz Royo, Eva: *Desmontando mitos sobre el Estado autonómico. Para una reforma constitucional en serio*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2014, 144 págs.; Aja, Eliseo: *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza ensayo,

Madrid, 2014, 408 págs., Meilán Gil, José Luis: *El itinerario desviado del Estado autonómico y su futuro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 186 págs.

La persistencia de una situación de crisis económica y la necesidad de la Administración de adaptarse a las necesidades en las prestaciones propias del Estado Social es un tema también recurrente, en la que la reestructuración y racionalización de la estructura de la Administración es un imperativo inaplazable. Ello se ha visto reflejado en la bibliografía aparecida en el último bienio, como por ejemplo la obra de Rivero Ortega, Ricardo y Rastrollo Suárez, Juan José: *El Derecho de la administración sostenible. Condicionantes europeos y reformas legales*, Ratio Legis, Salamanca, 2015, 411 págs.; Ramió Matas, Carles: *Administración pública y crisis institucional. Estrategias de reforma e innovación para España y América latina*, Tecnos, Madrid, 2015; Albareda, Adriá y Longo, Francisco: *Administración pública con valores. Instrumentos para una gobernanza ética*, INAP, Madrid, 2015, 166 págs.; Silva Ardanuy, Francisco Manuel: *Derechos sociales y laborales frente a la redefinición del modelo de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 116 págs.; Pérez Renovales, Jaime (coord.): *Reforma de la administración pública*, Universidad de la Rioja, 2015, 251 págs., que es en realidad el N° 154, año 2015, de la *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*; Bañón i Martínez, Rafael y Tamboleo García, Rubén (dirs.): *Ideas para la gobernanza*, Fragua Editorial, Madrid, 2015, 773 págs.; también sobre la gobernanza, Zambonino Pulito, María (Dir.): *Gobernanza, Derecho Administrativo y políticas públicas en España y en Marruecos*, Dykinson, 2014, 280 págs.; Puede citarse también el nuevo libro de Federico Castillo Blanco (dir.), *Reestructuración de las administraciones públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015, aborda, desde una perspectiva global, la evolución de la administración pública desde la perspectiva de las necesidades que debe atender, la reforma de sus estructuras y la incidencia en el ámbito jurídico-administrativo y laboral.

Más allá de la reforma territorial del Estado, o la de sus estructuras administrativas, se han publicado igualmente contribuciones que tienen como objeto de interés la organización administrativa, o concretos sectores de ésta. Pueden citarse así Crespo Martínez, Ismael / Nicolini, Cecilia / Parodi, Juan: *Comunicación interna en la administración pública española*, INAP, Madrid, 2015, 200 págs.; Carlón Ruiz, Matilde (dir.): *La Comisión Nacional del Mercado de los Mercados y la Competencia*,

Civitas, Cizur Menor, 2014, 960 págs.. Igualmente, un libro de interés en el ámbito de la administración corporativa, es el nuevo estudio de Luis Calvo Sánchez, *El visado colegial*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2015, 352 págs. En relación con la Administración universitaria, Prieto Álvarez, Tomás (editor): *La reforma de la universidad española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 550 págs; Caro Muñoz, Ana I./ Gómez Otero, Carlos (dirs.): *La reforma del régimen jurídico universitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 350 págs.

5. – La legislación básica estatal también ha sido objeto de reforma en los últimos años, lo cual ha provocado la aparición de una abundante bibliografía que la estudia. Dan buena cuenta de ello los siguientes libros: Santamaría Pastor, Juan Alfonso (dir.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, 500 págs.; Boix Palop, Andrés y De la Encarnación, Ana María: *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 311 págs.; Cebrián Abellán, Manuel: *El Régimen Local tras la reforma de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad*, La Ley: El Consultor de los Ayuntamientos, Bosch, Barcelona, 2014, 880 págs.; Domingo Zaballós, Manuel J. (coord.): *Reforma del Régimen Local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 850 págs.; Medina Guerrero, Manuel: *La Reforma del Régimen Local*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 132 págs.; Silva Ardanuy, Francisco y Manuel Moreno González, Juan Jesús: *Respuestas desde la Economía social a la aplicación de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Protección de los servicios públicos locales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 127 págs.; García Rubio, Fernando (dir.): *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, Madrid, 2015, 610 págs., y del mismo autor, tanto *Las reformas locales en el entorno comparado*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2015, 154 págs., como *Sostenibilidad ambiental y competencias locales: un análisis jurídico*, Dykinson, Madrid, 2015, 247 págs.; Almeida, Marcos / Tubertini, Claudia/ Cruz e Silva, Pedro (dirs.): *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas, Cizur Menor, 2015, 656 págs.; Font i Llovet, Tòmas y Galán Galán, Alfredo (dirs.): *Los retos del gobierno local: repolitización, transparencia y reformas*.

(*Anuario del Gobierno Local 2014*), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2015, 291 págs.; Sánchez González, Juan Francisco: *La reconstrucción de la autonomía local*, Reus, Madrid, 2015, 250 págs., monografía escrita desde la perspectiva del Derecho constitucional. En otro orden de preocupaciones, pero sobre el mismo sector, Merino Estrada, Valentín y Rivero Ortega, Ricardo (dirs.): *Derecho local de Castilla y León*, Iustel, Madrid, 2015, 554 págs.; y de los mismos autores, también, *Innovación y gobiernos locales: estrategias innovadoras de ayuntamientos y diputaciones en un contexto de crisis*, INAP, Madrid, 2015, 184 págs.; Canedo Arrillaga, Maria Pilar / Gordillo Pérez, Luis (dirs.) : *La autonomía local en tiempos de crisis*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 300 págs.; Arana García, Estanislao/ Castillo Blanco, Federico A./ Torres López, María Asunción/ Villalba Pérez, Francisca L. (dirs.): *Lecciones para el estudio del Derecho local*, Tecnos, Madrid, 2015, 256 págs; Almonacid Lamelas, Victor (coord.): *Manual para la gestión inteligente del Ayuntamiento*, El Consultor De Los Ayuntamientos y Juzgados, 2014, 1090 págs.. Por último, en este ámbito ha de destacarse la monografía de Ortega Bernardo, Julia: *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2014, 359 págs.

6. – Dentro también del ámbito la organización administrativa, pero en el sector del empleo público, las publicaciones han sido abundantes. Pueden citarse Baena del Alcázar, Mariano: *Balance de una reforma administrativa moderna: Copérnico. Diez años después*, INAP, Madrid, 2015, 274 págs, que se trata en realidad de la traducción y prologoización del número 20 de la Revista del *Centre d'estudes et de recherches en administration publique Pyramides*, dedicada al estudio del llamado plan Copérnico, aprobado por el Gobierno federal, con el fin de racionalizar y simplificar las estructuras administrativas de Bélgica. Fernández Delpuech, Lucía: *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, 600 págs., que es fruto de la tesis doctoral leída por esta profesora en la Universidad de Granada a finales de 2013; también la monografía de la profesora de la Universidad de Jaén, Gallardo Castillo, María Jesús: *Régimen disciplinario de los funcionario públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 400 págs.; sobre idéntico argumento, Marina Jalvo, Belén: *El régimen disciplinario de los empleados públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 202 págs.; Yaben Peral, Miguel, *El deber de imparcialidad*

en el ejercicio de la función pública. *Derecho de la ciudadanía*, Bosch, Barcelona, 2015, 374 págs.; Quesada Lumbreras, Javier: *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 220 págs.; Palomar Olmeda, Alberto: *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*, Lex Nova, Madrid, 2015, 300 págs.; Cuenca Cervera, J. Javier: *El empleo público local en la España democrática. Una perspectiva institucional*, Editorial Fundación Democracia y Gobierno Local, 2015, 254 págs.; Casado García-Hirschfeld, María: *Función pública de la unión europea. (Auto) Regulación institucional. Las DGA de las instituciones europeas*, INAP, Madrid, 2015, 342 págs.; Rivero Ortega, Enrique V.: *El acceso a la profesión y a la función pública docente del profesorado de educación secundaria obligatoria y de bachillerato*, INAP, Madrid, 2015, 276 págs.; Crespo González, Jorge (dir.): *Crisis y reinención de la función pública en un escenario de gobernanza multinivel*, INAP, Madrid, 2015, 248 págs.; Velázquez López, Francisco Javier y Herrera Díaz-Aguado, Luis (coords.): *Cooperación en la formación entre Instituciones*, INAP, Madrid, 2015, 316 págs.

7. – Lo contencioso-administrativo ha sido objeto de reformas recientes, que no han pasado inadvertidas por los estudiosos del Derecho Administrativo. Cabe citar en este ámbito los siguientes libros: Carbonell Porras, Eloísa (dir.): *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 450 págs.; Gómez Díaz, Ana Belén: *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel, Madrid, 2014, 619 págs.; Cierco Seira, César: *Tasas judiciales y justicia administrativa*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2014, 228 págs.; Sarmiento Acosta, Manuel J.: *En los límites del estado de derecho. Un análisis de la justicia administrativa*, Andavira, Santiago de Compostela, 2014, 348 págs.; Vicente Domingo, Ricardo: *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, 280 págs.; Antonio Ezquerro Huerva Javier Oliván del Cacho (dirs.): *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 1138 págs.; Pérez Marín, Antonio: *El Derecho dispositivo de las partes en el orden civil, contencioso-administrativo y en la jurisdicción constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 265 págs.; Lacruz López, Juan Manuel y Melendo Pardos, Mariano (coords.): *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, Dykinson, Madrid, 2015, 576 págs. Díaz

Fraile, Francisco: *Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 542 págs., que se centra en la extensión por el TEDH de los derechos fundamentales a un juicio justo y a la legalidad penal reconocidos en los artículos 6 y 7 del CEDH al Derecho Administrativo sancionador; Chaves García, José Ramón y Galindo Gil, María Dolores: *Diccionario jurisprudencial del proceso contencioso-administrativo*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2015, 460 págs.; Colomer Hernández, Ignacio *et al.*: *El recurso de casación contencioso-administrativo. Doctrina, jurisprudencia, definición y formularios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 750 págs.; Fernández García, Isidro: *Los Derechos Fundamentales de los militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015, 709 págs.; Utrilla, Dolores: *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 356 págs.; Arzo Sansisteban, Xabier: *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, 271 págs. Desde la perspectiva no jurisdiccional, sino procedimental de las Administraciones públicas pueden mencionarse varios estudios. En relación también con el Derecho de la UE, Viñuales Ferreiro, Susana: *El procedimiento administrativo de la administración europea. De la regulación sectorial a la construcción de un régimen general*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 384 págs. Las materias clásicas de la disciplina han sido objeto de un destacado estudio en los últimos años. Como muestra, pueden citarse los siguientes libros, que consideramos los más relevantes: Gamero Casado, Eduardo (coord.): *Simplificación del Procedimiento Administrativo y Mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, 2014, 461 págs.; García Maestro García, María Josefa: *Tercera Edad y Ayuda a la Dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 447 págs., monografía dedicada al estudio de la regulación jurídica de la tercera edad en España desde la perspectiva de las políticas asistenciales del estado, y destacadamente, la prevista en la Ley de la Dependencia; Cobo Olvera, Tomás: *La notificación de los Actos Administrativos y disposiciones generales (cuestiones prácticas)*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2015, 223 págs. Por último, y a pesar de tratar argumentos muy variados que hacen difícil su encaje en un bloque temático específico, han de mencionarse las Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, cuyo presidente aparece como director de la obra colectiva a la que dio lugar, López Ramón, Fernando (dir.): *Prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, 308 págs.

8. – Uno de los temas que ha ocasionado un mayor debate en los últimos años, exigencia ineludible, quizá, tras la crisis política, es el de la transparencia. Aspiración que, sin lugar a dudas, tendrá que ponderarse con la necesaria protección de datos y los límites del derecho a la información. De entre las monografías más destacadas en este ámbito, citamos las siguientes: Molina Molina, José: *Por qué la transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 167 págs.; Fernández Ramos, Severiano y Pérez Monguió, José María: *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 360 págs.; Guichot Reina, Emilio (coord.): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, 384 págs.; Meseguer Yebra, Joaquín: *La transparencia en las administraciones públicas: el procedimiento de acceso a la información pública*, Bosch, Barcelona, 2014, 96 págs.; Piñar Mañas, José Luis (dir.): *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Reus, Madrid, 2015, 160 p.; Boix Palop, Andrés, *La nueva regulación del audiovisual: medios, derecho y libertades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 454 p.; Fernández Salmerón, Manuel: *Las licencias audiovisuales. Evolución. Régimen. Desafíos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2015, 232 págs.; López Cepeda, Ana M^a: *Nuevos y viejos paradigmas de la televisión pública. Alternativas a su gobierno y (des)control*, Comunicación Social, Ediciones y Publicaciones, Salamanca, 2015, 175 págs.; Andrés Segovia, Belén: *Las Transformaciones de la Televisión Pública Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 211 págs.; Fuertes López, Mercedes, *Neutralidad de la red: ¿realidad o utopía?*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 167 p.; Quesada Rodríguez, Adrián: *Protección de datos y telecomunicaciones convergentes*, BOE, Madrid, 2015, 472 págs.; una excepción a las reglas enunciadas en el inicio de este texto la constituye la obra del profesor colombiano Remolina, Nelson: *Recolección internacional de datos personales. Un reto del mundo post-internet*, BOE, Madrid, 2015, 420 págs, publicación que es fruto del premio a la mejor investigación en la materia otorgado por la Agencia Española de Protección de Datos en 2014; Marzal Raga, Reyes, *El apercebimiento. Una nueva sanción en materia de protección de datos de carácter personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 153 págs.

9. – Uno de los ámbitos del Derecho Administrativo que se ha visto más afectado por la progresiva adaptación al Derecho de la Unión Europea es, sin lugar

a dudas, el derecho de los contratos del sector público. Su creciente complejidad justifica la gran cantidad de monografías sobre la materia, que tratan de ofrecer un poco de luz a los estudiosos y prácticos del derecho. En este ámbito, cabe citar: Gimeno Feliú, José María, *Las nuevas directivas sobre contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, obra que examina las normas de origen europeo en materia de contratación cuya trasposición está prevista para 2016, escrita por uno de los miembros de la Comisión creada al efecto que estudia dicha incorporación al Derecho español, el cual, además, es director de la obra *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 300 págs. ; Santamaría Pastor, Juan Alfonso: *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 260 págs.; Arana García, Estanislao *et al.*: *Nociones básicas de contratación pública*, Tecnos, Madrid, 2014. 152 págs.; Cerrillo Martínez, Agustí: *El Principio de Integridad en la Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 340 págs.; Bauzá Martorell, Felio José: *Naturaleza jurídica de la concesión de hecho consentida por la Administración. El suministro de agua potable al margen de una concesión formal*, Comares, Granada, 2014, 160 págs.; Aymerich Cano, Carlos: *Un problema pendiente: La anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015; Fernández Mallol, Antonio: *Análisis del contrato de servicios. Propuestas para garantizar la integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015; Fernández Romero, Francisco José: *La colaboración público privada. Su aplicación práctica*, Hispalex, Sevilla, 2014, 276 págs.; Domínguez Martín, Mónica y Rodríguez-Chaves Mimbrero, Blanca: *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales. Estudio desde la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2014, 558 págs.; Vázquez Matilla, Francisco Javier: *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 300 págs.; Martínez Gutiérrez, Rubén: *La Contratación Pública Electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 291 págs.; Candela Talavera, José Enrique: *La posición de la Administración en la contratación pública*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2015, 187 págs. Por último, un fenómeno atemporal en el ámbito de la Administración es la utilización de formas de derecho privado para el cumplimiento de funciones públicas. Es el conocido fenómeno de la huida del Derecho Administrativo hacia formas de derecho privado. En este ámbito hay que hacer referencia al libro de Diego Ballina Díaz, *Las sociedades mercantiles de capital*

íntegramente municipal, INAP, Madrid, 2015. El autor analiza desde un punto de vista crítico el régimen de las sociedades mercantiles de titularidad municipal, prestando especial atención a las relaciones que existen entre el Derecho Público y Privado en el seno de las mismas. Expone en qué situaciones la actuación de estos entes se somete al derecho público y, por exclusión, en qué casos al derecho privado.

10. – El medio ambiente es una fuente inagotable de supuestos de hecho que se dan en el Derecho Administrativo, por lo que las leyes sectoriales y subsectoriales se afanan en ofrecer soluciones. La doctrina no es ajena a este fenómeno y contribuye con sus estudios a la interpretación de un ordenamiento especialmente complejo. En este ámbito, destacamos: Parejo Alfonso, Luciano (dir.): *El Derecho ante la Innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 334 págs.; Bustillo Bolado, Roberto: *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 496 p.; Ruiz de Apodaca, Ángel María: *Régimen jurídico de la evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 512 p.; Sanz Rubiales, Íñigo, *Cambio climático y Unión Europea. Presente y futuro del mercado europeo de emisiones (estudios de derecho público)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 444 p.; Tolivar Alas, Leopoldo: *Los poderes públicos y el fuego*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 325 p.; Fernández- Torres Nieto, Juan José et al.: *Comentario a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y desarrollo sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de costas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 404 págs.; Betancor Rodríguez, Andrés: *Derecho ambiental*, La Ley, Madrid, 2014, 1860 págs.; Fernández de Gatta Sánchez, Dionisio Rodríguez: *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, Ratio Legis, Salamanca, 2015, 341 págs.; Martínez, Isabel (dir.): *La negociación de emisiones GEI en los mercados de carbono: régimen y regulación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 724 págs.; Bensusan Martín, M^a Pilar: *Regulación jurídico-administrativa de la contaminación atmosférica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 435 págs. Finalmente, también cabe destacar el libro de de María de los Ángeles Fernández Scagliusi, *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis: ¿nuevas tendencias coyunturales o definitivas?*, Tecnos, Madrid, 2015, 344 págs., que aborda el tema de la crisis económica en el ámbito del dominio público, donde ha tenido un especial impacto negativo, desde la perspectiva medioambiental. De la misma autora, *El dominio público funcionalizado: la*

corriente de valorización, INAP, Madrid, 2015, 392 págs.. En fin, también hacemos referencia al libro de Antonio Embid Irujo, *El segundo ciclo de la planificación hidrológica en España (2010-2014)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Cierco, César (Coord.): *Uso y control del espacio público: viejos problemas, nuevos desafíos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 314 p.; Pérez Gálvez, Juan Francisco: *El nuevo derecho de costas: ley y nuevo reglamento general de costas*, Bosch, Barcelona, 2015, 1204 p.; Rodríguez Blanco, Miguel: *Régimen jurídico de cementerios y sepulturas*, Comares, Granada, 2015, 248 p.; Pons Cánovas, Ferràn, *El nuevo régimen jurídico de las costas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 309 págs., Blasco Hedo, Eva: *Propiedad forestal privada y energías renovables*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 360 págs., sobre las limitaciones que a los titulares privados de bosques impone la funcionalización social de su propiedad efectuada por la legislación de montes, en conexión con la existencia de aprovechamiento renovable, a través de parques eólicos o de biomasa; Benito López, Miguel Ángel (dir.): *Agua y Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 434 págs., donde expertos nacionales e internacionales en el Derecho de Aguas analizan en esta obra los retos fundamentales de la gobernanza del agua en el Siglo XXI; Mora Aliseda, Julián (coord.): *Gestión de recursos hídricos en España e Iberoamérica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 544 págs.; Dios Viéitez, M^a Victoria: *Recursos mineros y ordenación del territorio. Un análisis desde la comunidad autónoma de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, 155 págs.; Aguirre i Font, Josep: *Régimen jurídico del litoral catalán. : Especial referencia a la reforma de la Ley de Costas operada*, Atelier, Barcelona, 2015, 444 págs.; VV.AA.: *Descentralización, transparencia y seguridad jurídica en América latina y Europa*, INAP, Madrid, 2014, 206 págs.; Martínez Vázquez de Castro, Luis: *Daños medioambientales y Derecho al silencio*, Reus, Madrid, 2015, 147 págs.

11. – El urbanismo es una materia clásica siempre objeto de debate. Además, en los últimos años se han aprobado reformas destacadas que no han sido ignoradas por la doctrina. Citamos las obras que observamos más destacadas: Abel Fabre, Jordi, *El sistema de compensación urbanística: una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia*, Bosch, Barcelona, 2014, 780 p.; Ramallo López, Fátima: *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 667 p.; Ramallo López, Fátima: *La planificación territorial sostenible*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 427

p.; Corral Escariz, Vicente: *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 267 págs.; Benetti, Giulia: *Los Procedimientos de Adjudicación de las Obras Públicas a Iniciativa Particular un Estudio Comparado*, Tirant Lo Blanch, Colección: Inst. Pascual Madoz: Territorio, urbanismo y medio ambiente, Valencia, 2014, 118 págs.; Lora-Tamayo Vallbé, Marta: *Proyectos singulares de regeneración urbana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 192 págs.; Rodríguez Beas, Marina: *El Comercio en el Ordenamiento Jurídico Español: El Urbanismo Comercial y la Sostenibilidad Urbana*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 301 págs.; Quintana López, Tomás (dir.): *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 716 págs., autor que también dirige, en la misma editorial, la obra *Derecho urbanístico. Guía teórico práctica*, 2014, 1059 págs.; Ochoa Figueroa, Alejandro: *La tutela del agua mediante el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, 606 págs., consecuencia de la lectura de la tesis doctoral del autor en 2013; Muñoz Guijosa, Astrid: *La vinculación singular en la normativa sobre suelo y urbanismo*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, 250 págs.; Vázquez Pita, José María: *La actividad urbanizadora como servicio de interés económico general*, INAP, Madrid, 2014, 224 págs.; Parejo Alfonso, Luciano y Roger Fernández, Gerardo: *Comentarios a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (L3R)*, Iustel, Madrid, 2014, 244 págs.; Jordano Fraga, Jesús (dir.): *El urbanismo de la crisis. La regularización de la edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*, Tecnos, Madrid, 2015, 296 págs.

12. – En materia de responsabilidad se han publicado varias monografías de indudable interés. Un libro de indudable trascendencia y del mayor interés en las relaciones de España con la Unión Europea es el de Edorta Cobreros Mendazona, *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2015. Ofrece una visión completa, sistemática y precisa del alcance de la responsabilidad patrimonial de los Estados, desde el punto de vista del ordenamiento de la Unión Europea, y, por otro lado, una panorámica de su aplicación efectiva en nuestro ordenamiento estatal. Destaca, en segundo lugar, el libro de Juan J. Fernández Cabanas, *El resarcimiento de daños causados por catástrofes naturales*, Comares, Granada, 2015. Aborda un estudio completo del régimen jurídico

de la responsabilidad de la Administración ante las eventualidades extremas de la naturaleza. Con carácter general, el libro de Delgado Sancho, Carlos David: *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Gomylex, Bilbao, 2014, 180 págs. Conectado con el siguiente apartado, puede citarse también la obra de García Amez, Javier: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 450 págs., que se centra en el estudio de la responsabilidad por daños ambientales, y la imposición por la Administración del deber de reparación de tales daños; en el mismo sector, la obra de Pigrau Solé, Antoni / Villavicencio Calzadilla, Paola / González Ballar, Rafael (dirs.): *El Acceso a la Justicia de las Víctimas de Daños Ambientales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 947 págs.; Medina Crespo, Mariano: *El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte en el nuevo baremo de tráfico. Ley 35/2015*, de 22 de septiembre, Bosch, Madrid, 2015, 317 págs, libro escrito por un experimentado civilista que ha intervenido en la Comisión que ha dado a luz el nuevo baremo para la cuantificación de los daños producidos en accidentes de tráfico, el cual es de gran relevancia, puesto que es utilizado a menudo como modelo en la jurisdicción contenciosa a efectos de determinar el daño con ocasión de actuaciones de la Administración que pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial. De este nuevo baremo da también cuenta Agüero Ramón-Llín, Elena: *Las indemnizaciones de las víctimas de accidentes de tráfico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 157 págs.

13. – Desde la perspectiva del Derecho de la competencia, pueden citarse los estudios de Casamitjana Olivé, Cristina: *Análisis Jurídico de la Competencia en el Mercado Aeroportuario Español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 246 págs.; Canedo Arrillaga, M^a Pilar (dir.): *Administración y competencia. Un análisis de la labor general de la Administración y una especial mirada a la situación de competencia en los puertos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 381 págs.; Recuerda Girela, Miguel Ángel (coord.): *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2014, 600 págs.; Pedraza Córdoba, Juanita: *Competencia Efectiva y Servicios de Interés Económico General*, Tirant lo Blanch, 2014, 486 págs.; Font Ribas, Antoni y Gómez Trinidad, Silvia: *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 365 págs.. Siguiendo en

el ámbito concurrencial, y desde la perspectiva del procedimiento, Guillén Caramés, Javier (dir.): *Cuestiones Actuales del Procedimiento Sancionador en el Derecho de la Competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2014, 400 págs.. En relación con la regulación de los servicios profesionales, Zurimendi Isla, Aitor, Ciarreta Antuñano, Aitor, y Espinosa Alejos, María Paz: *Servicios profesionales en España: ¿Reforma imposible?*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 464 págs.; y en el mismo sector Luis Calvo Sánchez, *A vueltas con la reforma de los servicios y colegios profesionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en el que el autor centra la atención en el trascendente impacto de la Directiva sobre libre prestación de servicios así como su transposición al ordenamiento español al ámbito de la prestación de los servicios profesionales. En relación con el sector de las telecomunicaciones, Quadra Salcedo, Tomás de la (dir.): *Derecho de las Telecomunicaciones*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2015, 904 págs., y desde la regulación pública en el ámbito de la empresa, Serrano Acitores, Antonio (dir.): *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial. El Derecho público y la empresa*, Bosch, Barcelona, 2015, 1072 págs.. En el sector de la energía, cabe citar a Palomar Olmeda, Alberto y Vázquez Garranzo, Javier: *La factura electrónica en la actividad de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, 352 págs.; María Asunción Torres López, *Administración local y energías renovables*, Comares, Granada, 2015, 328 p.; Torres López, María Asunción (dir.): *Administración local y energías renovables*, Comares, Granada, 2015, 328 págs.; Castro-Gil Amigo, Juan et al.: *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 380 págs.; Alenza García, José Francisco (dir.): *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 683 págs. En último lugar, y sin que tenga un encaje estrecho en este apartado, puede citarse por su interés la obra de la Torre Sotoca, Juan David: *Premios culturales públicos. Consideraciones de legalidad administrativa y financiera*, Comares, Granada, 2015, 336 págs.

14. – En materia de salud, cabe destacar las siguientes monografías: Pérez Gálvez, Juan Francisco: *La sostenibilidad del sistema nacional de salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, 320 págs., y del mismo autor, editorial y año, *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, 320 págs.; Alenza García, José Francisco y Arcos Vieira,

M^a Luisa (dirs.): *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en derecho sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 710 págs.; Vida Fernández, José: *Concepto y régimen jurídico del medicamento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 218 págs.; Jorge Tomillo Urbina, *Derecho y salud como realidades interactivas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 1040 p.; Sarrato Martínez, Luis: *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, La Ley, Madrid, 2015, 780 págs.; Menéndez Rexach, Ángel (dir.): *Estudios jurídicos sobre seguridad alimentaria*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 339 págs.; Rodríguez Martínez, M^a Eugenia: *Seguridad alimentaria y Derecho de daños*, Reus, Madrid, 2015, 219 págs., que si bien es una obra conectada inicialmente con el Derecho Civil, tiene también repercusiones importantes para materias propias del derecho Administrativo; Miranda Serrano, Luis María (dir.): *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Iustel, Madrid, 2015, 676 págs.; Álvarez Moreno, M^a Teresa: *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015, 203 págs.; Castaños Castro, Paula: *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, Dykinson, S.L., Madrid, 2015, 263 págs.; Esteban de la Rosa, Fernando (coord.): *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 1150 págs.

15. – Una de las reformas más destacadas y polémicas de los últimos tiempos ha venido dada por el nuevo régimen jurídico de la seguridad ciudadana, planteada por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Norma que actualiza el régimen jurídico de la materia, que había quedado desfasado ante las nuevas modalidades de protesta, caracterizadas por su carácter masivo y un mayor tono intimidatorio. En este contexto hay que situar el libro de Alberto Palomar Olmeda, *El nuevo régimen de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Realiza un análisis conceptual del nuevo régimen de la materia y de los elementos centrales para comprender el alcance de la nueva norma, así como los instrumentos y competencias que se ofrecen a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. A su vez, Casino Rubio, Miguel, en *Seguridad pública y Constitución*, Tecnos y Universidad de Sevilla, Madrid, 2015, 120 págs, estudia el contenido del art. 149.1.29 de la Constitución, y la distribución de competencias en la materia. Selma Penalva, Alejandra: *La expulsión de extranjeros del*

territorio español. Aspectos controvertidos de su Régimen Jurídico, Laborum, Murcia, 2015, 318 págs.; Acosta Gallo, Pablo: *Derecho de la Seguridad, Responsabilidad Policial y Penitenciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 263 págs.

16. – El Derecho deportivo ha sido objeto de atención en estos años. Pueden citarse las obras de Fernández Rodríguez, Tomás Ramón: *La justicia deportiva. Cuatro estudios*, Civitas, Colección Cuadernos, Madrid, 2015, 160 págs., que recoge cuatro contribuciones del reconocido profesor de la Universidad Complutense dedicadas al estudio de la confluencia entre Derecho y deporte, desde una perspectiva jurisdiccional; Hontangas Carrascosa, Julián / Orts Delgado, Francisco J./ Mestre Sancho, Juan A.: *La gestión participada del deporte local*, Reus, Madrid, 2014, 400 págs.; Jiménez Soto, Ignacio: *La configuración jurídica del deporte en el medio natural. Relaciones con el turismo, el desarrollo sostenible y la ordenación del territorio*, Reus, Madrid, 2015, 374 págs.; Casanova Guasch, Feliciano: *El estatuto jurídico del agente de deportistas: estudio de su problemática jurídica*, Reus, Madrid, 2015, 688 págs.; Millán Garrido, Antonio (coord.): *Cuestiones actuales del Derecho del deporte*, Reus, Madrid, 2015, 416 págs., que incorpora las ponencias impartidas y las comunicaciones presentadas en el X Congreso de la Asociación Española de Derecho Deportivo celebrado en Córdoba en 2014.

El derecho a la educación ha sido también objeto de interés, como puede verse en Caballero Sánchez, Rafael (Dir.): *Sistema educativo y descentralización territorial*, Iustel, Madrid, 2015, 499 p.; Fernández Rodríguez, Carmen: *Claves de la reforma educativa*, Colex, Madrid, 2015, 190 págs.; Sancho Gargallo, Miguel Ángel: *La autonomía de la escuela pública*, Iustel, Madrid, 2015, 358 págs.; Martínez López-Muñiz, José Luis /Calvo Charro, María /González-Varas, Alejandro /De Los Mozos Touya, Isabel M.^a: *Legitimidad de los colegios de un solo sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad*, Iustel, Madrid, 2015, 378 págs.

En último lugar, se rinde cuenta de algunos trabajos que se centran en cuestiones generales, sin que quepa su atribución a un sector específico de los ya nombrados. Así, la obra de Muñoz Machado, Santiago: *Sobre la pobreza y el derecho*, Iustel, Madrid, 2014, 100 págs., que recoge la Lección pronunciada con ocasión de la Investidura de su autor como Doctor "Honoris Causa" por la Universidad de Valencia; Rodríguez Arana Muñoz, Xaime: *Derecho administrativo y derechos sociales*

fundamentales, INAP, Madrid, 2015, Darnaculleta Gardella, Mercé / Esteve Pardo, José / Spiecker gen. Döhmman, Indra (eds.): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 356 págs.; Luis Arroyo / Dolores Utrilla, *La administración de la escasez*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 257 p.; Roca, María J. (coord.): *Derecho Público y Derecho Privado. Diferencias de Régimen jurídico y Cuestiones actuales de recíproca influencia*, Iustel, Madrid, 2015, 346 págs.; Velasco Caballero, Francisco: *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 165 págs., también sobre las fronteras entre los dos grandes campos del Derecho; igualmente Pascua Mateo, Fabio: *El rapto del Derecho privado*, Civitas, Cizur Menor, 2014;.

Y para acabar, se mencionan aquí dos traducciones de autores no españoles. La primera, Forsthoff, Ernst: *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*, Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, Madrid, 2015, 536 págs., por incorporar tanto un estudio introductorio del profesor portugués Joaquim Gomes Canotilho como del profesor español Lorenzo Martín-Retortillo, del que, además, se añade un pionero trabajo publicado a principios de la década de los sesenta en España sobre el concepto de *Daseinvorsorge*. Y la última, la traducción de la obra del profesor de la Universidad de Bolonia Luciano Vandelli: *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, Iustel, Madrid, 2015, 327 págs., realizada por el profesor de la Complutense Tomás Cano Campos, que expresa particularmente la especial conexión del profesor Vandelli con España, y en general el interés de los estudiosos del Derecho Administrativo español por la doctrina y los autores italianos, constituyendo esta reseña en realidad una muestra evidente de reciprocidad.



Austrian Literature in Administrative Law 2014/15 – An Overview

di Maria Bertel

1. – In the reporting period 2014-15 the introduction of administrative courts in 2014 still has a strong impact on the literature in administrative law. Moreover, as already in the past, the implementation and the effects of EU law were stimulating publishing activities in Austria. This is also reflected in the amount and variety of publications combining an analysis of Austrian and EU law. Beside the fields of general administrative law and administrative procedural law the emphasis of publishing activities concerned special administrative law.

This report can only give a (very small and selective) summary on the literature of the reporting period. This is mainly due to two facts: On the one hand the field of administrative law covers a wide range of different topics; on the other hand, due to the federal structure of Austria, legislation is divided between the federal level and the Länder.

Still the number of publishing houses, journals and series is rising: Beside the traditional publishing houses such as facultas.wuv, Manz, Springer, Linde Verlag and Verlag Österreich, especially the Jan Sramek Verlag and NWV (Neuer Wissenschaftlicher Verlag) can be considered as the main publishing houses in the field of administrative law.

2. – Regarding textbooks publishing activities mainly resulted in new editions of already successful books: A compact but comprehensive introduction into general administrative law is given by A. Kahl/K. Weber, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, facultas.wuv, 5th ed., 2015, pp. 351. This edition includes the changes resulting from the introduction of administrative courts and the newest literature and jurisprudence in the field. The authors are not only providing students with basic definitions and the constitutional and European background of administrative law, but are also describing organisational aspects of administrative law, administrative action, the relation between citizens and state, administrative control and legal protection. The whole textbook is not only concerning the Austrian system of administration, but always includes the influence and impact of EU law.

Other established textbooks available in new editions in the reporting period include C. Grabenwarter/M. Holoubek, *Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, facultas.wuv, 2nd ed., 2014, pp. 457 and B. Wieser, *Einführung in das Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, Wien, Verlag Österreich, 2nd ed., 2014, pp. 257, S. Griller, *Grundlagen und Methoden des Verfassungs- und Verwaltungsrechts*, Wien, Verlag Österreich, 3rd ed., 2014, pp. 201, and K. Weber/Th. Müller, *Einführung in das öffentliche Recht und Europarecht*, Wien, Verlag Österreich, 2nd ed., 2014, pp. 102. Those textbooks are also reflecting the strong connection between (general) administrative law on the one hand and constitutional and European Union law on the other hand.

Moreover three textbooks by A. Hauer, each covering part of the general administrative law can be recommended in this context: A. Hauer, *Staats- und Verwaltungsorganisation*, Linz, Pedell, 2014, pp. 151 deals with the organisational aspect of administration and A. Hauer, *Staats- und Verwaltungshandeln*, Linz, Pedell, 2014, pp. 215 encompasses administrative action. Finally, A. Hauer, *Gerichtbarkeit des öffentlichen Rechts*, Linz, Pedell, 2014, pp. 356 deals amongst others with the system of administrative courts including the Administrative High Court.

Due to the variety of materia, textbooks in the area of special administrative law can only encompass selected fields. A very rich selection is provided by S. Bachmann, G. Baumgartner, R. Feik, K. Giese, D. Jahnel, G. Lienbacher (eds.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Wien, Verlag Österreich, 10th ed., 2014, pp. 646,

encompassing fields of special administrative law which are part of the competence of the federal legislator (police law, law of associations, law on assemblies, aliens legislation, law of registration, legislation on citizenship, industrial law, water law, forest law, legislation on roads, waste management laws, environmental impact assessment, data protection laws, heritage protection law, procurement law). Additionally, subject matters the Land legislators are competent for (regional planning and development laws, construction law, real estate law, nature protection laws and event law) are included. This textbook is of peculiar interest as it combines all nine Land legislations and gives a comprehensive overview of the different Land legislations in the matters mentioned.

Similarly, but in a more compact way and besides the federal legislation, with an emphasis on the Upper Austrian legislation, B. Leitl-Staudinger, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4th ed., Linz, Pedell, 2014, pp. 267 provides an overview of different materia of the Austrian special administrative law.

Publishing activities in the field of administrative procedure is characterized by a relatively high amount of new editions of established textbooks on the one hand, and newly introduced textbooks on the other hand. Most of them were published in 2014 and are the result of the introduction of administrative courts. As the detailed code on procedure of the administrative courts was only published in the Official Gazette BGBl I 2013/33 most textbooks would be adapted only after this fundamental reform entered into force.

New editions of textbooks include the very detailed textbooks of J. Hengstschläger/D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht. Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten*, 5th ed., Wien, facultas.wuv, 2014, pp. 658 and D. Kolonovits/G. Muzak/K. Stöger, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts: einschließlich der Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und vor dem VwGH*, 10th ed., Wien, Manz, 2014, pp. 820. Shorter textbooks are provided by G. Wielinger, *Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht und in das Recht der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Graz, Leykam, 2014, pp. 333 (new textbook), W. Fasching/W. Schwartz, *Verwaltungsverfahrenrecht im Überblick*, 5th ed., Wien, facultas.wuv, 2014, pp. 149 and C. Grabenwarter/M. Fister,

Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 4th ed., Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 349.

In the field of economic law the textbook C. Bezemek/Eberhard/C. Grabenwarter/M. Holoubek/G. Lienbacher/M. Potacs/E. Vranes, *Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I*, 10th ed., Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 303 was released in a new edition. The textbook provides the reader with a profound and systematic introduction into economic law: It starts with some legal basics (such as the question of what law is, of legal interpretation and of the system of economic law) and the organisational aspects of Austrian and EU Law. In the following, specific contents regarding economic law are presented, such as basic guarantees in economic law, European single market law, European competition law, access to industrial and business activities, production plants and law of construction, and administrative procedure and forms of national legal protection. This textbook is highly useful for students, as in the end of each chapter questions for testing the knowledge of the student are attached.

In addition to textbooks, (new) books on how to draft pleadings in administrative (and more generally public) law were released, e.g. A. Hauer/M. Metzler, *Schriftsatzmuster Öffentliches Recht 2014*, Linz, Pedell, 2014, pp. 114 or G. Holzinger/M. Hiesel, *Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts*, 4th ed., Wien, Manz, 2015, pp. 557. Both books are not only directed to students, but mainly to practitioners. A similar book is D. Altenburger/B. Kneihls, *Schriftsätze an VwG, VfGH und VwGH*, 5th ed., Wien, LexisNexis Verlag, pp. 184.

Lastly, the third edition of the casebook Th. Müller/K. Wallnöfer/A. Wimmer (eds.), *Fallbuch. Verwaltungs-, Verwaltungsstraf- und Verwaltungsverfahrenrecht*, 3rd ed., Wien, Jan Sramek, 2015, pp. 378 has to be mentioned. It is directed to students and equipped with QR codes providing additional information on the cases.

3. – One of the most discussed topics in the period of report is still the reform regarding the introduction of administrative courts in Austria. Published in the Official Gazette already in 2012 (BGBl I 51/2012) the reform entered into force 1st of January 2014. Therefore, in the reporting period we can observe that new editions, incorporating the new legislation are available. Moreover, the first

publications in reaction to the entry into force of the reform and the first experiences with the newly established administrative courts can be found.

The conference volume P. Bußjäger/A. Gamper/C. Ranacher/N. Sonntag (eds.), *Die neuen Landesverwaltungsgerichte*, Wien, new academic press, 2014, pp. 240 is a collection of different contributions to one of the first conferences on the topic and was published in the beginning of 2014.

One of the most comprehensive books in the field of the newly established administrative courts is J. Fischer/K. Pabel/N. Raschauer (eds.), *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien, Jan Sramek, 2014, pp. 704. It includes articles on the history of the administrative courts (Th. Olechowski, *Historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich*, p. 3 ff.) followed by a systematic macro-perspective of the administrative courts in the Austrian (Th. Öhlinger, *Die Verwaltungsgerichte im System der österreichischen Bundesverfassung*, p. 37 ff.) and European (S. Storr, *Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Kontext*, p. 71 ff.) context and a micro-perspective of the system itself (W. Steiner, *Systemüberblick zum Modell "9 + 2"*, p. 105 ff.). Moreover, systematic aspects are also covered by a chapter rather at the end of the book, G. Kofler/W. Summersberger, *Das Bundesgericht für Finanzen im System der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, p. 623 ff., which shall be mentioned here because of the systematic context.

Furthermore the organization, the requirements for judges and the competences of the different administrative courts is explained in three chapters (J. Fischer/M. Zeinhofer, *Organisation, Besetzung und Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte*, p. 147 ff., V. Madner, *Organisation, Besetzung und Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts*, p. 203 ff., D. Ennöckl, *Organisation, Besetzung und Zuständigkeiten des VwGH*, p. 239 ff.). M. Brandstetter/A. Lukas, *Das Dienstrecht der Verwaltungsgerichte*, p. 259 ff. explain the rules on employment of judges of the administrative courts.

After this organizational part, the following chapters regard the legitimation of filing a complaint before the administrative courts (B. Leitl-Staudinger, *Die Beschwerdelegitimation vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH*, p. 317 ff.), the subject of the lawsuit (A. Hauer, *Der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem*

VwGH, p. 353 ff.), procedural law itself (K. Pabel, *Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten*, p. 379 ff., M. Mayrhofer/M. Metzler, *Das Verfahrensrecht des VwGH*, p. 453 ff.) and legal protection (A. Kahl, *Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erster Instanz beim VwGH*, p. 433 ff., E. Schulev-Steindl, *Einstweiliger Rechtsschutz*, p. 563 ff.).

The relation between municipalities and administrative courts is analyzed by H. Eberhard, *Verwaltungsgerichte und Gemeinden*, p. 601 ff.

Finally, N. Raschauer, *Die Auflösung (fast) aller Sonderbehörden*, pp. 653 ff. is dealing with the dissolution of a variety of special administrative instances that lost their fields of action with the introduction of administrative courts.

Similarly, but in a more practitioners oriented way, the conference proceedings of the Österreichische Juristenkommission, Österreichische Juristenkommission (ed.), *Justizstaat: Chance oder Risiko? Verwaltungsgerichtsbarkeit neu*, Wien, Linde Verlag, 2014, pp. 387 are dealing with questions regarding the basic configuration of the administrative courts, but also provide articles analyzing the impact of the administrative courts on administration (e.g. B. Raschauer, *Auswirkungen der Reform auf die Verwaltung*, p. 233 ff.).

The relation between municipalities and the reform is the topic of a publication of the Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft, KWG (ed.), *Verwaltungsreform – Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien, Manz Verlag, 2014, pp. 78. Apart from an overview on the organization of the administrative courts (H. Stolzlechner/C. Aufreiter/M. Lütte, *Die Organisation der Verwaltungsgerichte*, p. 1 ff.), the procedure of the administrative courts from the point of view of municipalities (D. Leeb, *Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte aus gemeindespezifischer Sicht*, p. 27 ff.), the impact of the reform on citizens and municipalities (H. Eberhard, *Der Einfluss der Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform auf Gemeinden und Bürger*, p. 43 ff.) and the supervision of municipalities (A. Hauer, *Die neue Funktion der Gemeindeaufsicht*, p. 61 ff.).

Of the literature published in connection with the newly established administrative courts only a very small selection can be presented in the following.

A big part of publications is dealing with the new procedural law of administrative courts and also with changes in the procedural law of the

Administrative High Court. The contributions in the conference proceedings M. Holoubek/M. Lang (eds.), *Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht*, Wien, Linde Verlag, 2014, pp. 360 and M. Holoubek/M. Lang (eds.), *Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof*, Wien, Linde Verlag, 2015, pp. 385 deal with various aspects of the administrative procedure before the courts.

Other publications discuss the role of the authority e.g. regarding its competence to issue so-called „Beschwerdevorentscheidungen“ (G. Schmidlechner, *Die Beschwerdevorentscheidung im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren*, Wien, Jan Sramek, 2015, pp. 131) or the role of administration in proceedings of administrative courts (e.g. T. Ehrke-Rabel/F. Merli [eds.], *Die belangte Behörde in der neuen Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 232; with contributions of R. Jantscher, *Das verwaltungsgerichtliche Verfahren zwischen Partei- und Inquisitionsprozess*, p. 1 ff., E. Maier, *Die belangte Behörde als Partei im Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten*, p. 17 ff, F. Raab, *Die Rolle der belangten Abgabenbehörde im finanzgerichtlichen Verfahren*, p. 39, B. Gunacker-Slawitsch, *Einigung im finanzgerichtlichen Verfahren?*, p. 61 ff, M. Scharfe, *Klaglosstellung durch die belangte Behörde im Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten*, p. 117 ff, T. Ehrke-Rabel, *Das Instrument der Klaglosstellung im Abgabenverfahren*, p. 147 ff., F. Merli/T. Ehrke-Rabel, *Die belangte Behörde in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit – Vergleich und Bewertung*, p. 167 ff).

The *ZfV*, *Zeitschrift für Verwaltung*, is one of the most important journals in the field of administrative law. The last two years were of course characterized by questions regarding the introduction of the administrative courts. Amongst others, the topic of coming into force of decisions of authorities and its implications were discussed in literature as large; C. Ranacher, *Amtswegige Aufhebung und Abänderung von Bescheiden neben und nach dem verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren*, *ZfV* 2015/3, p. 15 ff, e.g., discussed the possibility of revocations of such decisions ex officio. Of high interest, especially for practitioners, is the newly introduced – periodically included - review on decisions of the different administrative courts by H. Eberhard/E. Pürgy/C. Ranacher (e.g. *Rechtsprechungsbericht: Landesverwaltungsgerichte, Bundesverwaltungsgericht und Verwaltungsgerichtshof. Administrativrechtlich relevante Judikatur*,

ZfV 2015/52, p. 395 ff) which allows to quickly get an overview of the most important decisions and trends in administrative jurisprudence.

With (special) regard to the decisions of the administrative courts, the newly established journal *Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit* has to be mentioned. This journal is dedicated exclusively to topics linked to the administrative courts. Apart from scientific articles, it provides an exhaustive overview of the administrative courts jurisprudence focusing especially on a systematic and well-structured presentation of the cases.

4. – The field of environmental law is a very dynamic field of law not least due to the strong influence of European Union and International Law. This is also reflected in the amount and variety of publications in environmental law. The most important Austrian Journal in this field is *Recht der Umwelt* (RdU), but articles on environmental law can be found of course in any Austrian journal.

An important topic in the field of environmental law has been the question to which extent the public can participate in the decision on projects. P. Bußjäger/S. Lampert, *Öffentlichkeitsbeteiligung im UVP-Feststellungsverfahren*, ecolex 2015, p. 910 ff write on the possibilities of participation of the public within the framework of environmental impact assessments. W. Bergthaler, *Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großprojekten - aktuelle Herausforderungen im Lichte der Aarhus-Konvention*, RdU-U&T 2015/20, p. 86 ff. is focusing on the participation of the public in large projects and the requirements of the Aarhus Convention. B. Bachl, *Die (betroffene) Öffentlichkeit im UVP-Verfahren*, Wien, Manz Verlag, 2015, pp. 490, provides a comprehensive analysis of the public concerned within the framework of an environmental impact assessment and addresses questions such as who pertains to the public concerned, how this group gets to know about an environmental impact assessment and what possibilities of participation exist during and after an environmental impact assessment.

Questions arising in connection with the so-called state-of-the-art and environmental law are answered by A. Forster, *Der „Stand der Technik“ als Instrument des Umweltrechts*, Wien, Jan Sramek, 2015, pp. 364, who also puts an emphasis on the role of the public. Finally, T. Weber, *Umweltschutz durch Rechtsschutz? Internationale und*

Europäische Vorgaben für den Rechtsschutz im Umweltrecht und ihre Umsetzung in Österreich - analysiert am Beispiel des Wasserrechts, Wien, Verlag Österreich, 2015, pp. 281 is also dealing with the role of the public, but putting more emphasis on legal protection. Again, European and International Law (especially the Aarhus Convention) and its influence on the national law are incorporated. This text also shows the second big topic in the literature on environmental law in the reporting period. This is the question on mechanisms of legal protection in the field of environmental law. The publication of the Institut für Umweltrecht, (eds.), *Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2015*, Wien, Manz Verlag, 2015, pp. 219 unites a variety of articles on that same topic.

5. – Another example for a topic of special administrative law characterized by a big amount of publications is procurement law. Specialized Austrian journals in this field are e.g. the journals *Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht*, *RPA Zeitschrift für Vergaberecht* and *VIL Vergabe Infoletter*. In 2014 the well-established handbook M. Holoubek/C. Fuchs/K. Holzinger, *Vergaberecht*, 4th ed., Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 267 was released in an edition adapted to the changes necessary due to the introduction of the administrative courts and implementing a reform of the procurement law entering into force 1st of January 2014. Other handbooks published in the reporting period are M. Sachs/K. Trettnak-Hahnl, *Das neue Bundesvergaberecht. Leitfaden für Länder und Gemeinden*, 4th ed., Wien, Manz Verlag, 2014, pp. 122 and A. Kahl/S. Rosenkranz, *Vergaberecht*, 2nd ed., Wien, Jan Sramek Verlag, 2014, pp. 205. An introduction to procurement law directed mainly to students is provided by K. Gruber-Hirschbrich, *Vergaberecht*, 5th ed., LexisNexis, Wien, 2014, pp. 204. With K. Gruber-Hirschbrich, *Vergaberecht graphisch dargestellt*, 4th ed., LexisNexis, Wien, 2014, the same author provides graphic overviews on complex situations in procurement law, addressed especially to students.

6. – In the field of health law the journal *Recht der Medizin* (RdM) can be considered the leading journal in Austria. In the reporting period e.g. T. Steiner, *Rückblick zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit neu in Angelegenheiten des*

Erstattungskodex, RdM-Ö&G 2015/4, p. 6 ff., M. Kind/K. Retter, *Psychologische Beratung durch Lebens- und Sozialberater. Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung und Psychologenerwerb*, RdM 2015/69, p. 96 ff. and K. Stöger, *Föderalistischer Wildwuchs im medizinrechtlichen "Normendschungel"*, RdM 2014/197, p. 299 ff. might be of interest in the context of administrative law.

7. – The (maybe) most established Austrian journal regarding university law is the *zfh*, *Zeitschrift für Hochschulrecht*. One emphasis of the journal in this reporting period were questions of cross-border teaching and studying in the context of University law. Contributions in that context encompass (amongst others) A. Gamper, *Grundlagen grenzüberschreitender interuniversitärer Zusammenarbeit nach österreichischem Universitätsrecht*, *zfh* 2015, p. 2 ff., E. Happacher, *Voraussetzungen und Schranken grenzüberschreitender Lehre nach italienischem Studienrecht*, *zfh* 2015, p. 77 ff., and I. Rath-Kathrein, *Voraussetzungen und Schranken grenzüberschreitender Studien nach österreichischem Studienrecht*, *zfh* 2015, p. 23 ff.

Moreover, the monograph on Austrian University Law of M. Novak, M. Novak, *Universitätsrecht*, 2nd ed., Wien-Graz, NWV, 2015, pp. 173 is available in its second edition.

8. – A very broad field of administrative law is municipal law. A very important topic of municipal law in 2014/2015 was the restructuring of municipalities in Styria. This is also reflected in the publication activities. *RFG, Recht und Finanzen für Gemeinden*, a journal exclusively dealing with questions of municipal law and topics affecting municipalities, included several contributions on the topic, e.g. M. Schlögl, *Die Anfechtung des Stmk Gemeindestrukturreformgesetzes: eine formale Betrachtung*, *RFG* 2015/35, p. 166 ff and M. Bertel, *Gemeindezusammenlegungen und Sachlichkeitsgebot*, *RFG* 2015/6, p. 22 ff. Additionally, the contribution of H. Stolzlechner/Th. Müller, *Überlegungen zur Rechtsprechung des VfGH zur Stmk Gemeindestrukturreform 2014*, in Baumgartner (ed.), *Öffentliches Recht. Jahrbuch 2015*, Wien-Graz, NWV, 2015, p. 147 ff. can be recommended in that context.

9. – An example for a matter the *Land* legislators are competent for is construction law. Due to nine different laws, literature is diverse.

It is striking that the biggest part of the literature concerns the eastern *Länder* of Austria, and in particular Lower Austria and Vienna, such as G. Kienastberger/A. Stellner-Bichler, *NÖ Baurecht*, Wien, Verlag Österreich, 2015, pp. 1036, W. Pallitsch/Ph. Pallitsch/W. Kleewein, *Niederösterreichisches Baurecht. Kommentar*, 9th ed., Wien, Linde Verlag, 2015, pp. 1816, L. Riegler/W. Koizar, *NÖ BauO. NÖ Bauordnung 2014 NÖ Raumordnungsgesetz 2014*, 3rd ed., Wien, Manz Verlag, 2015, pp. 740, L. Riegler/W. Steinbauer, *Bauordnung für Wien. Praxiskommentar*, 3rd ed., Linz, Pedell, 2015, pp. 596 and W. Kirchmayer, *Wiener Baurecht. Kommentar*, 4th ed., Wien, Verlag Österreich, 2014, pp. 1242. This is most probably not only due to reforms in the reporting period, but is also explained by the size and importance of this *Länder*. Recommendations for commentaries on the construction laws of Tyrol and Carinthia include D. Wolf, *Tiroler Baurecht. Mit Erläuterungen nach dem Stande 1.10.2014*, 4th ed., Wien, Linde Verlag, 2014, pp. 344 and W. Pallitsch/Ph. Pallitsch/W. Kleewein, *Kärntner Baurecht. Kommentar*, 5th ed., Wien, Linde Verlag, 2014, pp. 1512.

10. – Information and data protection law was – not least due to the dynamic jurisprudence of the European Court of Justice – again a very discussed topic. Therefore, publishing activities are not only reflected in specialized journals such as *ZIIR*, *Zeitschrift für Informationsrecht* and articles, but also in other (broader oriented) journals.



UNIONE EUROPEA – Le procedure per l’allargamento dell’Unione europea: anno 2015

di Alessandra Lang

1. – Il 2015 si caratterizza per la crisi dei rifugiati. In base ai dati pubblicati dall'EASO ad inizio 2016, nel 2015 sono state presentate negli Stati membri 1 349 638 domande di protezione, più del doppio rispetto all'anno precedente, che già si distingueva per l'eccezionalità dei flussi. Il fenomeno ha coinvolto non solo l'Unione, ma anche i paesi dell'allargamento, producendo un inaspettato rilancio delle relazioni con la Turchia. I negoziati di adesione comunque sono proseguiti con Turchia, Montenegro e Serbia. Non sono invece stati avviati con Albania e ex Repubblica jugoslava di Macedonia, cui negli anni scorsi è stato conferito lo status di candidati. Per tutti i paesi dell'allargamento, le discussioni con l'Unione si sviluppano non solo nell'ambito dei consigli di associazione, ma anche nel contesto dei c.d. dialoghi, che vanno moltiplicandosi.

Nessuna delle dispute tra Stati membri e Stati candidati ha segnato il minimo progresso. Quasi tutti i paesi dell'allargamento, nonostante la tutela cui sono stati sottoposti durante molti anni, hanno dimostrato di non avere ancora assimilato i fondamenti dello stato di diritto e della democrazia, come dimostrano le disfunzioni

diffuse, quali l'abbandono del parlamento da parte dell'opposizione e le restrizioni e intimidazioni ai media.

Nel corso dell'anno, come d'abitudine, le istituzioni si sono occupate in varie occasioni di allargamento. Il Parlamento ha discusso della *Strategia 2014* (COM/2014/700, 8-10-2014) e dei progressi dei vari paesi coinvolti (11-3-2015: risoluzioni su Montenegro, P8_TA-PROV(2015)0063, ex Repubblica jugoslava di Macedonia, P8_TA-PROV(2015)0064, Serbia P8_TA-PROV(2015)0065, Kosovo, P8_TA-PROV(2015)0066; 30-4-2015: risoluzioni su Albania, P8_TA(2015)0181, e Bosnia-Erzegovina, P8_TA(2015)0182; 10-6-2015: risoluzione sulla Turchia, P8_TA-PROV(2015)0228). La Commissione ha adottato *Strategia di allargamento*, COM/2015/611, il 10-11-2015, più tardi del solito, si dice per non interferire con le elezioni in Turchia (5). Il Consiglio Affari generali ha adottato le sue *Conclusioni sull'allargamento e il processo di stabilizzazione e di associazione* (15356/15) il 14-12-2015.

Né la Commissione né il Consiglio hanno inserito l'Islanda nella valutazione annuale. Il Primo Ministro islandese aveva ribadito all'inizio dell'anno l'intenzione di ritirare la domanda di adesione, senza indire un referendum che non giudicava necessario (*Europe*, 11223, 6-1-2015). A marzo, il Ministro degli esteri inviava una lettera alla Presidenza lettone e alla Commissione, comunicando che il paese non intendeva riprendere i negoziati. Secondo un portavoce della Commissione, la lettera non poteva essere equiparata al ritiro della domanda di adesione (*Europe*, 11274, 14-3-2015). Nei giorni successivi, un sondaggio pubblicato da un giornale islandese rivelava che il 63% degli intervistati non ha gradito la decisione del Ministro degli esteri (*Europe*, 11278, 21-3-2015).

2. – L'ingente flusso di profughi causato dalle guerre in Medio Oriente e diretto verso gli Stati dell'Europa centro-settentrionale ha attraversato i paesi dell'allargamento e richiesto un supplementare intervento di sostegno da parte dell'Unione europea. La situazione dei paesi balcanici è diversa da quella della Turchia. I Balcani sono essenzialmente paesi di transito e l'assistenza richiesta è di tipo prevalentemente umanitario. L'Unione ha promosso un incontro con i rappresentanti di tali paesi, dove è stato concordato un programma in 17 punti per «conseguire una circolazione graduale, controllata e ordinate delle persone»

(IP/15/5904, 25-10-2015). La Turchia, al contrario, è sia paese di transito, sia paese che ospita un gran numero di profughi. L'Unione vorrebbe usare la Turchia per arginare l'afflusso, e per questo è pronta a fare concessioni, non solo economiche, senza però dare l'impressione di ammorbidire il suo atteggiamento nei confronti di un regime non certo immune da critiche. Nelle conclusioni del Consiglio europeo del 15 ottobre 2015 sulla migrazione, si legge: «L'UE e i suoi Stati membri sono pronti a rafforzare la cooperazione con la Turchia e a intensificare significativamente il loro impegno politico e finanziario entro il quadro stabilito. Occorre rilanciare il processo di adesione al fine di compiere progressi nei negoziati conformemente al quadro di negoziazione e alle pertinenti conclusioni del Consiglio» (EUCO 26/15, punto 2, lett. a). Ne è seguito il *Piano d'azione congiunto UE-Turchia*, negoziato dalla Commissione con l'omologo turco (MEMO/15/5860, 15-10-2015), e approvato in occasione della riunione a livello di capi di Stato o di Governo (STATEMENT/15/6194, 29-11-2015). È stato inoltre promesso un consistente sostegno finanziario a titolo di condivisione degli oneri della gestione dei profughi (*EU-Turkey Cooperation: A €3 billion Refugee Facility for Turkey*, IP/15/6162, 24-11-2015 e decisione della Commissione, in GUUE C 407, 8-12-2015), e l'accelerazione del processo per arrivare all'esenzione dei visti di ingresso nell'Unione europea.

Sempre al fine di contrastare il flusso di profughi in arrivo, la Commissione ha proposto un elenco di paesi di origine sicuri, che comprende tutti (e solo) i paesi dell'allargamento, Turchia compresa (*Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un elenco comune dell'UE di paesi di origine sicuri ai fini della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale, e che modifica la direttiva 2013/32/UE*, COM/2015/452), suscitando un certo sconcerto negli osservatori. Ai sensi della direttiva 2013/32 (c.d. direttiva procedure), il paese di origine sicuro deve essere individuato in base ai parametri elencati nell'allegato. In sostanza, è sicuro il paese di origine nel quale «non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni quali definite nell'articolo 9 della direttiva 2011/95 [c.d. direttiva qualifiche], né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale». Se un richiedente protezione internazionale ha la cittadinanza di uno

Stato considerato paese di origine sicuro, la sua domanda può essere trattata secondo una procedura accelerata, in cui opera la presunzione che la persona non abbia diritto di protezione, a meno che invochi «gravi motivi» per ritenere che quel paese non è sicuro nelle circostanze specifiche in cui ella si trova e in ragione delle sue condizioni personali (art. 36 dir. 2013/32).

I cittadini dei Balcani occidentali possono accedere all'Unione senza bisogno di visto (con l'eccezione dei kosovari). Il numero delle domande di asilo presentate è molto alto (110 mila nel 2014, pari a un sesto delle domande presentate quell'anno: si v. EASO, *Allegato: principali risultati della relazione dell'EASO sulla situazione dell'asilo nell'Unione europea 2014*. Nel 2015 il numero di domande è aumentato ancora, assestandosi appena sotto le 200 mila: se si considerano i cittadini dei paesi balcanici come unico gruppo, le domande da essi presentate sono seconde per numero solo a quelle dei siriani. Il tasso di accettazione è però molto basso, inferiore al 5%). Considerare i Balcani occidentali come paesi di origine sicuri consentirebbe di alleggerire il lavoro delle autorità nazionali, che potrebbero invece concentrare le risorse sui casi che l'Unione considera più meritevoli. L'Unione ha più volte invitato i paesi balcanici a contrastare quello che considera un abuso del regime di esenzione dei visti. Peraltro, il divario economico e la scarsità di opportunità di lavoro nei Balcani, provati dai dati statistici che si possono leggere nell'allegato alla *Strategia 2015* della Commissione, uniti alla estrema difficoltà di accedere legalmente al mercato del lavoro degli Stati dell'Unione, rendono alquanto improbabile un cambiamento di tendenza.

3. – Al 31-12-2015, lo stato dei negoziati era il seguente:

Capitoli:	Turchia	Montenegro	Serbia
1 Libera circolazione delle merci	S	—	—
2 Libera circolazione dei lavoratori	—	—	—
3 Diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi	S	—	—

4 Libera circolazione dei capitali	A	A	—
5 Appalti pubblici	—	A	—
6 Diritto societario	A	A	—
7 Proprietà intellettuale	A	A	—
8 Politica della concorrenza	—	—	—
9 Servizi finanziari	S	A	—
10 Società dell'informazione e media	A	A	—
11 Agricoltura	S	—	—
12 Sicurezza alimentare, politica veterinaria e fitosanitaria	A	—	—
13 Pesca	S	—	—
14 Politica dei trasporti	S	A	—
15 Energia	—	A	—
16 Fiscalità	A	A	—
17 Politica economica e monetaria	A	—	—
18 Statistiche	A	A	—
19 Politica sociale e occupazione	—	—	—
20 Imprese e politica industriale	A	A	—
21 Reti transeuropee	A	A	—
22 Politica regionale e coordinamento degli strumenti strutturali	A	—	—
23 Sistema giudiziario e diritti fondamentali	—	A	—
24 Giustizia, libertà e sicurezza	—	A	—
25 Ricerca e sviluppo	C	C	—
26 Istruzione e cultura		C	—

27 Ambiente	A	–	–
28 Tutela della salute e dei consumatori	A	A	–
29 Unione doganale	S	A	–
30 Relazioni esterne	S	A	–
31 Politica estera, di sicurezza e di difesa	A	A	–
32 Controllo finanziario	A	A	A
33 Disposizioni finanziarie e di bilancio	–	A	–
34 Istituzioni	–	–	–
35 Altro	–	–	A
Totale capitoli aperti	15	20	2
Totale capitoli chiusi	1	2	–

Legenda: C = capitolo provvisoriamente chiuso; A = negoziati sul capitolo in corso; S = negoziati sul capitolo sospesi; – = negoziati sul capitolo non ancora avviati.

a. Il rilancio del negoziato di adesione con la Turchia si è tradotto nell'apertura di un solo capitolo negoziale, il capitolo 17 (politica economica e monetaria). La Commissione avrebbe voluto l'apertura di altri capitoli, ma è mancato il consenso del Consiglio (M. Zatterin, *La Stampa*, 28-11-2015), che però, nelle conclusioni di dicembre, si dice pronto a sostenere la Turchia se farà progressi nella preparazione dei capitoli 5, 8 e 15. Gli obbiettivi e parametri per la chiusura provvisoria del capitolo 17 sono specificati nel comunicato stampa 932/15, 14-12-2015. Si tratta di rendere indipendente la banca centrale e preparare l'attuazione della direttiva 2011/85 relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri (uno dei provvedimenti che costituiscono il c.d. *6-packs*, inteso a rafforzare la *governance* fiscale ed economica dell'Unione). Oltre a questi requisiti ma primo in ordine di presentazione, è l'attuazione completa e non discriminatoria del Protocollo addizionale all'accordo di associazione nei confronti di tutti gli Stati membri. La ripresa dei negoziati non comporta infatti l'abbandono della politica di boicottaggio dell'Unione, come ha ribadito il Consiglio nelle conclusioni sull'allargamento:

l'apertura di una serie di capitoli (quelli contrassegnati con "S" nella tabella) e la chiusura provvisoria di tutti i capitoli aperti sarà possibile solo qualora la Turchia dia attuazione al Protocollo addizionale all'accordo di adesione nei confronti di tutti gli Stati membri (*Conclusioni sull'allargamento*, punto 26), cioè, in sostanza, nei confronti di Cipro.

b. Per quanto riguarda il Montenegro, sono stati aperti sei capitoli negoziali: i capitoli 16: Fiscalità e 30: Relazioni esterne nella riunione del 30-3-2015 (per i parametri per chiusura provvisoria: si v. Comunicato stampa, 159/15), i capitoli 9: Servizi finanziari e 21: Reti transeuropee nella riunione del 22-6-2015 (per i parametri per chiusura provvisoria: si v. Comunicato stampa, 491/15), i capitoli 14: Politica dei trasporti e 15: Energia nella riunione del 21-12-2015 (per i parametri per chiusura provvisoria: si v. Comunicato stampa, 985/15).

c. Per quanto riguarda la Serbia, i primi capitoli sono stati aperti solo alla fine del 2015: contrariamente alle aspettative e agli auspici di alcuni Stati non si è trattato dei capitoli 23 e 24 (*Europe*, 11285, 31-3-2015), bensì dei capitoli 32: Controllo finanziario e 35: Altro (per i parametri negoziali, si v. comunicato stampa 933/15, 14-12-2015, e, con riferimento al cap. 35, Conference on Accession to the European Union – Serbia – AD 12/15, CONF-RS 1, Brussels, 30-11-2015). La Serbia è coinvolta nel nuovo approccio, già applicato al Montenegro, che prevede che i capitoli sul sistema giudiziario e sui diritti fondamentali e su Giustizia e affari interni siano aperti tra i primi, in modo da assicurare una maggiore preparazione dello Stato al momento dell'adesione. Nel caso della Serbia, il paese ha presentato un piano d'azione per i due delicati capitoli e si può dire che l'approccio non è smentito. L'apertura del cap. 35 sembra eccentrico, ma ben si spiega se si considera che è la sede in cui l'Unione ha deciso di inserire la normalizzazione delle relazioni con il Kosovo, che sono parte del negoziato di adesione. Nelle *Conclusioni* di dicembre, il Consiglio ha ribadito l'importanza di progressi su entrambi i fronti (capitoli 23 e 24 e rapporti con il Kosovo), per proseguire nei negoziati. Un ruolo fondamentale ha svolto l'accordo del 25-8-2015 – faticosamente raggiunto – tra Serbia e Kosovo, nell'ambito del dialogo facilitato dall'Alto Rappresentante, e male accettato dai deputati di origine serba del parlamento kosovaro. Il dialogo è ripreso nel 2015 dopo una lunga pausa dovuta alle elezioni parlamentari nei due Paesi (*Europe*, 11250,

11-2-2015; 11300, 23-4-2015; 11347, 30-6-2015). L'accordo riguarda quattro aspetti: la costituzione di una comunità/associazione tra i comuni a maggioranza serba, le telecomunicazioni (accordo sul prefisso telefonico internazionale per il Kosovo), l'energia, l'attraversamento pedonale del ponte di Mitrovica (*Europe*, 11375, 28-8-2015). Il consenso intorno al primo aspetto è stato il più difficile da raggiungere. Un accordo di massima era già maturato a fine giugno, ma le parti erano lontane in relazione ai poteri da assegnare alla comunità/associazione. In base alle informazioni disponibili, essa dovrebbe avere una struttura piuttosto complessa, con un presidente, un vicepresidente, un'assemblea, un consiglio, un'amministrazione. Non avrà poteri esecutivi, ma dovrebbe essere coinvolta in questioni relative a salute, istruzione, pianificazione rurale e urbana, sviluppo economico e sviluppo della democrazia locale. Potrà ricevere finanziamenti dalla Serbia (*Europe*, 11375 cit. Per una prima analisi dell'accordo, si v. D. Reljić, *EU Facilitated Dialogue: Another exercise in constructive ambiguity*, CEPS Commentary, 28-8-2015). Un altro aspetto su cui le parti si erano accordate già in febbraio riguarda il sistema giudiziario, per porre fine alla doppia struttura per serbi e kosovari, assorbendo la prima nella seconda (*Europe*, 11250 cit.). L'accordo di agosto ha suscitato reazioni violente in Kosovo, che dal Parlamento si sono riversate nelle piazze e non si erano ancora placate alla fine del 2015 (*Europe*, 11407, 10-10-2015; 11434, 20-11-2015; 11443, 2-12-2015. Si vedano le conclusioni del Consiglio sull'allargamento, par. 52).

4. – a. Il Parlamento europeo, nella risoluzione di marzo sulla ex Repubblica jugoslava di Macedonia, rinnova per la nona volta l'invito alla Commissione a proporre l'avvio dei negoziati di adesione. La Commissione, invece, per la prima volta da anni, subordina la proposta al positivo svolgimento delle elezioni previste per il 24 aprile 2016 e al superamento della crisi politica di cui si dirà a breve. Il Consiglio attende una relazione della Commissione sul punto entro l'estate del 2016. In effetti, la più grave crisi politica dal 2001 (così la Commissione nella *Strategia 2015*) ha scosso il paese e condizionato il processo di adesione, quasi a concretizzare le previsioni funeste più volte avanzate in passato, circa il rischio di involuzione che il continuo rinvio dell'apertura dei negoziati avrebbe causato. La crisi politica nasce da uno scontro tra il Primo ministro, Gruevski, e il capo del principale partito di

opposizione, Zaev. Il primo accusa il secondo di attentato all'ordine costituzionale, per aver diffuso il contenuto di conversazioni tra membri del Governo; il secondo ribatte sostenendo che il Governo ha condotto una estesa sorveglianza sui cittadini e che il Primo ministro ha ricevuto una tangente di 20 milioni di euro per attribuire contratti per la costruzione di un'autostrada (per una sintesi degli eventi, *Europe*, 11310, 8-5-2015. Si v. le dichiarazioni preoccupate di Hahn, Commissario all'allargamento, STATEMENT/15/4446, 18-2-2015, e del Consiglio Affari generali, *Conclusioni sull'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, comunicato stampa 196/15, 21-4-2015. La posizione dell'Unione è giudicata poco incisiva, soprattutto l'invito ad una inchiesta della magistratura, della cui indipendenza la stessa Commissione non si era detta persuasa nella *Strategia 2014*: v. E. Fouéré, *The Worsening Crisis in Macedonia – Waiting for EU leadership*, CEPS Commentary, 13-4-2015). Alle accuse è seguito l'abbandono del parlamento da parte dei partiti di opposizione, determinando il mancato funzionamento dei meccanismi democratici di controllo sul Governo, aggravato dal fatto che la vicenda ha rivelato l'interferenza politica nell'azione della magistratura e dei media. Un altro grave episodio si è verificato a maggio, quando a Kumanovo uno scontro tra la polizia e sedicenti gruppi armati ha causato decine di morti e feriti. Secondo la polizia, si trattava di miliziani di origine albanese, provenienti da uno Stato vicino, tra i quali si contavano anche cittadini macedoni (*Europe*, 11312, 12-5-2015). L'Unione ha chiesto che si facesse luce al più presto sulla vicenda e che questa non fosse strumentalizzata (STATEMENT/15/4955, 9-5-2015). Hahn stesso e tre membri del Parlamento europeo (Kukan, Howitt e Vajgl) hanno svolto un ruolo di facilitatori del dialogo tra Governo e opposizione, incontrando più volte, in lunghissime riunioni, il Primo ministro e i leader dei partiti di opposizione. Il 2-6-2015 le parti accettano che siano convocate elezioni anticipate a fine aprile 2016. Il Commissario all'allargamento invita le parti a cogliere questa occasione per affrontare le riforme necessarie per assicurare il rispetto dello Stato di diritto nel paese, e a questo fine propone una lista di riforme prioritarie (che si può leggere qui: http://ec.europa.eu/enlargement/news_corner/news/2015/06/20150619_en.htm). Per assistere il paese in questo compito, si decide di seguire la stessa metodologia praticata per la negoziazione dei capitoli 23 e 24 (SPEECH/15/5107). Solo il 15 luglio, dopo vari incontri infruttuosi (anche il Consiglio invita le parti a raggiungere

un accordo al più presto: Consiglio Affari generali, *Conclusioni sull'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, 10228/15, 23-6-2015), le parti raggiungono un accordo di dettaglio, che prevede il ritorno in parlamento del principale partito di opposizione; la nomina di un Governo di transizione cento giorni prima della data prevista per le elezioni, con il compito di preparare le elezioni stesse; la nomina di un procuratore speciale per indagare sui possibili reati emersi dalle intercettazioni telefoniche (*Europe*, 11360, 16-7-2015). Anche l'attuazione di tale accordo si è rivelata difficile, ma all'inizio di settembre il partito di opposizione è tornato in parlamento (*Europe*, 11380, 3-9-2015), a metà mese è stato nominato il procuratore speciale (*Europe*, 11390, 17-9-2015), e a novembre le parti si sono infine accordate sulla condivisione del potere nell'ambito del Governo di transizione incaricato di preparare le elezioni (*Europe*, 11426, 7-11-2015). È stata inoltre costituita una commissione parlamentare d'inchiesta per far luce sulle responsabilità politiche nella vicenda delle intercettazioni.

In questo contesto di grave crisi politica, passa in secondo piano (ma non è dimenticata) la questione del nome del paese, oggetto di una controversia con la Grecia che tiene in scacco il processo di adesione, anche se nel 2015 – a differenza del passato – non è stato a causa del veto greco che il processo di adesione non ha segnato passi avanti.

b. L'Albania ha ricevuto lo *status* di candidato nel giugno 2014. L'apertura dei negoziati dipende dai risultati che il paese consegnerà in cinque settori prioritari: riforma della pubblica amministrazione, riforma del settore giudiziario, lotta alla corruzione, lotta alla criminalità organizzata, diritti umani. Per assistere il paese, sono stati istituiti dei gruppi di lavoro congiunti, uno per priorità, che si sono riuniti due volte nel 2015. I risultati delle riforme non consentono ancora di proporre l'avvio dei negoziati. Qualche speranza l'aveva fatta sorgere Hahn, a maggio, quando richiesto se i negoziati sarebbero stati aperti entro la data del successivo rapporto annuale si è era detto «molto ottimista» (*Europe*, 11316, 19-5-2015).

5. – La *Strategia 2015* precisa il significato dell'affermazione di Juncker secondo cui nel corso del mandato dell'attuale Commissione nessun allargamento avrà luogo (si v. *Rassegna 2014*). Se le parole di Juncker sembravano presupporre che l'Unione e

i suoi cittadini non volessero nuovi membri, la correzione di tiro apportata nel 2015 riconduce il motivo del rinvio alla portata delle riforme che i paesi dell'allargamento devono realizzare, che avranno bisogno di un arco di tempo più lungo per essere realizzate.

La *Strategia 2015* è redatta secondo uno schema diverso dagli anni passati (per una prima valutazione, si v. E. Fouéré, *The EU's Enlargement Strategy 2015: Will the 'new elements' make a difference?*, CEPS Commentary, 26-11-2015). In primo luogo, è compiuto un notevole sforzo di standardizzazione, per quanto riguarda sia la terminologia impiegata, sia la definizione dei concetti. Sotto quest'ultimo profilo, per ognuno dei parametri oggetto di valutazione, la Commissione offre una sorta di glossario, per rendere più leggibile e trasparente la valutazione paese per paese. Per quanto riguarda la terminologia impiegata, la valutazione dei diversi paesi è espressa in forma sintetica con le seguenti espressioni: *early stage, some level of preparation, moderately prepared, good level of preparation, well advanced*; i progressi compiuti nell'anno di riferimento con le seguenti espressioni: *backsliding, no progress, some progress, good progress, very good progress*. È interessante notare che l'unico paese che merita «*well advanced*» è la Turchia, per quanto riguarda l'economia di mercato funzionante e l'attuazione di certe parti dell'*acquis*. Tra i Balcani, solo la ex Repubblica jugoslava di Macedonia riceve un «*good level of preparation*», per quanto riguarda l'essere un'economia di mercato funzionante. In un «*early stage of preparation*» si trovano il Kosovo e la Bosnia-Erzegovina, ma anche Montenegro, Albania e ex Repubblica jugoslava di Macedonia, per un settore ciascuno. Per quanto riguarda i progressi, nessuno Stato merita «*very good progress*», «*some progress*» è il giudizio più comune e ex Repubblica jugoslava di Macedonia e Turchia sono «*backsliding*».

In secondo luogo, l'attenzione è concentrata sui settori fondamentali, sui quali l'esperienza ha mostrato che devono essere concentrate le riforme. Tali settori tendono a sovrapporsi ai criteri di Copenaghen, che continuano a rimanere i parametri di riferimento, ma sono scomposti nei loro elementi, alcuni dei quali però si distinguono per la maggiore rilevanza. I fondamentali, come definiti dalla Commissione, sono lo stato di diritto, i diritti fondamentali, la riforma della pubblica amministrazione, lo sviluppo economico. Come si vede, i primi due appartengono al criterio politico, il terzo al criterio dell'*acquis*, il quarto al criterio economico. La

condizione particolare dei paesi del presente allargamento richiede dunque un aggiustamento rispetto al modo di procedere seguito per i paesi dell'Europa centro-orientale.

6. – Gli Accordi di associazione (denominati Accordi di Stabilizzazione e associazione – ASA – con i Balcani) costituiscono il quadro giudico delle relazioni con i paesi dell'allargamento e le riunioni annuali del Consiglio di associazione sono la sede per affrontare anche i temi del processo di allargamento.

a. L'ASA con la Bosnia-Erzegovina, firmato il 16-6-2008, è stato concluso nel 2015 (decisione del Consiglio e della Commissione 2015/998, in GUUE L 164, 30-6-2015; il Parlamento europeo lo aveva approvato con risoluzione P6_TA(2008)0522, 23-10-2008, in GUUE C 15E, 21-1-2010, p. 72 ss.) ed è entrato in vigore il 1-6-2015 (IP/15/5086, 1-6-2015). Il Consiglio aveva subordinato la conclusione all'adozione di un impegno scritto da parte della Presidenza della Bosnia-Erzegovina che esprimesse inequivocabilmente la volontà del paese di intraprendere le riforme per avvicinarsi all'Unione (*Rassegna 2014*, par. 8). L'impegno è stato effettivamente assunto alla fine di gennaio dalla Presidenza (*Europe*, 11243, 31-1-2015), e approvato dal Parlamento il mese successivo (*Europe*, 11261, 25-2-2015). Il Consiglio Affari esteri ha espresso il proprio compiacimento nella sessione di marzo (*Conclusioni sulla Bosnia-Erzegovina*, 7265/15, 16-3-2015). A fine anno si è riunito per la prima volta il Consiglio di associazione (comunicato stampa congiunto, 918/15, 11-12-2015). Rimane aperta la questione della modifica dell'accordo per tenere conto dell'adesione della Croazia all'Unione, intervenuta dopo la firma dell'accordo ASA. Anche sul punto, un consenso sembra raggiunto, perché la Bosnia-Erzegovina ha accettato il principio del commercio tradizionale come base per una soluzione mutualmente accettabile (Dichiarazione dell'Alto rappresentante e del Commissario all'allargamento, STATEMENT/15/6312, 14-12-2015). Altro risultato positivo è stato l'adozione di un programma di riforme, definito in collaborazione con l'Unione e le istituzioni finanziarie internazionali, che identifica in modo puntuale e concreto le riforme che il paese deve compiere (STATEMENT/15/5447, 28-7-2015). Questi progressi sono stati salutati positivamente da Commissione e Consiglio nei loro rapporti annuali, ma sono intesi

come i primi, preliminari passi sul cammino di avvicinamento all'Unione, che rimane lungo e costellato da ostacoli da superare, primo tra tutti (e non certo di poco conto), la riforma della Costituzione per dare attuazione alla sentenza *Sejdic e Finci* della Corte di Strasburgo (sentenza del 22-12-2009, appl. 27996/06 e 34836/06). Infatti, a fronte degli apprezzamenti per i progressi, la Commissione soprattutto non nasconde che la Bosnia-Erzegovina è «at an early stage» nel cammino per assicurare il rispetto dei criteri di Copenaghen in relazione a quasi tutti gli aspetti esaminati. Ciò nonostante, la Bosnia-Erzegovina ha manifestato l'intenzione di presentare domanda di adesione (*Europe*, 11451, 12-12-2015), nel giro di uno o due mesi (intenzione concretizzata il 15-2-2016). Dalle parole delle istituzioni traspare un notevole imbarazzo, perché hanno sempre insistito sul fatto che una domanda di adesione dovesse essere presentata solo in una fase più avanzata di avvicinamento all'Unione. Una situazione simile si era verificata anche in passato, in relazione all'Albania.

b. Il 27-10-2015 è stato firmato l'ASA con il Kosovo, dall'Alto Rappresentante e dal Commissario per l'allargamento, da una parte (firma autorizzata dal Consiglio con Decisione (UE) 2015/1988, 22-10-2015, in GUUE L 290, 6-11-2015, p. 4-6) e dal Primo Ministro e dal Ministro per l'integrazione europea, anche capo negoziatore, dall'altra (IP/15/5928). A differenza degli altri ASA, non è un accordo misto e, affinché entri in vigore, è sufficiente la conclusione del Consiglio (si v. la Proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione, COM/2015/181), previa approvazione del Parlamento europeo (intervenuta con Risoluzione 21-1-2016, P8_TA(2016)0017). Si è così evitato di coinvolgere nella conclusione gli Stati membri, cinque dei quali non riconoscono il Kosovo come Stato.

c. Oltre ai Consigli di associazione, si moltiplicano le sedi di incontro a diverso livello, per sviluppare il confronto su temi di interesse comune. Dialoghi ad alto livello sull'adesione si sono tenuti con l'Albania e l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia. Essi svolgono una funzione suppletiva dei negoziati di adesione, non ancora iniziati.

Inoltre, in occasione del già citato vertice a livello di capi di Stato o di Governo con la Turchia del 29-11-2015, le parti hanno deciso di avviare incontri periodici a

vari livelli per discutere di questioni politiche di interesse comune, soprattutto attinenti alla politica estera, compresa la cooperazione per fronteggiare il terrorismo.

Hanno immaginato dei vertici, da tenere due volte l'anno (nella prassi dell'Unione, con vertice si indica un incontro a livello di capi di Stato o di Governo) e degli incontri a livello di ministri, Alto Rappresentante, Commissione. Altri dialoghi ad alto livello si riuniranno nel 2016, per discutere di questioni economiche e di energia. Si tratta di incontri che si aggiungono alle riunioni periodiche del Consiglio di associazione, e che forse appare come un foro troppo "generalista", per affrontare in modo efficace alcuni selezionati temi di interesse comune. I dialoghi con la Turchia sembrano essere la sede più opportuna per sviluppare forme di cooperazione dalla più marcata dimensione bilaterale e paritaria.



POLONIA – L’Unione attiva il meccanismo per la tutela dello stato di diritto (c.d. *Rule of Law Framework*) contro la Polonia

di Nausica Palazzo

Le elezioni politiche dello scorso 25 ottobre in Polonia hanno segnato l’ascesa al potere del partito ultranazionalista Diritto e Giustizia (PiS). Sebbene non sia corretto ricondurre l’inizio della crisi costituzionale al momento storico che coincide con l’insediamento del nuovo Parlamento (a guida PiS), è comunque certo che a partire da ottobre tale crisi abbia assunto caratteri più marcati, con ripercussioni tanto sul corretto funzionamento dell’organo di giustizia costituzionale quanto sul pluralismo del servizio pubblico radiotelevisivo. È perciò in tale momento storico (elezioni politiche) che si tende a individuare un punto di dipartita e difficile ritorno dallo Stato costituzionale di diritto.

I recenti avvenimenti in Polonia rievocano lo spauracchio di una deriva autoritaria nei Paesi dell’Unione, come d’altronde già avvenuto in occasione dell’ascesa al potere di Orbán in Ungheria e dell’irrobustimento mediatico e politico del *Front National* nelle trascorse elezioni regionali francesi. Consapevole dell’attualità del pericolo, il vicepresidente della Commissione europea Timmermans ha annunciato di voler intervenire con un inedito meccanismo. Si tratta della procedura prevista dal meccanismo per la tutela dello stato di diritto nei Paesi

membri, c.d. *Rule of Law Framework*, introdotta nel 2014 ([Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, COM/2014/0158 final](#)) per far fronte all'emergenza costituzionale ungherese e ad oggi mai azionata. Il *Framework* consiste in una procedura complementare a quella prevista dall'art. 7 TUE (se la prima mira alla conciliazione, la seconda mira essenzialmente alla sanzione). Consente, infatti, di instaurare un dialogo con lo Stato trasgressore allorché si verifichi una disfunzione sistemica nel funzionamento delle relative istituzioni in grado di minacciare i cardini dello Stato di diritto («systemic threat to the rule of law»).

Il dialogo cui si accennava consta di tre fasi caratterizzate da: i) una valutazione della Commissione circa l'esistenza di una minaccia sistemica allo stato di diritto, da svolgersi a stretto contatto con i vertici politici del Paese coinvolto; ii) una raccomandazione della Commissione, con l'indicazione di un termine entro il quale lo Stato deve rendersi adempiente; iii) *follow-up* continuo sul rispetto della raccomandazione. In caso di esperimento infruttuoso del meccanismo di conciliazione qui descritto e di «grave e persistente violazione» del principio-valore della *rule of law*, è possibile procedere all'attivazione della procedura di cui all'art. 7 TUE.

Per quanto riguarda la procedura di cui all'art. 7, è utile tenere ben distinto il momento dell'accertamento del presupposto dell'attivazione («esiste[nza di] un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2») dal momento sanzionatorio, richiedente un'ulteriore deliberazione del Consiglio e un apprezzamento in concreto circa le misure da adottare. Mentre il presupposto è accertato a all'unanimità dal Consiglio su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, le sanzioni sono successivamente deliberate a maggioranza qualificata dal Consiglio e potranno tradursi nella sospensione di «alcuni» diritti derivanti dai Trattati, incluso il diritto di voto in seno al Consiglio. In ambo i casi il Paese trasgressore non prende parte alle votazioni del Consiglio *ex art.* 354 TFUE.

Se si volessero ripercorrere brevemente gli avvenimenti che hanno condotto all'attuale crisi costituzionale polacca, occorrerebbe ricordare innanzitutto il contesto che precede le elezioni politiche di ottobre, che vedeva al potere il partito

Piattaforma civica (PO). Nel 2013 il Presidente della Repubblica Komorowski assegna alla competente commissione parlamentare il compito di riformare la disciplina concernente il funzionamento del Tribunale costituzionale. Il procedimento di formazione del progetto di riforma ha da subito assunto un carattere di assoluta segretezza, al punto da richiedere l'intervento della suprema Corte amministrativa, che con decisione del 10 gennaio 2014 (I OSK 2213/13) ordina l'immediata ostensione del progetto e degli atti procedurali. Degno di nota, inoltre, il coinvolgimento di tre giudici dell'allora Tribunale costituzionale nel procedimento di stesura del testo, coinvolgimento in virtuale contrasto con il principio del *nemo iudex in causa sua* nel momento in cui una quesizione di legittimità costituzionale della legge fosse stata sollevata dinanzi al Tribunale medesimo.

Tra gli aspetti maggiormente controversi della legge rientra la facoltà, contenuta in una norma transitoria (l'art. 137), di elezione per il Parlamento uscente di cinque giudici costituzionali in scadenza di mandato. L'art. 98 della Costituzione dispone che il mandato del *Sejm* e del Senato inizia con la prima seduta del *Sejm* e si protrae fino al giorno precedente la prima riunione del *Sejm* con nuovo mandato. Due dati: la prima sessione parlamentare del *Sejm* a guida PiS si tiene il 12 novembre; le cariche dei giudici costituzionali giungono a scadenza il 7 novembre (tre giudici), il 3 e il 9 dicembre (i restanti due giudici). È dunque evidente la forzatura costituzionale realizzata dal principale partito di maggioranza Piattaforma civica, quantomeno per i due giudici con scadenza di mandato a dicembre.

I fatti seguenti ricevono ampio riscontro mediatico. In ordine: il rifiuto del neo Presidente della Repubblica Duda, affiliato al partito di maggioranza PiS, di ricevere il giuramento di tutti e cinque i giudici nominati dal Parlamento a guida Piattaforma civica, nella convinzione che tale legge fosse incostituzionale; l'impugnazione dell'art. 137 della legge di riforma del Tribunale costituzionale da parte del PiS il 23 ottobre; la rinuncia all'impugnazione da parte del PiS e la contestuale impugnazione della stessa da parte di Piattaforma civica, nella malcelata speranza che una dichiarazione di incostituzionalità impedisse alla maggioranza di emendare la legge in proprio favore.

Nel frattempo, il 19 novembre 2015 la Camera bassa approva la legge di modifica, annullando l'elezione asseritamente incostituzionale dei cinque giudici e

introducendo una riduzione del mandato del Presidente e Vicepresidente del Tribunale da nove a tre anni, con retrodatazione gli effetti ai giudici in carica che immediatamente decadono dall'ufficio di Presidente e Vicepresidente. Il giorno successivo, con inusitata speditezza, il Senato approva il testo di legge e il Presidente della Repubblica promulga la legge. È l'inizio del *blitzkrieg* costituzionale.

La legge viene da più parti impugnata; nelle more del giudizio, il Tribunale emana all'unanimità un provvedimento inibitorio con cui ordina al Parlamento di non procedere ad alcuna nuova nomina prima della conclusione del giudizio di legittimità costituzionale. Ciò non ostante, il Parlamento procede alla nomina di cinque nuovi giudici, in sostituzione dei precedenti, il 2 dicembre. Di qui una prima sentenza giunge il 3 dicembre (3.12.2015, caso K 34/15), con cui la corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 137 (della legge sul funzionamento del Tribunale del giugno 2015) nella parte in cui prevede la facoltà di nominare due giudici "in eccesso" (con scadenza del mandato nel corso di una diversa legislatura), confermando, conseguentemente, la legittimità della nomina dei restanti tre giudici. Con successiva sentenza del 9 dicembre (9.12.2015, caso K 35/15) la corte dichiara l'incostituzionalità parziale del nuovo articolo transitorio 137a della legge di modifica, ribadendo la legittimità dell'elezione dei tre giudici. Il rifiuto di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale da parte del Governo, oltre ad aver vanificato i giudizi – inibendo la produzione di effetti giuridici per più di due settimane –, rappresenta un'ulteriore evoluzione della logica raffazzonata del *blitzkrieg*, noncurante del principio della separazione dei poteri e, prima ancora, della forza precettiva della Costituzione.

Una volta assicurata una composizione favorevole dell'organo di giustizia costituzionale con le nuove nomine, il partito Diritto e giustizia procede a inibirne il funzionamento: il 22 dicembre il Parlamento introduce con legge il *quorum* deliberativo dei due terzi e l'obbligo di deliberare *in plenum*, con limitate eccezioni, a differenza che in passato, in cui la divisione del lavoro e le deliberazioni a maggioranza semplice erano la regola. L'ulteriore previsione di un minimo di 13 giudici (*quorum* strutturale) per la trattazione dei casi costringe sostanzialmente il Tribunale ad accettare la nomina dei giudici nominati dal PiS, realizzando l'attuale

fenomeno delle “composizioni parallele” (una costituzionalmente legittima, l'altra illegittima).

Sulla scorta di quanto detto, pare allora comprensibile la scelta di attivare il meccanismo per la tutela dello stato di diritto nei Paesi UE. Il contesto finora qui descritto si potrebbe, non a torto, definire sprezzante delle regole basilari dello Stato di diritto. Il ricorso ad espedienti come il *repulisti* dell'organo di giustizia costituzionale e dei vertici dell'apparato amministrativo (ulteriore questione che esula dall'oggetto della trattazione, e tuttavia di estrema attualità) testimonia il rifiuto della maggioranza di sottostare alle “regole del gioco” e la volontà, per converso, di funzionalizzare le regole al raggiungimento di interessi di parte, sotto l'incalzante retorica da “nuovo rinascimento” e da “quarta Repubblica liberata dai comunisti”.

Una volta descritto il funzionamento del meccanismo e il contesto nazionale in cui tale meccanismo è invocato, non resta che chiarire il significato di “*rule of law*” nell'ambito dell'Unione. Quali sono quei principi ritenuti irrinunciabili, la cui violazione di per sé integra il presupposto per l'attivazione del meccanismo sopra descritto? Ciascuno Stato membro ha i suoi propri principi irrinunciabili, racchiusi nelle Costituzioni e variamente protetti dall'assalto dei Poteri dello Stato. Anche l'Unione europea si è tuttavia dotata negli anni di un corredo di principi fondamentali, consacrati dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e della Corte EDU, oltre che da una serie di documenti redatti dal Consiglio d'Europa con l'ausilio della Commissione di Venezia.

Si tratta, nelle parole della Commissione europea, di un elenco non esaustivo che include il principio di legalità, di uguaglianza di fronte la legge, di partecipazione, trasparenza e rispetto del pluralismo nel procedimento di adozione degli atti legislativi, la certezza del diritto, il principio di non arbitrarietà nell'esercizio della funzione esecutiva, di indipendenza delle corti giudiziarie, di effettività del giudizio di costituzionalità delle leggi e della correlata protezione dei diritti fondamentali. Trattasi, inoltre, di principi da intendersi in senso sostanziale e non meramente procedurale, come metro di conformità al carattere democratico delle istituzioni e come indice del rispetto dei diritti umani. “Democrazia” e “rispetto dei diritti umani” costituiscono in definitiva l'epitome di ciò che la *rule of law* rappresenta nell'ambito dell'Unione.

Se quanto detto corrisponde al vero, allora i recenti fatti della Polonia rappresentano necessariamente una minaccia ai valori dello Stato di diritto dei Paesi membri. Ciò perché, se è evidente lo sforzo di enucleare i caratteri essenziali dello Stato di diritto, ancor più evidente è la messa a fuoco dei caratteri negativi dello Stato di diritto, l'insieme, cioè, di quei valori negativi cui l'Unione non intende conferire diritto di soggiorno: concentrazione dei poteri, arbitrarietà nell'esercizio della funzione esecutiva, dipendenza delle corti giudiziarie dal potere esecutivo.



BELGIO – Corte di primo grado chiede a Facebook di cessare di tracciare gli internauti non iscritti

di Ester Stefanelli

Con la sentenza 2015/57/C del 9 novembre 2015, il Tribunale fiammingo di primo grado di Bruxelles ha intimato alla società Facebook Inc. di cessare qualsiasi attività che abbia come fine quella di tracciare i dati dei cittadini belgi che non sono iscritti a tale *social network*.

Nel corso del giudizio, instaurato sulla base di un ricorso presentato dal presidente della Commissione belga per la protezione della vita privata, è stato anzitutto appurato che le pretese avanzate nei confronti della società statunitense Facebook Inc. sono ammissibili ai sensi della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, poiché dal 2011 l'azienda opera in Belgio attraverso la sua filiale Facebook Belgium SPRL, la quale è anch'essa responsabile del trattamento dei dati all'interno della piattaforma.

Nello specifico, la Commissione belga lamenta il fatto che Facebook registri automaticamente il cookie "Datr" al momento in cui un utente visita una pagina web appartenente al dominio facebook.com, anche se la persona non è iscritta e non ha quindi precedentemente accettato le condizioni di utilizzo del *social network* in questione. Il cookie, che identifica in modo univoco il browser internet dell'utente

(«unique identifier»), rimane per i due anni successivi sul computer dell'internauta, a meno che quest'ultimo non lo elimini, e permette a Facebook di monitorare il comportamento del singolo, tracciando le pagine web consultate. Come rilevato dal ricorrente, i dati raccolti in questo modo sono spesso molto sensibili, poiché possono riguardare la salute dell'individuo, le sue preferenze religiose, politiche o sessuali.

Secondo la Corte belga, un simile comportamento rappresenta una manifesta violazione della legge dell'8 dicembre 1992 sulla protezione della vita privata e in particolare degli artt. 4 e 5, i quali stabiliscono rispettivamente che il trattamento dei dati personali deve avere finalità precise, esplicite e legittime, nonché adeguate, pertinenti e non eccessive e che non può essere effettuato senza il previo consenso della persona. La Corte ha inoltre rilevato la violazione dell'art. 129 della legge del 13 giugno 2005 sulle comunicazioni elettroniche, il quale autorizza lo stoccaggio dei dati relativi ad un utente solo nella misura in cui quest'ultimo sia informato in merito all'utilizzo di tali dati ed abbia precedentemente prestato il suo consenso. Il giudice belga non ha ritenuto ammissibile l'obiezione sollevata da Facebook, secondo la quale le informazioni raccolte sugli utenti avrebbero il solo scopo di identificare i computer e non costituirebbero in alcun caso dati di carattere personale.

Oltre a riguardare uno dei diritti fondamentali della persona, ossia il rispetto della vita privata, nonché il diritto alla protezione dei dati personali, tale violazione, per via della diffusione tra i siti web del plug-in sociale di Facebook, è stata considerata dalla Corte come “massiva”, dato che interessa un numero potenzialmente enorme di individui. Ancora, sono state rinvenute implicazioni afferenti all'ordine pubblico nazionale, che hanno spinto la Corte ad adottare provvedimenti particolarmente severi. Difatti, quest'ultima ha richiesto la cessazione immediata dell'utilizzo dei dati riguardanti gli utenti belgi (identificabili tramite il riferimento agli IP belgi) non iscritti a Facebook e in particolare la registrazione e l'interrogazione dei cookie “Datr”, specificando che l'adozione del provvedimento presenta carattere di urgenza. In base a tale sentenza è stato inoltre disposto che il Gruppo Facebook (nello specifico Facebook Inc., Facebook Belgium SPRL e Facebook Ireland Limited, che mette il servizio internet a disposizione degli utenti dell'Unione europea) deve interrompere il tracciamento dei dati entro 48 ore dalla

pubblicazione della sentenza e che qualsiasi ritardo nell'attuazione di tale decisione sarà sanzionato con il pagamento di una multa pari a 250 mila euro al giorno; una somma calcolata tenendo conto del giro di affari di 12,4 miliardi di dollari della società. Il *social network* statunitense ha già annunciato che presenterà ricorso avverso questa sentenza.



CANADA – La Corte Suprema ha affermato che nella provincia dell’Alberta non vige alcun diritto costituzionale al bilinguismo legislativo

di Francesco Santolini

La Corte Suprema del Canada con la sentenza *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, pronunciata il 20 novembre 2015, ha stabilito che la Costituzione non impone al legislatore della provincia dell’Alberta il bilinguismo nell’attività legislativa.

La vicenda trae origine dalle doglianze di due cittadini dell’Alberta, Gilles Caron e Pierre Boutet, che si sono rivolti alla Corte suprema dopo che la Corte d’appello provinciale aveva respinto le loro richieste. In particolare, i due, dopo essere stati multati per infrazioni stradali ai sensi dell’*Alberta Traffic Safety Act* e dell’*Use of Highway and Rules of the Road Regulation*, hanno sostenuto l’incostituzionalità di detti atti, in quanto redatti solo in inglese e non anche in francese. Inoltre, essi hanno contestato il *Languages Act* dell’Alberta, nella parte in cui non contempla l’obbligo – da loro ritenuto costituzionale – di emanare e pubblicare le leggi e i regolamenti della Provincia sia in francese sia in inglese. I due ricorrenti hanno infatti affermato che in Alberta sarebbe in vigore un diritto costituzionale, non derogabile dalle leggi provinciali, al bilinguismo legislativo.

Le origini di tale diritto sono da ricondurre, secondo Caron e Boutet, al 1870, anno in cui la vasta area occidentale fino ad allora sotto il controllo della Hudson's Bay Company entrò a far parte del Canada, in seguito a negoziati e accordi. In particolare, fu creata la Provincia del Manitoba in virtù del *Manitoba Act* e un'ampia zona, in cui era ricompresa l'attuale Provincia dell'Alberta, fu annessa come nuovo territorio canadese sottoposto all'amministrazione federale con il *1870 Rupert's Land and North-Western Territory Order* (d'ora innanzi *1870 Order*). I ricorrenti hanno sostenuto che il bilinguismo legislativo – nonostante fosse espressamente previsto nel *Manitoba Act, 1870* ma non nel *1870 Order* – fosse in realtà garantito per entrambe le aree e quindi anche per l'attuale Alberta, in virtù della promessa, data dal Parlamento canadese nel 1867 (da qui in poi *1867 Address*), che nei territori occidentali sarebbero stati rispettati i «legal rights of any corporation, company, or individual». Tale promessa – che ha portata costituzionale, dal momento che il *1867 Address* è diventato un allegato del *1870 Order*, che è a sua volta allegato alla Costituzione del Canada e ne è parte integrante in virtù del richiamo contenuto nella sez. 52, par. 2, pt. b) del *Constitution Act* del 1982 – deve essere interpretata, ad avviso di Caron e Boutet, nel senso di ricomprendere tra i *legal rights* anche il diritto al bilinguismo legislativo.

La Corte Suprema del Canada, con una maggioranza di sei giudici, ha affermato che la provincia dell'Alberta non è costituzionalmente obbligata a emanare leggi e regolamenti sia in francese sia in inglese.

Essa, dopo aver premesso che è suo dovere interpretare in modo estensivo i diritti linguistici sanciti in Costituzione, ma non crearne di nuovi, dovendo attenersi al significato risultante dal testo scritto, al contesto storico e agli obiettivi sottesi alle disposizioni normative che sanciscono le garanzie, ha sostenuto che la radicata garanzia costituzionale al bilinguismo legislativo invocata dagli appellanti non è desumibile dal testo, né dal contesto, né dallo scopo dei documenti citati, e pertanto la Provincia dell'Alberta è libera di scegliere la lingua o le lingue da utilizzare nell'attività legislativa.

Nella storia del Canada il riconoscimento dei diritti linguistici è sempre avvenuto in modo esplicito, e mai la locuzione *legal rights* è stata utilizzata nel senso di ricomprendere i diritti linguistici, come è emerso anche dai dibattiti parlamentari

dell'epoca. In particolare, i giudici hanno insistito sul fatto che mentre nel *Manitoba Act* del 1870 si è fatto espresso riferimento, in seguito ad apposita negoziazione tra le parti coinvolte, al bilinguismo legislativo, con disposizioni molto simili a quelle enunciate nella sez. 133 del *Constitution Act* del 1867, il coevo *1870 Order* non conteneva nulla di tutto ciò. Guardando alle vicende storiche, si può evincere che nel 1870 i rappresentanti dei territori coinvolti, dopo aver fallito nel tentativo di creare una provincia che ricomprendesse tutta l'area occidentale prima appartenente alla Hudson's Bay Company, accettarono un compromesso, consistente nell'annettere come provincia solo una ristretta zona (il Manitoba) e nel sottoporre alla giurisdizione del Parlamento i restanti territori (Rupert's Land e North-Western Territory), tra cui l'attuale Alberta. In base a tale compromesso, alcuni diritti, tra cui quello al bilinguismo legislativo, furono riconosciuti solo al Manitoba.

I giudici hanno inoltre ritenuto incongruo ritenere che le espressioni contenute in un atto del 1867 (il *1867 Address*) possano essere interpretate in modo da ricomprendere accordi raggiunti tre anni dopo in seguito a ulteriori negoziati, e comunque hanno affermato che nel caso di specie non trova alcun fondamento l'assunto secondo cui il Governo britannico avrebbe consacrato il bilinguismo legislativo allegando al proprio atto (il *1870 Order*) un documento del Parlamento canadese (il *1867 Address*) che non conteneva alcuna menzione dei diritti linguistici.

Ha infine aggiunto che in nessun'altra provincia creata dai territori entrati a far parte del Canada mediante il *1870 Order* si fa menzione di diritti al bilinguismo legislativo.

Poggia dunque su queste basi la decisione della Corte suprema circa l'inesistenza di un obbligo costituzionale al bilinguismo legislativo in Alberta.

Tre giudici hanno depositato un'opinione dissenziente, secondo la quale l'accordo storico tra il Governo canadese e gli abitanti della Rupert's Land e del North-Western Territory ricomprendeva la promessa di proteggere il bilinguismo legislativo ed è stato costituzionalizzato in virtù del *1867 Address*.

La lettura di quest'ultimo atto va infatti effettuata considerando tre principi di interpretazione costituzionale: la Costituzione deve essere letta alla luce del contesto storico, filosofico e linguistico; va interpretata in senso ampio e considerando gli obiettivi che si propone; è per sua natura espressione della volontà del popolo.

Nella *dissenting opinion* si rileva che da un'analisi storica emerge che il bilinguismo legislativo era ben radicato nei popoli dei territori occidentali già prima che essi entrassero a far parte del Canada. Pertanto fu rivendicato dai loro rappresentanti come condizione per l'annessione e accettato dal Governo canadese. Proprio perché rivestivano notevole importanza per gli abitanti dei nuovi territori, i diritti linguistici e il bilinguismo legislativo furono oggetto, durante i negoziati, di numerose richieste di protezione e di corrispondenti promesse da parte delle autorità canadesi e britanniche, che poi si impegnarono a mantenerle negli anni successivi all'annessione.

I giudici dissenzienti hanno osservato che non sfugge loro la differenza contenutistica tra il *Manitoba Act, 1870* relativo al Manitoba e il *1870 Order* riguardante la Rupert's Land e il North-Western Territory, ma che dalla previsione dei diritti della minoranza linguistica solo nel primo e non anche nel secondo non può automaticamente ricavarsi la rinuncia alla tutela di detti diritti per tutti i nuovi territori annessi diversi dalla piccola area del Manitoba. Peraltro, i due atti non sarebbero in realtà comparabili, provenendo il primo dal Parlamento canadese e il secondo dalle autorità britanniche. Hanno poi affermato che, sia pure a causa di fonti diverse, per entrambe le nuove entità entrate a far parte del Canada vigeva l'obbligo di redigere gli atti legislativi sia in inglese sia in francese: per la Provincia del Manitoba, in virtù del *Manitoba Act, 1870* e della conseguente legislazione provinciale, per la vastissima restante parte dei territori annessi, sottoposti all'autorità federale, grazie alla previsione riguardante il Parlamento canadese contenuta nella sez. 133 del *Constitution Act* del 1867.

I tre firmatari della *dissenting opinion* hanno infine sostenuto che, alla luce delle considerazioni espresse *supra*, l'accordo per la protezione del bilinguismo legislativo è stato costituzionalizzato con l'inserimento della garanzia dei *legal rights* nel *1867 Address*, approvato in vista delle annessioni, il quale è dotato di uno *status* costituzionale in quanto a sua volta inglobato nel *1870 Order*, documento costituzionale in virtù del richiamo di cui alla sez. 52, par. 2, pt. b) del *Constitution Act* del 1982 e della sua allegazione allo stesso. Pertanto, a loro avviso, in tutti i territori annessi nel 1870 sarebbe in vigore la garanzia del bilinguismo legislativo e, di

conseguenza, la Provincia dell'Alberta sarebbe costituzionalmente obbligata a emanare le proprie leggi sia in inglese sia in francese.



GUINEA BISSAU – Grave crisi politico-istituzionale nel Paese

di Francesco Campodonico

Il 12 Agosto 2015, a seguito di contrasti politici insanabili tra il Presidente della Repubblica, José Mário Vaz, il Primo Ministro, Domingos Simões Pereira, e il Presidente dell'Assemblea nazionale popolare, Cipriano Cassama (il Parlamento è monocamerale), il Presidente emanava il [*Decreto Presidencial n. 5/2015*](#), con il quale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 69, comma 1, lett. *b*) e 104, comma 2, della [*Costituzione*](#) (per cui è consentito al Presidente della Repubblica licenziare il Governo, con suo decreto, nei soli casi di «grave crisi politica che ponga in pericolo il normale funzionamento delle istituzioni della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato e con assenso dei partiti politici rappresentati in Parlamento»), il Governo veniva dimesso dalle sue funzioni.

Pochi giorni dopo, con il successivo [*Decreto presidencial n. 6/2015*](#), il Presidente Vaz nominava un nuovo Primo Ministro, nella persona di Baciro Djá, allora vicepresidente del partito di maggioranza relativa in Parlamento, il Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde (PAIGC). Tuttavia, nel corso di un giudizio amministrativo sulla validità di un atto del nuovo Governo, presieduto da Baciro Djá, veniva sollevata, innanzi al Supremo Tribunal de Justiça – giurisdizione di ultima istanza del Paese, incaricata della verifica di costituzionalità delle leggi sulla

base dell'art. 126 Cost. –, questione incidentale di costituzionalità del *Decreto presidencial* n. 6/2015. Con [l'acórdão n. 1/2015](#), il Supremo collegio, pronunciandosi in via definitiva sull'incidente di costituzionalità, rilevava l'incostituzionalità del decreto presidenziale citato per violazione dell'art. 68, lett. g), Cost. Tale articolo, infatti, prevede che il Presidente della Repubblica possa nominare e esonerare dalla carica di Primo Ministro «tenendo conto dei risultati elettorali e dopo aver sentito le forze politiche rappresentate nell'Assemblea nazionale popolare». Nel caso di specie, il Presidente, invece, aveva nominato Baciro Djá senza il consenso del suo stesso partito, cioè del PAICG, che aveva riproposto il nome del Primo Ministro uscente, Domingos Simões Pereira.

Nella loro pronuncia, i giudici affermavano che la precisazione («tenuto conto dei risultati elettorali...»), contenuta nell'art. 68, lett. g), della Costituzione, non è «mero esercizio di pratica politica o un rituale esercizio della libera discrezionalità del Presidente della Repubblica, ma un sublime dovere giuridico-costituzionale, il cui rispetto è necessario per la salvaguardia della legittimità democratica dei risultati elettorali».

A seguito di questa pronuncia, il Presidente della Repubblica nominava, su indicazione della direzione del PAICG, un nuovo Primo Ministro nella persona di Carlos Correia. Ai sensi dell'art. 85, lett. d), della [Costituzione](#), tuttavia, all'Assemblea nazionale popolare spetta l'approvazione (a maggioranza) del programma di governo e, qualora questa approvazione non avvenga, è previsto che un nuovo dibattito sul programma governativo debba svolgersi entro 15 giorni. Nel caso in cui neppure questa seconda votazione dia esito positivo, ai sensi dell'art. 104, comma 1, lett. b), vi è l'obbligo di dimissioni da parte del Governo.

Il 23 dicembre 2015, Correia si presentava innanzi all'Assemblea nazionale popolare per ottenere l'approvazione del suo programma di governo. Durante la votazione, però, 15 deputati e membri del PAICG (Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde), guidati dall'ex Primo Ministro Djá, si astenevano assieme ai membri dell'opposizione, provocando il mancato raggiungimento della maggioranza (sui 101 membri dell'Assemblea, i voti a favore del programma sono stati solo 45).

A seguito del loro comportamento durante il voto sul programma di governo, il 14 gennaio 2016, i 15 esponenti del PAICG venivano espulsi dal partito, che ne dava comunicazione alla Presidenza dell'Assemblea nazionale popolare, chiedendo che si facesse applicazione dell'art. 13 del Regimento interno dell'Assemblea (Lei n. 1/2010) e ne venisse dichiarata, pertanto, la perdita del mandato parlamentare. Il 15 gennaio 2016, non essendo in sessione l'Assemblea Nazionale Popolare, la Commissione Permanente – organo previsto dall'art. 95 della Costituzione, presieduto dal Presidente e composto dal Vicepresidente dell'Assemblea e dai rappresentanti dei partiti che hanno seggi in Parlamento – deliberava la perdita del mandato parlamentare per i 15 deputati espulsi dal PAICG.

Pochi giorni dopo, come previsto, l'Assemblea nazionale popolare si riuniva in sessione straordinaria, convocata dal Presidente dell'Assemblea. E, nonostante il Presidente avesse richiesto alle forze di sicurezza di impedire l'accesso all'aula ai 15 deputati “decaduti”, siccome i loro nomi risultavano ancora sulla lista dei deputati pubblicata in Gazzetta Ufficiale, su decisione del *Comissário Nacional da Polícia da Ordem Publica*, José António Marques, vennero fatti entrare comunque. A quel punto, il Presidente dell'Assemblea, ritenendo non sufficienti le condizioni di sicurezza per l'ordinato svolgimento della seduta (art. 24, comma 1, lett. e) del *Regimento interno*), la sospendeva, senza far procedere alla seconda votazione del programma di governo.

Ad oggi la crisi non è ancora stata risolta ed il Presidente della Repubblica ha deciso di avviare una lunga fase di consultazioni, al fine di trovare una mediazione politica tra tutti i principali protagonisti delle ultime, complesse, vicende del piccolo, martoriato, Paese africano.



PORTOGALLO – Il Tribunale costituzionale annulla le sanzioni disciplinari comminate dal Partito Social Democrata a quattro suoi deputati che avevano votato contro la legge di bilancio per il 2015

di Francesco Campodonico

L'11 novembre del 2015, con l'[*Acórdão* n.º 592/2015](#), il Tribunale costituzionale (TC) ha annullato le deliberazioni del Consiglio di Giurisdizione Nazionale (*Conselho de Jurisdição Nacional*, CNJ) del *Partido Social Democrata* (PSD) emesse in data 30 luglio 2015 e 4 ottobre 2015 nei confronti di quattro militanti (e deputati) dello stesso partito per aver, il 25 novembre 2014, in occasione del voto finale sulla [*Proposta de Lei* n.º 254/XII/4](#) (recante la proposta di Legge di bilancio per il 2015), votato contro la proposta stessa, in dissenso rispetto alla posizione ufficiale del proprio partito. La sanzione comminata ai deputati era quella della sospensione dall'elettorato attivo e passivo per un mese.

Per il combinato disposto degli artt. 103-C, c. 8, e 103-D della [*Lei orgânica* n.º 28/1982](#) («Legge organica sull'organizzazione, funzionamento e processo del Tribunale costituzionale») è concesso, ai membri dei vari partiti politici del Paese, di impugnare davanti al TC i provvedimenti sanzionatori emessi dai competenti organi dei partiti, secondo quanto disposto dai rispettivi statuti. Per poter promuovere l'impugnativa davanti al TC è necessario dedurre o l'illegittimità delle sanzioni comminate o la violazione delle regole statutarie; il provvedimento disciplinare deve,

inoltre, ledere direttamente e personalmente i diritti di partecipazione del militante all'attività del partito.

I quattro deputati sanzionati, dunque, avevano presentato ricorso davanti al TC deducendo tanto l'invalidità dell'intero procedimento sanzionatorio, per essere stato avviato da un soggetto non titolato a farlo (cioè dal presidente del gruppo parlamentare), sia l'incompetenza a decidere, in prima istanza, da parte del CNJ. Inoltre, avevano evidenziato come il procedimento si fosse svolto con gravi violazioni del loro diritto di difesa, derivanti dalla mancata notificazione della raccolta, agli atti del processo, delle testimonianze scritte, rese da quattro testimoni a loro carico.

Il TC, respinte nel merito tutte le altre istanze dei ricorrenti, ha riconosciuto la mancanza della notifica agli imputati del deposito delle quattro testimonianze, rese per iscritto dai testimoni dedotti da controparte. Tale mancanza, costituendo violazione delle garanzie di audizione e difesa degli imputati, previste dall'art. 22, c. 2, della [*Lei orgânica n.º 2/2003*](#) («Legge sui Partiti politici»), secondo le modifiche apportatevi dall'art. 6, c. 1, lett. d), della [*Lei orgânica n.º 2/2008*](#), ha determinato la nullità insanabile (*nulidade insuprível*) del procedimento disciplinare a carico di pubblici funzionari, secondo quanto disposto dall'art. 203, c. 1, della *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, approvata con la [*Lei n.º 35/2014*](#).



TUNISIA – Approvata la legge che istituisce la Corte costituzionale

di Tania Abbiate

Il 3 dicembre scorso, l'Assemblea dei rappresentanti del popolo (ARP) ha approvato la legge organica n. 2015/50 relativa alla Corte costituzionale (d'ora in avanti semplicemente "Corte"), adempiendo così un ulteriore passo nel processo di attuazione della Costituzione del 27 gennaio 2014.

L'adozione di questa normativa era prescritta dall'art. 148 c. 5 della Carta costituzionale, il quale prevedeva anche un limite temporale: il Parlamento avrebbe infatti dovuto approvare la legge entro un anno dalle elezioni legislative dell'ottobre 2014. La legge si compone di 80 articoli articolati in quattro Titoli, suddivisi a loro volta in vari capitoli e sezioni.

Ai sensi dell'art. 2, la Corte avrà sede a Tunisi, ma potrà decidere all'occorrenza di riunirsi altrove. Essa si doterà di un regolamento interno (art. 4) e assumerà le decisioni a maggioranza assoluta (art. 5). Per quanto riguarda la sua composizione il Titolo II definisce nel dettaglio le indicazioni generali contenute nell'art. 118 della Costituzione: in particolare, i giudici dovranno necessariamente possedere la nazionalità tunisina da almeno cinque anni, avere 45 anni o più, aver maturato un'esperienza di almeno 20 anni, essere persone competenti, indipendenti, imparziali

ed integre, non aver ricoperto posizioni politiche nei 10 anni precedenti, godere dei diritti civili e politici, non essere incorsi in sanzioni disciplinari e non essere stati condannati (art. 8).

L'art. 9 specifica poi le condizioni per gli specialisti di diritto, mentre i successivi articoli 10-16 si riferiscono alla nomina dei giudici da parte degli altri tre organi costituzionali (il Consiglio superiore della magistratura, il Presidente della Repubblica e l'Assemblea dei rappresentanti del popolo). La legge specifica, infatti, che la Corte costituzionale si comporrà di dodici membri, di cui quattro di nomina presidenziale, quattro di nomina del Presidente dell'ARP, quattro di nomina del Consiglio superiore della magistratura (CSM).

Per quanto riguarda le garanzie, la legge prevede che i giudici godano di immunità penale (art. 22) e ricevano una remunerazione pari a quella dei Ministri (art. 23).

L'art. 25 dispone che i giudici dichiarino il loro patrimonio alla Corte dei conti entro un anno dalla loro nomina e tale disposizione risponde forse più che altre alla storia del Paese: la lunga tradizione di arricchimenti di componenti degli organi di governo spiega infatti l'attenzione verso la trasparenza finanziaria. L'art. 26 dispone il divieto di cumulare la funzione di giudice con altre cariche statali e l'art. 27 prevede il divieto di esternazioni pubbliche ad eccezione degli articoli scientifici.

Appare interessante notare che la legge prevede, all'art. 28, l'istituto del *recall* del giudice, che può dispiegarsi con l'approvazione dei due terzi dei membri della Corte. Tale previsione risulta problematica in quanto rischia di indebolire considerevolmente il principio di indipendenza della Corte.

Il Titolo III è dedicato all'organizzazione e al funzionamento della Corte: ai sensi dell'art. 29 il Presidente svolge un ruolo di rappresentanza e assicura il corretto svolgimento delle funzioni della Corte; in tale compito, egli è assistito da un Segretario generale (art. 30).

Il Titolo IV è dedicato alle competenze della Corte e alle relative procedure di funzionamento: in relazione a quest'ultimo aspetto, in particolare, la disciplina appare alquanto originale in prospettiva comparata, prevedendo la legge che vi siano almeno due relatori per ogni decisione (art. 38). Il Capitolo I (artt. 40-42) si riferisce

alla funzione di controllo dei progetti di revisione costituzionale, già previsto dall'art. 120 della Costituzione; il Capitolo II (artt. 45-53) verte sul controllo preventivo dei progetti di legge, enunciando il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 52); il Capitolo III (artt. 54-61) si riferisce al controllo di costituzionalità delle leggi, prevedendo che la declaratoria di incostituzionalità ha un'efficacia *erga omnes* non retroattiva, anche per quanto riguarda l'incostituzionalità della legge elettorale (art. 60); il Capitolo V (artt. 62-64) riguarda il controllo di costituzionalità del regolamento dell'Assemblea dei rappresentanti del popolo; il Capitolo VI (artt. 65-76) enuncia le altre competenze relative a: la destituzione del Presidente della Repubblica, possibile solo per grave violazione della Costituzione (artt. 65-68); l'accertamento della vacanza del Presidente della Repubblica (artt. 69-70); il giuramento del Presidente della Repubblica in caso di scioglimento anticipato dell'Assemblea dei rappresentanti del popolo (art. 71); la decisione in materia di stato d'eccezione (artt. 72-73); ai conflitti di competenza tra Presidente della Repubblica e Capo di Governo (artt. 74-76).

La legge si chiude infine con alcune disposizioni transitorie e finali (artt. 77-80) relative ai primi due rinnovi dell'organo costituzionale, che ricalcano l'art. 148 c.6 della Costituzione (art. 77), alla competenza sulla legittimità del regolamento dell'Assemblea dei rappresentanti del popolo, già approvato nel dicembre 2014 (art. 78), alla trasmissione dei dossier da parte dell'Istanza provvisoria per il controllo di costituzionalità, l'organo provvisorio creato nell'aprile 2014 per controllare la costituzionalità dei progetti di legge fino all'entrata in vigore della Corte costituzionale (art. 79) e alla conclusione dell'attività di quest'ultimo organo in seguito all'entrata in funzione della Corte costituzionale (art. 80).

Occorre sottolineare che nell'ottobre 2015, la Commissione di Venezia si era pronunciata sul progetto di legge istitutivo della Corte costituzionale, in seguito ad una richiesta esplicita espressa nell'agosto 2015 da parte del Ministero degli Affari esteri tunisino. Con tale opinione, l'organo ausiliario del Consiglio d'Europa aveva messo in luce gli aspetti più carenti del progetto di legge, pur affermando che «Dans l'ensemble, le projet de loi organique relative à la Cour constitutionnelle de Tunisie respecte les règles et principes prévus par la Constitution et les normes

internationales; il devrait contribuer à un fonctionnement efficace de la Cour» (art. 69 dell'opinione n. 817/2015).

L'ARP sembra aver accolto gran parte delle raccomandazioni espresse dalla Commissione, relative in particolare a: 1) l'indipendenza da parte del Governo per la nomina del Segretario generale; 2) la possibilità per il giudice costituzionale di difendersi prima di essere destituito; 3) la pubblicità delle sedute della Corte, abbinata però alla possibilità di tenere udienze a porte chiuse; 4) la definizione per legge degli effetti delle decisioni. In merito al primo aspetto, occorre sottolineare che mentre il progetto di legge prevedeva che spettava al Governo nominare il Segretario generale, l'art. 31 della legge organica stabilisce che tale figura istituzionale è nominata tramite decreto governativo su proposta del Presidente della Corte costituzionale. Per quanto riguarda la garanzia del diritto di difesa del giudice, la legge organica prevede che la votazione sulla sua destituzione sia preceduta dall'audizione del soggetto interessato (art. 28). relativamente al terzo punto problematico segnalato dalla Commissione di Venezia, l'art. 36 stabilisce che le sedute della Corte sono pubbliche, ma essa può decidere eccezionalmente di riunirsi a porte chiuse. Per quanto riguarda, infine, la definizione per legge degli effetti delle decisioni, il già menzionato art. 60 della legge, fa riferimento all'efficacia *erga omnes*.

Il Parlamento tunisino non si è limitato però a modificare pedissequamente il progetto di legge così come richiesto dall'organo ausiliario del Consiglio d'Europa: basti in questo caso richiamare il fatto che, malgrado l'invito ad abbassare l'età minima dei giudici di costituzionalità (45 anni), l'ARP non ha provveduto a modificare tale età. Su altri aspetti che apparivano problematici ad avviso della Commissione di Venezia, il Parlamento ha desistito dall'inserirli nella legge: è questo il caso, ad esempio, della questione relativa alle opinioni separate. La legge organica prevede altresì disposizioni che non erano presenti nel progetto di legge, come l'istituto della revoca del giudice.

Malgrado l'approvazione della legge, l'organo di giustizia costituzionale non è stato ancora istituito, dal momento che il Parlamento tunisino non ha ancora approvato la legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura, che è uno degli organi incaricati di nominare un terzo dei membri della Corte. L'approvazione di tale legge, infatti, si è rivelata essere particolarmente problematica, come

dimostrano le due pronunce di incostituzionalità emesse nel corso del 2015 dall'Istanza provvisoria per il controllo di costituzionalità delle leggi in merito al progetto di legge istitutivo del CSM.

Benché il ritardo nell'istituzione della Corte costituzionale trovi dunque giustificazione nelle difficoltà relative al CSM, la mancata entrata in vigore dell'organo di giustizia costituzionale è particolarmente grave, allorché si consideri che sussistono ancora numerose leggi di stampo autoritario nell'ordinamento tunisino, che ad oggi non possono tuttavia essere epurate, dal momento che l'Istanza provvisoria per il controllo di costituzionalità delle leggi è competente a pronunciarsi solo sui progetti di legge approvati dall'Assemblea dei rappresentanti del popolo e non può dunque giudicare le leggi in vigore. L'approvazione della legge istituiva della Corte non costituisce dunque che il primo passo nel cammino di piena affermazione dell'ordinamento costituzionale disegnato dalla Carta costituzione del gennaio 2014.



REGNO UNITO – La Supreme Court ha dichiarato non illegittima ai sensi della CEDU la legge che impone ai cittadini stranieri, coniugati con cittadini inglesi, di sostenere un test di competenze linguistiche

di Giammaria Milani e Andrea Perelli

Il 18 novembre 2015 la *Supreme Court* del Regno Unito ha ritenuto che la disciplina in materia d'immigrazione (*Immigration Rule*) che impone ai coniugi stranieri di cittadini inglesi di sostenere un test di competenze linguistiche non è illegittima ai sensi degli artt. 8 e 14 CEDU.

La necessità di provare la conoscenza della lingua inglese prima dell'ingresso nel paese è stata introdotta nella normativa in materia da un emendamento del 2010. In base all'art. 281 della legge l'individuo deve presentare un certificato di conoscenza della lingua inglese che dimostri il possesso di un livello pari ad A1 (ascolto e parlato) del Quadro comune europeo di riferimento per le lingue; il certificato deve essere rilasciato da un istituto appositamente riconosciuto dal Governo. Lo stesso articolo prevede l'esenzione, per alcune categorie di persone, dalla necessità di provare la conoscenza della lingua inglese; gli individui con più di 65 anni, ovvero coloro che non possono sostenere l'esame linguistico per motivi di salute o per "exceptional compassionate circumstances"; i cittadini di paesi la cui lingua maggioritaria è l'inglese (Antigua e Barbuda; Australia; Bahamas; Barbados; Belize;

Canada; Dominica; Grenada; Guyana; Jamaica; Nuova Zelanda; Saint Kitts and Nevis; Santa Lucia; Saint Vincent e Grenadine; Trinidad e Tobago; Stati Uniti); coloro che hanno ottenuto un diploma universitario in questi stessi paesi, con corsi di studio impartiti in lingua inglese, o nel Regno Unito.

La previsione di test linguistici per l'ingresso in un paese o per l'acquisto della cittadinanza è una tendenza comune oggi a diversi paesi dell'Unione europea. Gli stessi elementi che caratterizzano la normativa britannica, come la necessità di provare la conoscenza della lingua prima dell'ingresso nel paese e la formalizzazione del requisito linguistico mediante l'organizzazione di test linguistici, sono del resto ricorrenti in diversi ordinamenti. Occorre inoltre ricordare che la stessa Unione europea, in alcune sue direttive (2003/86/CE e 2003/109/CE, rispettivamente dedicate al diritto al ricongiungimento familiare e al soggiorno di lungo periodo dei cittadini extracomunitari legalmente residenti), ha riconosciuto la potestà degli Stati membri di porre misure e condizioni di integrazione – nell'ambito del quale ben si possono ricomprendere i requisiti linguistici – nelle loro normative in materia.

Nel caso deciso dalla Corte suprema del Regno Unito, le ricorrenti, due cittadine del Regno Unito, hanno impugnato il citato provvedimento normativo. In particolare, ad avviso delle ricorrenti sarebbe stato impossibile per i rispettivi mariti – di origine yemenita e pakistana – possedere le competenze linguistiche richieste dalla legge.

In base a una ricerca commissionata dalle stesse ricorrenti e citata dalla Corte, le difficoltà in ordine al soddisfacimento del requisito sarebbero state molteplici. In primo luogo, mancano informazioni circa l'organizzazione dei test, con riguardo, ad esempio, ai centri autorizzati a rilasciare i certificati e ai luoghi dove è possibile sostenere gli esami. Nondimeno, i siti internet che contengono queste informazioni sono in lingua inglese, quindi di difficile accesso per gli individui interessati a queste procedure. Infine, spesso i centri riconosciuti non organizzano corsi e test per il livello A1 o comunque limitati alle competenze dell'ascolto e del parlato, per cui di fatto gli individui sono talvolta obbligati a dimostrare conoscenze linguistiche più alte di quelle richieste dalla legge. Alla luce di siffatte considerazioni, le ricorrenti chiedevano che la disposizione che disciplina i test linguistici fosse dichiarata illegittima per contrasto con gli articoli 8 e 14 CEDU. Come noto, tali disposizioni

tutelano – rispettivamente – il diritto alla vita privata e familiare ed il diritto alla non discriminazione

La Corte non rileva una violazione dell'articolo 8 CEDU. Dopo aver delineato le finalità della normativa censurata – tra i quali il sostegno dell'integrazione dei coniugi dei cittadini britannici in ingresso nel Regno Unito – i giudici riconoscono che sussiste una netta connessione tra il fine perseguito e gli strumenti previsti dalla legge (“a rational connection”) e che tali strumenti non sono sproporzionati rispetto allo scopo (“a less intrusive means”). La *Supreme Court* richiama inoltre la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo (sentenze *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom* (1985) e *Jeunesse v The Netherlands* (2015)), la quale ha ritenuto che la Convenzione non impone agli Stati contraenti un illimitato obbligo di accettare le scelte inerenti la fissazione della residenza nei propri confini da parte delle coppie sposate.

La Corte suprema neppure ha ritenuto la normativa in contrasto con l'articolo 14 CEDU. Invero, ha affermato che la normativa persegue il legittimo fine di imporre a tutti i soggetti che intendono risiedere nel Regno una conoscenza almeno rudimentale della lingua inglese. In tal senso, l'esenzione riconosciuta dalla legge a favore dei cittadini di alcuni Stati la cui lingua maggioritaria è l'inglese, censurata dalle ricorrenti, sarebbe giustificabile sulla base della considerazione del fatto che tali individui ragionevolmente posseggano una sufficiente familiarità con la lingua inglese e siano quindi in grado integrarsi nella società britannica subito dopo il loro arrivo nel Regno Unito.



ARMENIA – Un referendum popolare approva una nuova Costituzione. Cambia la forma di governo

di Giacomo Mannocci

L'Armenia ha scelto un sistema di governo parlamentare: questa è sicuramente la novità di maggior rilievo della riforma costituzionale sottoposta a referendum popolare il 6 dicembre 2015. La riforma costituzionale armena è interessante non solo per la modifica della forma di governo, ma anche per le modalità con cui è stata discussa e redatta, visto che è stata elaborata con l'ausilio determinante del Consiglio d'Europa.

Il 21 settembre 1991 l'Armenia dichiarò la sua indipendenza dall'Unione Sovietica e già nell'ottobre successivo venne eletto a suffragio universale il primo Presidente. Al pari di molte ex repubbliche sovietiche, l'Armenia optò per una forma di governo semipresidenziale, prendendo come esplicito punto di riferimento la Costituzione francese del 1958. Nel 1995 la Costituzione armena venne sottoposta a referendum popolare e approvata con il 68% dei voti favorevoli. La Costituzione venne poi emendata il 27 novembre 2005, riequilibrando i poteri dell'Assemblea Nazionale. Nel 2013, su impulso politico dell'attuale Presidente della Repubblica, Serž Sargsyan, si decise di aprire un nuovo processo di revisione costituzionale. Il 6 dicembre 2015 gli elettori sono stati chiamati a pronunciarsi su

un [progetto di nuova Costituzione](#), redatto e discusso assieme alla “Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto”, un organo consultivo del Consiglio d’Europa, conosciuta universalmente con il nome di “Commissione di Venezia”, in quanto si riunisce solitamente nella città lagunare presso il Palazzo dei Dogi.. Alla consultazione referendaria del 6 dicembre scorso, si è registrata un'affluenza del 50,8% degli elettori: il quesito è stato invece approvato dal 66,2% dei votanti.

Prima di esaminare le novità relative alla nuova forma di governo, è interessante evidenziare come si è svolto il procedimento di revisione costituzionale perché il progetto di una nuova Costituzione è stato redatto dal legislatore armeno con il supporto determinante di un organismo internazionale, quale la “Commissione di Venezia” che dal 1990 aiuta gli Stati a redigere delle Carte conformi agli standard del patrimonio costituzionale europeo. La Commissione è infatti composta da giuristi indipendenti di fama internazionale che sono individuati per la loro esperienza nelle istituzioni democratiche o per il loro contributo allo sviluppo del diritto e della scienza politica (art. 2 dello Statuto istitutivo). I membri della Commissione possono essere professori universitari, di diritto costituzionale o di diritto internazionale, giudici di Corti supreme o costituzionali o membri di parlamenti nazionali. Nel procedimento di revisione armeno, quest’organismo internazionale ha collaborato con l’apposita Commissione costituzionale armena incaricata di redigere il nuovo testo costituzionale. Quest’ultima era stata istituita con decreto del Presidente della Repubblica il 4 settembre 2013. Al termine di un [confronto tra la Commissione nazionale e la Commissione di Venezia](#), protrattosi per quasi due anni, è stato elaborato un testo che è stato successivamente presentato al Presidente della Repubblica Serzh Sargsyan e adottato il 5 ottobre 2015 dall’Assemblea Nazionale, il Parlamento unicamerale armeno, composto da 131 membri, eletti per quattro anni, di cui 41 eletti in collegi uninominali e 90 attribuiti con sistema proporzionale, con soglia di sbarramento al 5%. Il progetto di revisione integrale della Costituzione è stato adottato con 104 voti favorevoli, 10 contrari e 3 astenuti. Successivamente, in base a quanto disposto dal vigente art. 111 della Costituzione, il progetto è stato sottoposto al corpo elettorale mediante referendum confermativo.

Con il referendum del 6 dicembre si è avuta una revisione integrale della Costituzione perché sono state totalmente riscritte sia le disposizioni relative ai diritti fondamentali sia quelle relative all'ordinamento istituzionale.

Il nuovo testo ridimensiona innanzitutto il ruolo del Presidente della Repubblica: questi non sarà più eletto a suffragio universale e diretto, bensì dall'Assemblea Nazionale e resterà in carica per un unico mandato di sette anni, mentre fino ad oggi il mandato era di cinque anni, rinnovabile una sola volta. Sono stati altresì modificati i requisiti di eleggibilità: può essere eletto chiunque abbia compiuto quarant'anni, sia cittadino armeno da almeno sei anni, sia stato residente nel territorio nazionale nei sei anni precedenti e conosca la lingua armena (art. 125). Quest'ultima è una delle novità inserite nel testo al pari della previsione che, durante il mandato, il Presidente non può aderire ad alcun partito o movimento politico proprio per accentuare il suo nuovo ruolo di organo di garanzia. Quanto agli altri requisiti di eleggibilità, si tratta di un mero aggiornamento. Quanto alle nuove modalità di elezione si prevede che la candidatura a Presidente sia sottoscritta da almeno un quarto dei parlamentari e che questi sia eletto a scrutinio segreto dall'Assemblea nazionale: al primo scrutinio occorre la maggioranza dei tre quarti dei componenti; al secondo la maggioranza scende a tre quinti dei componenti. Qualora il presidente non sia stato ancora eletto, si procede al ballottaggio tra i due candidati più votati e per essere eletti è necessario che uno dei due ottenga la maggioranza assoluta degli aventi diritto, in caso contrario, si tiene, entro i successivi dieci giorni, una nuova votazione. Prima di entrare in carica, il Presidente presta giuramento di fedeltà alla Costituzione dinanzi alla stessa Assemblea nazionale. In caso di impedimento temporaneo le sue funzioni sono esercitate dal Presidente dell'Assemblea nazionale (art. 144).

La nuova Carta continua a definire il Presidente come capo dello Stato, ma non gli attribuisce più né il compito di vigilare sul regolare funzionamento degli organi legislativi, esecutivi e giudiziari, né quello di garantire l'indipendenza, l'integrità territoriale e la sicurezza della Repubblica armena; inoltre non può più convocare e presiedere il Consiglio dei ministri per trattare questioni inerenti la difesa e la politica estera. Infatti, per quanto concerne quest'ultima, spetta al Presidente solamente concludere i trattati internazionali e nominare i rappresentanti diplomatici, sempre

su proposta del governo; per le politiche di difesa spetta al Presidente nominare il Capo di stato maggiore generale e i più alti ranghi delle forze armate anche se le Forze armate rispondono direttamente al Primo Ministro (art. 154). Il Presidente della Repubblica promulga le leggi e nomina i funzionari dello Stato, ma nel merito delle scelte ha una capacità di intervento limitata: ad esso è riconosciuta solo la facoltà di richiedere al Governo e all'Assemblea nazionale di esprimersi nuovamente sui i nominativi proposti senza poter esercitare un veto.

Quanto al procedimento legislativo, al Presidente non è riconosciuto un potere di veto su quanto deliberato dall'Assemblea nazionale, bensì solo la facoltà di richiedere alla Corte costituzionale un giudizio preventivo sulla conformità delle legge alla Costituzione.

La Costituzione prevede per il Presidente l'immunità per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni: può, infatti, essere messo sotto stato di accusa esclusivamente per alto tradimento e/o attentato alla costituzione. Si prevede che l'Assemblea nazionale a maggioranza assoluta dei suoi componenti incarichi la Corte costituzionale di giudicare il comportamento del Presidente. Dopodiché spetterà alla stessa Assemblea Nazionale pronunciarsi a maggioranza dei due terzi dei componenti sulle conclusioni stabilite dalla Corte costituzionale (art. 141). In merito all'immunità, bisogna poi ricordare che questa si estende anche quando si sia concluso il mandato presidenziale.

L'art. 88 della Costituzione disciplina invece lo status e le funzioni dell'Assemblea Nazionale: a tal proposito occorre rilevare che questa è disciplinata dalla nuova Carta come primo organo costituzionale, mentre nel testo costituzionale precedente era la figura del Presidente della Repubblica ad aprire la parte della Costituzione dedicata agli aspetti ordinamentali. Si nota quindi anche formalmente un capovolgimento di impostazione. Il Parlamento armeno continua ad essere monocamerale ma sarà composto non più da 131 bensì da 101 deputati. L'Assemblea Nazionale viene definita come l'organo rappresentativo del popolo che esercita sia il potere legislativo che il controllo del potere esecutivo, spettando ad essa adottare, tra l'altro, il bilancio dello Stato (art. 88). Si prevede che abbia un mandato di cinque anni (art. 90), sia eletta con un sistema elettorale di tipo proporzionale e che alcuni seggi siano necessariamente attribuiti alle minoranze

nazionali. Occorre notare che la carta non si limita a prevedere genericamente un metodo elettorale proporzionale, ma dispone proprio che la legge elettorale dovrà garantire la formazione di una maggioranza parlamentare, prevedendo lo svolgimento di un eventuale secondo turno (art. 89). Lo scioglimento anticipato è previsto qualora l'Assemblea non approvi il programma di governo e non riesca in alcun modo ad eleggere un nuovo Primo ministro (artt. 92, 149, 151). In tali casi, spetta al Presidente della Repubblica sciogliere l'assemblea e indire nuove elezioni che dovranno tenersi non prima di trenta e non oltre quarantacinque giorni.

Quanto alla status dei parlamentari la Carta ribadisce il divieto di mandato imperativo (art. 94), garantisce il divieto di perseguire il parlamentare, anche cessato il mandato, per le opinioni e i voti espressi, impone l'autorizzazione a procedere da parte dell'assemblea per sottoporre il parlamentare a procedimento penale o per eseguire nei suoi confronti misure limitative della libertà personale (art. 96). Viene infine disciplinato il conflitto di interessi, stabilendo che il parlamentare non può ricoprire incarichi nelle amministrazioni locali, né svolgere attività imprenditoriale o ricoprire incarichi per le società o compiere qualsiasi attività retribuita tranne l'insegnamento (art. 95). Qualora ciò accada, il parlamentare decade dalle sue funzioni, così come decade se non partecipa ad almeno la metà delle votazioni nel corso di ogni sessione (art. 98). Si precisa che alle medesime incompatibilità sono soggetti i membri del Governo (art. 148).

In merito all'approvazione delle leggi, si stabilisce che la legge elettorale, il regolamento interno dell'Assemblea nazionale, le norme di funzionamento della Corte Costituzionale, la legge recante la disciplina dei referendum e dei partiti politici devono essere approvate con la maggioranza dei tre quinti dei componenti, mentre per tutte le altre leggi e deliberazioni è sufficiente la maggioranza dei partecipanti alla votazione purché sia presente la metà dei componenti dell'assemblea (art.103).

Altre significative novità riguardano il Governo e i suoi rapporti con il Parlamento e il Presidente: quest'ultimo non ha più la facoltà di sospendere le decisioni assunte dal Consiglio dei ministri per un periodo massimo di un mese per richiedere alla Corte costituzionale di verificare la loro legittimità costituzionale, potere previsto dal vigente art. 86 della Costituzione. Allo stesso tempo è stata tolta

dal nuovo testo la previsione secondo cui il Governo doveva concordare la politica estera con il Capo dello Stato.

Secondo il nuovo art. 146, il governo è il più alto organo del potere esecutivo e ha il compito di sviluppare e attuare la politica interna ed estera dello Stato, esercitando un controllo generale su tutto l'apparato amministrativo; si precisa però che le prerogative dell'esecutivo sono stabilite dalla Costituzione e dalle leggi nel rispetto delle attribuzioni degli enti locali e degli altri organi dell'amministrazione statale. In merito alla sua formazione, spetta al Presidente della Repubblica nominare Primo ministro colui che è stato designato dall'Assemblea nazionale a maggioranza assoluta dei suoi componenti (art. 149): qualora non sia eletto si procede entro sette giorni ad una nuova votazione a cui partecipano i candidati premier la cui candidatura sia stata sottoscritta da almeno un terzo dei parlamentari. Anche in questo caso è necessario che il candidato ottenga la maggioranza assoluta dei voti, espressi sempre a scrutinio palese. In caso di mancata elezione, il Presidente scioglie l'Assemblea nazionale. Non è previsto lo scioglimento anticipato del Parlamento, qualora si formi una nuova maggioranza parlamentare. Entro 5 giorni dalla nomina il Primo ministro deve presentare al Capo dello Stato la lista dei componenti il nuovo governo il quale ha tre giorni per procedere alla nomina ovvero chiedere al Premier di modificare la composizione: questi può rifiutarsi e il Presidente dovrà procedere alla nomina. Il Presidente può però adire la Corte Costituzionale ma esclusivamente per verificare che i nomi proposti abbiano i requisiti previsti dalla costituzione e dalla legge per la nomina

Secondo quanto prescritto dall'art. 147, il Governo è composto dal Primo Ministro, dai suoi vice (nel numero massimo di tre) e dai ministri (nel numero massimo di 18); dalla lettura dell'art. 131, si evince che il Primo ministro ha facoltà di ottenere dal Capo dello Stato, cui spetta formalmente il potere di nomina, la sostituzione dei ministri. Il Primo Ministro definisce gli orientamenti generali della politica del governo, ne dirige l'attività e coordinare il lavoro dei membri del governo; presiede il Consiglio di sicurezza nazionale, la cui procedura di costituzione e di funzionamento è rinviata ad una successiva legge ordinaria. In caso di guerra, spetta a lui il comando delle forze armate (art. 155). Entro 20 giorni dalla sua nomina (art. 151), il Primo Ministro deve presentare all'Assemblea Nazionale il

programma del governo per ottenerne l'approvazione a maggioranza assoluta dei componenti; qualora il programma non sia approvato, il Primo ministro ha l'obbligo di rassegnare le dimissioni. Si procede quindi all'elezione di un nuovo premier e se non avviene allo scioglimento dell'Assemblea.

L'Assemblea nazionale può sfiduciare il Primo Ministro nel corso della legislatura, purché sia decorso almeno un anno dalla sua elezione (art. 115): la mozione di sfiducia è presentata da un terzo dei parlamentari e approvata a maggioranza assoluta e tramite voto palese. Qualora la mozione sia respinta, questa non potrà essere presentata nei sei mesi successivi. È stato inserito anche l'istituto della questione di fiducia (art. 157): il Governo può porla per ottenere l'approvazione di un suo disegno di legge. La questione di fiducia deve essere messa in votazione entro e non oltre entro 72 ore dalla sua presentazione e approvata con le medesime modalità previste per il programma di governo. Se la questione di fiducia è accolta, il disegno di legge è approvato. A Costituzione precisa però che il Governo può presentare la questione della sua fiducia su un progetto di legge non più di due volte durante ogni sessione. Non può però porla mai in merito ai progetti di legge costituzionale.

La nuova Carta modifica talune disposizioni di elezione e di funzionamento della Corte Costituzionale: si stabilisce che i giudici della Corte costituzionale siano eletti dall'Assemblea nazionale, a maggioranza dei tre quinti dei componenti, per un periodo di 12 anni (art. 167); sia composta di nove giudici, tre dei quali eletti su designazione del Presidente della Repubblica, tre su designazione del governo e tre nominati da parte dell'Assemblea Generale dei giudici. L'Assemblea Generale dei giudici può nominare solo giudici. Il mandato non è rinnovabile. Spetta alla Corte il giudizio di legittimità non solo sulle fonti primarie ma anche su quelle secondarie: a norma dell'art. 168, la Corte deve valutare la conformità delle leggi approvate dall'Assemblea nazionale, dei decreti presidenziali, delle decisioni del governo e degli atti di fonte secondaria da questo adottati. Esercita poi pure un controllo preventivo sia sui quesiti sottoposti a referendum sia sui progetti di legge recanti modifiche costituzionali o l'adozione di trattati internazionali. La Corte risolve poi i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, le controversie ai risultati elettorali e referendari e quelle relative alla elezione del capo dello stato. È interessante esaminare l'elenco di

coloro che possono adire la Corte a norma dell'art. 169: l'Assemblea nazionale nell'ipotesi di valutare la messa sotto stato di accusa del Presidente della Repubblica, lo scioglimento o la sospensione dell'attività di un partito politico, - nei casi previsti dal paragrafo 12 dell'articolo 168 della Costituzione; un quinto dei parlamentari per valutare la legittimità di una legge o di una decisione del governo o di una fonte secondaria; un gruppo parlamentare per contestare i risultati di un referendum o di elezione del Presidente della Repubblica; il Presidente della Repubblica per un controllo preventivo e successivo di legittimità delle leggi; per sollevare un conflitto di attribuzione, per verificare i requisiti dei candidati alla nomina a ministro; il Governo; il Consiglio superiore della magistratura ma solo per i conflitti di attribuzione; gli organi di autogoverno locale limitatamente alle leggi che violino le loro prerogative o materie di competenza ovvero per sollevare un conflitto di attribuzione; il procuratore generale nell'ipotesi che valuti una controversia per il quale si applica una norma di dubbia legittimità costituzionale; il difensore dei diritti umani nelle ipotesi in cui una legge violi le disposizioni del capitolo 2 della Costituzione contenente l'elenco dei diritti e delle libertà fondamentali; infine tutti coloro che abbiano esperito tutti i rimedi giurisdizionali e continuino a ritenere che una norma violi i diritti costituzionali indicati nel secondo capitolo della Carta.

È quindi interessante notare che la Corte opera sia come giudice di legittimità sia come tribunale elettorale di ultima istanza. Si osservi altresì che il diritto di amparo è già previsto nella vigente Costituzione.

Dopo aver rapidamente passato in rassegna le principali novità ordinamentali, è necessario ribadire che la nuova Carta sostituirà progressivamente quella attualmente in vigore.

Al momento alcuna disposizione costituzionale, sottoposta al referendum di dicembre 2015, è stata promulgata: la nuova Costituzione stabilisce che le disposizioni relative all'Assemblea nazionale e al Presidente della Repubblica entrino in vigore sostanzialmente nel 2017. Entro il 1° giugno 2016 dovrà essere adottata una nuova legge elettorale ed entro il 1° gennaio 2017 una nuova legge sulle autonomie locali. Le norme costituzionali sulla Corte dei conti, sulla Banca centrale, sulla disciplina delle televisioni e delle radio entreranno in vigore il giorno dell'inizio del mandato del nuovo Presidente della Repubblica entreranno in vigore nel 2018.

Il progetto di costituzione e il successivo referendum hanno suscitato molte reazioni e anche forti polemiche tra le forze politiche presenti all'interno dell'Assemblea nazionale, perché talune modifiche – soprattutto per quanto concerne il nuovo ruolo del Capo dello Stato – sono state viste come strettamente legate all'attuale situazione politica. Sul progetto meritano di essere citate le considerazioni finali espresse dalla Commissione di Venezia: nel primo [parere riguardante i diritti fondamentali e la forma di governo](#), la Commissione ha elogiato il lavoro svolto dalla Commissione Costituzionale armena ma ha evidenziato che permangono ancora talune criticità che dovrebbero essere rimediate dal legislatore armeno. In particolare suggerisce di espungere dal testo costituzionale i dettagli del sistema elettorale per rinviarli ad una legge ordinaria; di eliminare il divieto di costituire nuovi gruppi nel corso della legislatura, diversi da quelli originariamente previsti, e le restrizioni al diritto di voto e al diritto di candidarsi alle elezioni per l'Assemblea. Tutti questi aspetti sono stati modificati dalle Autorità armene e [nel secondo parere](#) la Commissione di Venezia ha sottolineato ancora una volta l'importanza del dialogo aperto e continuo con tutte le forze politiche e con la società civile che rappresenta un importante passo in avanti nella creazione di una Armenia democratica: quest'ultimo concetto è stato ripreso dal Presidente della repubblica armena in una recente [dichiarazione pubblica del 16 febbraio 2016](#). Non sono mancate proteste da parte dei partiti di opposizione sulle modalità in cui si è svolto il referendum; tuttavia nessun ricorso circa eventuali brogli elettorali è stato però formalmente presentato, come ha chiarito in una apposta [nota del 21 dicembre 2015](#) la Corte costituzionale armena. Critiche allo svolgimento della consultazione referendaria sono state però formulate nel [rapporto finale del team di esperti dell'Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti Umani \(ODIHR\)](#) che opera presso l'OSCE. Tale rapporto contiene dei suggerimenti alle Autorità armene per migliorare le modalità di svolgimento sia delle future elezioni che dei. Dal 14 al 16 marzo 2014, una delegazione della Commissione di Venezia si è recata ad Erevan per avviare con il Presidente della Repubblica in particolare, una collaborazione per la stesura della nuova legge elettorale.