

# **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](mailto:dpceonline@dpce.it)

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

ISSN : 2037-6677

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

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

### Comitato scientifico

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

### Redazioni territoriali

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

### Collaboratori stranieri

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

## Indice dei contributi

### EDITORIALE/EDITORIAL

- E. Palici di Suni, *I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l'Europa? / Brexit: British voted "leave". Europe in shock?* p. 1

### SAGGI/ARTICLES

- E. Albanesi, *Il ritiro della domanda di adesione dell'Islanda all'Unione Europea. Profili di diritto costituzionale / Icelandic withdrawal of application for EU membership. Outlines of Constitutional Law* p. 7
- G.G. Carboni, *A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea / Brexit: the impact on the UK and the EU* p. 31
- F. Fede, S. Testa Bappenheim, *La Corte costituzionale turca verso l'apaisement della laïcité (laiklik)? / The Constitutional Court of Turkey towards the apaisement of the laïcité (laiklik)?* p. 57
- P. Viola, *Democrazia, violenza e movimenti rivoluzionari nel Global South / Democracy, violence and revolutionary movements in the Global South* p. 87
- E. Zonca, *Marriage Migration in Britain: a Gender Perspective* p. 103
- M. Mazza, *Elezioni presidenziali austriache: primi elementi di riflessione / Reflections on Austrian presidential election* p. 133
- Sezione monografica: la disciplina giuridica della lingua / Special issues: the legal status of language
- E. Chiti, *Quale equilibrio tra unità e pluralismo linguistico? / Which balance between unity and linguistic diversity?* p. 157
- M. Gnes, *La lingua come fattore di integrazione civile e politica / The language as factor of civil and political integration* p. 167
- G. Poggeschi, *Unità nazionale e pluralismo culturale: l'evoluzione dello status giuridico delle minoranze linguistiche dall'unità d'Italia ad oggi / National unity and cultural diversity: protection of minority languages from Unification to today* p. 205
- E. Chiti, M.E. Favilla, *Il regime linguistico delle amministrazioni nel processo di apertura europea e globale del sistema amministrativo italiano / Europeanisation and globalization: the impact on the language of Public Administration* p. 229
- O. Roselli, *Le trasformazioni del linguaggio delle pubbliche amministrazioni / The transformation of the language of Public Administration* p. 255

### CASI E QUESTIONI/TOPICAL ISSUES

#### FBI v. Apple / FBI v. Apple

- M. Orofino, *FBI v. Apple: il caso è (forse) chiuso, ma le questioni di fondo rimangono apertissime / FBI v. Apple: the case is (perhaps) settled, but there are still fundamental questions to be resolved* p. 277
- G.E. Vigevani, *Apple v. FBI: i valori costituzionali in gioco / Apple v. FBI: constitutional values at stake* p. 297

## NOTE E COMMENTI/SHORT ARTICLES AND COMMENTS

- L. Busatta, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro / Voluntary termination of pregnancy: the right to work without discrimination* p. 309
- S. Cocchi, *Quando la forma è sostanza: sovranità e "diritto a decidere" nell'Estado autonómico spagnolo. La STC 259/2015 / When the form is substance: sovereignty and the "right to decide" in the Spanish Autonomous State. The STC 259/2015* p. 321
- G. Pelacani, *Ancora sull'esclusione dei cittadini dell'Unione europea economicamente inattivi dalla concessione di prestazioni di assistenza sociale: la legittimità delle restrizioni al principio di parità di trattamento sulla scia delle pronunce Dano e Alimanovic / The exclusion of EU citizens from social assistance during the first three months of residence in the host Member State: the principal of equal treatment from Dano and Alimovic to García-Nieto* p. 351
- M. Petri, *"Fischia il vento?" Il fitness check delle Direttive "uccelli" e "habitat" alla prova dell'energia eolica / Fitness Check of EU Birds and Habitats Directives under the challenge of wind energy* p. 363
- R. Cabazzi, *Il caso Breivik: il Giudice di Oslo "veste i panni" della Corte di Strasburgo / Breivik case: the Court of Strasbourg replaced by Oslo District Court* p. 375

## RASSEGNE COMPARATE/ COMPARATIVE SURVEY

- A. Kress, A. Valdesalici, *La dottrina in materia di forma di Stato in Germania / The most recent scholarship on the form of State in Germany* p. 385
- G. Tagiuri, *La dottrina in materia di forma di Stato nel Regno Unito / The most recent scholarship on the form of State in United Kingdom* p. 401
- G. Rando, *La dottrina in materia di forma di Stato negli USA / The most recent scholarship on the form of State in USA* p. 407
- R. Tur Ausina, *La dottrina in materia di forma di Stato in Spagna / The most recent scholarship on the form of State in Spain* p. 417

## CRONACHE DAL MONDO/ CHRONICLES FROM THE WORLD

- M. A. Simonelli, *REGNO UNITO, La Corte suprema si pronuncia sul concetto di residenza abituale del minore nei casi di child abduction / UNITED KINGDOM, Child abduction: the Supreme Court on concept of habitual residence of children* p. 429
- N. Palazzo, *REGNO UNITO, Pubblicata la Strathclyde Review: verso un ridimensionamento del potere dei Lord? / UNITED KINGDOM, Government publishes Strathclyde Review: towards a restriction of Lord's power?* p. 433
- E. Stefanelli, *FRANCIA, Approvata nuova legge sul fine vita / FRANCE, The new end-of-life Law* p. 437
- D. Bacis, *FRANCIA, État d'urgence e déchéance de nationalité: la lotta al terrorismo entra in costituzione / FRANCE, État d'urgence and déchéance de nationalité: the constitutionalization of the fighting terrorism* p. 441
- A. Tranfo, *GERMANIA, La Corte di Karlsruhe dichiara parzialmente incostituzionale la legge sulle misure straordinarie di sorveglianza per la difesa da attacchi terroristici / GERMANY, The German Court declares antiterrorism laws partially unconstitutional* p. 451
- U. Haider-Quercia, *AUSTRIA, La Corte costituzionale annulla le elezioni di ballottaggio del Presidente federale / AUSTRIA, The Constitutional Court annulled the second round of Presidential elections* p. 455



## Editoriale - I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l'Europa?

di Elisabetta Palici di Suni

1. – *L'esito del referendum sull'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea ha suscitato una grande sorpresa all'interno e al di fuori dei confini britannici* – A dire il vero io ero fermamente convinta che la scelta dell'elettorato britannico sarebbe stata quella di rimanere nell'Unione Europea: pareva la scelta più ragionevole, quella più favorevole al Regno Unito, anche e soprattutto dal punto di vista economico.

L'esperienza dei referendum svoltisi finora nel Regno Unito sembrava dimostrare che l'elettorato britannico tende a non discostarsi dalle scelte più tradizionali, rifugge le soluzioni troppo radicali: perché rischiare?

L'introduzione di forme di democrazia diretta in Gran Bretagna era già stata auspicata da Albert Dicey nel 1890 con il suo celebre scritto "*Ought the Referendum to be introduced into England?*". In un'epoca in cui era venuto meno il veto da parte della Corona e della Camera dei *Lords*, il referendum costituiva infatti, secondo Dicey, il miglior modo per far prevalere la sovranità popolare sul sistema dei partiti attraverso un *popular veto* sulle decisioni più importanti, sui *constitutional changes*, sovvenendo così alla mancanza di quelle salvaguardie introdotte nelle altre democrazie attraverso il procedimento aggravato di revisione costituzionale.

Dopo tanti anni gli auspici di Dicey si sono avverati e con la consueta flemma e la gradualità propria di tutta la storia costituzionale britannica il referendum è infine

divenuto l'aggravio, consuetudinario e non scritto, per la revisione della più celebre e celebrata Costituzione non scritta.

Nel Regno Unito gli elettori avevano però solitamente accolto le scelte della maggioranza di governo: la democrazia diretta costituiva una conferma delle decisioni della democrazia rappresentativa, della forza del sistema parlamentare, dello stretto legame tra l'elettorato britannico e le sue istituzioni secolari.

Non c'è dubbio che con l'indizione di un referendum sull'uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea Cameron e la maggioranza di governo avessero comunque dimostrato un grande coraggio, esponendosi ad un test certamente impegnativo.

Per Cameron era la terza volta.

Nel 2011, dopo aver vinto le elezioni senza conquistare la maggioranza assoluta, e dovendo dunque formare un governo di coalizione con il terzo partito, i Liberali, David Cameron si impegnò con quest'ultimo a indire un referendum sul sistema elettorale. Il sistema maggioritario tipico del Regno Unito aveva sempre favorito i *Labour* e il suo stesso partito: modificarlo poteva quindi giovare ai Liberali, certo non ai Conservatori. Eppure Cameron accettò che si tenesse il referendum, lo indisse e lo vinse. E alle elezioni successive ottenne la maggioranza assoluta.

Ancora più clamoroso fu il referendum sulla secessione della Scozia, per il quale il Governo negoziò tempi, termini e modalità della consultazione popolare con i rappresentanti scozzesi. Il Parlamento di Westminster, dopo aver devoluto alla Scozia una parte dei propri poteri, la autorizzò a chiedere ai suoi abitanti se questo fosse sufficiente, ribaltando così le posizioni: erano gli scozzesi a dover definire i limiti della sovranità del Regno Unito sulla Scozia!

In Spagna si ebbe una situazione opposta: benché la Costituzione spagnola riconosca espressamente alle Comunità autonome poteri molto più estesi di quelli devoluti nel Regno Unito, il Governo e il Tribunale costituzionale si opposero in ogni modo a un referendum sull'indipendenza della Catalogna dalla Spagna: il referendum si tenne egualmente, contro la volontà del Governo, ma l'80% dei voti favorevoli all'indipendenza rimase privo di effetti. Nel Regno Unito invece, dove il

Governo accettò la sfida del referendum, i favorevoli all'indipendenza non ottennero la maggioranza: il 55% dei votanti si schierò contro.

Per la terza volta Cameron aveva accettato di mettersi in gioco, aveva accettato il rischio di una sconfitta, ma la terza sfida, quella sulla Brexit, ha ora avuto un esito opposto: con un'affluenza molto alta, pari al 72%, il 51,8% dei votanti ha detto no all'Unione Europea, no a Cameron.

Con grande coerenza egli ne ha tratto immediatamente le conseguenze, dichiarando che si dimetterà e dimostrando così un grande *fair play* costituzionale.

Si tratta di un atteggiamento che forse si potrebbe definire *agonistico* e che fa indubbiamente parte della mentalità britannica, della cultura e delle istituzioni del Regno Unito.

La legge elettorale maggioritaria, in particolare, ha abituato la classe politica a vincere o a perdere: chi vince governa, chi perde va all'opposizione.

Tutto ciò favorisce una grande trasparenza nell'azione di Governo e nelle stesse consultazioni popolari.

2. – *Ma è giusto sottoporre a referendum il tema dell'Unione Europea?* – Mario Monti, sulle pagine del Corriere della Sera, pochi giorni fa scrisse che, sottoponendo la questione dell'UE a referendum popolare, “Cameron ha distrutto il lavoro di una generazione di europei... ha abusato della democrazia”. Monti ha anche affermato di essere “contento che la nostra Costituzione, quella vigente e quella che forse verrà, non prevede la consultazione popolare per la ratifica dei Trattati internazionali”.

A questo proposito merita però sottolineare che sull'Unione Europea e sull'Europa si sono già svolti numerosi referendum.

Nel Regno Unito il primo referendum nazionale, nel 1975, ha riguardato proprio la sua permanenza nella Comunità economica europea.

In molti altri Paesi europei si sono avute consultazioni referendarie riferite all'Europa: vi sono stati referendum sul trattato di Maastricht, sul trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa e sull'adesione all'Unione Europea da parte

dei nuovi Stati: nel 2003 a Malta, in Slovenia, Ungheria, Lituania, Slovacchia, Polonia, Repubblica Ceca, Estonia e Lettonia, nel 2012 in Croazia.

In Francia il referendum sul trattato di Maastricht ha avuto esito positivo con il 51% dei voti nel 1992, mentre quello sulla Costituzione europea del 2005 è stato respinto dal 54,68% degli elettori.

In Irlanda tutti gli atti riferiti alla Comunità europea e all'Unione europea sono stati sottoposti a referendum: nel 1972 gli irlandesi accettarono con l'83% dei consensi di aderire alla Comunità europea ed esito positivo ebbero anche i referendum per l'adesione all'Atto Unico europeo, al trattato di Maastricht, al trattato di Amsterdam e al trattato di Nizza. Con riferimento al trattato di Lisbona un referendum ebbe invece esito negativo nel 2008 con il 53,4% dei voti, ma un anno dopo un nuovo referendum ribaltò il risultato, con il 67% dei voti a favore.

La Costituzione dei Paesi Bassi non prevede i referendum, ma nel 2005 si svolse il primo referendum nazionale con riferimento alla Costituzione europea: esso ebbe esito negativo con il 61.54% dei voti. Da ultimo il 6 aprile 2016 si è svolto un referendum sull'accordo tra Unione Europea ed Ucraina, anch'esso respinto dal 61% dei votanti.

In effetti il ricorso al referendum è stato determinante negli ultimi anni per le decisioni riguardanti l'Unione Europea anche nei Paesi del Nord Europa, che non avevano mai svolto, o raramente, consultazioni popolari: nel 1994 il referendum per l'adesione all'Unione Europea ha avuto esito negativo in Norvegia, positivo in Finlandia e in Svezia; nel 1998 la Danimarca si è espressa con referendum a favore del trattato di Maastricht, ma nel 2000 contro l'introduzione dell'euro (come è avvenuto in Svezia nel 2003).

Per l'Italia merita poi osservare che l'art. 75 della Costituzione vieta il referendum abrogativo per le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, ma nel 1989 è stata approvata un'apposita legge costituzionale perché si svolgesse un referendum di indirizzo sul conferimento del mandato costituente al Parlamento europeo: al referendum partecipò l'80,7% degli elettori e i voti favorevoli furono l'88%.

Questa esplosione di referendum riferiti all'Europa ha una ragione ben precisa: il c.d. deficit democratico delle istituzioni dell'Unione Europea.

Ora, non c'è dubbio che il referendum sulla Brexit è destinato a ripercuotersi negativamente sul Regno Unito e sul resto dell'Unione Europea, ma la soluzione non può certo essere quella di impedire o di demonizzare consultazioni popolari in questo ambito!

Occorre dunque prenderne atto e riconoscere che le consultazioni popolari sui grandi temi che riguardano l'Europa possono ovviare almeno in parte al deficit democratico delle istituzioni europee e al senso di disagio provocato in molti cittadini europei dalla crisi economica e dai tentennamenti di molti Paesi e della stessa Unione Europea di fronte al fenomeno dell'immigrazione.

Che la democrazia diretta valga a compensare il deficit democratico dell'Unione Europea è del resto riconosciuto proprio da quest'ultima, tanto che il Trattato di Lisbona ha introdotto all'art. 11, quarto comma, il diritto di iniziativa dei cittadini europei: "Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati". Questo strumento di democrazia diretta, che ha un'efficacia comunque meno immediata rispetto ai referendum, ha già avuto un'estesa applicazione da quando è entrato in vigore il regolamento n. 211/2011, che ne ha specificato i requisiti.

Al di là delle diverse conseguenze economiche, politiche e giuridiche che il referendum sulla Brexit produrrà nel Regno Unito (tra l'altro spaccato fra l'Inghilterra, dove si sono avuti la maggioranza dei voti favorevoli all'uscita, e la Scozia e il Galles, dove la maggioranza era invece a favore della permanenza nell'Unione Europea), il coraggio dimostrato da Cameron con l'indizione del referendum sulla Brexit dovrebbe condurre l'Unione Europea e i Paesi membri a dimostrare lo stesso coraggio attraverso scelte chiare e trasparenti sui temi più caldi, rafforzando il dialogo con i cittadini, senza temere o demonizzare gli strumenti di democrazia diretta.

Se questo avvenisse la Brexit potrebbe paradossalmente consolidare, anziché indebolire l'Unione Europea.



ISSN 2037-6677

2016/2

## **Il ritiro della domanda di adesione dell'Islanda all'Unione Europea. Profili di diritto costituzionale**

### **Icelandic withdrawal of application for EU membership. Outlines of Constitutional Law**

**E. Albanesi**

## Abstract

On 2009 Iceland applied for EU membership during a period of economic crisis. After few years the Government suspended accession negotiations and on 12 March 2015 the Foreign Minister sent a letter to EU withdrawing the application for membership without the approval of the Icelandic Parliament. The article aims to examine the effects of the withdrawal on the Icelandic form of government.

Tag : Iceland, European Union, membership, accession, withdrawal



## Il “ritiro” della domanda di adesione dell’Islanda all’Unione europea. Profili di diritto costituzionale

di Enrico Albanesi\*

SOMMARIO: 1. – Il “ritiro” nel marzo 2015 della domanda di adesione dell’Islanda all’Unione europea da parte del Governo senza alcuna previa deliberazione del Parlamento (*Alþingi*). 2. – Dalla presentazione della domanda di adesione (2009) al suo “ritiro” (2015). 3. – La forma di governo islandese ed il ruolo dell’*Alþingi*. 4. – Le contrapposte tesi sul ruolo dell’*Alþingi* nel “ritiro” della domanda di adesione dell’Islanda all’Unione europea. 5. – Conclusioni: le torsioni della forma di governo islandese

### 1. – Il “ritiro” nel marzo 2015 della domanda di adesione dell’Islanda all’Unione europea da parte del Governo senza alcuna previa deliberazione del Parlamento (*Alþingi*)

Il 15 marzo 2015 settemila persone si sono radunate a Reykjavík presso l’*Austurvöllur*, la piazza di fronte al Parlamento (*Alþingi*), per protestare contro la

---

\* Il presente articolo è frutto delle ricerche condotte in concomitanza con il periodo di mobilità di insegnamento di *Comparative Constitutional Law* trascorso dall’Autore in Islanda presso la *Faculty of Law* dell’Università di Akureyri (*Háskólinn á Akureyri*) nel corso dell’a.a. 2014/15. Si desiderano qui ringraziare per le preziose occasioni di confronto durante lo svolgimento della ricerca Ágúst Þór Árnason, docente di Diritto costituzionale presso la *Faculty of Law* dell’Università di Akureyri nonché membro del *Constitutional Committee* (2010-2011) operante nel corso del processo attraverso cui si è tentato di revisionare la Costituzione islandese, e Ragnheiður Elfa Þorsteinsdóttir, docente di Diritto europeo presso la *Faculty of Law* dell’Università di Akureyri.

decisione del Governo di “ritirare”, senza alcuna previa deliberazione parlamentare, la domanda di adesione dell’Islanda all’Unione europea<sup>1</sup>. Dopo oltre mezzo secolo l’*Austurvöllur*, nel quale ebbero luogo i violenti scontri seguiti alle proteste popolari contro l’ingresso del Paese nella NATO il 30 marzo 1949<sup>2</sup>, è tornata ad essere teatro di una manifestazione popolare legata ad una decisione circa la collocazione internazionale dell’Islanda.

Certo, si è trattato questa volta di una manifestazione pacifica e collocata in un contesto politico interno ed internazionale neppure lontanamente paragonabile a quello dell’immediato Secondo Dopoguerra. Eppure, la decisione del Governo ha spaccato il Paese in due<sup>3</sup>: per quanto qui più interessa in una prospettiva di diritto costituzionale, è la validità stessa del “ritiro” della domanda di adesione ad essere stata posta in discussione, dato che tale decisione è stata assunta dal Governo senza alcuna previa deliberazione dell’*Alþingi*.

In questa sede si cercherà di dare conto degli argomenti a sostegno delle due tesi che si contrappongono circa la validità o meno della decisione del Governo sotto il profilo costituzionalistico<sup>4</sup>. Per farlo e per comprendere a pieno quali principi presiedono in Islanda ai rapporti tra Governo e Parlamento, appaiono però opportuni una ricostruzione degli assetti e delle dinamiche che caratterizzano la forma di governo islandese<sup>5</sup> e prima ancora un resoconto delle vicende politico-istituzionali che hanno condotto alla decisione di “ritirare” la domanda di adesione nel marzo 2015<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Si spiegherà oltre perché il termine “ritiro” è virgolettato. Cfr. *infra* il paragrafo 4.

<sup>2</sup> Il dibattito intorno all’adesione dell’Islanda alla NATO nel 1949 ed alla successiva installazione di una base militare americana a Keflavík nel 1951 (base di rilevanza strategica, data la posizione geografica dell’Islanda nel contesto della Guerra Fredda) ha lacerato il Paese all’indomani della Seconda Guerra Mondiale. La vicenda fa peraltro da sfondo a H. Laxness, *La base atomica*, Milano, 2014, romanzo del 1948 di Halldór Laxness, Premio Nobel islandese per la Letteratura nel 1955.

<sup>3</sup> Per un parallelo tra i concetti e la retorica utilizzata ai tempi del dibattito sull’ingresso dell’Islanda nella NATO e quelli a cui si è fatto ricorso negli ultimi anni con riguardo alla adesione all’Unione europea, specie sotto il profilo della perdita di sovranità derivante da tali scelte, cfr. B. Thorhallsson (Ed), *Iceland and European Integration. On the edge*, London-New York, 2004, 124 s.

<sup>4</sup> Cfr. *infra* il paragrafo 4.

<sup>5</sup> Cfr. *infra* il paragrafo 3.

<sup>6</sup> Cfr. *infra* il paragrafo 2.

## 2. – Dalla presentazione della domanda di adesione (2009) al suo “ritiro” (2015)

L'Islanda, membro dal 1970 della *European Free Trade Association* (EFTA)<sup>7</sup> ed associata dal 1996 allo sviluppo del Trattato di Schengen<sup>8</sup>, ha aderito nel 1994 alla *European Economic Area* (EEA)<sup>9</sup>. Secondo alcune stime, dalla partecipazione all'EEA deriva il fatto che è oggi adottato in Islanda circa l'ottanta per cento della legislazione dell'Unione europea<sup>10</sup>.

La riluttanza del Paese ad aderire all'Unione europea viene spiegata con il concorrere di una serie di ragioni<sup>11</sup>.

In primo luogo, vi sono gli interessi connessi alla pesca, settore strategico per l'economia islandese: l'appartenenza all'EEA garantisce oggi al Paese i vantaggi connessi all'adesione ad un libero mercato per l'esportazione del pesce, mentre una partecipazione all'Unione europea comporterebbe gli svantaggi derivanti dal libero accesso in Islanda di investimenti e pescherecci esteri nonché dalla sottoposizione al sistema delle quote imposte dall'Unione europea nel settore.

In secondo luogo, non va dimenticata la “*special relationship*” con gli Stati Uniti d'America dal punto di vista commerciale, culturale e di sicurezza. La perdita del ruolo strategico che l'Islanda svolgeva ai tempi della Guerra Fredda e la chiusura della base militare di Keflavík nel 2006 hanno tuttavia negli ultimi anni allentato tali vincoli.

---

<sup>7</sup> È l'Associazione europea di libero scambio di cui oggi fanno parte l'Islanda, la Norvegia, la Svizzera ed il Liechtenstein.

<sup>8</sup> È il Trattato del 1985 che ha istituito la libera circolazione delle persone all'interno del c.d. Spazio Schengen. A partire dal Trattato di Amsterdam del 1997, l'*acquis* di Schengen è stato incorporato nel quadro dell'Unione europea e l'Islanda ha sottoscritto con quest'ultima un trattato sull'associazione del Paese all'attuazione, l'applicazione e lo sviluppo dell'*acquis* di Schengen.

<sup>9</sup> È lo Spazio economico europeo sorto sulla base di un accordo tra l'Unione europea ed i Paesi EFTA, Svizzera esclusa. Sul ruolo dell'Islanda nell'EEA, cfr. J. Jónsdóttir, *Europeanization and the European Economic Area. Iceland's participation in the EU's policy process*, London-New York, 2013.

<sup>10</sup> Cfr. B. Thorhallsson (Ed), *Iceland and European Integration*, cit., 3.

<sup>11</sup> Per approfondimenti si vedano in particolare i capitoli 6, 7, 8, 9 e 10 in B. Thorhallsson (Ed), *Iceland and European Integration*, cit. nonché Á.T. Árnason, *The European Union Seen From the Top – the View of an Inside-Outsider*, in J. Nergelius (Ed), *Nordic and Other European Constitutional Traditions*, Leiden/Boston, 2006, specie 32 ss. Per un quadro aggiornato cfr. le opere citate *infra* nella nota 13.

Vi è poi il radicato sentimento nazionalistico della popolazione islandese che, come ai tempi dell'ingresso nella NATO, vede nell'adesione all'Unione europea la perdita della sovranità e dell'indipendenza da parte del Paese.

In quarto luogo, è da tenere presente l'euro-scetticismo dei tradizionali partiti politici islandesi. Il Partito dell'Indipendenza, conservatore e fino al 2009 primo partito del Paese, ed il Partito Progressista, rappresentante degli interessi agrari, sono tradizionalmente contrari all'ingresso dell'Islanda nell'Unione europea così come fortemente contraria è la Sinistra-Movimento Verde. L'Alleanza Socialdemocratica è invece apertamente favorevole all'integrazione europea.

Anche sotto questo profilo il quadro è però in parte mutato. Il Partito dell'Indipendenza ha adottato nelle elezioni politiche del 2003 una posizione di basso profilo sul tema ed il Partito Progressista una cauta politica di “*wait and see*” nei confronti dell'integrazione europea. Con il nuovo sistema elettorale con cui si vota a partire dalle elezioni del 2003, poi, è stato ripristinato un equilibrio a favore degli elettori nell'area urbana di Reykjavík e del suo circondario (tendenzialmente più aperti alle prospettive di integrazione europea), a scapito degli elettori delle aree rurali (tradizionalmente contrari) il cui “peso” era sovradimensionato dai precedenti sistemi elettorali.

A tali motivi va infine aggiunta l'esiguità dell'apparato amministrativo dello Stato islandese che non sarebbe stato in grado per anni di supportare con adeguate informazioni e competenze le decisioni del Governo in merito alle prospettive dell'integrazione europea, rendendo quest'ultimo più facilmente accondiscendente nei confronti dei gruppi di interesse ostili ad essa. Anche sotto tale profilo si sono però registrati dei cambiamenti, specie a partire dall'ingresso dell'Islanda nell'EEA.

Sono però stati solo lo scoppio della *kreppa* (la crisi economica) nell'autunno 2008 e gli eventi politico-istituzionali che ne sono seguiti<sup>12</sup> ad imprimere un radicale mutamento di rotta sul tema dell'adesione del Paese all'Unione europea<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Per un'approfondita analisi delle vicende si veda in lingua inglese il volume E. Bergmann, *Iceland and the International Financial Crisis. Boom, Bust and Recovery*, London, 2014. Sulle cause della crisi e sulle misure per uscirne, adottate dal Paese nel quadriennio 2009-2013, cfr. G. Baruchello, *The Picture – Small and Big: Iceland and the Crises*, in *Nordicum-Mediterraneum (nome.unak.is)*, Vol. 9, No. 3, 2014 nonché, con specifica attenzione alla cooperazione tra l'Islanda ed il Fondo Monetario Internazionale H.Ó. Ágústsson, R.L. Johnstone, *Practising what they Preach: Did the IMF and Iceland Exercise Good Governance in Their Relations 2008-2011?*, in *Nordicum-Mediterraneum (nome.unak.is)*, Vol. 8,

Nell'autunno del 2008, dopo un quindicennio che aveva visto il Paese crescere economicamente a ritmi incalzanti, fu dichiarato il *default* delle tre principali banche islandesi, presto nazionalizzate. Le proteste di piazza, giornalmisticamente definite *búsábaldaþýltingin* o *Pots and Pans Revolution* (la «rivoluzione delle pentole e delle padelle», per il fatto che i manifestanti si riunivano nell'*Austurvöllur* facendo rumore con tali arnesi), condussero dopo quattordici settimane il 23 gennaio 2009 alle dimissioni del Governo di coalizione tra il Partito dell'Indipendenza e l'Alleanza Socialdemocratica guidato da Geir Hilmar Haarde, *leader* del primo partito. Il Presidente della Repubblica nominò Primo Ministro Jóhanna Sigurðardóttir alla guida di un governo di coalizione tra l'Alleanza Socialdemocratica e la Sinistra-Movimento Verde, con il compito di guidare il Paese verso nuove elezioni.

Nell'aprile 2009 l'Alleanza Socialdemocratica vinse le elezioni per la prima volta nella storia del Paese e Jóhanna<sup>14</sup> fu nuovamente nominata Primo Ministro, formando un Governo di coalizione con la Sinistra-Movimento Verde ed avviando peraltro un complesso processo di revisione costituzionale che nel novembre 2012 avrebbe visto, dopo lo svolgimento di un *referendum* popolare, la presentazione di un progetto di legge al Parlamento (che però non ha avuto alcun seguito, dopo l'ulteriore cambio di maggioranza che, come si vedrà a breve, ha avuto luogo alle elezioni politiche del 2013)<sup>15</sup>.

---

No. 1, 2013. Sulle risposte date dall'Islanda alla crisi economica, in una chiave di lettura di diritto costituzionale, cfr. in lingua italiana G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 77 ss.

<sup>13</sup> Per un quadro aggiornato delle relazioni dell'Islanda con l'Unione europea cfr. in generale B. Thorhallsson, *Iceland. A reluctant European*, in E.O. Eriksen, J.E. Fossum (Eds), *The European Union's Non-Members: Independence under Hegemony?*, London-New York, 2015, 118 ss. nonché, con specifico riferimento alle posizioni dei partiti politici islandesi, B. Thorhallsson, C. Rebhan, *Iceland's Economic Crash and Integration Takeoff: An End to European Union Scepticism*, in *Scan. Pol. Stud.*, 34:1 2011, 53 ss.

<sup>14</sup> Poiché in Islanda vige il sistema del patronimico (in questo caso: Sigurðardóttir), è d'uso fare riferimento alle persone esclusivamente con il proprio nome (in questo caso: Jóhanna). Si farà qui ricorso a tale uso, dopo aver nominato per la prima volta un individuo con nome e patronimico.

<sup>15</sup> Sul percorso di revisione costituzionale cfr. in lingua inglese Á.T. Árnason, *A Review of the Icelandic Constitution – popular sovereignty or political confusion*, in *TvCR*, 2011, Nummer 3, 342 ss. nonché, con riferimenti anche ai contenuti del progetto, B. Thorarensen, *The Impact of the Financial Crisis on Icelandic Constitutional Law: Legislative Reforms, Judicial Review and Revision of the Constitution*, in X. Contiades (Ed), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, 2013, 263 ss. Sui contenuti del progetto di legge di revisione costituzionale, cfr. in italiano L. Testa, *Dopo la crisi, la prima «crowdsourced Constitution»: commento al progetto di una nuova Costituzione per l'Islanda*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2014, 105 ss. e F. Duranti, *Islanda: la revisione della forma di governo semipresidenziale nel progetto di nuova Costituzione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4 febbraio 2014. Da ultimo, cfr. B. Thorarensen, *Constitutional Consequences of the Economic Crisis in Iceland*, in *Dir. pub.*, 2015, 723 ss.

Tornando alla specifica questione dell'adesione del Paese all'Unione europea, il Governo nato dalle elezioni del 2009 ha presentato formale domanda di adesione dell'Islanda all'Unione europea il 16 luglio 2009<sup>16</sup> ai sensi dell'art. 49 del Trattato sull'Unione europea. Tale decisione è stata assunta sulla base di una risoluzione dell'*Alþingi* del 16 luglio 2009<sup>17</sup>, sul cui testo la Commissione Affari esteri si era già espressa favorevolmente in un *report* il 9 luglio 2009<sup>18</sup>. La risoluzione impegnava altresì il Governo a svolgere un *referendum* sul Trattato di adesione all'Unione europea, ove quest'ultimo fosse stato eventualmente sottoscritto al termine dei negoziati.

La Commissione europea il 24 febbraio 2010<sup>19</sup>, il Consiglio europeo il 17 giugno 2010<sup>20</sup> ed il Parlamento europeo il 7 luglio 2010<sup>21</sup> si sono espressi a favore dell'avvio dei negoziati con l'Islanda, ritenendo che il Paese rispetti i criteri stabiliti dal Consiglio europeo di Copenaghen del giugno 1993. I negoziati sono stati quindi formalmente avviati con l'apertura della Conferenza intergovernativa sull'adesione dell'Islanda all'Unione europea il 27 luglio 2010, nella quale il Governo islandese ha presentato la propria posizione ufficiale<sup>22</sup>.

Negli anni seguenti si è giunti alla chiusura positiva di 11 dei 33 capitoli del negoziato. Nell'aprile 2013 quest'ultimo risultava invece ancora aperto su 16 capitoli. Su ulteriori 2 capitoli era stata consegnata la sola posizione negoziale mentre su 4 capitoli il negoziato non era ancora stato aperto. Tra questi ultimi c'era però il tema politicamente più sensibile, quello della pesca.

<sup>16</sup> Cfr. la lettera del Primo Ministro Jóhanna e del Ministro degli Affari esteri Össur Skarphéðinsson sul sito dello *European External Action Service (EEAS)*, nella pagina dedicata all'Islanda (<http://eeas.europa.eu/iceland/>).

<sup>17</sup> Cfr. [www.althingi.is/altext/137/s/0283.html](http://www.althingi.is/altext/137/s/0283.html). Il testo in inglese della risoluzione può leggersi alla fine del *report* della Commissione Affari esteri citato nella nota seguente.

<sup>18</sup> Cfr. *Committee Report on a Proposal for a Parliamentary Resolution on Application for Membership of the European Union. Delivered by the majority of the Foreign Affairs Committee.*

<sup>19</sup> Cfr. *Communication from the Commission to the European Parliament and to the Council – Commission Opinion on Iceland's application for membership of the European Union* COM (2010) 62.

<sup>20</sup> Cfr. i punti 24 e 25 delle *Conclusions of the European Council* EUCO 13/10.

<sup>21</sup> Cfr. *European Parliament resolution of 7 July 2010 on Iceland's application for membership of the European Union* P7\_TA (2010) 0278.

<sup>22</sup> Cfr. *General position of the Government of Iceland. Ministerial meeting opening the Intergovernmental Conference on the Accession of Iceland to the European Union (Brussels, 27 July 2010)*, reperibile in lingua inglese sul sito del Ministero degli Affari esteri del Governo islandese ([www.mfa.is](http://www.mfa.is)) alla sezione *News and Publications – Publications*.

Alle elezioni del 25 aprile 2013 i partiti della coalizione di governo sono stati sconfitti. Il Partito dell'Indipendenza ed il Partito Progressista hanno ottenuto 19 seggi ciascuno mentre l'Alleanza Socialdemocratica e la Sinistra-Movimento Verde si sono fermati rispettivamente a 9 e 7 seggi. Hanno fatto inoltre la loro prima comparsa parlamentare a seguito di elezioni il partito Futuro Luminoso (con 6 seggi), europeista, ed il Partito Pirata (con 3 seggi), le cui posizioni sull'integrazione europea sono piuttosto vaghe.

A guidare il nuovo Governo di coalizione tra il Partito dell'Indipendenza ed il Partito Progressista è stato chiamato Sigmundur Davíð Gunnlaugsson, membro di quest'ultimo partito.

L'accordo di coalizione tra i due partiti prevedeva di sospendere i negoziati con l'Unione europea, di procedere ad un riesame del loro stato di avanzamento e delle conseguenze di un'adesione del Paese all'Unione europea e di sottoporne infine le risultanze all'*Alþingi* ed alla Nazione. In ogni modo, nei termini dell'accordo di coalizione, i negoziati con l'Unione europea non sarebbero continuati senza lo svolgimento di un previo *referendum*<sup>23</sup>.

Il Governo di Sigmundur Davíð ha di fatto sospeso i negoziati con l'Unione europea<sup>24</sup> e commissionato nell'ottobre 2013 all'*Institute of Economic Studies* (IES) dell'Università d'Islanda un *report* sullo stato di avanzamento dei negoziati e sulle conseguenze di un'adesione all'Unione europea. Il *report*, critico verso le prospettive dell'integrazione europea, è stato presentato al Parlamento nel febbraio 2014<sup>25</sup>.

Il 25 febbraio 2014 il Governo ha quindi presentato all'*Alþingi* una proposta di risoluzione parlamentare attraverso la quale quest'ultimo impegnava il Governo al

---

<sup>23</sup> Nell'accordo di coalizione si legge che «accession negotiations with the EU will be put on hold and an assessment made on the status of the negotiations and developments within the EU. The assessment will be submitted to the Althingi for discussion and presented to the nation. Accession negotiations will not be continued without a prior referendum». Il testo dell'accordo di coalizione è reperibile sul sito del Governo islandese ([www.government.is](http://www.government.is)) alla sezione *Platform of the Coalition Government*.

<sup>24</sup> Per un quadro dello stato dei negoziati circa l'adesione dell'Islanda all'Unione europea aggiornato al 7 marzo 2014, si veda P. De Micco, *Iceland: On the verge of withdrawing its EU accession application?*, DG EXPO/B/PolDep/Note/2014 PE 522.331, *paper* redatto a cura del *Policy Department, Directorate-General for External Policies* del Parlamento europeo.

<sup>25</sup> Cfr. *A Review of the Status of the Accession Negotiations between Iceland and the European Union and the Development of the Union*, reperibile in lingua inglese sul sito del Ministero degli Affari esteri del Governo islandese ([www.mfa.is](http://www.mfa.is)) alla sezione *News and Publications – Publications*.

*ritiro* della domanda di adesione all'Unione europea («*withdrawing Iceland's application for membership*»), a non presentare alcuna nuova domanda («*new application for membership*») senza lo svolgimento di un previo *referendum* sulla questione ed allo stesso tempo a rafforzare le relazioni bilaterali con l'Unione europea e gli Stati europei<sup>26</sup>.

Il Governo ha tuttavia presto preso atto che la proposta di risoluzione non avrebbe avuto i voti per essere approvata: il Partito dell'Indipendenza era infatti contrario allo svolgimento stesso del *referendum*, ritenendo che il popolo islandese si fosse già espresso contro l'ingresso nell'Unione europea nelle elezioni dell'aprile 2013, vinte dai due partiti euro-scettici<sup>27</sup>.

Da qui, dopo mesi nei quali la proposta di risoluzione parlamentare era stata lasciata in una sorta di limbo, l'inaspettata decisione del Governo il 12 marzo 2015 di "ritirare" la domanda di adesione dell'Islanda all'Unione europea<sup>28</sup>.

Si esamineranno a breve le contrapposte tesi che nel dibattito politico e, per quanto qui interessa, costituzionale si sono fronteggiate intorno a tale decisione del Governo<sup>29</sup>. Come preannunciato, per comprenderle a pieno, è tuttavia indispensabile ricostruire previamente gli assetti e le dinamiche della forma di governo islandese.

### 3. – La forma di governo islandese ed il ruolo dell'*Alþingi*

---

<sup>26</sup> Cfr. *Proposal for a parliamentary resolution on the withdrawal of Iceland's application for accession to the European Union and on the strengthening of cooperation with the European Union and the European states*. Nella proposta di risoluzione si legge che «*Althingi resolves to entrust the government with withdrawing Iceland's application for membership to the European Union. At the same time, Althingi resolves that a new application for membership to the European Union will not be submitted without a prior referendum on whether the people of Iceland aim at joining the European Union. Althingi also resolves to entrust the government with strengthening bilateral relations and partnerships with the European Union and the European states*».

<sup>27</sup> Si vedano le dichiarazioni del Presidente del gruppo parlamentare Ragnheiður Ríkharðsdóttir e del Ministro delle Finanze Bjarni Benediktsson, riportate in P. De Micco, *Iceland: On the verge of withdrawing its EU accession application?*, cit., 19-20.

<sup>28</sup> Cfr. la lettera del Ministro degli Affari esteri islandese Gunnar Bragi Sveinsson inviata al Presidente di turno del Consiglio dell'Unione europea, il lettone Edgars Rinkēvičs, ed al Commissario europeo per l'allargamento e la politica di vicinato, Johannes Hahn, reperibile in lingua inglese nel *Public register of Council documents* ([www.consilium.europa.eu/en/documents-publications](http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications)) al numero 7226/15.

<sup>29</sup> Cfr. *infra* il paragrafo 4.

Non è agevole definire la forma di governo islandese dalla semplice lettera della Costituzione.

Occorre tenere infatti conto che nel 1944, al momento dell'indipendenza del Paese dalla Danimarca (all'epoca una monarchia costituzionale nella quale il Sovrano svolgeva funzioni prettamente cerimoniali), si decise, senza particolari approfondimenti, di mutuare il testo della Costituzione danese, sostituendo nell'articolato la parola «Re» con la parola «Presidente» ed introducendo l'elezione diretta del Presidente della Repubblica (tranne che nel caso del primo Presidente, che fu eletto dal Parlamento per il mandato di un anno).

L'idea sottesa era che la nuova Costituzione fosse solo provvisoria e destinata ad essere modificata al termine della Seconda Guerra Mondiale<sup>30</sup>. Tuttavia le disposizioni costituzionali disciplinanti il Presidente della Repubblica sono da allora rimaste immutate: le uniche revisioni costituzionali significative sono state il superamento del sistema quasi-bicamerale nel 1991<sup>31</sup>, la riscrittura delle disposizioni in materia di diritti fondamentali nel 1995 (sulla scia dell'incorporazione nell'ordinamento islandese della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)<sup>32</sup> e la modifica del sistema elettorale nel 1999.

Da qui l'ambiguità delle disposizioni costituzionali in materia di forma di governo.

---

<sup>30</sup> Cfr. G.H. Kristinsson, *Iceland*, in R. Elgie (Ed), *Semi-Presidentialism in Europe*, Oxford, 1999, 89 e Á.T. Árnason, *The Constitutionalism of the Republic of Iceland and the Role and the Status of the President*, in A. Eide (Ed), *Making People Heard: Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredson*, Leiden/Boston, 2011, 590.

<sup>31</sup> Fino al 1991 i membri del Parlamento erano eletti contestualmente e, dopo l'elezione, si dividevano in due Camere, attraverso un'auto-selezione di un terzo dei parlamentari, i quali andavano a comporre una seconda Camera. Nella dicotomia tra sistemi monocamerale e bicamerale, quello islandese fino al 1991 era qualificato da Lijphart come Parlamento «con una camera e mezzo». Cfr. A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001, 220 ss.

<sup>32</sup> Sulla incorporazione della CEDU nell'ordinamento islandese e sulla revisione costituzionale del 1995, cfr. G. Gauksdóttir, *Iceland*, in R. Blackburn, J. Polakiewicz (Eds), *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford, 2001, 399 ss., Á.T. Árnason, *The Good State or the Constitutional Innocents of the Nordic Societies*, in J. Nergelius (Ed), *Constitutionalism – New Challenges. European Law from a Nordic Perspective*, Leiden/Boston, 2008, 155 ss. e F. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, 2009, 33 s. e 191 ss.

L'art. 1 della Costituzione definisce l'Islanda come una Repubblica con governo parlamentare<sup>33</sup>.

Dalla trama degli altri articoli della Costituzione emergono tuttavia i caratteri tipici della forma di governo semi-presidenziale.

Infatti, accanto al rapporto di fiducia che intercorre tra il Parlamento ed il Governo (se pur declinato secondo il modello del c.d. parlamentarismo negativo proprio dei Paesi Nordici<sup>34</sup>, come mostra la recente mozione di sfiducia presentata dalle opposizioni nei confronti dell'appena nominato Governo di Sigurður Ingi Jóhannsson e respinta dal Parlamento l'8 aprile 2016<sup>35</sup>), la Costituzione dispone che l'*Alþingi* ed il Presidente della Repubblica esercitano congiuntamente il potere legislativo mentre il Presidente della Repubblica e le altre autorità di Governo quello esecutivo (art. 2 Cost.) e che il Presidente della Repubblica è eletto direttamente dal popolo (art. 3 Cost.). Il Presidente della Repubblica presiede d'altronde un organo, composto anche dai Ministri, denominato Consiglio di Stato, nel quale sono sottoposte al Presidente le leggi e le importanti misure di governo (art. 16 Cost.). Al Presidente della Repubblica, poi, sono attribuiti poteri quali: la nomina e la revoca dei Ministri (art. 15 Cost.); lo scioglimento dell'*Alþingi* (art. 24 Cost.); la possibilità di rigettare una legge approvata da quest'ultimo, entrando in questo caso la legge comunque in vigore ma dovendosi convocare appena possibile un *referendum* su di essa (art. 26 Cost.); l'adozione in caso d'urgenza di leggi provvisorie, quando il Parlamento non è in sessione, che devono essere sottoposte all'approvazione di quest'ultimo non appena possibile (art. 28).

Accanto a ciò, la stessa Costituzione dispone tuttavia che il Presidente della Repubblica rimette la propria autorità ai Ministri (art. 13), che questi ultimi devono controfirmare gli atti del Presidente (art. 19) e che il Presidente della Repubblica non

---

<sup>33</sup> Sulla qualificazione della forma di governo compiuta dalla Costituzione islandese cfr. L. Pegoraro, S. Baldin, *Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti. Profili comparatistici*, in L. Mezzetti, V. Piergigli (cur.), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme costituzionali in Italia*, Torino, 1997, 32, i quali riconducono quella islandese tra le Costituzioni in cui l'appellativo della forma di governo si confonde con quello della forma di Stato.

<sup>34</sup> Nei quali, ad eccezione della Finlandia a partire dalla revisione costituzionale del 1991, il voto di investitura iniziale del Governo da parte del Parlamento non è previsto o, come nel caso svedese, è comunque limitato al solo Primo ministro. Per approfondimenti cfr. F. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici*, cit., 81 ss.

<sup>35</sup> Si vedano in proposito i *post* in lingua inglese del 7 e dell'8 aprile 2016 pubblicati sul sito <http://icelandreview.com/news/politics>.

è responsabile per il compimento degli atti esecutivi (art. 11), lasciando dunque margini per un'evoluzione del sistema in senso parlamentare<sup>36</sup>.

È dunque anche alla prassi costituzionale che occorre guardare per comprendere come si atteggiino concretamente le dinamiche della forma di governo in Islanda.

Come è stato evidenziato dalla dottrina islandese, alcuni Presidenti della Repubblica<sup>37</sup>, quali Kristján Eldjárn (1968-1980) e Vigdís Finnbogadóttir (1980-1996), hanno mantenuto la propria presidenza entro i limiti di un ruolo cerimoniale, atteggiandosi a «*political outsiders*». Altri, come Sveinn Björnson (1944-1952), Ásgeir Ásgeirsson (1952-1968) e l'attuale Presidente Ólafur Ragnar Grímsson (1996-....), hanno esercitato in modo più pregnante i propri poteri, limitandosi comunque a svolgere un ruolo di «*non-partisan player*». Nessuno di essi ha comunque spinto l'esercizio di tali poteri fino al punto da agire come «*party political player*» (sebbene alcuni Autori ritengono che la lettera della Costituzione consentirebbe al Presidente della Repubblica margini di manovra ove decidesse in futuro di farlo<sup>38</sup>).

Ad esempio, dal 1944 il Presidente della Repubblica ha sempre nominato come Primo Ministro colui che gli era stato indicato dagli accordi tra i partiti. Analogamente, ha sempre sciolto il Parlamento solo nel caso in cui fosse stato il Primo Ministro a proporlo<sup>39</sup> e tale proposta fosse sostenuta dai partiti. È peraltro recentissimo il rifiuto del Presidente della Repubblica il 5 aprile 2016 ad acconsentire allo scioglimento del Parlamento proposto dal Primo Ministro Sigmundur Davíð senza che si fossero espressi in merito i partiti di maggioranza (fatto che ha peraltro

---

<sup>36</sup> Sottolinea come l'istituto della controfirma abbia costituito una delle chiavi per lo svuotamento delle prescrizioni relative ai poteri presidenziali che, come si vedrà, ha caratterizzato l'evoluzione della forma di governo islandese, A. Canepa, *La teoria del semipresidenzialismo e i modelli dell'Europa occidentale*, in A. Giovannelli (cur.), *Il semipresidenzialismo: dall'arcipelago europeo al dibattito italiano*, Torino, 1998, 86 s.

<sup>37</sup> Per una panoramica delle personalità che hanno ricoperto la carica di Presidente della Repubblica in Islanda fino agli anni Novanta cfr. P.G. Lucifredi, *Il Presidente d'Islanda*, in *Quad. cost.*, 1990, 188 ss.

<sup>38</sup> Cfr. G.H. Kristinsson, *Iceland*, cit., 100 ss. Nella dottrina italiana cfr. S. Mancini, *L'Islanda: tra forma semipresidenziale "apparente" e "reale"*, in L. Pegoraro, A. Rinella (cur.), *Semipresidenzialismi*, Padova, 1997, specie 161 e 164.

<sup>39</sup> Si veda S. Kristjánsson, *Iceland: A Parliamentary Democracy with a Semi-presidential Constitution*, in K. Strøm et al. (Eds), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford, 2003, 405 ss.

contribuito alle immediate dimissioni di quest'ultimo, coinvolto nello scandalo dei c.d. *Panama Papers* e subito sostituito alla guida del Governo da Sigurður Ingi)<sup>40</sup>.

Al contrario, un potere al quale i suoi predecessori non avevano mai fatto ricorso, ossia quello di rigettare una legge approvata dal Parlamento, è stato esercitato da Ólafur Ragnar per ben tre volte: nel 2004<sup>41</sup>, nel 2010<sup>42</sup> e nel 2011<sup>43</sup>.

Ebbene, tenendo conto della lettera della Costituzione ed al tempo stesso della prassi costituzionale, la conclusione a cui è giunta la dottrina islandese è stata quella di qualificare l'Islanda come una democrazia parlamentare<sup>44</sup> dotata però di una Costituzione semi-presidenziale<sup>45</sup>. La forma di governo islandese sarebbe dunque riconducibile a quei sistemi «semipresidenziali in linea di diritto, ... parlamentari in via di fatto»<sup>46</sup>, ovvero, secondo altra terminologia, costituirebbe un semi-presidenzialismo «apparente»: a dispetto della legittimazione derivante dall'elezione diretta, il Presidente della Repubblica svolge infatti una funzione neutrale ed il sistema funziona sostanzialmente secondo i moduli propri della forma di governo parlamentare<sup>47</sup>.

---

<sup>40</sup> Le vicende sono ricostruite in lingua inglese nei *post* che vanno dal 5 all'8 aprile 2016 pubblicati sul sito <http://icelandreview.com/news/politics>.

<sup>41</sup> Cfr. S. Kristjánsson, *Iceland: Searching for Democracy along Three Dimensions of Citizen Control*, in *Scan. Pol. Stud.*, 27:2 2004, 167 s.

<sup>42</sup> Cfr. Á.T. Árnason, *The Constitutionalism of the Republic of Iceland and the Role and the Status of the President*, cit., 594 ss.

<sup>43</sup> Cfr. E. Bergmann, *Iceland and the International Crisis*, cit., 147 ss.

<sup>44</sup> Cfr. Á.T. Árnason, *Iceland*, in G. Robbers (Ed), *Encyclopedia of World Constitutions. Volume II (Gabon to Norway)*, New York, 2007, 393.

<sup>45</sup> In tal senso S. Kristjánsson, *Iceland: A Parliamentary Democracy with a Semi-presidential Constitution*, cit., 405 ss.

<sup>46</sup> Cfr. con espresso riferimento, tra l'altro, all'Islanda M. Duverger, *La nozione di regime «semi-presidenziale» e l'esperienza francese*, in *Quad. cost.*, 1983, 259 ss. nonché Id., *A new political system model: semi-presidential government*, in *Eur. J. Pol. Res.*, Vol. 8, No. 2, 1980, 165 ss. (secondo il quale la Costituzione in Islanda è «*semi-presidential*» mentre «*political practice is parliamentary*»). Adesivamente cfr. anche A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, cit., 142.

<sup>47</sup> Sulla qualificazione della forma di governo islandese come semi-presidenzialismo apparente, si vedano nella dottrina comparatistica italiana S. Mancini, *Il semipresidenzialismo islandese*, in *Quad. cost.*, 1993, 183 ss., Id., *L'Islanda: tra forma semipresidenziale "apparente" e "reale"*, cit., 151 ss. e A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, 1997, 216 ss. Con terminologia differente ma in sostanziale condivisione, cfr. M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Terza edizione, Torino, 1997, 161 e F. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici*, cit., 82, i quali con riguardo al caso islandese parlano di semi-presidenzialismo «a preminenza del Primo ministro». Sottolinea la sostanziale resa parlamentare della forma di governo islandese anche A. Canepa, *Il sistema semipresidenziale. Aspetti teorici di diritto positivo*, Torino, 2000, 36 s. (per un'analisi dettagliata dei singoli istituti che caratterizzano la prassi della forma di governo islandese si veda altresì Id., *La teoria del*

Chiarite le coordinate generali della forma di governo islandese e concentrandosi ora sul rapporto tra Governo e Parlamento, che qui più direttamente interessa, va dunque detto che, trattandosi di un sistema di fatto parlamentare, al Parlamento è riconosciuto un ruolo centrale, per cui «*formally, the Alþingi is the principal, the Cabinet the agents*»<sup>48</sup>.

In particolare a seguito della revisione costituzionale del 1991 che ha condotto al superamento del quasi-bicameralismo ed alla limitazione dell'uso da parte del Governo dei decreti provvisori, l'*Alþingi* ne è uscito rafforzato<sup>49</sup>.

A due Commissioni parlamentari, poi, la Commissione Affari esteri e la Commissione Finanze, è tradizionalmente riconosciuto un ruolo specifico nella determinazione dell'indirizzo politico, tanto da prevedersi specifiche procedure di fronte ad esse.

Per quanto qui più direttamente interessa, con riguardo alla politica estera il Governo ha infatti l'obbligo di consultarsi con la Commissione Affari esteri sulle questioni più importanti in materia, ai sensi dell'art. 24 della legge n. 55 del 1991 («*the Parliamentary Committee on Foreign Affairs must be consulted on all major foreign affairs issues whether Alþingi is in session or not*»). Ogni anno, poi, il Ministro degli Affari esteri deve sottoporre all'*Alþingi* un'approfondita relazione sulla politica estera<sup>50</sup>. Siffatto coinvolgimento del Parlamento nella determinazione dell'indirizzo politico nella politica estera si spiega con l'esigenza di raggiungere in tale materia un consenso politico il più ampio possibile<sup>51</sup>.

Il sistema, come è accaduto d'altronde nel resto delle forme di governo parlamentare e dei Paesi Nordici, è andato però gradualmente evolvendosi verso

---

*semipresidenzialismo e i modelli dell'Europa occidentale*, cit., specie 84 ss.). Proprio per la resa pratica parlamentare, esclude invece la riconducibilità del sistema islandese dall'elenco delle forme di governo semi-presidenziale G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*, Bologna, 1994, 140 s. In ogni modo, al di là delle qualificazioni formali, quello che in definitiva emerge dalla prassi costituzionale è «un sistema che corrisponde – potremmo dire, paradossalmente – all'enunciato dell'art. 1 della Costituzione». Così P. Bianchi, *Gli ordinamenti scandinavi*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 335.

<sup>48</sup> Cfr. S. Kristjánsson, *Iceland: A Parliamentary Democracy with a Semi-presidential Constitution*, cit., 405.

<sup>49</sup> Come sottolinea S. Kristjánsson, *Iceland: Searching for Democracy along Three Dimensions of Citizen Control*, cit., 158 s.

<sup>50</sup> Cfr. S. Kristjánsson, *Iceland: A Parliamentary Democracy with a Semi-presidential Constitution*, cit., 407 s. e Id., *Iceland: Searching for Democracy along Three Dimensions of Citizen Control*, cit., 158 s.

<sup>51</sup> Si veda più ampiamente S. Kristjánsson, *Iceland: A Parliamentary Democracy with a Semi-presidential Constitution*, cit., 410.

l'assunzione da parte del Governo (e del Primo Ministro in particolare) di un ruolo di marcata incidenza nella determinazione dell'indirizzo politico, specie nei lunghi anni in cui Davið Oddsson, *leader* del Partito dell'Indipendenza, ha guidato il Governo (1991-2004) ed Halldór Ásgrímsson, *leader* del Partito Progressista, è stato Ministro degli Affari esteri (1995-2004). Incarichi che peraltro i due hanno mantenuto a parti invertite, il primo tra il 2004 ed il 2005 (quando è stato poi nominato Governatore della Banca Centrale d'Islanda) ed il secondo tra il 2004 ed il 2006 (quando si è dimesso dopo una sconfitta del proprio partito alle elezioni comunali, cedendo l'incarico di Primo Ministro a Geir Hilmar)<sup>52</sup>.

In tali anni il Governo ha di fatto esercitato un ruolo direttivo nell'attività legislativa e si è ampiamente sottratto al controllo parlamentare (risultato a cui hanno peraltro contribuito i membri stessi dell'*Alþingi*, non rivendicando più di tanto le proprie prerogative)<sup>53</sup>. Per quanto qui più direttamente interessa, la Commissione Affari esteri stessa non è stata consultata dal Governo in relazione alle principali questioni di politica estera (come ad esempio la decisione del Governo di appoggiare l'invasione americana dell'Iraq nel 2003<sup>54</sup> o la conduzione dei colloqui con gli Stati Uniti che avrebbero poi condotto nel 2006 allo smantellamento della base militare di Keflavík)<sup>55</sup> e l'*Alþingi* stesso sembra aver rinunciato a svolgere un ruolo attivo nel campo dell'integrazione europea<sup>56</sup>.

Il quadro è in parte cambiato nuovamente con il nuovo Governo di Jóhanna.

Limitando l'analisi al tema che qui interessa, la presentazione da parte del Governo della domanda di adesione all'Unione europea nel luglio 2009 è infatti

---

<sup>52</sup> Per alcuni riferimenti al ruolo del Parlamento negli anni successivi, con riguardo alla gestione della crisi economica ed alle relazioni con il FMI, cfr. H.Ó. Ágústsson, R.L. Johnstone, *Practising what they Preach*, cit., parr. IV.3 e 4 nonché VI, dove si sottolinea come «*the Alþingi had been already reduced in the status to de facto subsidiary of the executive branch in the years leading up to the crisis*».

<sup>53</sup> Cfr. S. Kristjánsson, *Iceland: Searching for Democracy along Three Dimensions of Citizen Control*, cit., 159 ss

<sup>54</sup> Sui profili giuridici della mancata consultazione della Commissione Affari esteri in occasione della partecipazione dell'Islanda alla *Coalition Of The Willing* che avrebbe condotto all'invasione dell'Iraq, cfr. in senso critico la tesi di laurea di H.Ó. Ágústsson, *Iceland and "The Coalition Of The Willing". Was Iceland's Declaration of Support Legal According to Icelandic's Law?*, 2011, specie 21 ss., reperibile nella banca dati Skemman (contenente tesi e lavori di ricerca provenienti dalle Università e da altri centri di ricerca islandesi) alla pagina [skemman.is/item/view/1946/9691](http://skemman.is/item/view/1946/9691).

<sup>55</sup> Cfr. E. Bergmann, *Iceland and the International Financial Crisis*, cit., 181 e S. Kristjánsson, *Iceland: Searching for Democracy along Three Dimensions of Citizen Control*, cit., 160.

<sup>56</sup> Cfr. S. Kristjánsson, *Iceland: Searching for Democracy along Three Dimensions of Citizen Control*, cit., 160.

avvenuta sulla base di una risoluzione dell'*Alþingi*<sup>57</sup>, che raccomandava peraltro anche lo svolgimento di un *referendum* sull'eventuale Trattato di adesione («*Parliament resolves to empower the Government to submit an application for membership of the European Union and upon the completion of negotiations with the Union to hold a national referendum on a prospective Treaty of Accession*»). La risoluzione impegnava inoltre il Governo a seguire nei negoziati le procedure e le priorità di interessi individuate nel *report* della Commissione Affari esteri dell'*Alþingi*<sup>58</sup> («*The Government shall be guided by the majority opinion of the Committee on Foreign Relations on working methods and matters of basic interest in its preparation and organization for negotiations*»).

Il *report* della Commissione Affari esteri esprimeva «great emphasis on Althingi's direct participation» in ogni fase del processo di adesione ed auspicava che il Parlamento svolgesse un ruolo di partecipazione attiva e di supervisione dell'intero processo e non fosse informato sugli sviluppi di quest'ultimo solo a cose fatte, dato che in conclusione il Parlamento avrebbe dovuto esprimersi sull'eventuale Trattato di adesione. In tal quadro, la Commissione Affari esteri auspicava altresì un proprio coinvolgimento diretto nel comitato incaricato di negoziare l'adesione<sup>59</sup>.

Il *report* subordinava inoltre il mandato del Governo a negoziare l'adesione ad alcune condizioni sulla base degli interessi del Paese individuati nel *report* stesso e sottolineava come tali interessi non potessero essere abbandonati senza una futura discussione da parte dell'*Alþingi*. La stessa Commissione Affari esteri riconosceva come la scelta di subordinare ad una serie di condizioni il mandato al Governo a negoziare l'adesione del Paese all'UE fosse assolutamente senza precedenti nella storia dell'integrazione europea<sup>60</sup>.

Il *report* si concentrava infine su altre interessanti questioni sotto il profilo del diritto costituzionale, quali la natura giuridica del *referendum* da svolgersi sul Trattato di adesione e la necessità di procedere ad una revisione costituzione in caso di adesione<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 2.

<sup>58</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 2.

<sup>59</sup> Cfr. *Committee Report on a Proposal for a Parliamentary Resolution on Application for Membership of the European Union. Delivered by the majority of the Foreign Affairs Committee*, 12 s.

<sup>60</sup> Cfr. *ivi*, 16 s.

<sup>61</sup> Cfr. *ivi*, 38 ss.

Se pur per perseguire nel merito l'obiettivo opposto (e cioè il ritiro della domanda), il coinvolgimento dell'*Alþingi* è stato inizialmente ricercato, come si è accennato<sup>62</sup>, nel 2014 anche dal nuovo Governo di Sigmundur Davíð che ha però poi preferito assumere la decisione sul “ritiro” in totale autonomia.

#### 4. – Le contrapposte tesi sul ruolo dell'*Alþingi* nel “ritiro” della domanda di adesione dell'Islanda all'Unione europea

A rigore (ed ecco qui finalmente spiegato il virgolettato nell'uso del termine “ritiro”), nella lettera inviata dal Ministro degli Affari esteri all'Unione europea, non si fa mai riferimento al ritiro della domanda di adesione ma si esprime l'intenzione del Governo di non voler continuare i negoziati di adesione (*«the Government of Iceland has no intentions to resume accession talks»*) e si sottolinea la ferma posizione di quest'ultimo sul fatto che l'Islanda non debba più essere considerata come un Paese candidato all'adesione all'Unione europea (*«the firm position of the Government that Iceland should not be regarded as a candidate country for EU membership»*). Ogni impegno assunto dal precedente Governo, si conclude nella lettera, è da intendersi sostituito dall'attuale linea politica.

Il punto non è privo di rilevanza dal punto di vista giuridico perché ciò significa che l'Islanda, a rigore e per quanto bizzarro possa apparire, è oggi un Paese *richiedente* (*«applicant country»*) l'adesione all'Unione europea, il quale non vuole però più essere considerato come *candidato* (*«candidate country»*). La distinzione, chiara e netta nella lingua inglese, si perde peraltro nella versione della lettera del Governo in lingua islandese dove è utilizzato un termine (*«umsóknarríki»*) la cui portata semantica appare assai più vaga, contribuendo peraltro ciò a generare notevoli ambiguità sul piano del dibattito politico interno sull'effettivo *status* attuale dell'Islanda nei rapporti con l'Unione europea.

In ogni modo, l'Unione europea ha preso atto della posizione del Governo islandese, comunicando a quest'ultimo l'intenzione di apportare le conseguenti modifiche alle modalità di lavoro delle riunioni del Consiglio dell'Unione europea (*«further practical adjustments to the EU Council working procedures»*) alle quali l'Islanda era

---

<sup>62</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 2.

fino ad allora invitata a partecipare in qualità di Paese candidato all'adesione<sup>63</sup> (cosa effettivamente avvenuta con il mancato invito all'Islanda a partecipare alle successive riunioni). D'altro canto, l'Islanda continua ad essere ancora menzionata sul sito della Commissione europea, nella sezione *European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations*, pur se cancellata dalla lista dei Paesi candidati. Quanto al suo *status*, il sito riporta l'ambigua dicitura secondo la quale, appunto, «Iceland requested not to be regarded as a candidate country»<sup>64</sup>.

A prescindere in ogni caso da tali profili riguardanti la dimensione dell'Unione europea, è stata la validità stessa della decisione governativa sul piano costituzionale interno ad essere contestata. in quanto assunta senza previa consultazione del Parlamento.

Il giorno dopo la decisione del Governo, i *leader* dei quattro principali partiti di opposizione presenti in Parlamento hanno scritto una lettera al Presidente di turno del Consiglio dell'Unione europea, il lettone Edgars Rinkēvičs, al Commissario europeo per l'allargamento e la politica di vicinato, Johannes Hahn, ed al Presidente del Parlamento europeo, Martin Schulz, per chiarire come vada inteso, a loro modo di vedere, l'attuale *status* dell'Islanda in relazione alla domanda di adesione all'Unione europea<sup>65</sup>.

I partiti di opposizione (le cui posizioni sul merito dell'integrazione europea, come si è visto, divergono peraltro l'una dall'altra<sup>66</sup>) ritengono infatti che la decisione del Governo sia priva di effetto giuridico alcuno, in quanto: *a*) l'unico mandato al Governo approvato dall'*Alþingi* riguardo all'adesione del Paese all'Unione europea, rimane ancora oggi quello originario del luglio 2009: solo una decisione dell'*Alþingi* avrebbe potuto condurre l'Esecutivo al "ritiro" della domanda di adesione; *b*) la decisione del Governo non è stata discussa dalla Commissione Affari esteri dell'*Alþingi*, come invece richiesto dalla legge per le più importanti questioni di politica estera. Il valore giuridico della domanda di adesione presentata

<sup>63</sup> Cfr. la lettera del Presidente di turno del Consiglio dell'Unione europea, il lettone Edgars Rinkēvičs, al Ministro degli Affari esteri islandese del 17 aprile 2015, reperibile nel *Public register of Council documents* ([www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/](http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/)) al numero 7864/15.

<sup>64</sup> Cfr. <http://ec.europa.eu/enlargement>.

<sup>65</sup> Si veda la lettera inviata dai *leader* dell'Alleanza Socialdemocratica, Árni Páll Árnason, della Sinistra-Movimento Verde, Katrín Jakobsdóttir, di Futuro Luminoso, Guðmundur Steingrímsson, e del Partito Pirata, Brigitta Jónsdóttir.

<sup>66</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 2.

nel 2009 e dei successivi passaggi procedurali sarebbe dunque immutato, dato che solo l'*Alþingi* potrebbe deliberare una modifica dello *status* del Paese in relazione al processo di integrazione europea. Tutto ciò, concludono i *leader* nella lettera, va d'altronde nella direzione dei principi, ormai da lungo tempo radicati nell'ordinamento europeo, che impongono il rispetto della prevalenza delle risoluzioni parlamentari su semplici decisioni del Governo.

In risposta all'argomento *sub a)* ed a favore della validità della decisione (comunque definita «*very unusual*»), si è al contrario sostenuto come la risoluzione del 2009 fosse indirizzata all'*allora* Governo e che essa non potesse avere giuridicamente alcun effetto verso il nuovo, sorto a seguito delle elezioni del 2013<sup>67</sup>. Effettivamente, secondo i principi del parlamentarismo, la direttiva parlamentare «per definizione è di maggioranza» ed emana dal Parlamento «considerato non *sub specie aeternitatis* nella continuità delle due Camere di cui si compone, bensì quale soggetto di *quel* rapporto di fiducia e dunque individuato, in seno alla legislatura, come espressivo di precisi indirizzi politici temporalmente scaglionati in sintonia con i precisi indirizzi politici di governo». Il soggetto passivo della direttiva è dunque il Governo inteso come il «soggetto di riferimento che di *quel* rapporto fiduciario è storicamente e giuridicamente partecipe»<sup>68</sup>.

Sembrerebbe dunque essere l'argomento *sub b)* l'unico sul quale far poggiare la tesi della non regolarità della decisione del Governo: ai sensi del già citato art. 24 della legge n. 55 del 1991<sup>69</sup>, il Governo aveva infatti l'obbligo di consultarsi con la Commissione Affari esteri sulle questioni più importanti in materia di politica estera e nel caso della decisione di “ritirare” la domanda di adesione dell'Islanda all'Unione europea ciò non è avvenuto, dato che la Commissione Affari esteri (di fronte alla quale era stata presentata una proposta di risoluzione sul tema) non ha mai deliberato sul punto.

## 5. – Conclusioni: le torsioni della forma di governo islandese

<sup>67</sup> In tal senso si veda l'opinione di Björg Thorarensen, riportata in *The Reykjavik Grapevine* ([www.grapevine.is](http://www.grapevine.is)) del 16 marzo 2015.

<sup>68</sup> Cfr. S. Tosi, *La direttiva parlamentare*, Milano, 1969, 168.

<sup>69</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 3.

Alla luce della vicenda analizzata in questa sede, è dunque possibile giungere ad alcune conclusioni in ordine specifica vicenda e più in generale allo stato dell'arte della forma di governo islandese.

In primo luogo, la vicenda del “ritiro” della domanda di adesione da parte del Governo senza alcuna previa consultazione del Parlamento, sembra costituire un elemento utile per ricostruire dal punto di vista *descrittivo* le torsioni in atto della forma di governo parlamentare islandese nel senso di un'assunzione da parte del Governo (e del Primo Ministro in particolare) di un ruolo di marcata incidenza nella determinazione dell'indirizzo politico a scapito del Parlamento, in particolare in un settore, quale la politica estera, in cui a quest'ultimo era tradizionalmente riconosciuto un ruolo di primazia. Nonostante negli anni 2009-2013 la prassi, come si è visto<sup>70</sup>, fosse tornata in linea con le dinamiche tradizionali, la decisione del Governo si colloca in continuità con la “svolta” impressa nei lunghi anni della *leadership* di Davið e Halldór tra l'inizio degli anni Novanta e la fine degli anni Duemila e di cui si è già dato conto<sup>71</sup>.

Più arduo è invece esprimere, in secondo luogo, un giudizio sul piano più propriamente *prescrittivo*.

Non è mai agevole, nello svolgere in un'ottica di diritto costituzionale un'analisi delle dinamiche di una forma di governo, distinguere gli elementi prescrittivi da quelli meramente descrittivi che la caratterizzano<sup>72</sup>, specie, come in questo caso, in relazione a quell'area che è il diritto parlamentare, le cui fattispecie sono in grado di produrre modificazioni tacite alla Costituzione stessa<sup>73</sup>. Ciò appare ancor più arduo in un contesto come quello islandese nel quale, come si è dato ampiamente conto<sup>74</sup>,

---

<sup>70</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 2.

<sup>71</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 3.

<sup>72</sup> Sul punto è ovviamente d'obbligo il richiamo di L. Elia, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 634 s. al quale si deve l'aver impostato un'indagine di diritto costituzionale delle forme di governo estesa anche alle componenti non strettamente giuridiche (in particolare al sistema partitico).

<sup>73</sup> Cfr. S. Tosi, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959. Come scrisse pochi anni dopo Guglielmo Negri, la scienza costituzionalista ha ormai abbandonato posizioni di «rigore formale negatore di ogni rapporto tra istituzione e fatto politico e fattispecie costituzionale, per rivolgere l'attenzione a quella vasta fenomenologia politica che variamente condiziona lo stesso significato del diritto costituzionale». Cfr. G. Negri, *Il diritto parlamentare nel quadro del diritto pubblico*, in *Il Regolamento della Camera dei deputati. Storia, istituti, procedure*, V. Longi et al. (cur.), Roma, 1968, 3 s.

<sup>74</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 3.

la prassi sembra aver svolto in modo determinante un ruolo nella ricostruzione degli elementi prescrittivi che caratterizzano la forma di governo.

Con riguardo al caso specifico qui in esame ed alla non regolarità della condotta del Governo, il “parametro” strettamente positivo che in questa sede si è richiamato<sup>75</sup> (e cioè l’art. 24 della legge n. 55 del 1991), potrebbe invero non avere un valore decisivo in una realtà come quella islandese dove non sussiste neppure uno strumento di giustizia costituzionale assimilabile al nostro conflitto tra poteri<sup>76</sup>, con il quale rendere giustiziabile la condotta stessa ed all’interno del quale potrebbe saggiarsi (per usare una terminologia cara alla nostra Corte costituzionale) l’eventuale “tono costituzionale” del conflitto stesso.

In relazione alla “sanzionabilità” del Governo islandese, dunque, unica certezza è che nel contesto della forma di governo parlamentare, come la si è ricostruita in questa sede, una condotta quale quella tenuta nel marzo 2015, potrebbe essere sanzionata solo nelle forme proprie del parlamentarismo, cioè attraverso una mozione di sfiducia, cosa nel caso concreto non avvenuta (dato che a lamentarsi della condotta governativa sono stati solo i partiti di opposizione).

Vi è tuttavia un ulteriore elemento che in un’ottica prescrittiva appare meritevole di attenzione, non tanto però ai fini della valutazione della regolarità o meno della specifica condotta del Governo (che, lo si ripete, non sarebbe neppure di per sé giudizialmente sanzionabile); quanto ai fini della valutazione della sua riconducibilità o meno alla stabilizzazione di una prassi che, *pro futuro*, renda lecite analoghe condotte.

---

<sup>75</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 4.

<sup>76</sup> Il sistema di giustizia costituzionale *delle leggi* in Islanda si basa su un modello di sindacato di costituzionalità diffuso, fondato sul *judicial review*. Affermatosi gradualmente a seguito di una sentenza della Corte suprema del 1943, tale modello vede peraltro quest’ultima agire secondo moduli di *self-restraint* a fronte del riconoscimento del principio della centralità parlamentare. Per approfondimenti cfr. F. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici*, cit., 137 ss. Come è stato sottolineato, il sistema costituzionale dei Paesi nordici può definirsi come «*a strong social democratic state, based on the idea of a sovereign parliament with little or no limitation of its powers*», nel quale «*for a long time, there were [...] no signs of [...] activism in the making of new constitutional provisions [...], nor through a system of constitutional review*». Cfr. Á.T. Árnason, *The Good State or the Constitutional Innocents of the Nordic Societies*, cit., 155 e 160 del quale sul tema si veda altresì *Constitutionalism: Popular Legitimacy of the State?*, in M. Scheinin (Ed), *Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives*, Copenhagen, 2001, 29 ss.

Ebbene, l'elemento decisivo sotto questo punto di vista è che in questa occasione, a differenza di quanto avvenuto negli anni Novanta e Duemila (quanto i membri stessi dell'*Alþingi* non hanno più di tanto rivendicato le proprie prerogative a fronte di analoghe condotte governative<sup>77</sup>), la prassi non si è affermata in modo incontestato. Si vedano in proposito le già menzionate proteste popolari ma soprattutto le nette critiche avanzate dai parlamentari di opposizione avverso la decisione del Governo.

In definitiva le torsioni che hanno caratterizzato la forma di governo islandese a partire dagli anni Novanta nella direzione di un'assunzione da parte del Governo di un ruolo di marcata incidenza nella determinazione dell'indirizzo politico a scapito del Parlamento, dopo essersi "allentate" in direzione opposta tra il 2009 e il 2013, hanno ripreso vigore a partire dal 2013, non riuscendo tuttavia in questa occasione ad affermarsi in modo incontestato. Fattore quest'ultimo che sembra dunque avere mostrato, specie *pro futuro*, la vicinanza delle torsioni stesse ad un ipotetico "punto di rottura".

In terzo ed ultimo luogo, la vicenda di cui si è dato conto in questa sede appare significativa anche sotto un ulteriore profilo: quello delle ricadute "costituzionali" che dall'Unione europea possono prodursi anche sui Parlamenti nazionali di Paesi non (ancora) membri di quest'ultima.

È ben noto il potenziamento che il Trattato di Lisbona ha prodotto in capo ai Parlamenti nazionali dei Paesi *membri*<sup>78</sup>. Meno scontato è il fatto che l'Unione europea sembra essere in grado di esercitare una certa influenza anche sul ruolo che i Parlamenti nazionali svolgono nei rispettivi ordinamenti in Paesi *non membri* che richiedono di aderire all'Unione europea. D'altronde, come è stato notato, la sfera sovrana dell'identità nazionale di ciascun Paese non (ancora) membro subisce limitazioni fin dal momento dell'adempimento delle condizioni di ammissibilità di cui ai criteri di Copenaghen e dell'art. 49 TUE<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 3.

<sup>78</sup> Cfr. per tutti N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in A. Manzella, N. Lupo (cur.), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, 2014, 101 ss.

<sup>79</sup> Cfr. A. Manzella, *Sui principi democratici dell'Unione europea*, Napoli, 2013, 70.

Ebbene, in tal senso è significativo il fatto che, come emerge dal già citato *report* della Commissione affari esteri dell'*Alþingi*<sup>80</sup>, in alcuni Paesi che negli ultimi anni hanno presentato domanda di adesione all'Unione europea (Croazia, Estonia, Finlandia e Svezia), la procedura che ha condotto ad essa ha spesso visto un coinvolgimento sostanziale dei rispettivi Parlamenti nazionali.

Ancor più notevole in tale ottica è infine il fatto che nel caso dell'Islanda, nel momento in cui il Governo nazionale ha estromesso il Parlamento dall'assunzione di decisioni riguardanti il "ritiro" della domanda di adesione, un nutrito numero di membri di quel Parlamento abbia avvertito l'esigenza di evocare, come avvenuto nella lettera dei *leader* dei quattro partiti di opposizione islandesi del 13 marzo 2015, «*the long-standing principles of the European legal order respecting the primacy of formal Parliament resolutions over simple government statements*»<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 3.

<sup>81</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 4.



ISSN 2037-6677

2016/2

**A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul  
Regno Unito e l'Unione europea**

**Brexit: the impact on the UK and the EU**

G.G. Carboni

## Abstract

All sorts of constitutional issues arise out of the British referendum on EU membership. How to leave the European Union; whether the new Prime Minister will seek to call a general election; whether the referendum is legally binding. The article attempts to explore these issues to illustrate some of the EU referendum dynamics. Firstly, it deals with consequences of EU referendum for British politics. Then, it focuses on the impact of UK referendum on the European integration process.

Tag : UK, EU, Brexit, referendum, membership



## A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea

di Giuliana G. Carboni

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – L'inarrestabile ascesa dei referendum europei. 3. – La storia (referendaria) del rapporto tra Unione europea e Regno Unito. 4. – Gli effetti del voto nel Regno Unito. 5. – Gli effetti del voto sul processo di integrazione europea

### 1. – Introduzione

Il referendum tenutosi il 23 giugno per decidere la permanenza del Regno Unito nell'Unione europea ha visto prevalere il *Leave* con il 51,9% dei voti, contro il 48,1% ottenuto dal *Remain*. Nonostante le previsioni incerte e il timore espresso da molti commentatori il risultato della consultazione è stato uno shock per i cittadini europei e britannici. Il voto ha assunto una forza politica ed economica che sembra contrastare con la natura consultiva (*advisory*) e non obbligatoria della consultazione.

In ambito nazionale l'esito del referendum rappresenta un chiaro segnale di pericolo per l'Unione, dal momento che, secondo le attese, il 62% dei votanti in Scozia e il 55,8% in Irlanda del Nord si sono espressi per il *Remain*. Considerate le istanze indipendentiste e la volontà espressa dai cittadini scozzesi e nordirlandesi di rimanere in Europa, il Regno Unito rischia di vedere implodere l'Unione delle

nazioni che lo compongono<sup>1</sup>. In chiave europea poi, il voto costituisce l'esito finale di un processo decisionale interno a uno Stato membro, sul quale l'UE non ha alcuna possibilità di intervenire, ma di cui subisce gli effetti.

La contraddizione tra la base giuridica (nazionale e consultiva) e gli effetti politici (europei e vincolanti) del voto è solo apparente, ove si consideri la particolare natura dei referendum sui temi europei e la storia dei rapporti tra Regno Unito ed Unione europea. Partendo da questi elementi questo scritto si propone di analizzare gli effetti del referendum sulla *Brexit*, sia nella prospettiva nazionale che europea<sup>2</sup>.

## 2. – L'inarrestabile ascesa dei referendum europei

Il Regno Unito ha indetto, per la seconda volta nella sua storia, un referendum per decidere la permanenza nell'Unione europea (c.d. *membership referendum*)<sup>3</sup>. La prima volta, nel 1975, il voto inglese seguì di poco i primi referendum sull'adesione, tenutisi in Irlanda, Norvegia e Danimarca (1972). Da allora quasi tutti gli Stati membri hanno fatto ricorso almeno una volta al referendum per decidere sull'adesione o la ratifica di Trattati europei<sup>4</sup>. A dimostrazione che il processo d'integrazione europea è uno dei fattori che più ha contribuito a legittimare e valorizzare l'istituto referendario<sup>5</sup>, persino in un sistema, come quello parlamentare britannico, che fino agli anni '70 del XX secolo aveva quasi ignorato l'istituto<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> È sufficiente leggere le dichiarazioni rese alla stampa dai leader politici e dai parlamentari scozzesi per averne conferma. Si veda l'intervista resa alla BBC dalla Premier scozzese Sturgeon il 25 giugno 2016.

<sup>2</sup> M. Shu, *Referendums and the Political Constitutionalization of the EU*, in *European Law J.*, 2008, 14, pp. 423 ss.

<sup>3</sup> La dottrina ha classificato i referendum su temi europei in tre gruppi: *membership referendum* sull'adesione alla permanenza, *Treaty ratification referendum* sulla ratifica di un Trattato, *policy referendum* su singoli temi come il passaggio all'euro. F. Mendez, M. Mendez, V. Triga, *Referendums and the European Union*, Cambridge University Press, 2014, pp. 22 ss. M. Shu, *Referendums and the Political Constitutionalization of the EU*, cit., pp. 429 ss.

<sup>4</sup> Ad oggi solo tre Stati su ventotto non hanno svolto referendum europei: Germania, Belgio e Bulgaria. Per altro, Stati che non appartengono all'Unione hanno indetto senza successo referendum per l'adesione. Per una panoramica aggiornata F. Mendez, M. Mendez, V. Triga, *Referendums and the European Union*, cit., pp. 22 ss.

<sup>5</sup> S. Tierney, *Constitutional Referendum: A Theoretical Enquiry*, in *Modern Law Review*, 2009, 72, pp. 360 ss.

<sup>6</sup> Con l'autorevole eccezione di Dicey, il quale alla fine del XIX secolo, propose di inserire il referendum nel sistema parlamentare di Westminster per affrontare la crisi causata dal conflitto tra

L'integrazione del referendum nel sistema parlamentare del Regno Unito è avvenuta gradualmente: dopo l'iniziale opposizione, ha avuto inizio una fase di legittimazione, che ha visto come protagonista il referendum del 1975, indetto con una legge ad hoc. Il pieno riconoscimento del referendum nell'ordinamento si è avuto alla fine degli anni '90, con l'approvazione del *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* (PPERA 2000). La legge regola la procedura di consultazione, la definizione dei quesiti, il finanziamento della campagna referendaria. Di particolare rilievo è la previsione che affida alla *Electoral Commission* il compito di verificare l'intelligibilità del quesito (S. 104).

Su queste basi giuridiche s'innesta la specifica consultazione referendaria, decisa dal Parlamento, che essendo titolare della sovranità resta libero di scegliere se e quando tenere un referendum. Nonostante insistenti richieste da parte di esponenti di tutti i partiti, dopo il voto del 1975 non è mai stato indetto un referendum per decidere la ratifica di un Trattato. I Trattati di Roma (1986), Maastricht (1992), Amsterdam (1997), Nizza (2000), il secondo Trattato di Roma (2004) e il Trattato di Lisbona (2009) sono stati ratificati sulla base di un atto parlamentare, con contestazioni sempre più clamorose da parte dei referendari. In occasione della ratifica del Trattato di Lisbona<sup>7</sup> le richieste di referendum furono tanto forti da costringere il Governo a far approvare una legge, l'*European Union Act 2011* (EUA 2011), che prevede all'art. 4 l'obbligatorietà del referendum in caso di modifiche dei Trattati europei o di conferimento di maggiori poteri alla UE<sup>8</sup>. Tuttavia, la dottrina si è espressa criticamente sull'art. 4 dell'EUA 2011, sia per i problemi applicativi che la disposizione pone, sia per il difficile rapporto che si viene a creare con il principio della sovranità parlamentare<sup>9</sup>.

---

Camera Bassa e Camera dei Lords su alcune questioni fondamentali per l'assetto costituzionale. A.V. Dicey, *Ought the Referendum to be Introduced into England?* in *Contemporary Review*, vol. 57, 1890, pp. 490 ss. Per una ricostruzione delle origini A. Torre, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa*, in A. Torre, J. O. Frosini, *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, 2012, pp. 11 ss.

<sup>7</sup> Il conflitto apertosi nel 2008 per il Tratto di Lisbona ha dato luogo a due pronunce della High Court sulla legittimità del processo di ratifica. G.G. Carboni, *I referendum mai realizzati e ancora da realizzare*, in A. Torre, J. O. Frosini, *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit., pp. 402 ss.

<sup>8</sup> In questi casi è richiesta l'approvazione parlamentare seguita dal referendum popolare (c.d. *double lock*). Salvi alcuni casi meno rilevanti che accedono ad una procedura semplificata.

<sup>9</sup> P. Craig, *The European Union Act 2011: Locks, Limits and Legality*, in *Common Market Law Review*, 2011, 48: pp. 1915 ss; B. Wellings, E. Vines, *Populism and Sovereignty: The EU Act and the In-Out*

D'altra parte, l'idea del referendum europeo si è tanto diffusa nella classe politica e nell'elettorato britannico che non vi è stato bisogno di attendere una modifica dei Trattati per indire il voto sull'Europa. Esso è stato previsto dall'*European Union Referendum Act 2015*, che il governo Cameron ha fatto approvare in attuazione del programma elettorale presentato alla vigilia delle elezioni del 2015<sup>10</sup>. La legge, oltre a prevedere che l'elettorato compia una scelta tra *Remain* e *Leave*, regola in modo molto attento il diritto di voto, la campagna elettorale, i compiti informativi dell'esecutivo<sup>11</sup>.

La giustificazione politica del referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'UE si trova nel Manifesto del Partito Conservatore, nel quale sono contenuti i temi che hanno dominato la campagna elettorale del 2015: i rapporti con l'Unione europea, il problema dell'immigrazione, la questione scozzese<sup>12</sup>.

Sarebbe tuttavia riduttivo considerare il voto sulla *Brexit* unicamente come espressione di una scelta partitica. Come abbiamo detto l'*EU Referendum Act* riconosce al referendum la funzione costituzionale di contribuire alle decisioni che riguardano il trasferimento di poteri dal Regno Unito ad altre organizzazioni internazionali; inoltre, alcuni documenti di organi costituzionali britannici attribuiscono ai referendum europei una rilevanza costituzionale, che legittima il ricorso al voto per decidere l'uscita dall'Unione ("*To Leave the European Union*")<sup>13</sup>.

---

*Referendum*, 2010–2015, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 69, pp. 309 ss.

<sup>10</sup> Il referendum del 23 giugno non è stato indetto a seguito della modifica di un Trattato; perciò non è un referendum obbligatorio ai sensi dell'art. 4 del *European Union Act 2011*. L'EURO 2015 applica in parte le previsioni del PPERA 2000, derogandovi per alcuni aspetti.

<sup>11</sup> Nei lavori parlamentari sono stati presentati diversi emendamenti per l'introduzione della maggioranza qualificata e territoriale, per il voto dei 16enni. Entrambi respinti. Di particolare rilievo l'obbligo per il governo di diffondere i dati sulle trattative con la UE e i risultati ottenuti per il UK, nonché quelli relativi ai costi e benefici della uscita dall'Unione. C. Martinelli, *Regno Unito: L'ipotesi brexit tra negoziato europeo e referendum nazionale*, in *forumcostituzionale*, (24 dicembre 2015).

<sup>12</sup> V. Bogdanor, *The British General Election of 2015 and the Rise of the Meritocracy*, *The Political Quarterly*, 2016, Vol. 87, No. 1, pp. 39 ss. La presenza di un partito indipendentista come l'UKIP ha certamente contribuito ad esaltare l'importanza di questi temi nella campagna elettorale.

<sup>13</sup> *Select Committee on the Constitution: 12th Report of Session 2009–10*. Al punto 94 il Report ritiene che rientri in un "fundamental constitutional issue" ogni proposta: • To abolish the Monarchy; • To leave the European Union; • For any of the nations of the UK to secede from the Union; • To abolish either House of Parliament; • To change the electoral system for the House of Commons; • To adopt a written constitution; and • To change the UK's system of currency. This is not a definitive list of fundamental constitutional issues, nor is it intended to be. Lo stesso *Committee* ha escluso che potesse esserci un criterio per vincolare il governo e il parlamento alla natura costituzionale del referendum, in assenza di una costituzione scritta.

Si tratta di atti e documenti che recepiscono la tesi formulata da un'autorevole dottrina, secondo la quale i referendum sull'adesione all'Unione europea, la ratifica di un Trattato o l'attuazione di una politica europea (monetaria o di altra natura), hanno natura costituzionale. I referendum costituzionali incidono sulle relazioni tra governanti e governati, tra potere costituente e forma costituzionale, perchè riguardano il trasferimento di poteri dallo Stato a un'organizzazione internazionale (o viceversa, come nel caso del Regno Unito)<sup>14</sup>.

La natura costituzionale del voto è servita per ridimensionare alcune delle tradizionali critiche rivolte al referendum come metodo di decisione, basate sul deficit di informazione e di conoscenza (*deliberative deficit*), sulla possibilità che una minoranza dotata di adeguati mezzi possa "guidare" la scelta (*elite control syndrome*)<sup>15</sup>. Quando ai cittadini viene richiesto di votare su un quesito che è espressione dell'identità costituzionale o coinvolge una materia percepita come essenziale per la sovranità dello Stato, non si potrebbe invocare la mancanza di competenza, perchè questo equivarrebbe a negare che il corpo votante possa esprimersi sull'identità del proprio Stato.

Che si trattai di temi che riguardano materie di particolare importanza per la sovranità e che coinvolgono l'identità costituzionale di un popolo, come vorrebbe la dottrina in questione, pare comprovato dal fatto che lo stesso Premier, David Cameron, nel portare avanti la trattativa che ha ridefinito i rapporti tra UK e UE in

---

<sup>14</sup> A differenza dei referendum legislativi, che incidono sul modo di esercizio della funzione legislativa e agiscono entro la cornice della rappresentanza, i referendum costituzionali riguardano l'attribuzione e distribuzione del potere sovrano (*ultimate lawful authority*) all'interno di un sistema di governo e incidono sulla relazione tra governati e governanti. I referendum costituzionali possono innovare il rapporto tra potere costituente e forma costituzionale, sostituendo il popolo nel ruolo rappresentativo tradizionalmente svolto dalla costituzione democratica. S. Tierney, *Constitutional Referendum: A Theoretical Enquiry*, cit. p. 361; S. Tierney, *The People Last Sigh? Referendums and European Integration*, in *European Public Law*, 2012, 18, pp. 684 ss. Diversamente D.E. Tosi, *Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, pp. 1591 ss, per il quale la differenza di oggetto, soggetti ed effetti referendari è tale da consentire di ricondurre a unità i referendum europei, di cui solo alcuni sarebbero di tipo costituzionale. Sull'opportunità di regolare lo strumento referendario in caso di consultazioni su materie costituzionali P. Leyland, *The Case for the Constitutional Regulation of Referendums in the UK*, in A. Torre, J. O. Frosini, *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit., pp. 125 ss.

<sup>15</sup> Critico sull'uso del referendum per la ratifica dei Trattati R. Dehousse, *The Unmaking of a Constitution: Lessons from the European Referenda*, in *Constellations*, 2006, 13, pp. 151 ss. Più in generale, sul deficit di competenza, A. Moravcsik, *The European Constitutional Settlement*, in *The World Economy*, 2008, 31, pp. 158 ss; L. Hooghe, G. Marks, *A postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Consensus*, in *B. J. Pol. Sc.* 2009, 39, pp. 1 ss.

vista e sotto la pressione del referendum, ha indicato tra i principi di riferimento la difesa della sovranità<sup>16</sup>.

Il rapporto tra referendum e sovranità parlamentare costituisce un tema classico del diritto costituzionale britannico, al quale la consultazione del 23 giugno 2016 ha portato nuovi elementi di riflessione. L'ordinamento britannico, privo di Costituzione scritta, non prevede meccanismi che garantiscano alle decisioni di rilievo costituzionale un percorso diverso dalle decisioni ordinarie. Il referendum sulla *Brexit*, pur avendo natura consultiva, si è inserito nel processo di decisione costituzionale esprimendo una volontà opposta a quella del Parlamento, dove la maggior parte dei deputati si era schierata a favore del *Remain*.

Dunque, occorre decidere se la sovranità del Parlamento venga limitata dalla sovranità popolare, o se questa debba cedere alla prima. Se si propende per il primato del Parlamento, è possibile ignorare il voto (ma il Parlamento non lo ha mai fatto<sup>17</sup>). Se si ritiene debba prevalere il voto referendario occorre spiegare come questo sia compatibile con il principio della sovranità parlamentare.

Un altro vincolo, esterno, alle decisioni del Parlamento e del Governo, deriva dagli impegni assunti dal Regno Unito con altri paesi (la c.d. sovranità esterna), che impongono il rispetto di Trattati e accordi relativi all'uscita dall'Unione<sup>18</sup>. Data la mancanza di una disciplina specifica della materia, all'indomani del voto si sono create situazioni di incertezza, che riguardano i rapporti tra Parlamento, Governo e Unione europea<sup>19</sup>, la natura consultiva o vincolante del referendum nei confronti della decisione parlamentare<sup>20</sup>, la possibilità di tenere un secondo referendum. Non

<sup>16</sup> G. Caravale, "With them" o "of them": il dilemma di David Cameron, in *federalismi* 2015, n. 23.

<sup>17</sup> M. Calamo Specchia, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, in A. Torre, J. O. Frosini, *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit., p.146.

<sup>18</sup> S. Douglas-Scott, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, in U.K. Const. L. Blog (28th Jun 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>).

<sup>19</sup> E. Smith, *What Would Happen if the Government Unlawfully Issued an Article 50 Notification without Parliamentary Approval?*, in U.K. Const. L. Blog (30th Jun 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>); A. Tucker, *Triggering Brexit: A Decision for the Government, but under Parliamentary Scrutiny*, in U.K. Const. L. Blog (29th Jun 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>); N. Barber, T. Hickman and J. King, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, in U.K. Const. L. Blog (27th Jun 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>).

<sup>20</sup> R. Ekins, *The Legitimacy of the Brexit Referendum*, in U.K. Const. L. Blog (29th Jun 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>)

è chiaro, e non soccorrono convenzioni costituzionali al riguardo, quali saranno le future scelte del Parlamento e del Governo, che paiono destinate a modificare significativamente la forma di governo e di Stato del Regno Unito.

### **3. – La storia (referendaria) del rapporto tra Unione europea e Regno Unito**

Il Regno Unito non è un paese che ha contribuito a far nascere il progetto europeo, è piuttosto uno spettatore interessato delle sue vicende che, fin dall'inizio, ha percorso una doppia via, sostenendo in principio l'integrazione, salvo esercitare il diritto di scegliere se prendere parte, e in che modo, alle fasi del processo integrativo<sup>21</sup>. La partecipazione del Regno Unito all'integrazione europea è stata quindi caratterizzata dalla resistenza ad ogni forma di limitazione della sovranità<sup>22</sup>.

Il referendum è stato protagonista dell'accesso del Regno Unito nella UE, è stato il convitato di pietra di tutti i più importanti sviluppi del rapporto tra Regno Unito e UE, e segnerà, probabilmente, l'uscita del UK dall'Unione europea<sup>23</sup>.

I due temi, l'Unione europea e il referendum, hanno occupato la scena politica per la prima volta nel 1975, quando i cittadini britannici decisero di rimanere nella CEE, con una maggioranza del 67,5% dei voti.

Il paradosso della politica europea britannica di quegli anni è che, sia i Conservatori che i Laburisti, alternatisi al governo, hanno contribuito a portare a termine il processo di adesione del Regno Unito alla CEE contro la volontà di una parte consistente del loro elettorato<sup>24</sup>. Di fronte alla scelta parlamentare a favore dell'adesione, l'unica strategia degli antireferendari diventò il referendum.

---

<sup>21</sup> Benché vi siano state in passato autorevoli eccezioni, come quella di Churchill, la classe politica britannica e il suo popolo sono apparsi da sempre sostenitori a metà del disegno europeo. Dopo Maastricht la scarsa convinzione si è tradotta in opportunismo economico, vale a dire in una strategia che mira a considerare i vantaggi dell'appartenenza all'Unione senza soffrire gli svantaggi dei vincoli finanziari e economici imposti agli Stati membri. Si spiega così, ad esempio, la mancata adesione all'Unione bancaria europea o la resistenza ad altri accordi come il Fiscal Compact. F. Capriglione, *Il referendum UK e l'ipotesi di Brexit*, in *federalismi*, 2016, n. 7.

<sup>22</sup> S. Wall, *Leaving the EU?*, in *European Public Law*, 2016, 22, pp. 57 ss.

<sup>23</sup> A. Torre, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa*, cit. pp. 11 ss; J. Weiler, *Editorial*, in *Eur. J. Intl. L.* 2015, 1.

<sup>24</sup> I due maggiori partiti, Laburisti e Conservatori, hanno registrato forti divisioni interne sul tema dell'adesione alla CEE; così, benché tra i Conservatori vi sia una tendenza anticuropea e tra i

In questa fase il referendum ha avuto una funzione residuale nei confronti del sistema partitico-rappresentativo, svolgendo una funzione strumentale agli equilibri politici interni ai due partiti, consentendo al partito di governo (Laburista) di superare una situazione di grande difficoltà<sup>25</sup>, e al partito di opposizione di non rinegare la scelta del governo uscente Heath (Conservatore) di avviare la procedura di adesione<sup>26</sup>.

Dopo il referendum del 1975, la questione della *membership* e lo sviluppo dell'Unione Europea sono stati motivo di reiterate richieste referendarie proposte senza successo, ma con una certa continuità, da esponenti dei maggiori partiti, e dunque anche da quelli appartenenti alla maggioranza<sup>27</sup>.

Negli anni '90 il referendum ha svolto una funzione di supporto al partito di governo<sup>28</sup>, che ha dichiarato di voler ricorrere al referendum per decidere l'adesione all'euro, allo scopo di indurre gli altri Stati membri a considerare le richieste britanniche (“utilitarismo sopra-nazionale”)<sup>29</sup>, e di superare le resistenze interne dei Conservatori nei confronti della scelta europeista. Tuttavia, il governo non è mai giunto a indire la consultazione, preferendo una strategia di *prepare and decide*, che ha consentito di esercitare una pressione sugli oppositori senza mai portare il paese al

Laburisti si impongano gli euroentusiasti, si formano due schieramenti trasversali che mettono a rischio la disciplina interna di entrambe le formazioni.

<sup>25</sup> Il Primo Ministro Wilson ricorse al *agreement to differ*, che consentiva ai parlamentari e ai ministri di adottare una posizione diversa da quella del partito, per evitare la spaccatura del suo partito.

<sup>26</sup> Il Parlamento a maggioranza conservatrice approvò l'ingresso del Regno Unito in Europa il 28 ottobre 1971. J. O. Frosini, G. Tagiuri, *Il referendum del 1975: quando i britannici decisero di rimanere nella Comunità economica europea*, cit., pp. 159 ss.

<sup>27</sup> Nel 1992 un deputato del Labour, preoccupato delle conseguenze che avrebbe prodotto il Trattato di Maastricht, presentò alla Camera dei Comuni un Bill per la disciplina del referendum sulla ratifica di tutti i Trattati che avessero effetto sui poteri del Parlamento. Nel 1994 venne addirittura costituito un *Referendum Party*, che partecipò alle elezioni del 1997 senza ottenere seggi, con l'unico obiettivo di garantire un referendum sull'Europa. Alla vigilia delle elezioni del 1997 sia il partito Conservatore sia quello Laburista avevano annunciato il loro impegno per un referendum sulla moneta unica e lo stesso i Liberaldemocratici e lo *Scottish National Party*. G.G. Carboni, *I referendum mai realizzati e ancora da realizzare*, cit., pp. 402 ss.; J. O. Frosini, G. Tagiuri, *Il referendum del 1975: quando i britannici decisero di rimanere nella Comunità economica europea*, in A. Torre, J. O. Frosini, *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit., pp.169 ss.

<sup>28</sup> La dottrina definisce pro-egemonici i referendum indetti “dall'alto”, per realizzare i programmi di governo. Il Manifesto Laburista del 1997 conteneva l'impegno a indire il referendum sui seguenti temi: adozione di una moneta unica europea, sistema elettorale, devolution. L'impegno è stato rispettato solo per la devolution. *Select Committee on the Constitution: 12th Report of Session 2009–10*, punto 3.

<sup>29</sup> S. Bulmer, *New Labour, New European Policy? Blair, Brown and Utilitarian Supranationalism*, in *Parliamentary Affairs*, 2008, vol. 61, n. 4, pp. 597 ss.

voto<sup>30</sup>.

Le elezioni del 2010 hanno aperto una nuova era nella vita politica britannica, con la formazione di un governo di coalizione tra Conservatori e Liberaldemocratici che ha posto fine al dominio del *Labour*. L'accordo di coalizione conteneva un impegno dei partiti a non proseguire sulla strada dell'integrazione e a subordinare ogni decisione in materia al voto popolare<sup>31</sup>. Per affrontare la questione europea la coalizione di governo ha proposto e fatto approvare l'*European Union Referendum Act 2011*, con il quale il Premier Cameron ha cercato di allentare sia le pressioni referendarie interne al partito e sia quelle provenienti da altri gruppi<sup>32</sup>. Nel corso della legislatura il referendum sull'Europa è diventato uno dei temi più dibattuti, sul quale si è concentrato in modo particolare l'Ukip, il Partito per l'Indipendenza del Regno Unito. È in questa fase che il referendum inizia a contendere al sistema parlamentare il primato sulle scelte di politica europea.

Alla vigilia delle elezioni del 2015 tutti i principali partiti avevano espresso la necessità di tenere un referendum per decidere l'*in/out*<sup>33</sup>, seppure con diversi approcci. L'Ukip propendeva per un voto sull'immediata uscita dall'Unione europea, i Conservatori per una rinegoziazione seguita dal referendum e, infine, Laburisti e Liberaldemocratici chiedevano una rinegoziazione dello status del Regno Unito, riservando al referendum il compito di decidere sulla modifica dei Trattati.

Dopo la vittoria elettorale del 2015 il Partito Conservatore si è trovato da solo al governo a gestire la questione europea. Nei mesi immediatamente successivi al voto Cameron ha avviato il negoziato con l'Unione per ottenere le modifiche degli accordi tra UK e UE promesse all'elettorato<sup>34</sup>. Con la lettera del 10 novembre 2015 inviata al Presidente del Consiglio europeo Task, il Premier individuava i punti

<sup>30</sup> G.G. Carboni, *I referendum mai realizzati e ancora da realizzare*, cit., pp. 405 ss.

<sup>31</sup> In questo ambito l'accordo recepisce i contenuti del Manifesto 2010 del partito conservatore. C. Martinelli, *Regno Unito: L'ipotesi brexit tra negoziato europeo e referendum nazionale*, cit.

<sup>32</sup> G. Caravale, "With them" o "of them": il dilemma di David Cameron, cit.

<sup>33</sup> S. Peers, *The UK's general election: a fundamental change to UK/EU relations?* U.K. Const. L. Blog (20th Apr 2015) (available at <http://ukconstitutionallaw.org>); T. Oliver, *To be or not to be in Europe: is that the question? Britain's European question and an in/out referendum*, in *International Affairs*, 2015, 1, pp. 77 ss.

<sup>34</sup> Il Partito Conservatore aveva inserito nel Manifesto il progetto di riforma dell'Unione europea in senso più favorevole ai principi cari alla politica e alla cultura del Regno Unito: competitività, non ingerenza, modernizzazione della *governante* europea per tutelare la propria sovranità, i propri interessi rispetto ai paesi dell'area euro. The Conservative Party Manifesto 2015, *Strong Leadership. A clear Economic Plan. A Brighter, more secure future*, April 2015.

essenziali della proposta britannica: rivedere le questioni attinenti a sovranità, competitività, benefici sociali e *governance* economica della UE per evitare il voto negativo dei britannici sul referendum<sup>35</sup>. La richiesta ha formalizzato i termini con i quali il Regno Unito vorrebbe ridefinire il proprio status nella UE; essi sono stati in larga parte recepiti dalla *Decision of the Heads of State or Government, meeting within the European Council, concerning a New Settlement for the United Kingdom within the European Union*, che sarebbe stata vincolante per le parti solo se i britannici avessero votato a favore del *Remain*<sup>36</sup>.

D'altra parte è diventato non più rinviabile l'impegno, assunto in campagna elettorale, di far decidere a cittadini il futuro del Regno Unito in Europa. Nel tentativo di evitare che la polarizzazione del conflitto accentuasse le divisioni interne al partito, Cameron si è schierato per il *Remain* ma ha lasciato liberi i ministri del suo partito e i parlamentari di esprimersi per il *Leave*<sup>37</sup>. Il referendum ha assunto una duplice funzione: risolvere il conflitto interno al Partito Conservatore e accrescere il potere negoziale del governo britannico al tavolo della trattativa con le istituzioni europee<sup>38</sup>.

In effetti la minaccia del referendum ha prodotto i risultati sperati sul piano esterno, almeno nella prima fase, perché a febbraio 2016 vi è stato l'accordo sottoscritto con le istituzioni dell'UE. Ma il progetto politico di Cameron ha subito una dura sconfitta con la vittoria del *Leave*, i cui effetti sono destinati a condizionare la vita politica britannica ed europea dei prossimi anni.

---

<sup>35</sup> Per un primo commento C. Curti Gialdino, *'To be or not to be together...'* Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nell'UE: una prospettiva ragionevole per l'integrazione europea? in *Federalismi.it* 2016, n. 3. La proposta è stata esaminata dal Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016. Le Conclusioni sono reperibili nel sito [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

<sup>36</sup> Perciò si tratta di un accordo internazionale compatibile con la UE, non di diritto della UE. Simili accordi non sono nuovi nella storia dell'Unione, come dimostrano i casi della Danimarca e dell'Irlanda, che però non si posero in una posizione di unilateralismo. A. Duff, *Britain's special status in Europe*, (3 March 2016), in [www.policy-networks.net](http://www.policy-networks.net)

<sup>37</sup> Cameron si era espresso in questo senso nello Speech del gennaio 2013 a Bloomberg; e lo ha confermato all'indomani delle elezioni. G. Caravale, *"One Nation, One United Kingdom". Le elezioni del 7 maggio 2015 e le sfide della nuova legislatura*, in *federalismi*, 2015, n.10.

<sup>38</sup> J.O. Frosini, G. Tagiuri, *Il referendum del 1975: quando i britannici decisero di rimanere nella Comunità economica europea*, cit., pp. 158 ss; questa motivazione è prevalente nel referendum del 2016 secondo C. Martinelli, *General Election 2015: un turning point per il Regno Unito*, in *forumcostituzionale*, (2 luglio 2015).

#### 4. – Gli effetti del voto nel Regno Unito

Il bilancio provvisorio del voto sembra tutt'altro che positivo per la vita politica e costituzionale britannica. Il referendum, lungi dallo svolgere la funzione di utilitarismo sopranazionale che Cameron aveva immaginato, ha avuto un effetto drammaticamente divisivo dell'elettorato e dei maggiori partiti, e ha messo in pericolo la stabilità del governo<sup>39</sup>.

L'esito del referendum, con la vittoria del *Leave*, ha indotto il Premier Cameron alle dimissioni il giorno dopo il voto. Il Premier in carica dovrà comunque guidare il paese nei prossimi mesi, in attesa che il suo partito decida la successione. Infatti, come noto, le dimissioni del Primo ministro non comportano automaticamente una nuova elezione. Egli riveste il ruolo di capo del governo in quanto leader del partito che ha vinto le elezioni. Pertanto il partito dovrà scegliere un altro leader, che diventerà il nuovo capo di governo<sup>40</sup>.

La stabilità del governo è comunque precaria, perché è possibile che la situazione politico-parlamentare richieda in seguito nuove elezioni. Il Parlamento eletto nel 2015 era largamente favorevole al *Remain*, ma dovrà occuparsi di approvare le leggi di attuazione degli accordi sulla *Brexit*. Una situazione politica complessa richiederà forse un nuovo mandato, e potrebbe spingere i leaders Conservatori a scegliere la strada delle elezioni, pur nei limiti imposti dal *Fixed Term Act 2011*<sup>41</sup>. In caso di cambio di governo diventa possibile l'ipotesi, da più parti avanzata prima e dopo il voto del 23 giugno, di una revoca della richiesta di recesso, in considerazione del fatto che un nuovo voto (elettorale) potrebbe modificare il mandato (referendario) a lasciare la UE<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Per una prima analisi del voto, che ha avuto una distribuzione geografica e anagrafica molto differenziata. F. Savastano, *Brexit. Un'analisi del voto*, in *federalismi*, 2016, n. 13.

<sup>40</sup> La scelta avviene secondo le regole del Partito, che prevedono una procedura di almeno 2 mesi, nel corso dei quali i parlamentari individuano i candidati e gli iscritti votano il leader.

<sup>41</sup> Lo scioglimento anticipato della Camera elettiva e l'anticipazione dei comizi elettorali è contemplata in soli due casi: quando i 2/3 dei componenti dell'Assemblea approvino una mozione in tal senso [art. 2.1], oppure quando la Camera dei Comuni approvi una mozione di sfiducia nei confronti del Governo in carica che non sia seguita, entro 14 giorni, dalla formazione di un nuovo esecutivo (art. 3). F. Rosa, *Gli assetamenti del parlamentarismo maggioritario nel Regno Unito*, in *Quad. cost.* 2012, pp. 677 ss.

<sup>42</sup> V. Miller, *EU Referendum: the Process of Leaving the EU*, House of Common Library, Briefing Paper n. 7551, aprile 2016, p. 9. La proposta è contenuta in una lettera del ministro della sanità Jeremy Hunt, inviata al giornale *The Telegraph* il 28 giugno 2016.

A contrastare quest'ipotesi intervengono, oltre a ragioni di ordine costituzionale, le pressioni esercitate sul governo britannico dall'Unione europea. Quanto alle prime, è vero che il referendum non determina l'uscita del Regno Unito dall'Unione, perché si tratta di un voto consultivo, ma il governo ben difficilmente può ignorarlo. La mancanza di una Costituzione scritta, e di regole sulla revisione costituzionale, rendono incerto, o almeno, contestabile, il percorso post-referendario. Il richiamo al principio della sovranità del Parlamento (che consentirebbe a questo di ignorare l'esito del voto e di decidere l'an e il quando del recesso) non è risolutivo, perché il referendum è esso stesso espressione della sovranità (popolare)<sup>43</sup>.

Il Primo Ministro sarebbe quindi politicamente obbligato a chiedere l'attivazione dell'art. 50 del TUE, la disposizione che regola il recesso di uno Stato membro dall'Unione<sup>44</sup>. Dopo il voto vi è stato chi ha prospettato la necessità che il Premier riceva un'autorizzazione del Parlamento a presentare la richiesta di recesso<sup>45</sup>. Il potere estero nel Regno unito rientra nelle prerogative della Corona e viene esercitato dal governo, ma per quanto riguarda l'approvazione di Trattati europei il governo ha bisogno dell'autorizzazione del Parlamento e (in certi casi) di indire un referendum<sup>46</sup>. Tuttavia, poiché l'uscita del Regno Unito dall'Unione non è disciplinata dal *European Union Act 2011*, non è chiaro se questa scelta rientri nelle prerogative del governo, e se sia necessario il consenso del Parlamento.

---

<sup>43</sup> S. Douglas-Scott, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, cit.

<sup>44</sup> È stata prospettata la possibilità di determinare l'uscita del Regno Unito attraverso la modifica dei Trattati. Tuttavia si tratta di un percorso difficilmente praticabile. A. Renwick, *The Road to Brexit: 16 Things You Need to Know about What Will Happen If We Vote to Leave the EU*, in *U.K. Const. L. Blog* (22nd Jun 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>); N. Wright, O. Patel, *The Constitutional Consequences of Brexit: Whitehall and Westminster*, in Ucl Constitution Unit Briefing Paper, (available <https://www.ucl.ac.uk>), 21th April 2016. Anche la Camera dei Lords ha condotto uno studio sul processo di recesso. House of Lords, European Union Committee, *The Process of Withdrawing from European Union*, 11th Report of Session 2015-16. HL Paper 138. In questo senso anche V. Miller, *EU Referendum: the Process of Leaving the EU*, cit., p. 6 s.

<sup>45</sup> N. Barber, T. Hickman and J. King, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, cit.; T. T. Arvind, R. M. Kirkham and L. Stirton, *Article 50 and the European Union Act 2011: Why Parliamentary Consent is Still Necessary*, in *U.K. Const. L. Blog* (1st Jul 2016) (available at <http://ukconstitutionallaw.org>). Contesta questa necessità M. Elliot, *Brexit: On why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, 30 June 2016, (available at <https://publiclawforeveryone.com>).

V. Miller, *EU Referendum: the Process of Leaving the EU*, cit., p. 7.

<sup>46</sup> European Union Act 2011, section 2.

Il Parlamento dovrà comunque affrontare il problema una volta nominato il nuovo Primo Ministro e la questione europea potrebbe provocare, come avvenuto in passato per altri episodi di politica estera, uno spostamento negli equilibri di forza tra esecutivo e legislativo<sup>47</sup>.

L'art. 50 non prevede un termine per presentare la richiesta<sup>48</sup>, e il Premier ha già dichiarato che sarà il suo successore a farsene carico (anche se prima del voto Cameron si era espresso per l'immediata attivazione). Vi sono però ragioni politiche, e di tutela della stabilità economica, che hanno indotto l'Unione a chiedere con forza la presentazione della richiesta di recesso in tempi rapidi e a dichiarare non più applicabile l'accordo del 28/29 febbraio 2016<sup>49</sup>. Il Parlamento europeo, riunitosi il 28 giugno, ha chiesto al Premier di adottare i provvedimenti conseguenti al referendum, nel rispetto del voto. Tuttavia, la dottrina britannica ha contestato giustamente il fatto che la decisione sul recesso consegua al referendum, essendo questa una scelta che compete agli organi di governo del paese, secondo le proprie regole costituzionali<sup>50</sup>. Il Consiglio europeo, riunitosi il 29 giugno, ha avviato il dibattito sul futuro dell'Unione, prevedendo una nuova riunione per il 16 settembre, data entro la quale si attende la richiesta ufficiale del recesso da parte del governo britannico<sup>51</sup>. Pare evidente però che si tratti di una scelta che non può essere imposta, salvo ravvisare nel comportamento dello Stato la violazione del principio di leale collaborazione (art. 4.3 TUE)<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> Il riferimento è al voto sulla Siria. G. Phillipson, *'Historic' Commons' Syria vote: the constitutional significance (Part I)*, in *UK Const. L. Blog* (19th September 2013) (available at <http://ukconstitutionallaw.org>).

<sup>48</sup> In un documento pubblicato a febbraio 2016 il Parlamento europeo ha chiarito che non i sono condizioni temporali o di altro tipo per l'attivazione dell'art. 50. E.M. Poptcheva: *Article 50 TEU: Withdrawal of a Member State from the EU*, PE 577.971. Nel documento si specifica che lo Stato che recede dovrebbe adottare una nuova legislazione e che un completo distacco tra legislazione nazionale e legislazione europea è impossibile ove si continuino rapporti giuridici. Anche la Camera dei Lords ha condotto uno studio sul processo di recesso. Le conclusioni sono che l'unico percorso è quello dell'art. 50 TUE, House of Lords, European Union Committee, *The Process of Withdrawing from European Union*, cit.

<sup>49</sup> Dichiarazione congiunta di Martin Schulz, Presidente del Parlamento europeo, Donald Tusk, Presidente del Consiglio europeo, M. Rutte, presidente di turno del Consiglio dell'UE e Jean-Claude Juncker, Presidente della Commissione europea, consultabile in <http://europa.eu>.

<sup>50</sup> M. Elliot, *Brexit: On why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, cit.

<sup>51</sup> Remarks by President Donald Tusk after the informal meeting of 27 EU heads of state or government, in <http://www.consilium.europa.eu>.

<sup>52</sup> B. Caravita, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in *federalismi* 2016, n. 13.

Un fattore che agisce in senso opposto, come freno alla richiesta di recesso, è la questione territoriale. L'esito del referendum ha messo in evidenza la differente attitudine verso l'Europa di Inghilterra e Galles da una parte, Scozia e Irlanda del Nord, dall'altra. In Scozia i risultati elettorali del 2015 hanno segnato una netta vittoria dello *Scottish National Party*, che si è collocato al terzo posto per numero di seggi (ben 56) ed esprime una forza politica territoriale senza precedenti. Gli avvenimenti dell'ultima legislatura, nella quale si è tenuto un referendum per l'uscita dalla Scozia dal Regno Unito, hanno riportato al centro dell'attenzione la questione scozzese, conferendo alla politica di quel territorio un peso specifico rilevante<sup>53</sup>. L'uscita dal Regno Unito è stata evitata anche per l'impegno del Governo ad accordare maggiori poteri alle istituzioni scozzesi, puntualmente mantenuto con l'approvazione dello *Scotland Act 2016*.

La mediazione che ha condotto a questo risultato rischia di essere vanificata dopo la vittoria del *Leave*, poiché la Scozia, come l'Irlanda del Nord, vanta notevoli benefici dalle politiche europee di sviluppo e ha interesse a stare nell'Unione<sup>54</sup>. Nel corso dell'esame del *EU referendum bill* si era discusso della possibilità, poi esclusa, che per considerare valido il voto dovesse farsi riferimento alle consultazioni per territorio<sup>55</sup>. La leader del NSP aveva espresso la possibilità che la Scozia riconsiderasse il suo ruolo nel Regno Unito nel caso l'elettorato scozzese si fosse schierato largamente per il *Remain*. Ciò che è puntualmente accaduto, perché il 62% dei votanti ha preferito votare per la permanenza (55,8 in NI)<sup>56</sup>. Tuttavia, l'indizione del referendum sui rapporti tra Scozia e Unione europea non rientra nelle competenze delle autorità devolute<sup>57</sup>.

Dopo il voto Scozia e Irlanda del Nord hanno chiesto, attraverso i rispettivi governi, di essere coinvolte nelle trattative con l'Unione. Le richieste scozzesi e nordirlandesi hanno prima di tutto una finalità politica, mentre sul piano del diritto

---

<sup>53</sup> Per arginare il separatismo scozzese il governo di Londra ha dovuto impegnarsi a rivedere i rapporti con Edimburgo. C. Martinelli, *General Election 2015: un turning point per il Regno Unito*, cit.

<sup>54</sup> G. Caravale, "With them" o "of them": il dilemma di David Cameron, cit.; Murkens, 'A referendum on Britain's EU membership is a sure fire way to encourage the breakup of the UK', in *U.K. Const. L. Blog* (4th Mar 2015) (available at: <https://ukconstitutionallaw.org/>)

<sup>55</sup> G. Caravale, "One Nation, One United Kingdom". *Le elezioni del 7 maggio 2015 e le sfide della nuova legislatura*, cit.

<sup>56</sup> In Inghilterra ha votato per il *Leave* il 53,4 e in Galles il 52,5.

<sup>57</sup> P. Reid, *Brexit: Some Thoughts on Scotland*, in *U.K. Const. L. Blog* (2nd Jul 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>).

costituzionale la materia dei rapporti internazionali è una area riservata alla competenza di Westminster.

D'altra parte, gli atti devolutivi riconoscono un ruolo alle assemblee dei territori nell'armonizzazione del diritto interno a quello europeo, stabilendo che gli *Acts* che non sono in armonia con il diritto della UE non sono validi (Section 29 *Scotland Act 2016*). Le assemblee dei territori dovranno dunque intervenire per adeguare la loro legislazione al nuovo contesto ordinamentale, e non è scontato che ciò avvenga in modo omogeneo<sup>58</sup>.

Infatti, benché il Parlamento possa legiferare per modificare il diritto britannico, secondo la *Sewel Convention* quando interviene su una materia devoluta esso deve avere normalmente il consenso dell'assemblea interessata<sup>59</sup>. Questa convenzione è stata di recente inserita nello *Scotland Act 2016 (section 28)*. La convenzione (ma non lo *Scotland Act*) prevede che detto consenso si necessario anche per modificare le competenze devolute sia legislative che esecutive. La questione del consenso e il suo peso nel negoziato saranno tutti da definire, potendosi immaginare più che un costo giuridico un costo politico in caso di mancato coinvolgimento delle assemblee (rappresentato dal referendum d'indipendenza)<sup>60</sup>.

Quel che è certo è che la trattativa con l'Unione europea impegnerà il Parlamento e il Governo nei prossimi anni, con costi politici e amministrativi rilevanti. Alcuni commentatori hanno prospettato la necessità di istituire un apposito ministero, e una *task force* dedicata. È parso immediatamente evidente che

---

<sup>58</sup> The Scottish Parliament, *EU reform and the EU referendum: implications for Scotland*, Published 19th March 2016 SP Paper 978 2nd Report, 2016 (Session 4). Una delle possibili conseguenze della *Brexit* sarà la differenziazione, ovvero la possibilità che i territori rivendichino diversi trattamenti in rapporti alle specifiche politiche. Un'altra, più difficile da concretizzare ma non sconosciuta alla storia della UE, potrebbe consentire una differenziazione di rapporti tra UE e Territori. Come avvenuto per la Groenlandia, e come avviene per Danimarca e Norvegia, che pur essendo una dentro e l'altra fuori dalla UE non hanno confine interno.

<sup>59</sup> R. Hazall, A. Renwick, *Brexit: Its consequences for Devolution and the Union*, in Ucl Constitution Unit Briefing Paper, (available at [www.ucl.ac.uk](http://www.ucl.ac.uk)), 19th May 2016. Gli autori fanno notare come nel negoziato che ha preceduto il referendum le *devolveds* sono state marginalizzate. Vi sono precedenti di rifiuto del *consent*, ad es. il *Welfare Reform Bill 2011*.

<sup>60</sup> S. Douglas Scott, *Removing references to EU law from the devolution legislation would require the consent of the devolved assemblies*, (13th June 2016) available at <https://constitution-unit.com>. Questa convenzione non è stata codificata per Galles e Irlanda del Nord.

la scelta a favore del *Leave* richiede vengano risolti problemi giuridici molto complessi, come quelli dei diritti e dei futuri rapporti con la UE<sup>61</sup>.

Sul tema dei diritti il Manifesto del partito conservatore aveva espresso la necessità di tutelare la sovranità del Parlamento e della legislazione nazionale da un'eccessiva ingerenza del diritto europeo<sup>62</sup>. A tal fine si prospettava la possibilità di riformare l'*Human Rights Act* del 1998, con tutte le conseguenze che ciò comporta per l'applicazione e l'interpretazione del diritto<sup>63</sup>. Le soluzioni individuate dalla dottrina sono diverse, ma tutte implicano un notevole impegno legislativo per i prossimi anni<sup>64</sup>. I maggiori problemi riguardano la tutela dei diritti dei cittadini europei che perderebbero uno status già acquisito<sup>65</sup>.

Gli assetamenti della forma di governo e della forma di Stato dovuti alla *Brexit* non sono facilmente prevedibili e richiederanno comunque molto tempo. I numerosi quesiti suscitati dal voto riguardo gli obblighi e le prerogative degli organi costituzionali, i rapporti tra sovranità parlamentare e popolare, il modo in cui è regolato il pluralismo territoriale, sollecitano una riflessione di più ampia portata sull'adeguatezza della costituzione non scritta a regolare una società complessa,

---

<sup>61</sup> K. Boyle and L. Cochrane, *Rights Derived from EU law: Informing the Referendum Process*, in U.K. Const. L. Blog (13th Apr 2016).

<sup>62</sup> Si dice con molta nettezza che si procederà a "rottamare" (*scrap*) lo Human Rights Act voluto nel 1998 dai Laburisti, per sostituirlo con un *British Bill of Rights*. The Conservative Party Manifesto 2015, *Strong Leadership. A clear Economic Plan. A Brighter, more secure future*, cit. C. Martinelli, *General Election 2015: un turning point per il Regno Unito*, cit.

<sup>63</sup> S. Gianello, *La vittoria di conservatori e le possibili conseguenze costituzionali in caso di repeal dello Human Rights Act*, in *forumcostituzionale* (giugno 2015) A. Horne and V. Miller, *A British Bill of Rights?*, HC Library, Briefing Paper n.7193, 19 May 2015, pp. 1-24. Un intenso dibattito sul tema si è svolto sul blog della constitutional association. S. Douglas-Scott, *What Happens to 'Acquired Rights' in the Event of a Brexit?*, in U.K. Const. L. Blog (16th May 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>)

<sup>64</sup> M. Howe, *Zero Plus: The Principles of EU Renegotiation*, Policy Series n. 2/2014, in [www.politeia.co.uk](http://www.politeia.co.uk) ha proposto di semplificare l'attività legislativa conseguente alla *Brexit* facendo ricorso alla clausola Henry VIII che consente ad una legge di stabilire che il governo possa sostituire la legislazione primaria esistente con atti secondari. Soluzione contestata da S. Douglas-Scott: *Constitutional Implications of a UK Exit from the EU: Some Questions That Really Must Be Asked*, in U.K. Const. L. Blog (17th Apr 2015), perchè rappresenterebbe una lesione della sovranità parlamentare e dei diritti fondamentali. Secondo P. Swidlicki, *Would Brexit lead to "up to a decade or more of uncertainty"?* in <http://openeurope.org.uk> (29 febbraio 2016) la trattativa richiederà almeno un decennio.

<sup>65</sup> L'art. 50 non dice nulla, ne lo fanno le fonti secondarie, sullo status del paese recedente in questo lasso di tempo. House of Lords, European Union Committee, *The Process of Withdrawing from European Union*, cit. Nel caso della Groenlandia, il protocollo ha previsto una clausola di salvaguardia transitoria per i diritti acquisiti. M.L. Öberg, *From EU Citizens to Third Country Nationals: The Legacy of Polydor*, in *European Public Law* 2016, 22, pp. 97 ss.

caratterizzata da una crescente polarizzazione politica e territoriale. Nell'immediato futuro il Regno Unito dovrà confrontarsi con il pluralismo interno da un lato, e con istituzioni e regole europee dall'altro.

La mancanza di una disciplina sull'adattamento costituzionale ai cambiamenti causati dall'integrazione europea rischia di provocare una crisi di stabilità senza precedenti. In questa situazione, inedita per il Regno Unito, il referendum è riuscito a contendere alla rappresentanza parlamentare, fondata sui partiti, il compito di rappresentare gli interessi e l'identità del popolo britannico. I partiti e le istituzioni parlamentari devono ora trarre le conseguenze dal voto, espresso da quei cittadini che solo un anno prima avevano legittimamente indicato il partito e il leader per il governo. Tuttavia, il sistema parlamentare britannico ha un meccanismo per assicurare la responsabilità del governo e la rispondenza dei governanti nei confronti dei governati, che consiste in definitiva nel ritorno al voto.

## 5. – Gli effetti del voto sul processo di integrazione europea

Il referendum sulla *Brexit* pone tre questioni fondamentali all'Unione: governare il processo di separazione, definire i nuovi equilibri interni alle istituzioni europee, regolare per il futuro le relazioni con il Regno Unito<sup>66</sup>.

Il referendum del 23 giugno potrebbe causare per la prima volta l'attivazione dell'art. 50 TUE e determinare l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea. Per avviare il recesso è necessario che lo Stato interessato presenti la richiesta al Consiglio europeo, che darà inizio un periodo di trattative, della durata di 2 anni, per definire i termini dell'accordo<sup>67</sup>. Termine che appare troppo breve e che suggerisce la necessità di una proroga delle trattative, nell'interesse dei cittadini europei e

---

<sup>66</sup> T. Oliver, *Europe without Britain. Assessing the Impact on the European Union of a British Withdrawal*, SWP Research Paper 7, September 2013, available in [www.swp-berlin.org](http://www.swp-berlin.org)

<sup>67</sup> Il paese dell'UE che decide di recedere, deve notificare tale intenzione al Consiglio europeo, il quale presenta i suoi orientamenti (*guidelines*) per la conclusione di un accordo volto a definire le modalità del recesso di tale paese. Il Consiglio delibera a maggioranza qualificata previa approvazione del Parlamento europeo. I Trattati cessano di essere applicabili al paese interessato a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o due anni dopo la notifica del recesso. Il Consiglio può decidere di prolungare tale termine, ma deve deliberare all'unanimità. La decisione del Consiglio può essere impugnata davanti alla Corte di Giustizia e non è escluso che ad essa possano porsi questioni relative alla compatibilità dell'accordo con il diritto della UE.

britannici<sup>68</sup>. Il Consiglio delibera senza il rappresentante dello Stato membro che intende recedere. Non è escluso che alcuni Stati membri possano votare contro l'accordo, impedendo l'approvazione, e lasciando che il recesso avvenga senza che i rapporti vengano definiti<sup>69</sup>.

Tempi e contenuti dell'accordo sono tutti da stabilire, ma nella fase di transizione rimangono immutati gli obblighi del Regno Unito e la possibilità di applicare il diritto dell'Unione<sup>70</sup>. Lo Stato che recede è tendenzialmente svantaggiato, sia per l'assenza al tavolo delle decisioni, sia perché la decisione che definisce gli accordi di recesso viene presa a maggioranza qualificata<sup>71</sup>. Inoltre, milita contro la posizione del Regno Unito il termine di due anni, prorogabile ma comunque breve per consentire di concludere i numerosi e complessi accordi, che riguardano il recesso<sup>72</sup>.

Quello del Regno Unito non sarebbe il primo caso di abbandono dell'Unione, perché la Groenlandia costituisce un interessante precedente. Tuttavia a rigore non si trattò di recesso, perché la Danimarca, di cui la Groenlandia fa parte, era e rimane uno Stato membro. Quando nel 1985 un referendum attestò la volontà degli abitanti di quel territorio di uscire dalla UE, si iniziò una trattativa per modificare lo status

---

<sup>68</sup> La tipologia e l'entità dei temi da trattare è tanto complessa da far ritenere che due anni siano un termine utile a definire solo alcuni aspetti, quali ad esempio l'uscita del personale britannico dalle istituzioni e organismi UE, la reciproca tutela sanitaria tra cittadini UK e cittadini UE, e così via). Dopo che viene conclusa la negoziazione potrebbero essere necessarie modifiche dei Trattati, ma in quel caso si segue la procedura dell'art. 48 che richiede il voto di tutti i membri. House of Lords, European Union Committee, *The Process of Withdrawing from European Union*, cit.

<sup>69</sup> Questa ed altre questioni restano aperte a diverse interpretazioni. Ad esempio, è interessante rilevare che, mentre lo Stato che recede non vota per l'accordo nel Consiglio, (che delibera a maggioranza qualificata) è discusso se i parlamentari possono votare per il Parlamento, in quanto rappresentanti di tutti i cittadini dell'Unione e non dello Stato. È altrettanto discutibile la possibilità di revoca della notifica di recesso da parte dello Stato richiedente. C M Rieder, *The withdrawal clause of the Lisbon Treaty in the light of EU citizenship: between disintegration and integration*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, Vol. 147, pp. 147 ss.; House of Lords, European Union Committee, *The Process of Withdrawing from European Union*, cit.; V. Miller, *EU Referendum: the Process of Leaving the EU*, cit.

<sup>70</sup> Le trattative dovranno riguardare sia la parte economica, ovvero gli accordi commerciali, sia quella dei diritti dei cittadini britannici che si spostano nell'Unione e dei cittadini europei che si recano nel Regno Unito.

<sup>71</sup> A. Gostyńska-Jakubowska, *The Seven Blunders: Why Brexit Would Be Harder Than Brexiters Think*, in A. Rennick, *What happens if we vote for Brexit?* in Ucl Constitution Unit Briefing Paper, (available at [www.ucl.ac.uk](http://www.ucl.ac.uk)).

<sup>72</sup> S. Peers, *Article 50 TEU: The uses and abuses of the process of withdrawing from the EU*, in [eulawanalysis.blogspot.it](http://eulawanalysis.blogspot.it) (8 dicembre 2014).

della Groenlandia. Si trattò di una modifica dei Trattati, che richiede l'approvazione di tutti gli Stati membri.

Difficile immaginare che possa estendersi questa soluzione alla Scozia. La questione è stata esaminata dalla dottrina, ma non sembra possa aversi un recesso parziale per contenuti o per territorio, anche se non si può escludere alcuna forma di flessibilità nell'applicazione dell'art. 50.

Venendo alle istituzioni europee, è significativo che il referendum, e non il probabile recesso, abbiano avuto immediate conseguenze sulla composizione degli organi, sulla successione delle presidenze di turno, sulla attività di tutte le istituzioni. Il Commissario alla stabilità, l'inglese Hill, si è dimesso all'indomani del voto. Il Consiglio del 28 giugno si è tenuto senza la partecipazione del Regno Unito. Questi effetti non sono previsti dai Trattati, che assicurano continuità alle relazioni della Ue con il paese recedente fino al termine dei due anni o al raggiungimento dell'accordo di recesso.

Vi sono molte perplessità sulla opportunità politica che i componenti britannici delle istituzioni della UE rimangano al loro posto<sup>73</sup>. Una delle questioni organizzative immediate (e non previste) sarà, invece, la presidenza di turno del Regno Unito, in calendario per il 2017. Nei giorni successivi al referendum, nella diplomazia europea si è fatta strada l'ipotesi di una rinuncia, o in alternativa di un meccanismo di sostituzione<sup>74</sup>.

Infine i rapporti tra Unione europea e Regno Unito. Il referendum ha fatto venir meno l'efficacia dell'accordo concluso tra Regno Unito e Unione europea in materia di Competitività, Benefici sociali, Sovranità e *Governance* economica<sup>75</sup>. Questo accordo era stato sottoscritto, come detto, per disinnescare gli effetti negativi del referendum sul processo d'integrazione, secondo una prassi ben nota

---

<sup>73</sup> C. Curti Gialdino, *Oltre la Brexit. Brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *Federalismi*, 2016, n. 13.

<sup>74</sup> L'*European Committee della House of Lords* ha considerato inopportuno continuare ad occupare ruoli una volta deciso l'abbandono. House of Lords, European Union Committee, *The Process of Withdrawing from European Union*, cit.

<sup>75</sup> Per un commento dei contenuti dell'accordo C. Curti Gialdino, *'To be or not to be together...! Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nell'UE: una prospettiva ragionevole per l'integrazione europea?* in *Federalismi.it* 2016, n. 3.

alle istituzioni dell'Unione<sup>76</sup>. Rimangono validi, fino a nuovi accordi, le regole contenute nei Trattati e nei protocolli esistenti.

Una questione, molto discussa nel Regno Unito, è quella del modello di relazioni da adottare per regolare i rapporti tra il Regno Unito e l'Unione europea. Il futuro delle relazioni tra le due Unioni dipenderà da come si sviluppa la situazione politica e istituzionale all'interno del Regno Unito e dalle conseguenze che il voto del 23 giugno avrà sull'organizzazione e la politica dell'Unione europea.

Gli effetti del voto hanno mostrato, già all'indomani dello spoglio, una complessità ben maggiore di quella posta dall'alternativa *Leave/Remain*. Come aveva avvertito la dottrina britannica, la decisione sui rapporti tra Regno Unito e Unione europea non può essere una, ma molte, in relazione ai numerosi profili dell'integrazione<sup>77</sup>. Si profila la possibilità che il Regno Unito una nuova differenziazione esterna, ovvero la possibilità di partecipare come Stato non appartenente alla UE ad alcuni accordi<sup>78</sup>. D'altra parte, l'Unione europea ha espresso negli ultimi anni una varietà di modelli di integrazione, che hanno dato risposta all'esigenza della differenziazione di trattamento che molti Stati membri richiedevano. La flessibilità è stata la risposta data a queste esigenze, che ha permesso, proprio in considerazione di momenti drammatici come quelli referendari, di evitare soluzioni divisive<sup>79</sup>. Il Regno Unito ha beneficiato largamente di queste possibilità, almeno fino al momento in cui il suo governo ha deciso di

---

<sup>76</sup> Per contrastare il pericolo referendario l'Unione ha spesso fatto ricorso alle rassicurazioni, sotto forma di dichiarazioni ufficiali rese dal Consiglio, per garantire gli Stati rispetto a una questione ritenuta fondamentale per i suoi cittadini e quindi in grado di determinare l'esito del voto. Rientrano in questa strategia anche l'adozione di accordi che consentono di soddisfare le richieste di un singolo Stato sulle questioni più controverse. D.E. Tosi, *Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea*, cit., p. 1602. P. Eleftheriadis, *The Proposed New Legal Settlement of the UK with the EU*, in *U.K. Const. L. Blog* (13th Feb 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org>).

<sup>77</sup> N. Walker, *The Brexit Vote: The Wrong Question for Britain and Europe*, in *U.K. Const. L. Blog* (21st Jun 2016) (available at <https://ukconstitutionallaw.org>).

<sup>78</sup> All'indomani del voto la Germania ha proposto di considerare il Regno Unito un paese associato alla UE.

<sup>79</sup> Come ricorda Walker il referendum dovrebbe facilitare la decisione, ma nel caso della Brexit l'esito del voto è stato quello di inaugurare un periodo di incertezza «the referendum will not mark the closure of the story of the legal and political relationship of the UK to the EU, but a new opening». N. Walker: *In, Out or In-Between? Rebooting Britain-in-Europe after the 'Brexit' Referendum*, cit.; C. Burke, O.I. Hannesson, K. Bangsund, *Life on the Edge: EFTA and the EEA as a Future for the UK in Europe*, in *European Public Law* 22, no. 1 (2016): 69–9. June 06 2016

affidare alla negoziazione avviata unilateralmente e alla procedura in/out il futuro del paese in Europa.

Lo shock causato dal voto, sui mercati e sulle istituzioni europee, sembra favorire un cambiamento che va oltre la rivisitazione delle relazioni con un ex Stato membro. Il referendum britannico ha messo a nudo, ancora una volta, le difficoltà in cui versa il processo d'integrazione, i limiti economici, sociali e politici del progetto attuale rispetto agli enormi problemi che l'Europa deve affrontare.

La vittoria del *Leave* riporta sulla scena anche i problemi più strettamente giuridici dell'integrazione. L'Europa da anni sta cercando di adattare le proprie regole sulla distribuzione dei poteri ai cambiamenti in atto nella società e nell'economia. Il problema dell'adattamento al cambiamento nei momenti di crisi è ben noto ai sistemi federali. Nel *federalising process* europeo le tensioni centrifughe e i conflitti tra livelli di governo sono state affrontate con una notevole flessibilità nell'uso delle fonti e con la continua negoziazione dei poteri tra Stati e UE<sup>80</sup>.

Tuttavia, la modifica dei Trattati, le procedure di allargamento, sono ancora estremamente rigide, perché richiedono il voto di tutti gli Stati, con procedure molto diverse da Stato a Stato. In questi processi nazionali può trovare spazio, e di fatto ciò accade sempre più spesso a prescindere da una specifica previsione costituzionale, il referendum. Anche la procedura di recesso, pur non richiedendo l'unanimità (necessaria solo per la proroga dei due anni di trattativa), coinvolgerà gli Stati, solleciterà un'espressione di volontà nazionale che potrà prevedere l'utilizzo del referendum.

In questi casi, il voto di una minoranza di elettori è destinata a condizionare il percorso dell'integrazione<sup>81</sup>. Non vi è dubbio infatti che il referendum produca i

---

<sup>80</sup> Come noto nel corso degli ultimi anni, accanto a misure di assistenza e di contrasto alla crisi adottate nell'ambito dei Trattati, sono state introdotte misure eccezionali, non previste dai Trattati. Inoltre, per adeguare la struttura istituzionale alle esigenze dell'Unione, si è fatto luogo alla modifica dei Trattati e del diritto derivato, che hanno disegnato un nuovo governo della finanza pubblica europea. Chiti, P.G. Teixeira, *The constitutional implications of the european responses to the financial and public debt crisis*, in *Com. Market Law Rev.* 2013, pp. 683 ss.

<sup>81</sup> Benché si parli comunemente di un referendum sull'Europa, il voto del 23 giugno non è a rigore un voto europeo. Il diritto dell'Unione europea non disciplina il referendum. I Trattati non lo includono tra le forme di democrazia dell'UE, neppure nella versione più recente di Lisbona, dove altre forme di partecipazione democratica, come petizione e iniziativa, sono state ammesse. C. Pinelli, *Rappresentanza e democrazia nel Trattato costituzionale e nella recente esperienza dell'Unione*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 110 ss. P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia*

suoi effetti oltre che sul diritto dello Stato nel quale si tiene la consultazione, sul processo di integrazione europea. La dottrina ha definito questi effetti “extraterritoriali”<sup>82</sup>, a significare che il voto di una minoranza di cittadini europei può vanificare e annullare la decisione assunta dalle istituzioni in rappresentanza della maggioranza dei cittadini europei. Solitamente i referendum extraterritoriali servono ad impedire l’adesione di uno Stato o la ratifica di un Trattato; in questo caso potrebbero determinare il venir meno di uno Stato membro.

Difficile prevedere quale sarà il ruolo del referendum nel processo d’integrazione. I critici della decisione referendaria troveranno nella consultazione sulla *Brexit* argomenti a favore di una chiara dimostrazione della sindrome delle *élites*, ovvero della capacità dei *leaders* di manipolare il voto; della deriva demagogica e populista, del pericolo della pseudosemplicificazione, che rende impossibile ai cittadini essere consapevoli delle conseguenze di un voto su temi tanto complessi<sup>83</sup>. A questo proposito l’apporto dei costituzionalisti al dibattito referendario ha permesso di far emergere come essenziale per una decisione democratica la legittimità del processo referendario, e dunque delle fasi preparatorie, che dovrebbero avere come obiettivo quello di superare i limiti del referendum<sup>84</sup>.

Statisticamente, lo strumento referendario si è rivelato più favorevole che contrario alla integrazione/adesione alla UE<sup>85</sup>. Un’indagine condotta sui referendum aventi ad oggetto la ratifica dei Trattati ha considerato che la ragione per cui un governo o una élite decide di indire il referendum europeo in questo termini è

---

*rappresentativa e democrazia partecipativa*, in P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 325 ss; M. Mezzanotte, *La democrazia diretta nei Trattati dell’Unione europea*, Padova, Cedam, 2015.

<sup>82</sup> F. Mendez, M. Mendez, V. Triga, *Referendums and the European Union*, cit., pp. 111 ss.

<sup>83</sup> Per il dibattito nel Regno Unito e l’emergere dei tradizionali argomenti antireferendari si veda J. McCormick, *Voting on Europe: The Potential Pitfalls of a British Referendum*, in *The Political Quarterly*, Vol. 85, No. 2, April–June 2014, 212 ss. T. Oliver, 79 ss. Stephen Tierney, *Constitutional referendums: the theory and practice of republican deliberation* (Oxford: Oxford University Press, 2014); House of Lords, *Referendums in the United Kingdom*, HL Paper 99.

<sup>84</sup> I principi che dovrebbero governare il processo referendario sono popular participation (in which the informed citizen is able to make an informed decision); public reasoning (whereby the electorate is able to participate meaningfully in a deliberative process); inclusion and parity of esteem (whereby the referendum process is inclusive and minorities are given an opportunity to participate fully), and consent in collective decision making (whereby the process has been fair and inclusive, allowing for all participants to accept the outcome as a legitimate exercise of collective decision making).

<sup>85</sup> M. Qvortrup, *Referendums on Membership and European Integration 1972–2015*, in *The Political Quarterly*, Vol. 87, No. 1, January–March 2016

riconducibile a tre cause: la pressione politica che scaturisce dalle elezioni vicine, l'obbligo costituzionale, la volontà di evitare un veto da parte di altri soggetti politici o istituzionali<sup>86</sup>.

Il problema è dunque quello dell'interazione tra processi costituzionali europei e nazionali. Il referendum si è trovato per la seconda volta (dopo il voto francese e olandese del 2005) al crocevia del processo di integrazione e ha esercitato la sua forza in corrispondenza di una debolezza crescente della rappresentanza, nazionale ed europea<sup>87</sup>.

Il ripiegamento nazionale, che molti Stati sembrano voler percorrere, è una risposta debole ai problemi dell'Europa, certamente insufficiente a dare risposta alla crisi economica e all'immigrazione, che tanta parte hanno avuto nelle scelte di voto dei cittadini britannici. Appare sempre più evidente l'incapacità della rappresentanza nazionale (persino nella gloriosa Inghilterra) a compiere una sintesi degli interessi diversi, quelli più tradizionali legati all'appartenenza politica, e quelli espressione di nuove divisioni<sup>88</sup>.

Quanto alla rappresentanza europea, essa è priva di un apparato politico e di partiti in grado di esprimere gli interessi generali e l'identità politica del popolo europeo<sup>89</sup>. Perciò il referendum trova spazio, proponendosi come strumento di legittimazione (o delegittimazione) delle decisioni, e pur avendo una dimensione nazionale, può servire ad esprimere la distanza tra le aspettative dei cittadini e le decisioni delle istituzioni europee.

Per colmare questa distanza occorre integrare e armonizzare i processi decisionali dell'Unione con quelli nazionali, trovare un nuovo equilibrio tra metodo comunitario e intergovernativo. Se l'Unione riuscirà a raggiungere un buon compromesso sarà in grado di offrire una risposta molto più efficace di quella data dagli Stati alle grandi questioni dell'identità nazionale, dell'immigrazione e della crisi

---

<sup>86</sup> C. Prosser, *Calling European Union Treaty Referendums: Electoral and Institutional Politics*, in *Political Studies*, 2014.

<sup>87</sup> G.G. Carboni, *Referendum e rappresentanza nell'Unione europea*, in *Percorsi costituzionali*, 2015, 3, 452 ss.

<sup>88</sup> Se è vero che i referendum europei sono condizionati dalla vicenda politica nazionale, per cui gli elettori voterebbero sulle questioni europee seguendo motivazioni e appartenenza nazionale (il c.d. *second order vote*), è innegabile che la crisi e i suoi effetti sulle economie e le politiche nazionali hanno in parte invertito il rapporto, e l'Europa è divenuta essa stessa *cleavage* per la competizione nazionale. G. Majone, *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*, UCL working paper, 3/2012.

<sup>89</sup> G. Duso, *Parti o partiti? Sul partito politico nella democrazia rappresentativa*, in *Filosofia politica*, 2015, 1, p. 35.

economica, del welfare e della sicurezza<sup>90</sup>. In caso contrario le tensioni referendarie sono destinate a riproporsi sulla scena europea, e la questione del referendum a divenire centrale sul futuro dell'Unione.

---

<sup>90</sup> B. Caravita, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, cit. Per quanto vi sia già chi ha espresso dubbi sul fatto che l'uscita del Regno Unito dall'Europa avverrà seguendo le regole europee. L.F.M. Besselink, *Beyond Notification: How to Leave the Union without Using Article 50 TEU*, in *U.K. Const. L. Blog* (30th Jun 2016) (available at: <http://ukconstitutionallaw.org>).



ISSN 2037-6677

2016/2

**La Corte costituzionale turca verso l' *apaisement* della  
*laïcité (laiklik)*?**

**The Constitutional Court of Turkey towards the  
*apaisement* of the *laïcité (laiklik)*?**

F. Fede e S. Testa Bappenheim

## Abstract

The paper focuses on the relation between religious and civil marriage. In particular, the Authors examine the Turkish Constitutional Court judgment that has legalized the right to be religiously married without obtaining a civil marriage. It further assesses the abovementioned relation in Germany and Austria.

Tag : civil marriage, religious marriage, Turkey, Germany, Austria



## La Corte costituzionale turca verso l'*apaisement* della *laïcité* (*laiklik*)?

di F. Fede e S. Testa Bappenheim

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 1.1. – La forma di Stato turca. 1.2. – La *ratio* del divieto eliminato. 1.3. – Gli altri Paesi che hanno parimenti eliminato analogo divieto. 2. – La sentenza del 1999 della Corte costituzionale. 3. – I pronunciamenti della Corte Europea per i Diritti dell’Uomo. 3.1. – La sentenza della Seconda Sezione. 3.2. – La sentenza della *Grande Chambre*. 4. – La sentenza del 2015 della Corte Costituzionale turca. 4.1. – La prima *dissenting opinion*. 4.2. – La seconda *dissenting opinion*. 5. – Conclusioni.

### 1. – Introduzione

La Corte costituzionale turca (*T.C. Anayasa Mahkemesi*), con sentenza del 27 maggio 2015<sup>1</sup>, ha dichiarato incostituzionali i commi 5 e 6 dell’art. 230<sup>2</sup> del Codice penale, che proibivano la celebrazione di un matrimonio religioso senza che fosse stato prima celebrato quello civile.

---

<sup>1</sup> Sentenza n. E/2014-36, K/2015-51.

<sup>2</sup> NOTA BENE: questa sentenza della Corte costituzionale si basa sulla numerazione del nuovo Codice penale, legge 5237, del 26.11.2004, mentre la sentenza del 1999, di cui si parla nel paragrafo II, fa riferimento alla numerazione del previgente Codice penale.

Così dettavano letteralmente le disposizioni di legge annullate: «(5) Le coppie che si sposano con un matrimonio religioso senza aver prima celebrato un matrimonio civile sono passibili di reclusione da due a sei mesi. Il processo e la condanna tuttavia si estinguono con ogni loro conseguenza se viene celebrato il matrimonio civile».

«(6) Chiunque abbia celebrato un matrimonio religioso senza aver prima visto il certificato di matrimonio civile è punito con la reclusione da due a sei mesi»<sup>3</sup>.

Questa sentenza appare particolarmente interessante, perché costituisce indubbiamente un *revirement* rispetto alla precedente e costante difesa di questo divieto, in nome della laicità<sup>4</sup>, da parte della giurisprudenza turca, sia di quella non costituzionale<sup>5</sup>, sia, soprattutto, di quella costituzionale. La *T.C. Anayasa Mahkemesi*, infatti, aveva già affrontato la medesima problematica solo una decina d'anni or

<sup>3</sup> «5) Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptırınlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medenî nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. 6) Evlenme aktinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir».

<sup>4</sup> Per una visione teorica generale, v. S. Testa Bappenheim, *Fenotipi della laicità costituzionale in Turchia (Türkiye Cumhuriyeti)*, in *Diritto e Religioni*, 2007, 151 ss. V. anche, per la dottrina specificamente italiana, E. Baracani, *Unione europea e democrazia in Turchia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008; A. Bertola, *Il regime dei culti in Turchia*, Torino, SEI, 1927; E. Boria – S. Leonardi – C. Palagiano, *La Turchia nello spazio euromediterraneo*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2014; H. Borzaslan, *La Turchia contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2006; R. Bottoni, *Il principio di laicità in Turchia*, Milano, Vita e pensiero, 2012; M. Carducci, *La Costituzione turca al tramonto del kemalismo*, in *Quad. cost.*, 4, 2007, 863 ss.; V. Fiorani Piacentini, *Turchia e Mediterraneo allargato. Democrazia e democrazie*, Milano, Franco Angeli, 2005; S.P. Huntington, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1995; I.Ö. Kaboğlu, *Le riforme costituzionali in Turchia*, tr. it. in *DPCE*, 2006, 20 ss.; M.G. Losano, *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, Milano, Unicopli, 2007; T. Marfori, *La Costituzione della Repubblica turca*, Firenze, Sansoni, 1947; M. Mistò, *Turchia: approvate numerose modifiche costituzionali volte a rafforzare la tutela dei diritti fondamentali e lo stato di diritto*, in *DPCE*, 3, 2004, 1303 ss.; I. Nicotra, *Turchia, partito islamico e laicità dello Stato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); L. Nocera, *La Turchia contemporanea: dalla repubblica kemalista al governo dell'AKP*, Roma, Carocci, 2011; H. Özay, *Sintesi storica dell'evoluzione costituzionale della Turchia. La democrazia di crisi*, in *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 45, 1093, 83 ss.; A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2003, 887 ss.; F. Piazza – V.R. Scotti, *La Turchia: un processo costituzionale continuo*, in C. Decaro Bonella (cur.), *Itinerari costituzionali a confronto, Turchia, Libia, Afghanistan*, Roma, 2002, Carocci, 27 ss.; C. Sbailò, *La riesplorazione del principio ordinatore islamico*, in *DPCE*, 3, 2012, 801 ss.; S. Semplici, *Dopo il Califfo. La Turchia, il modello francese e il ritorno 'in pubblico' della religione*, in *Parolechiave*, XXXIII, 2005, 191 ss.

<sup>5</sup> Corte di Cassazione, Xa sezione, sentenza n. E/1990-4010, K/1990-6972, dell'11-11-1990; Corte di Cassazione, IVa sezione, sentenza n. E/2000-3127, K/2000-4891, del 6-6-2000; Corte di Cassazione, XXIa sezione, sentenza n. E/2007-289, K/2007-8718 del 28-5-2007; Consiglio di Stato, Assemblea Generale delle Camere Riunite (*Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu*), sentenza n. E/1995-79, K/1997-479 del 17-10-1997.

sono<sup>6</sup>, giudicando in quel caso pienamente costituzionale il divieto di matrimonio religioso prima di quello civile, divieto poi “validato” anche dalla Corte EDU.

Come interpretare, oggi, questo *revirement*? Rappresenta esso un mutamento “*nel*”, oppure “*del*” sistema costituzionale turco?

Per cercare di rispondere a questo interrogativo, dunque, esamineremo dapprima la sentenza del '99 della *T.C. Anayasa Mahkemesi*, poi due sentenze della Corte EDU ed infine la recente sentenza della Corte costituzionale contenente, appunto, il *revirement* in questione.

Preliminarmente, però, s'impongono tre premesse.

### 1.1. – La forma di Stato turca

All'epoca dell'Impero Ottomano non v'era uno Stato turco, ma musulmano. La successiva introduzione e diffusione del concetto di «nazione» portò poi, invece, alla creazione dello Stato-nazione turco.

La vittoria dei nazionalisti turchi nella guerra d'indipendenza aveva visto, infatti, l'abolizione del Sultanato (novembre 1922), la firma del Trattato di Losanna (luglio 1923), la proclamazione della Repubblica (29 ottobre 1923), la soppressione del Califfato (3 marzo 1924), nonché, parallelamente, l'elezione di Mustafà Kemal a Presidente della Repubblica.

Coronamento e conseguenza di queste profonde metamorfosi fu l'approvazione della nuova Costituzione, adottata il 20 aprile 1924, basata sulle idee di laicità di Atatürk, per il quale «v'è chi afferma che l'unità religiosa sia il fondamento d'una nazione. Ma noi vediamo nello Stato turco da noi fondato esattamente il contrario»<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> V. T. Akuntürk – D. Ateç Karaman, *Türk Medeni Hukuku. İkinci Cilt. Aile Hukuku. Yenilenmiş. Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış*, Istanbul, Beta, 2012, II, 97 ss.; B. Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, 124 ss. e 320 ss.; A. Zevkliler – B. Acabey – E. Gökyayla, *Medeni Hukuk. Giriş, Başlangıç Hüükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, Ankara, Seçkin, 1999, 807 ss.; H. Hatemi – R. Serozan, *Aile Hukuku*, Istanbul, Vedat Kitapçılık, 1993, 78 ss.; A. Zevkliler, *Die neuen Formvorschriften im türkischen Eheschließungsrecht*, in *SA*, 1987, 4, 99 ss.

<sup>7</sup> A. Afetinan, *Über die Zivilisation; handschriftliche Abfassungen von Mustafa Kemal Atatürk*, Ankara, THS, 1988, 21.

Lo sviluppo della laicità turca fu graduale e costante<sup>8</sup>, dispiegandosi nell'arco d'un decennio. Uno degli obiettivi del processo di creazione dello Stato turco in un quadro repubblicano fu, appunto, la creazione d'una comunità nazionale opposta all'ideale dell'*umma* islamica<sup>9</sup>.

Atatürk scriverà una Costituzione di stampo europeo, che pone la laicità come proprio *ubi consistam* della propria indipendenza interna ed internazionale<sup>10</sup>: «Il nazionalismo kemalista [infatti] rappresenta una concezione unificatrice ed integratrice, che considera come turca ogni persona legata allo Stato turco da legami di cittadinanza, e che rifiuta ogni discriminazione basata sulla lingua, la razza e la religione»<sup>11</sup>. Le convinzioni che vedevano un'integrazione basata sulla religione o su una confessione religiosa furono escluse dal novero dei significati del nazionalismo turco e sono sempre state viste come assolutamente contrarie ai principi formulati nel preambolo ed alle caratteristiche della Repubblica previste dall'art. 2 Cost. (1924)<sup>12</sup>.

L'idea di separare Stato e religione o, per meglio dire, di delimitare gli ambiti dell'esercizio della religione, quantunque già presente in alcuni provvedimenti deliberati durante la guerra d'indipendenza<sup>13</sup>, sarà affermata più esplicitamente dalle leggi nn. 429, 430 e 431 del 3 marzo 1924 che, rispettivamente, sopprimono le Congregazioni religiose, unificano l'insegnamento (*Tevhid-i tedrisat*) sopprimendo i corsi di arabo e di persiano, e sopprimono il Califfato, decretando l'esilio dei

---

<sup>8</sup> Mentre, viceversa, «l'Impero ottomano fu creato prevedendo un ordinamento statale fondato sulla religione. I precetti dell'Islam regolano non solo la vita spirituale, cioè la fede degli individui, ma anche le relazioni sociali, le attività statali ed il diritto»: T.C. Anayasa Mahkemesi, sentenza del 25-10-1983.

<sup>9</sup> V. A. Nalbant – O. Erözden, *L'État-Nation et l'indivisibilité de la République en tant que principe restrictif des droit culturels et politiques*, in *Turkish Yearbook of Human Rights*, XIV, 1992, 139 ss.

<sup>10</sup> V. M. Carducci, *Teorie costituzionali per la Turchia in Europa*, in *DPCE*, 2008, 547; B. Bernardini d'Arnesano, *Costituzionalizzazione, ottomanesimo e identità nazionale*, Lecce, Pensa, 2004.

<sup>11</sup> T.C. Anayasa Mahkemesi, sentenza del 18-2-1985.

<sup>12</sup> ID., sentenze dell'11, 12, 13, 14 e 25-2-1975.

<sup>13</sup> Come, *ad ex.*, la legge sull'alto tradimento, del 20-4-1920, emanata dopo le *fatwa* antikemaliste emesse dal Sultano. V. J.-P. Burdy – J. Marcou (cur.), *DOSSIER*, in *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien*, n. 19, 1995; L. Bazin, *Islam et État en Turquie*, in *Pouvoirs*, n. 12, 1980, 133 ss.; A. Filali-Ansary, *Islam, laïcité, démocratie*, *ivi*, n. 104, 2003, 15 ss.; N. Öktem, *Religion in Turkey*, in *B.Y.U. Law Review*, 2002, 371 ss.; O. Öhring, *Human Rights in Turkey. Secularism = Religious Freedom?*, Aachen, Missio, 2002, *passim*; ID., *La situation des Droits de l'Homme*, Aachen, Missio, 2004, *passim*.

membri della dinastia. Negli anni successivi verrà anche abolita la poligamia ed accordato il diritto di voto, attivo e passivo, alle donne<sup>14</sup>.

La Costituzione del 1924, tuttavia, affermava ancora, all'art. 2, che la religione dello Stato turco fosse l'Islam, e soltanto la revisione del 10 aprile 1928 cancellerà questa disposizione.

Le pratiche religiose, parallelamente, saranno sottoposte ad una forma di "turchizzazione" forzata, il cui aspetto più simbolico è stato forse l'introduzione dell'obbligo d'utilizzare, per la preghiera, il turco, e non più l'arabo<sup>15</sup>.

La collocazione della Turchia nell'alveo del costituzionalismo occidentale<sup>16</sup> è ribadita dall'attuale Costituzione del 1982 che, come emerge dal Preambolo e dall'art. 2, tratteggia una forma di Stato democratico costituzionale pluralistico. Più precisamente, uno Stato «di diritto, democratico, laico e sociale, rispettoso dei diritti dell'uomo in uno spirito di pace sociale, solidarietà nazionale e giustizia, legato al nazionalismo d'Atatürk e basato sui principi fondamentali espressi nel Preambolo».

Si tratta di principi-cardine, secondo la Costituzione, tant'è vero che l'art. 4 Cost. ('Disposizioni irrevocabili') ne sancisce l'assoluta immodificabilità<sup>17</sup>, mentre l'art. 174 Cost. sottolinea come nessuna delle disposizioni della Costituzione possa essere interpretata in modo da consentire l'incostituzionalità d'una serie di leggi di riforma, fra cui quella sul matrimonio, che hanno lo scopo d'elevare il popolo turco al di sopra del livello della civiltà contemporanea e di salvaguardare il carattere laico della Turchia<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> V.M. Levinet, *Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme*, in *RFDCConst.*, 2004, 209; E. Pritsch, *Das schweizerische ZGB in der Türkei*, in *ZfVR*, 1957, 123 ss.; ID., *Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der türkischen Praxis*, in *RabelsZ*, 1959, 686 ss.

<sup>15</sup> Cfr. A. Hobza, *Questions de droit international concernant les religions*, in *Rec. Cours Acad. Dr. int.*, 1924, n. 4, 376 ss. V. S. Testa Bappenheim, *Fenotipi della laicità costituzionale in Turchia (Türkiye Cumhuriyeti)*, *cit.*, 153-157.

<sup>16</sup> Cfr. L. Pellicani, *Perché oggi il mondo islamico rimuove Atatürk e la sua lotta al Califfato*, in *Il Foglio*, 23 dicembre 2015, [www.ilfoglio.it/esteri/2015/12/23/perch-oggi-il-mondo-islamico-rimuove-atatrk-e-la-sua-lotta-al-califfato\\_\\_\\_1-v-136363-rubriche\\_c413.htm](http://www.ilfoglio.it/esteri/2015/12/23/perch-oggi-il-mondo-islamico-rimuove-atatrk-e-la-sua-lotta-al-califfato___1-v-136363-rubriche_c413.htm)

<sup>17</sup> «Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez».

<sup>18</sup> «Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz»

## 1.2. – La *ratio* del divieto eliminato

La seconda premessa si riferisce alla *ratio* del divieto oggi eliminato dalla Corte costituzionale, ed alla presenza o meno dello stesso in altri Paesi<sup>19</sup>.

Questo divieto, dunque, nacque dalla volontà di Atatürk di legare strettamente la Turchia postbellica all'Europa, recidendo al contempo, invece, i legami nascenti dall'influenza islamica.

La giovane repubblica di Atatürk voleva riaffermare la propria appartenenza all'Europa con la netta separazione rispetto al passato, dato che la costituzione spirituale del Paese fino alle riforme era fortemente soggetta al dominio della spiritualità islamica<sup>20</sup>.

Atatürk, viceversa, era dell'opinione che, pur potendo tradursi concretamente in molti modi diversi a seconda dei Paesi, vi fosse solo una forma di civiltà: quella europeo-occidentale, che la Turchia avrebbe dovuto assolutamente far propria<sup>21</sup> mediante l'accettazione delle leggi occidentali, in particolare delle leggi che, grazie all'influenza dell'Illuminismo francese e del *Kulturkampf* tedesco, avevano portato alla sottrazione delle attività dello Stato dall'influenza della religione<sup>22</sup>.

Presupposto per l'inserimento della Turchia nell'ambito degli Stati moderni animati dallo spirito europeo furono l'abolizione del Califfato, con la legge del 1924 già ricordata, e l'esilio dei membri superstiti della dinastia. Quest'abolizione fu particolarmente importante perché il Califfo, come rappresentante del Profeta, era

---

<sup>19</sup> V. B. Öztan, *Aile Hukuku*, cit., 126 e 320; A. Zevkliler – B. Acabey – E. Gökyayla, *Medeni Hukuk. Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, cit., 808; M. Dural – T. Ögüz – A. Gümüş, *Türk Özel Hukuku*, Cilt III, *Aile Hukuku*, Istanbul, Filiz Kitabevi, 2005, 74 ss.; M.A. Tutumlu, *Teorik ve Pratik Boşanma Yargulaması Hukuku*, Cilt I, *Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş*, Ankara, Seçkin, 2009, 835 ss.; A. Zevkliler – A. Havutçu – H. Albaş – M.B. Acabey – I. Serdar – D. Gürpınar, *Medeni Hukuku. Pratik Çalışmaları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, 262 ss.; H. Krüger, *Grundzüge des türkischen Verlöbnisrechts*, in *SAZ*, 1990, 313 ss.; ID., *Zur Rückforderung von Ehegeschenken nach türkischem Recht*, in AA.VV., *GS für Alexander Lüderitz*, München, Beck, 2000, 415 ss.; ID., *Eheanfechtung wegen Drohung nach türkischem Recht*, in AA.VV., *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, Ed. Juridiques de l'Université de Liège, 1999, II, 1229 ss.

<sup>20</sup> E.E. Hirsch, *Rezeption als sozialer Prozess. Erläutert am Beispiel der Türkei*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, 20 ss.

<sup>21</sup> B. Öztan, *Medeni Kanun'un Kabulünün 70'ci Yılında Aile Hukuku*, in *AÜHFD*, 44, 1995, 79 ss.

<sup>22</sup> G. Jäschke, *Der Islam in der neuen Türkei. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, in *Die Welt des Islams*, 1951, I, 30 ss.

considerato l'autorità suprema islamica, ed era perciò legittimato ad esercitare anche la suprema autorità civile<sup>23</sup>.

Il Califfo era l'autorità d'ultima istanza in tutte le questioni non solo religiose, ma anche militari, amministrative, giuridiche, sicché la sovranità del Sultano, cioè dell'autorità religiosa, anche in campo civile era amplissima, se non illimitata<sup>24</sup>.

Con specifico riferimento alla disciplina matrimoniale oggetto delle sentenze prese in esame, poi, tale divieto voleva combattere l'orientamento islamico, secondo cui «in base al Corano, le donne che rifiutano di seguire la volontà del marito creano massimo disordine (Corano, IV, 34, e 128).

«I legislatori turchi pongono una particolare attenzione nel chiarire che solo il matrimonio civile celebrato da un ufficiale dello Stato è considerato valido, negando qualunque riconoscimento ai matrimoni religiosi: ben evidente è l'intento di non intaccare l'applicazione *militante* del principio di laicità su cui si sta rifondando l'ordinamento. Simile scelta è effettuata con riferimento ad alcune disposizioni relative al diritto di famiglia, dove non si lascia spazio per l'inserimento di norme o di consuetudini derivanti dal diritto religioso»<sup>25</sup>.

Se ne deduce che, al fine di tutelare il valore dell'unità familiare, la disuguaglianza fra i sessi diventa strumentale per la conservazione dei presupposti giuridici dell'unità<sup>26</sup>. Invero, «all'interno della famiglia musulmana l'uomo ha una posizione di assoluta preminenza ... nei confronti della moglie, espressa nel Corano (II, 228) e derivante dalla naturale superiorità dell'uomo sulla donna»<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> W. Bock, *Islam, islamisches Recht und Demokratie*, in JZ, 2012, 2, 60 ss.

<sup>24</sup> S.S. Ansary, *Das türkische Recht*, in B. Spuler (cur.), *Handbuch der Orientalistik*, Leiden-Köln, Brill, 441 ss.; B. Davran, *Vom islamischen zum türkischen Recht. Grundsätzliche vergleichende Betrachtungen zur Rechtsrenewierung in der Türkei auf dem Gebiete des Zivilrechts*, Göttingen, 1940, 18 ss.; G. Çağlar, *Die Türkei zwischen Orient und Okzident. Eine politische analyse ihrer Geschichte und Gegenwart*, Münster, UNRAST, 2003, 163 ss.

<sup>25</sup> V.R. Scotti, *Il costituzionalismo in Turchia fra identità nazionale e circolazione dei modelli*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, 97.

<sup>26</sup> G. Guidi, *Islam. La comunità dei musulmani*, Torino, Giappichelli, 2015, posizione Kindle n. 1713. Infatti, «sebbene nel Corano sia accettata l'idea della superiorità dell'uomo sulla donna, si è elaborata una distinzione fra la sfera puramente etica e religiosa da un lato, e quella sociale, politica e giuridica dall'altro. Mentre per la prima v'è una tendenza ad ammettere l'eguaglianza dei sessi, per la seconda, invece, rimane nettamente affermata la posizione d'inferiorità della donna», F. Castro, *Il modello islamico*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 37.

<sup>27</sup> *Ivi*, pag. 40. Quali possono essere, allora, i motivi per voler celebrare ancora oggi un matrimonio solo religioso? Vi possono essere nell'ambito giuridico turco varie ragioni: in primo luogo,

È certo, comunque, che quello turco non costituisce un *unicum* nel panorama di Stati che si rifanno alla forma di Stato democratica e costituzionale. Ad oggi, infatti, la previsione del divieto del matrimonio religioso prima di quello civile è presente nella normativa di diversi Paesi (Belgio, art. 21 c. 2 Cost.<sup>28</sup>, Lussemburgo, art. 21 Cost.<sup>29</sup>, Bosnia Erzegovina, *Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine*, art. 7 c. 3<sup>30</sup>, Liechtenstein, *Ebgesetz*, art. 3 c.1<sup>31</sup>, Svizzera, *ZGB* art. 97 c. 3<sup>32</sup>). In alcuni è, o è stata, anche rafforzata da una sanzione penale: in Olanda (*Burgerlijk Wetboek*, libro I, art. 68<sup>33</sup>), Belgio (*Code pénal*, art. 267<sup>34</sup>), Francia (*Code pénal*, art. 433-21<sup>35</sup>), Germania, Austria.

---

l'ignoranza da parte della popolazione del fatto che solo un matrimonio civile abbia effetti di fronte allo Stato. Al di là dell'ipotesi d'un secondo matrimonio poligamico, che non potrebbe comunque essere celebrato in forma civile, in secondo luogo, un'altra ragione si può avere nel caso in cui si volesse celebrare il matrimonio prima del raggiungimento della maggiore età di una o di entrambe le parti: nelle zone orientali e sudorientali della Turchia non è infatti una rarità vedere ragazze sposate già a partire dai 12 anni (Ufficio Turco di Statistica, [www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil3/ham/b02701h.htm](http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil3/ham/b02701h.htm)). Non vanno poi dimenticati motivi economici: molte donne vedove preferiscono celebrare matrimoni solo religiosi per non perdere la pensione di reversibilità del primo marito (H. Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konja, Hukuk Fakültesi Yayınları*, 1988, 315 ss.). A questo divieto del matrimonio religioso senza quello propedeutico civile si attribuisce una rilevanza tale, poi, ch'erano state previste disposizioni normative particolarmente severe in sua difesa: l'intrascrivibilità in Turchia, per contrarietà all'ordine pubblico, d'un matrimonio di cittadini turchi seppur celebrato in un Paese nel quale il matrimonio solo religioso avesse anche effetti civili (S.S. Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, Istanbul, Filiz Kitabevi, 1990, 108 ss.); e, infine, l'inserimento nei registri dello stato civile dei figli nati da un matrimonio solo religioso con l'annotazione della qualifica di figli illegittimi (G. Arıkan, *Yasalarda Kadın Hakları*, in *ABD*, 2005, I, 49 ss.).

<sup>28</sup> «Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi, s'il y a lieu»

<sup>29</sup> «Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale».

<sup>30</sup> «Bračni partneri mogu nakon sklopljenog braka pred matičarom sklopiti brak i pred vjerskim službenikom».

<sup>31</sup> «Es steht jedermann frei, nach abgeschlossenem staatlichem Trauungsakt die Ehe auch vor dem Trauorgan einer Religionsgemeinschaft einzugehen. Die religiöse Traufeierlichkeit darf ohne Vorweis des Ehescheines nicht vorgenommen werden».

<sup>32</sup> «Eine religiöse Eheschliessung darf vor der Ziviltrauung nicht durchgeführt werden».

<sup>33</sup> «Geen godsdienstige plechtigheden zullen mogen plaats hebben, voordat de partijen aan de bedienaar van de eredienst zullen hebben doen blijken, dat het huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken».

<sup>34</sup> «Sera puni d'une amende de cinquante [euros] à cinq cents [euros], tout ministre d'un culte qui procédera à la bénédiction nuptiale avant la célébration du mariage civil. Cette disposition ne sera pas applicable lorsque l'une des personnes qui ont reçu la bénédiction nuptiale était en danger de mort, et que tout retard apporté à cette cérémonie eût pu avoir effet de la rendre impossible».

<sup>35</sup> «Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende». Qui la sanzione è stata notevolmente alleggerita col tempo: Napoleone ne aveva stabilito il principio dapprima con gli articoli organici (art. 54: i sacerdoti «ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront,

Con specifico riferimento a questi ultimi due ordinamenti, che prendiamo in esame per le ragioni che indicheremo successivamente, le iniziative di sanzionare penalmente il divieto di matrimonio religioso prima di quello civile furono conseguenza, in primo luogo, della laicità introdotta a tappe forzate dalla Rivoluzione francese, e, più precisamente, dalla Costituzione del 3 settembre 1791 (tit. II, art. 7) oltre che dal *Décret qui termine le mode de constater l'état civil des citoyens*, del 20 settembre 1792<sup>36</sup>, e, in secondo luogo, del *Kulturkampf*<sup>37</sup>.

Per quanto riguarda la Germania, questo divieto era rivolto in prima istanza contro la Chiesa cattolica<sup>38</sup>, ma i suoi effetti si riverberarono anche su quella evangelica<sup>39</sup>. L'introduzione del matrimonio civile necessariamente precedente a quello religioso, infatti, colpì entrambe le Chiese, come dimostrano i resoconti dei dibattiti parlamentari<sup>40</sup>.

Lo Stato cercava così, rivendicando e riaffermando la propria autorità in ambito matrimoniale, di subordinare le Chiese alla propria autorità, come affermato dal rappresentante del Governo durante la discussione della proposta di legge. «Noi

en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil»), e poi con il *code pénal* del 1810 (artt. 199 e 200, «ARTICLE 199. Tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil, sera, pour la première fois, puni d'une amende de seize francs à cent francs. ARTICLE 200. En cas de nouvelles contraventions de l'espèce exprimée en l'article précédent, le ministre du culte qui les aura commises, sera puni, savoir, Pour la première récidive, d'un emprisonnement de deux à cinq ans; et pour la seconde, de la déportation»).

<sup>36</sup> H. Conrad, *Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die französische Revolution*, in *Zeitschrift Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.*, 67, 1950, 336 ss.

<sup>37</sup> Con questo termine si indica l'asprimo conflitto che, all'epoca del Cancellierato di Otto von Bismarck, oppose il *Reich* tedesco alla Chiesa cattolica guidata da Pio IX. Con il successore di Pio IX, ovvero Papa Leone XIII, il *Kulturkampf* si spegnerà, e quasi tutte le leggi anticattoliche vennero abrogate, salvo, appunto, quella sul matrimonio civile. V. M. Borutta, *Antikatholizismus*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011; R. Lill (cur.), *Der Kulturkampf*, Paderborn, Schöningh, 1997; R.J. Ross, *The failure of Bismarck's Kulturkampf: catholicism and state power in imperial Germany*, Washington, DC, CUAP, 2000; D. Rops, *Un combat pour Dieu 1870-1939*, Paris, Fayard, 1963; C. Clark – W. Kaiser, *Kulturkampf in Europa im 19. Jahrhundert*, Leipzig, LUV, 2003; T. Nipperdey, *Deutsche Geschichte, II: 1866–1918. Machtstaat vor der Demokratie*, München, Beck, 1992.

<sup>38</sup> V. E. Friedberg, *Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Aalen, Scientia Verlag, 1965, 590 ss.; H. Conrad, *Zur Einführung der Zwangszivilehe in Preußen und im Reich*, in AA.VV., *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts: FS Heinrich Lehmann*, Berlin, de Gruyter, 1956, 112 ss.

<sup>39</sup> E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, IV, Stuttgart, Kohlhammer, 1988, 670 ss.

<sup>40</sup> *Berichte über die Verhandlungen der durch die Allerhöchste Verordnung v. 4. 11. 1873 einberufenen Häuser des Landtages. Haus der Abgeordneten, I (1873-1874)*, Berlin, 1874, 370 ss. Secondo il deputato von Gerlach, infatti, «Tutta questa normativa ha la tendenza ad estromettere il più possibile il Cristianesimo ed i Sacramenti dal matrimonio e dalla famiglia» (deputato von Gerlach), *ivi*, 391.

vogliamo introdurre il matrimonio civile obbligatorio per separare nettamente l'amministrazione delle Chiese dall'amministrazione dello Stato, sia perché lo Stato deve poter riconoscere il vincolo matrimoniale anche a chi per vari motivi non potrebbe sposarsi secondo il diritto delle Chiese, sia perché, anche al di fuori di questi casi, l'autorità dello Stato non può e non deve delegare nessuna delle proprie funzioni essenziali ad autorità religiose. Non solo: noi vogliamo rendere questo matrimonio civile obbligatorio prima che si possa, se si vuole, celebrare quello religioso, per evitare che si creino nello Stato comunità o gruppi che in materie così fondamentali per l'organizzazione e l'ordinato funzionamento dello Stato, come il vincolo matrimoniale, possano volersi sottrarre all'autorità dello Stato. Nessuna autorità deve essere al di sopra di quella dello Stato, né allo stesso livello»<sup>41</sup>.

### 1.3. – Gli altri Paesi che hanno eliminato analogo divieto

La terza premessa riguarda i Paesi che hanno eliminato questo divieto. Qui l'interesse va all'individuazione della *ratio* politica che ha guidato l'abolizione, specificamente in Austria ed in Germania.

L'Austria ha conservato il divieto fino al 1955, allorché il § 67 del *Personenstandsgesetz*<sup>42</sup> venne dichiarato incostituzionale dal *Verfassungsgerichtshof* (sentenza del 19 dicembre 1955, n. G 9-17/55). La sentenza sottolineò come la norma risalisse al 1875, cioè all'introduzione in tutto il *Reich* tedesco del matrimonio civile obbligatoriamente propedeutico a quello religioso, nello spirito – diffuso all'epoca – d'un rafforzamento della neutralità ed indipendenza dello Stato dalla Chiesa (soprattutto cattolica, ma anche evangelica). Dopo la Seconda Guerra Mondiale, al momento della rinascita della Repubblica Austriaca dopo l'*Anschluss*, la norma sopravvisse perché, non essendo stata introdotta nel periodo nazista, né avendo contenuti nazionalsocialisti, non fu interessata dai procedimenti di denazificazione della normativa, ma – conclude la Corte – ormai, nel 1955, i principî d'autonomia ed indipendenza dello Stato da ogni confessione religiosa sono così

<sup>41</sup> *Ivi*, 396.

<sup>42</sup> «1. Chi celebra un matrimonio religioso prima che sia stato celebrato il matrimonio civile è punito con un'ammenda o con la reclusione. 2. Non si applica nessuna sanzione se uno dei due coniugi correva pericolo di vita ed un rinvio non era possibile»

radicati nell'ordinamento costituzionale ed ordinario dello Stato, *ex art. 15 StGG*, da rendere la norma in questione incostituzionale.

In Germania, invece, l'eliminazione del divieto è avvenuta nel 2009<sup>43</sup>.

S'iniziò a parlare nel 1957 di un'abrogazione di questa sanzione penale, ma bisognerà aspettare la novella del 2007 del *PSiG*, entrata in vigore il 1° gennaio 2009, per avere la depenalizzazione della fattispecie del matrimonio religioso celebrato prima di quello civile. Già il progetto di legge di riforma presentato dal Governo federale il 12 agosto 2005, infatti, non prevedeva più il divieto di celebrare per primo il matrimonio religioso<sup>44</sup>, affermando al riguardo che l'originaria previsione del 1875, che introduceva il matrimonio civile obbligatorio e la sua propedeuticità rispetto al matrimonio religioso, prevedendo altresì in caso di violazione una sanzione penale<sup>45</sup>, non avesse ormai più ragion d'essere, in quanto, come recitava la nota d'accompagnamento e presentazione di questo progetto di legge del Governo, non erano più necessarie misure normative volte ad escludere espressamente l'influenza delle Chiese dall'ambito degli affari statali, dato che quest'influenza era, col passar

---

<sup>43</sup> Dopo il *Kulturkampf*, infatti, diretto essenzialmente e principalmente contro la Chiesa cattolica, ma anche contro quella luterana, il § 24 c. 2 del *PSiG* del 1874 prevede il matrimonio civile obbligatoriamente precedente a quello religioso: «Il matrimonio religioso può essere celebrato solo dopo la celebrazione di quello civile». Questo concetto veniva rafforzato dal § 337 del *RSiGB* (il codice penale), poi ripreso dal § 67 del *PSiG* del 1875, secondo il quale il ministro di culto che avesse celebrato un matrimonio religioso prima del corrispettivo matrimonio civile sarebbe stato punibile con un'ammenda fino a 300 marchi, o una detenzione fino a tre mesi. Con il *BGB* del 1900 venne introdotto un secondo comma al § 67 *PSiG* del 1875, che prevedeva la non punibilità dell'atto nel caso in cui uno dei due coniugi fosse stato in pericolo di vita, e quest'eccezione verrà poi ripresa dal *Reichskonkordat* del 1933, in cui si stabilisce (art. 26), che «senza pregiudizio di un ulteriore e più ampio regolamento delle questioni di diritto matrimoniale, si è d'accordo che il matrimonio religioso possa esser celebrato prima dell'atto civile, oltre che nel caso di malattia mortale di uno degli sposi che non consenta dilazione, anche nel caso di grave necessità morale, la cui esistenza deve essere riconosciuta dalla competente Autorità vescovile. In questi casi, il parroco è tenuto ad informarne senza indugio l'ufficio di Stato civile», e la novella del 1937 del *PSiG* conobbe un inasprimento delle sanzioni in caso di violazione. Cfr., per l'impostazione teorica generale, J.I. Arrieta Ochoa de Chinchetru, *Governance Structures within the Catholic Church*, Ottawa, Wilson & Lafleur, 2000.

<sup>44</sup> [www.dnoti.de/DOC/2005/BR\\_616\\_05.pdf](http://www.dnoti.de/DOC/2005/BR_616_05.pdf);

[dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/018/1601831.pdf](http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/018/1601831.pdf)

<sup>45</sup> Cfr. H. Schüller, *Die verblüffende Aufhebung des Vorausstrauungsverbots und ihre Auswirkungen*, in *NJW*, 2008, 2745 ss.; D. Schwab, *Kirchliche Trauung ohne Standesamt. Die stille Beerdigung eines historischen Konflikts*, in *FamRZ*, 2008, 1121 ss.

del tempo, venuta meno fino a scomparire quasi del tutto, rendendo la Germania un Paese con una perfetta separazione fra ambito spirituale ed ambito temporale<sup>46</sup>.

Quanto alla *ratio*, dunque, emerge chiaramente come entrambi questi Paesi abbiano eliminato la norma penale perché avevano raggiunto lo scopo in vista del quale il divieto era stato messo, ovvero togliere rilevanza in ambito civile alla Chiesa (cattolica e luterana).

## 2. – La sentenza del 1999 della Corte costituzionale

Già nel 1999 alla Corte costituzionale turca fu sottoposta la questione di costituzionalità dell'art. 237 del codice penale<sup>47</sup>, sotto due profili<sup>48</sup>. Innanzitutto, per la violazione dell'art. 10 Cost., contenente il principio d'eguaglianza, secondo il quale «tutti gli individui sono uguali davanti alla legge» (c. 1)<sup>49</sup>, e «non possono essere accordati privilegi ad un individuo, una famiglia, un gruppo o una qualunque classe» (c. 4)<sup>50</sup>. Una normativa differente per le coppie unite solo con il matrimonio religioso rispetto a quelle unite in matrimonio civile costituirebbe, appunto, una discriminazione.

Si prospettò, inoltre, la violazione del principio di libertà religiosa, previsto *ex* art. 24 Cost., secondo il quale «ognuno ha la libertà di coscienza, di fede e di convinzione religiosa» (c. 1)<sup>51</sup>, e «le preghiere, i riti e le cerimonie religiose sono libere» (c. 2)<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> BT-Drucks, 16/381. V. anche D. Schwab, *Kirchliche Trauung ohne Standesamt – Die stille Beerdigung eines historischen Konflikts*, in *FamRZ*, 2008, 1121 ss.; H. Schüller, *Die verblüffende Aufhebung des Voraustrauungsverbots und ihre Auswirkungen*, in *NJW*, 2008, 2745 ss.

<sup>47</sup> Sentenza del 24-11-1999, n. E/1999-27, K/1999-42.

<sup>48</sup> V. Ö.U. Gençcan, *Boşanma Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2006, 83 ss. V. anche H. Krüger, *Anerkennung deutscher Scheidungsurteile in der Türkei*, in *IPRax*, 1985, 304 ss.; ID., *Zur Anerkennung familienrechtlicher Entscheidungen in der Türkei*, *ivi*, 2008, 281 ss.; ID., *Zur Anerkennung ausländischer Statusurteile in der Türkei*, *ivi*, 2004, 550 ss.; ID., *Allgemeine Ehwirkungen im Recht der orientalischen Staaten*, in *FamRZ*, 2008, 649 ss.; H. Krüger – F. Nomer-Ertan, *Neues internationales Privatrecht in der Türkei*, in *IPRax*, 2008, 281 ss.

<sup>49</sup> «Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir».

<sup>50</sup> «Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz».

<sup>51</sup> «Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir».

<sup>52</sup> «Dinî âyin ve törenler serbesttir»

La Corte costituzionale respinse, all'epoca, questa duplice eccezione d'incostituzionalità, affermando che, innanzitutto, l'art. 10 Cost. fosse da leggere alla luce dell'art. 2 Cost.: «La Repubblica di Turchia è uno Stato ... laico» che «si basa sui principi fondamentali espressi nel Preambolo»<sup>53</sup>.

Fra questi ultimi principi si legge, al comma 5, che «in virtù del principio di laicità, i sentimenti religiosi, che sono sacri, non possono in nessun caso essere confusi con gli affari di Stato né con la politica»<sup>54</sup>. Da sottolineare, infatti, che l'articolo 2 ed il Preambolo hanno una posizione nettamente preminente<sup>55</sup>, sì da costituire, in senso lato, una sorta di 'supercostituzione'.

Secondo l'art. 4, infatti, le disposizioni appena citate non sono suscettibili di modifiche né possono essere proposte<sup>56</sup>.

Un secondo argomento utilizzato dalla Corte per respingere l'eccezione di costituzionalità mossa contro l'art. 10 Cost., poi, fu proprio quello di tutelare il principio d'eguaglianza. Si intendeva evitare ogni diseguaglianza fra donne sposate senza tutela da parte dello Stato (ossia quelle legate col solo matrimonio religioso) e donne sposate con tutela da parte dello Stato (ovvero quelle legate col matrimonio civile). A tal fine, la legge ha introdotto una garanzia preventiva *pro omnibus*, stabilendo la propedeuticità del matrimonio civile.

Relativamente al secondo punto contestato, ovvero la violazione da parte dell'articolo 237 del codice penale del principio di libertà religiosa, *ex art. 24 Cost.*, la Corte negò la sussistenza dell'incostituzionalità.

Secondo i ricorrenti, la disposizione dell'articolo 237 avrebbe violato l'art. 24, che riconosce che i riti e le cerimonie religiose sono liberi, sicché anche un

<sup>53</sup> «Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir».

<sup>54</sup> «Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı»

<sup>55</sup> «Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez».

<sup>56</sup> «Le disposizioni dell'articolo 1 della Costituzione, stabilenti la forma repubblicana dello Stato, come le norme dell'articolo 2, relative alle caratteristiche della repubblica, e quelle dell'art. 3, non possono essere modificate, né una loro modifica può essere proposta»

matrimonio solo religioso, rientrando senza dubbio in questo novero, non potrebbe essere vietato.

La Corte, invece, come detto, ha rigettato quest'eccezione d'incostituzionalità sulla base di due elementi. L'art. 24 Cost., in primo luogo, afferma sì che «i riti e le cerimonie religiose sono liberi», ma aggiunge un inciso importante: «a condizione che non siano in contrasto con le disposizioni dell'art. 14»<sup>57</sup>, il quale stabilisce che «nessuno dei diritti e libertà fondamentali iscritti nella Costituzione può essere esercitato sotto forma d'attività aventi lo scopo di ledere l'integrità indivisibile dello Stato dal punto di vista del suo territorio e della sua nazione, o di sopprimere la Repubblica democratica e laica fondata sui diritti dell'uomo». La Repubblica, perciò, è decisamente ed incontrovertibilmente laica.

La Corte avvalorava la propria affermazione proseguendo la citazione dell'art. 24 Cost., secondo il quale «nessuno può, in nessuna maniera, servirsi della religione, dei sentimenti religiosi o delle cose considerate come sacre dalla religione, né abusarne allo scopo di basare, sia pure parzialmente, l'ordine sociale, economico, politico o giuridico dello Stato su dei precetti religiosi, d'assicurarsi un interesse o un'influenza politica o personale»<sup>58</sup>.

La Corte, infine, ribadì come la normativa sul matrimonio civile – tuttora vigente - goda d'espressa protezione costituzionale, *ex* art. 174 Cost., che detta: «Nessuna disposizione della Costituzione può essere compresa o interpretata come implicante l'incostituzionalità delle disposizioni in vigore, alla data dell'adozione della Costituzione per referendum, delle leggi di riforma qui di seguito enumerate, il cui scopo è di elevare il popolo turco al di sopra del livello della civilizzazione contemporanea e di salvaguardare il carattere laico della Repubblica di Turchia».

Ebbene, fra queste leggi l'art. 174 include espressamente «la disposizione della legge n. 734 del 17 febbraio 1926, che introduce il Codice civile turco con la norma

---

<sup>57</sup> «14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir».

<sup>58</sup> «Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz».

del matrimonio civile, secondo la quale il matrimonio è celebrato dinanzi all'ufficiale di stato civile, *ex art. 110 del suddetto codice*<sup>59</sup>.

Da ultimo, affermò la Corte, l'art. 41 della Costituzione prevede una particolare protezione della famiglia basata sull'eguaglianza fra gli sposi. Proprio per eliminare i possibili effetti negativi dei matrimoni religiosi non è incostituzionale prevedere sanzioni penali per chi celebri un matrimonio religioso senza che prima sia stato celebrato il matrimonio civile.

### 3. – I pronunciamenti della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo

Veniamo ora a prendere in esame le due sentenze della Corte EDU del 2009 (Seconda Sezione) e del 2010 (*Grande Chambre*) che hanno avuto ad oggetto questa problematica.

#### 3.1. – La sentenza della Seconda Sezione

La normativa turca sull'obbligatorietà del preventivo matrimonio civile è stata impugnata dinanzi alla CEDU, *affaire Şerife Yiğit vs Turchia*<sup>60</sup>, su cui si è dapprima pronunciata la Seconda Sezione.

La ricorrente aveva contratto un matrimonio solo religioso nel 1976, dal quale erano nati 6 figli. Il 10 settembre 2002 il marito morì, prima che fosse stata registrata all'anagrafe l'ultima figlia.

La ricorrente nel 2003 fa istanza, a nome proprio e di quest'ultima figlia, al Tribunale d'İslahiye, chiedendo il riconoscimento del suo matrimonio con il *de cuius* e l'iscrizione allo stato civile dell'ultimogenita come figlia anche del *de cuius*. Il Tribunale ha respinto la prima richiesta, accogliendo la seconda. Contro questa decisione non è stato presentato ricorso, sicché essa è passata in giudicato.

---

<sup>59</sup> «Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz: ... 4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medeniyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medenî nikâh esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;»

<sup>60</sup> N. 3976/05, del 20-1-2009.

In data successiva, la ricorrente ha chiesto al fondo pensionistico del *de cuius* di poter beneficiare, insieme all'ultimogenita, della pensione e dell'assicurazione sanitaria del defunto marito. Il fondo pensionistico ha respinto entrambe le richieste, e la ricorrente ha avviato un'azione giudiziaria dinanzi al tribunale del lavoro.

Questo ha confermato il diniego del fondo pensionistico a danno della vedova, proprio valendosi della decisione del Tribunale di Islahiye, che non aveva riconosciuto civilmente il matrimonio religioso col *de cuius*, mentre ha accolto l'istanza a favore della figlia, concedendole una parte della pensione e la copertura sanitaria del padre.

In seguito la vedova fa ricorso in Cassazione, allegando lo stato civile dei suoi primi cinque figli, registrati dal *de cuius*, e sottolineando l'ingiustizia del fatto che tutti i sei figli godano dei diritti pensionistici e sanitario-assicurativi del padre, mentre lei ne sia esclusa pur essendone la madre, e moglie del *de cuius*, seppur solo con matrimonio religioso.

La Cassazione conferma la sentenza impugnata, donde il ricorso proposto alla CEDU, dinanzi alla quale vengono sottoposti a critica l'art. 143 del codice civile e l'art. 230 del codice penale, già ricordati, in quanto violerebbero l'art. 8 della Convenzione.

La Seconda Sezione, in questa sentenza del 2009, con 4 voti contro 3, respinge il ricorso, in base al margine d'apprezzamento riconosciuto *ex art.* 12 Conv. EDU agli Stati contraenti.

Nello specifico, poi, afferma che non è irragionevole che il legislatore turco accordi una protezione unicamente al matrimonio civile. Essa ricorda d'aver già detto che il matrimonio è un'istituzione largamente riconosciuta come conferente uno status particolare a chi lo contragga (*affaires Burden vs Regno Unito*, § 65, e *Joanna Shackell vs Regno Unito*). D'altro canto, l'art. 8 Conv. EDU non potrebbe essere interpretato – continua la Seconda Sezione – nel senso d'imporre l'obbligo d'instaurare un regime speciale per una categoria particolare di coppie non sposate (*affaire Johnston et alii vs Irlanda*, §68), sicché, nelle circostanze date, la Corte considera che la differenza di trattamento esistente in materia di prestazioni per il partner sopravvissuto fra persone sposate e non sposate persegue uno scopo legittimo, e si

basi su di una giustificazione oggettiva e ragionevole, ossia la protezione della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio (affaire *Antonio Mata Estevez vs Spagna*).

### 3.2. – La sentenza della *Grande Chambre*

La controversia viene poi sottoposta alla *Grande Chambre*, che si è pronunciata il successivo 2 novembre 2010.

Entrando nel merito, la *Grande Chambre* invitò le parti a prendere in esame la possibilità d'una violazione non già solo dell'art. 8 della Convenzione (*causa petendi* del ricorso avanzato dinanzi alla Seconda sezione), ma anche dell'art. 14, relativo al divieto di discriminazione.

In tal senso adoperatesi le Parti, la *Grande Chambre* affermò che, secondo giurisprudenza costante della Corte, la discriminazione consiste nel trattare in maniera differente, senza giustificazioni oggettive e ragionevoli, persone in situazioni comparabili (affaire *D.H. et alii vs Repubblica ceca*).

Una giustificazione oggettiva e ragionevole fa difetto se questa distinzione non perseguisse uno scopo legittimo o se non vi fosse un rapporto ragionevole di proporzionalità fra i mezzi usati e lo scopo voluto (affaire *Larkos vs Cipro*). Le disposizioni della Convenzione non impediscono agli Stati, in linea di principio, d'introdurre programmi di politica generale per mezzo di misure legislative, in virtù delle quali una certa categoria od un certo gruppo d'individui siano trattati in maniera differente dagli altri, a condizione, però, che la differenza di trattamento risultante sia giustificabile secondo la Convenzione ed i suoi Protocolli (affaire *Ždanoka vs Lettonia*).

Per la Corte, dunque, l'art. 14 Conv. EDU non impedisce una differenza di trattamento, se basata su una valutazione oggettiva di circostanze di fatto sostanzialmente differenti, ispirata dal pubblico interesse, ed in equilibrio fra la salvaguardia degli interessi della comunità ed il rispetto dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione (affaire *Ünal Tekeli vs Turchia*).

Sul tema specifico, d'altro canto, la Corte ricorda d'aver già constatato che il matrimonio in generale conferisce uno *status* e dei diritti particolari a chi l'ha contratto, perciò la protezione del matrimonio costituisce in linea di principio una

ragione legittima per giustificare una differenza di trattamento fra coppie sposate e non sposate (affaire *Quintana Zapata vs Spagna*). Detto matrimonio, inoltre, si caratterizza per un insieme di diritti e doveri che lo differenziano nettamente dalla situazione di due conviventi (affaire *Nylund vs Finlandia*, affaire *Lyndsay vs Regno Unito*), e gli Stati hanno un certo margine d'apprezzamento quando prevedono un trattamento differente a seconda del fatto che una coppia sia sposata o meno.

Venendo al caso specifico, la *Grande Chambre* si chiede, innanzitutto, se la natura civile o religiosa d'un matrimonio possa essere all'origine d'una discriminazione vietata ex art. 14 Conv. EDU.

Il Governo turco giustifica la distinzione operata dalla propria legislazione sulla base di due elementi: la protezione della donna, specie nella lotta contro la poligamia, ed il principio di laicità.

Una tale differenza di trattamento, però, si domanda subito dopo la *Grande Chambre*, ha una giustificazione oggettiva e ragionevole?

Certo, nota la Corte, tenendo conto dell'importanza del principio di laicità in Turchia: adottando nel 1926 il codice civile che istituiva il matrimonio civile monogamico obbligatoriamente da celebrarsi prima d'un matrimonio religioso, infatti, la Turchia voleva mettere fine ad una tradizione nuziale che poneva la donna in una situazione nettamente svantaggiosa, se non di dipendenza ed inferiorità, rispetto al marito: tant'è vero che furono introdotti al contempo la parità dei sessi nel godimento dei diritti civili, specie in materia di divorzio e di successione, ed il divieto di poligamia, nonché un'età minima per il matrimonio.

La Corte, perciò, stima che questa differenza di trattamento sia giustificata in nome d'un interesse oggettivo e ragionevole, e che perciò non violi l'art. 14 della Convenzione.

Quanto alla seconda *causa petendi*, cioè l'asserita violazione dell'art. 8 CEDU, la *Grande Chambre* richiama espressamente le conclusioni della Seconda Sezione, confermando che non vi sia stata nessuna violazione nemmeno di questo secondo articolo.

#### 4. – La sentenza del 2015 della Corte Costituzionale turca

Con la sentenza del maggio 2015, infine, la Corte costituzionale turca, con 12 giudici a favore e 4 contrari, ha dichiarato incostituzionale la sanzione penale nella fattispecie che stiamo esaminando, compiendo un netto *revirement*, benché con due *dissenting opinions*.

La Corte prende le mosse dal primo paragrafo dell'articolo 20 della Costituzione, che garantisce il diritto alla riservatezza ed alla protezione della vita privata («Tutti hanno il diritto di esigere il rispetto della propria vita privata e della propria vita familiare. L'intimità della vita privata e familiare è inviolabile»<sup>61</sup>), e gli associa i primi tre commi dell'art. 24 Cost., che garantiscono la libertà di coscienza e di religione (v. *supra*), sicché atti di culto e riti religiosi debbono essere liberi, finché non violino le disposizioni del già ricordato art. 14 Cost.

Com'è stabilito nell'intento legislativo dell'art. 20 Cost., prosegue la Corte, «il diritto a esigere il rispetto per la vita privata e la vita familiare» porta a proteggerle ed a prevenire che siano esposte al pubblico. Ciò a tutela del diritto individuale, secondo cui gli avvenimenti della vita privata siano conosciuti solo da quelli cui si desidera farli conoscere. Vieta inoltre alle Pubbliche Autorità d'interferire con la vita privata individuale.

Lo scopo della libertà religiosa prevista dall'art. 24 Cost., continua la Corte, è quello indicato dal Commento Generale n. 22 del Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani<sup>62</sup>: la libertà di manifestare la propria fede o religione può essere esercitata sia individualmente che con altri, in pubblico o in privato. V'è, poi, l'art. 8 della CEDU, che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, ed anche il primo comma dell'art. 9 della medesima CEDU che garantisce la libertà di religione e coscienza.

La Corte Europea per i Diritti Umani, sottolinea la Corte costituzionale turca, ha attribuito grande importanza al rispetto per la riservatezza e la vita familiare, inserendovi non solo il nome e l'identità, ma anche lo sviluppo della vita personale e familiare ed i suoi rapporti col mondo ad essa esterno, le relazioni con altre persone e le sue attività commerciali e professionali (affaire *Niemietz vs Germania*), e non solo i

---

<sup>61</sup> «Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz».

<sup>62</sup> <http://docstore.ohchr.org>.

matrimoni ufficiali, ma anche quelli non ufficiali (*affaires Marckx vs Belgio; Keegan vs Irlanda; Kroon et alii vs Olanda*).

Pertanto, secondo la Corte turca, imporre una sanzione penale a chi avesse deciso di celebrare un matrimonio religioso senza il preliminare matrimonio civile configurerebbe un'esplicita limitazione del diritto alla riservatezza della vita privata e familiare, e della libertà religiosa e di coscienza.

*Ex art. 13 Cost.*, peraltro, il diritto alla riservatezza e quello alla libertà religiosa possono essere limitati solo per motivi previsti dalla Costituzione stessa, regolati per legge, e debbono comunque rispettare il principio di proporzionalità<sup>63</sup>.

Poiché questi requisiti non sono rispettati dalle disposizioni del codice penale impugnate, esse sono dichiarate incostituzionali.

La Corte, dunque, ignora completamente ogni argomentazione connessa alle problematiche storiche della laicità.

#### **4.1. – La prima *dissenting opinion***

Questa sentenza, a dimostrazione della sua portata innovativa, ha avuto due *dissenting opinions*.

Nella prima, i tre Giudici Özgüldür, Kaleli e Kömürcü ricordano che l'istituzione del matrimonio civile è protetta in modo speciale dall'art. 174 della Costituzione, cui si aggiunge l'art. 41 Cost., che stabilisce che la famiglia è il fondamento della società turca, e lo Stato deve prendere le misure necessarie e provvedere alla necessaria organizzazione per proteggere la pace ed il benessere della famiglia, specialmente della madre e della prole<sup>64</sup>. Ovvero pone a carico dello Stato il dovere di proteggere la famiglia.

---

<sup>63</sup> «Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz».

<sup>64</sup> «Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar».

Secondo i Giudici dissenzienti, infatti, il fatto di permettere un matrimonio religioso prima (ed eventualmente senza) il matrimonio civile può essere definito un atto criminale, passibile di sanzioni penali per eliminare i risultati negativi del matrimonio (solo) religioso sulla famiglia, sulla società e sull'ordine pubblico, secondo quanto previsto dalla Costituzione: il Preambolo stabilisce che «in virtù del principio di laicità, i sentimenti religiosi, che sono sacri, non possono in nessun caso essere mischiati agli affari di Stato né alla politica» (*cit.*).

Il comma finale di questo articolo aggiunge che «nessuno può, in nessuna maniera, servirsi della religione, dei sentimenti religiosi o delle cose considerate come sacre dalla religione, né abusarne allo scopo di basare, sia pure parzialmente, l'ordine sociale, economico, politico o giuridico dello Stato su dei precetti religiosi, d'assicurarsi un interesse o un'influenza politica o personale».

I Giudici autori di questa *dissenting opinion* vogliono così riaffermare il principio della laicità dello Stato turco, sottolineando con forza la separazione, prevista a livello costituzionale, fra religione ed affari di Stato.

Inoltre – continua la *dissenting opinion* – l'art. 174 della Costituzione enfatizza questo concetto: esso è dedicato alla «Protezione delle leggi di riforma», che sono otto, e stabilisce che nessuna disposizione della Costituzione può venir interpretata nel senso di rendere incostituzionale qualcuna delle suddette otto leggi.

Una di queste, come abbiamo ricordato, indicata al numero 4), è appunto la legge 734 del 17 febbraio 1926 che introduce l'obbligo del matrimonio civile.

La Corte costituzionale si era già espressa varie volte sulla portata della protezione accordata da quest'articolo. Esso «prescrive che nessuna disposizione della Costituzione possa venir interpretata nel senso di rendere incostituzionale queste otto leggi di riforma, e che queste leggi di riforma servono ad elevare la società turca al di sopra del livello della civiltà contemporanea ed a proteggere il carattere laico della Repubblica... Le leggi di riforma citate nell'art. 174 sono strettamente correlate. Tutte e ciascuna di queste leggi regolano un ambito specifico della laicità e stabiliscono la moderna struttura del Paese...L'interpretazione dell'art. 174, da solo ed in combinato disposto con il Preambolo e con gli artt. 2 e 24,

descrive chiaramente la concezione di laicità della Repubblica turca»<sup>65</sup>. Esso stabilisce che «questa Costituzione [è] in linea col concetto di nazionalismo introdotto dal fondatore della Repubblica di Turchia, Atatürk, l'immortale leader e l'inarriavabile eroe, con le sue riforme ed i suoi principi [...] Nessuna protezione dev'essere accordata ad attività contrarie al nazionalismo, ai principi, alle riforme ed al processo civilizzatore di Atatürk e il sentimento religioso non deve assolutamente venir coinvolto in affari di Stato o politici come richiesto dal principio di laicità [...]. L'articolo 176 della Costituzione stabilisce che il Preambolo della Costituzione è parte integrante della Costituzione stessa, ed è equivalente alle altre disposizioni costituzionali. L'articolo 2 definisce le caratteristiche della Costituzione» dicendo che "la Repubblica di Turchia è uno Stato di diritto, democratico, laico e sociale, rispettoso dei diritti dell'uomo in uno spirito di pace sociale, solidarietà nazionale e giustizia, legato al nazionalismo di Atatürk e basato sui principi fondamentali espressi nel Preambolo»<sup>66</sup>.

Nella sentenza sulla costituzionalità dell'art. 163 dell'abrogato codice penale, che regolava i reati di propaganda o indottrinamento per adattare l'ordinamento sociale, economico, politico o legale dello Stato a principi religiosi, la Corte costituzionale aveva sottolineato che «adottando il principio della laicità, la Repubblica garantisce la laicità per legge e, inoltre, lo Stato ha acquisito una struttura moderna e contemporanea come istituzione indipendente ed imparziale. Siccome la laicità è prevalente come principio base nella vita politica e legale *ex art. 2 Cost.*, l'art. 163 del codice penale, che protegge il principio di laicità, non è in contraddizione con l'art. 12 della Costituzione, che dà dignità a detto principio»<sup>67</sup>.

I Giudici dissenzienti proseguono ricordando che «il principio della laicità trae origine dalle riforme di Atatürk e costituisce la principale base delle riforme. In altre parole, ogni concessione in deroga al principio della laicità può portare ad una distorsione delle riforme di Atatürk e, eventualmente, alla loro estinzione. Per questo motivo la nostra Costituzione include nel Preambolo un divieto categorico ad accordare protezione a qualunque attività contraria al nazionalismo, ai principi,

---

<sup>65</sup> Sentenza 1989-12, del 7-3-1989.

<sup>66</sup> Sentenza 1985-7, del 13-5-1985. V. anche la sentenza, in senso conforme, ma riferita alla Costituzione del 1961, n. 1975-22, del 25-2-1975.

<sup>67</sup> Sentenza 1983-2, del 25-10-1983.

alle riforme ed al processo civilizzatore di Atatürk ed al principio secondo cui i sentimenti religiosi non debbono assolutamente essere coinvolti negli affari di Stato o politici»<sup>68</sup>.

La *dissenting opinion* continua: «Considerando tutti questi precedenti interventi della Corte costituzionale, dobbiamo concludere che una delle leggi di riforma protette ex art. 174 c. 4 Cost. prescrive il principio del matrimonio civile preliminare; che la libertà di religione e coscienza non può essere interpretata in senso contrario alla legge di riforma testé citata; che la previsione del codice penale contestata è diretta a prevenire attitudini e comportamenti contrari alle legge di riforma citata, con cui le donne turche sono state portate al livello della civilizzazione contemporanea e con cui è stato adottato il principio del matrimonio civile propedeutico per la protezione delle donne e della famiglia e per proteggere l'ordinamento laico di questo Paese; che la Corte costituzionale si è già espressa in merito alla costituzionalità di questi articoli del codice penale, respingendo l'eccezione d'incostituzionalità; che questi articoli del codice penale in nessun modo violano la libertà religiosa o di coscienza di nessuno, ed interpretarli come se invece lo facessero è un'inaccettabile violazione della Costituzione stessa [...] Per tutte queste ragioni, secondo noi gli articoli del codice penale contestati non sono affatto incostituzionali, e la relativa eccezione d'incostituzionalità andrebbe nuovamente rigettata».

#### 4.2. – La seconda *dissenting opinion*

Una posizione egualmente contraria alla decisione d'incostituzionalità, seppur autonoma, è assunta dal Giudice Paksüt.

Egli sottolinea come l'introduzione del Codice civile turco sia uno degli elementi essenziali per la presenza della Turchia nel novero delle Nazioni moderne, perché ad esso si debbono l'eguaglianza fra uomini e donne, l'abrogazione del matrimonio poligamico e l'introduzione del matrimonio civile preliminare obbligatorio, con sanzioni penalmente rilevanti per i trasgressori.

---

<sup>68</sup> *Ibidem*.

Egli ricorda come l'incostituzionalità di queste sanzioni penali fosse stata già eccepita, e come la Corte costituzionale si fosse espressa respingendola all'unanimità.

«Ora - dice il Giudice - la si vuole al contrario accettare affermando che, peraltro nello spazio di pochissimi anni, sia cambiata la percezione nel nostro popolo del valore dei diritti umani da tutelare. Una vasta maggioranza del nostro popolo riesce ad unire perfettamente le necessità di una moderna vita laica con i precetti della religione e, quando vuole contrarre matrimonio, non ha problemi nel rispettare il principio del matrimonio civile preliminare obbligatorio. La norma penale non punisce chi abbia contratto un matrimonio religioso, ma vuole assicurarsi, a tutela e garanzia in primo luogo della moglie e degli eventuali figli, che la cerimonia religiosa con tutti gli obblighi da essa nascenti si svolga solo dopo quella civile».

«Dal punto di vista sociologico, sulla base dei dati per il 2011 dell'Istituto turco di Statistica, la percentuale complessiva di coppie sposate religiosamente e civilmente è del 93,7%. La percentuale delle coppie sposate solo civilmente è del 3,3%, e di quelle sposate solo religiosamente è del 3%, e la distribuzione geografica di questi matrimoni mostra che la maggior percentuale di quelli solo religiosi si trova nell'Anatolia sudorientale (l'8,3%), e quella minore nella regione Marmara occidentale (0,9%)<sup>69</sup>, ed anche altre ricerche statistico-sociologiche mostrano risultati analoghi e simili, mostrando come il matrimonio basato sull'eguaglianza fra uomini e donne sia uno dei principi basilari dell'ordine sociale, ovvero il matrimonio civile secondo il Codice civile».

«L'art. 2 della Costituzione stabilisce che la Turchia sia uno Stato di diritto, democratico, laico e sociale, l'art. 5 Cost. enumera i fondamentali obiettivi e doveri dello Stato, l'art. 10 Cost. regola il principio d'eguaglianza, l'art. 17 Cost. il diritto all'integrità fisica e spirituale dell'individuo, l'art. 41 Cost. la protezione della famiglia e della prole».

---

<sup>69</sup> *Bollettino dell'Istituto turco di Statistica*, vol. n. 13662, 12/13-5-2013, [www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do%3Fid%3D13662](http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do%3Fid%3D13662).

Egli continua sottolineando che le prime due frasi del secondo comma, aggiunto nel 2004<sup>70</sup> all'art. 10 Cost., dove si garantisce il principio d'eguaglianza, precisano: «Donne e uomini hanno eguali diritti. Lo Stato è tenuto ad assicurare l'attuazione pratica di quest'eguaglianza», e la terza frase, aggiunta nel 2010<sup>71</sup>, ribadisce: «Le misure prese a questo scopo non debbono essere interpretate in senso contrario al principio d'eguaglianza».

Su queste basi, continua la *dissenting opinion*, «poiché la normativa penale contestata protegge in primo luogo appunto le donne, è evidente che la sua dichiarazione d'incostituzionalità viola tutte queste altre disposizioni costituzionali. Queste sanzioni penali, inoltre, non possono essere viste come un'interferenza sproporzionata ai diritti fondamentali previsti dagli artt. 20 e 24. Un'interferenza è relativa solo alla successione temporale di alcune cerimonie religiose, non vietandole né imponendole, ed è comunque basata su fondate ragioni. Come vediamo dai dati dell'Istituto di Statistica, l'immensa maggioranza del nostro popolo ha obbedito all'obbligo del matrimonio civile propedeutico senza con ciò venir meno alle proprie responsabilità religiose, tant'è vero che non c'è una significativa domanda sociale diretta agli Organi Legislativi affinché provvedano ad abrogare le disposizioni penali contestate. Vediamo che i problemi con queste disposizioni sussistono solo per chi prova ad eludere le responsabilità legali nascenti dal matrimonio, e vuole usare la forza morale della religione per persuadere il/la partner, specialmente se persona religiosa, a vivere senza una forma legale di matrimonio, cioè violando la legge. È evidente che questo non è un legittimo interesse da proteggere nell'ambito dei diritti alla libertà personale o religiosa».

## 5. – Conclusioni

Al termine dell'analisi dell'itinerario giuridico-evolutivo che ha condotto la Corte costituzionale turca alla sentenza del 27 maggio 2015, s'impone una riflessione conclusiva, alla luce della divaricazione emergente tra i Paesi che hanno eliminato detto divieto e la Turchia, specificamente rispetto alla *ratio* di questa eliminazione.

---

<sup>70</sup> Legge n. 5170 del 7-5-2004.

<sup>71</sup> Legge n. 5982 del 7-5-2010.

Tanto in Germania che in Austria, quanto in Turchia, l'introduzione del divieto, penalmente sanzionato, del matrimonio religioso precedente quello civile rispondeva, come sopra evidenziato, ad una volontà del legislatore di laicizzazione, per così dire a tappe forzate, l'ordinamento e la società, contro le pretese di primazia della Chiesa cattolica e di quella evangelica in Germania ed Austria, contro l'Islam in Turchia.

Orbene, è evidente che mentre in Germania ed in Austria la sanzione penale sia stata eliminata a seguito della constatazione d'un ormai raggiunto livello di laicizzazione della società, tale da rendere per così dire pleonastico un divieto che risaliva, nella sua più compiuta articolazione, al *Kulturkampf*, altrettanto non può dirsi per la Turchia, dove l'eliminazione della sanzione penale non trova certo fondamento nella constatazione d'una ormai raggiunta laicizzazione dell'ordinamento e della società.

L'eliminazione della sanzione penale da parte della Corte costituzionale turca, al contrario, pare andare proprio nel verso opposto, ovvero quello di un "attacco" alla laicità.

Se, infatti, si legge l'attuale *revirement* unitamente a quello già compiuto dalla Corte costituzionale con la sentenza del 25 giugno 2014, n. 256, quando ha ammesso la possibilità di indossare il velo islamico nei tribunali<sup>72</sup>, sembra evidente l'orientamento di andare verso un crescente *apaisement* della laicità, ossia di quel valore che rappresenta uno degli architravi della forma di Stato turca.

Per tutto quanto sopra, in risposta all'interrogativo posto all'inizio di questo lavoro, il *revirement* attuato con la sentenza del 27 maggio 2015, essendo andato ad incidere sull'effettività d'uno dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale turco, sembra rappresentare più un mutamento "del" anziché "nel" sistema costituzionale turco.

Se così è, la china intrapresa dalla Turchia, governata ormai dal 2002 da una maggioranza d'ispirazione islamica, appare meritevole d'attenzione, e deve far

---

<sup>72</sup> F. Fede, *Vevo islamico e laicità dello Stato: orientamento consolidato tedesco e recente revirement turco*, in *Diritto e Religioni*, 2014, 152 ss.

riflettere soprattutto alla luce della sua richiesta d'ingresso nell'Unione Europea<sup>73</sup> ove, invece, la laicità costituisce ormai un principio cardine della forma di Stato. Per noi europei, infatti «l'universalismo della laicità [...] pare sopportabile perché detta regole di garanzia per tutti, dunque anche per i musulmani»<sup>74</sup>, mentre «lo stesso non si può dire per la concezione islamica, che non si limita a proclamare l'universalità della religione, ma profetizza interi modelli di vita, globali, di carattere culturale e giuridico, che s'impongono perché benedetti dalla sanzione divina»<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> G.F. Ferrari, *'Civil law' e 'common law': aspetti pubblicistici*, in P. Carrozza – A. Di Giovine – G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 668. V. anche C. Cardia, *Le sfide della laicità, Etica, multiculturalismo, Islam*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2007.

<sup>74</sup> G. Guidi, *Islam. La comunità dei musulmani*, *cit.*, posizione kindle n. 287.

<sup>75</sup> *Ibidem*, n. 916.





ISSN 2037-6677

2016/2

**Democrazia, violenza e movimenti rivoluzionari nel  
Global South**

**Democracy, violence and revolutionary movements in  
the Global South**

P. Viola

## Abstract

The essay, starting by the J-F. Lyotard's logic of postmodernity and paradox, claims about the ability of non-occidentals democratic models to ensure institutional order in revolutionary contexts. From a diachronic comparison of Naxality revolutionary movements in India, the article highlights that argue about violence in a democracy is not a logical contradiction, but a realization of the "Institutional tragic optimism".

Tag : revolutionary movements, India, democracy, violence, Global South



## Democrazia, violenza e movimenti rivoluzionari nel Global South<sup>1</sup>

di Pasquale Viola

SOMMARIO: 1 – La frammentarietà come ordine di stabilità. 2 – La non-rivoluzione permanente indiana. 3 – L’ottimismo tragico dello stato: il disordine come prova della stabilità

### 1. – La frammentarietà come ordine di stabilità

Intendere lo Stato come un assetto istituzionale dotato di potestà d’imperio sui soggetti che vivono in un determinato territorio, impone una riflessione preliminare sull’interpretazione dell’istituzionalizzazione e monopolizzazione della forza<sup>2</sup>.

Sul finire del diciannovesimo secolo, Georges Sorel lamentava l’utilizzo indiscriminato dei termini forza e violenza per descrivere le azioni dell’autorità e dei rivoltosi, rilevando che il ricorso alla forza ha come oggetto l’imposizione – da parte

---

<sup>1</sup> Il lavoro che qui si presenta nasce dalla sollecitazione teorica costituita dal libro di N. Chandhoke, *Democracy and Revolutionary Politics*, Bloomsbury, London-New York, 2015. Avendo il testo una matrice di filosofia politica, alcuni concetti appariranno in parte eccentrici rispetto alle consuete analisi del Diritto pubblico comparato. Non va trascurato, inoltre, che il concetto di violenza politica, attorno a cui ruota il testo esaminato, è manifestazione di un pensiero rivoluzionario che si fonda su basi essenzialmente meta-giuridiche.

<sup>2</sup> Per un profilo comparato del Diritto costituzionale vd., fra gli altri, P. Carrozza, A. Di Giovine e G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014. Per una ricostruzione in chiave teorica del rapporto fra diritto e forza vd. G. Limone, *Il diritto della forza, la forza del diritto*, in Id. (a cura di), *L’era di Antigone*, n. 7, FrancoAngeli, Milano, 2013.

dell'ordine costituito – di un impianto istituzionale e sociale; mentre l'atto violento implica un'opposizione che mira alla distruzione di quest'ordine<sup>3</sup>. Siffatta classificazione, lineare se analizzata in un'ottica vetero-illuminista, cede il passo al pragmatismo e alla frammentarietà della postmodernità. Jean-François Lyotard, in un suo scritto del 1979<sup>4</sup>, già definiva la scienza postmoderna come ricerca della instabilità. In quest'ordine d'idee è necessario, affinché si possa legittimare argomentando, rispondere alla logica per la quale il paradosso afferma.

Per tali ragioni, autorevoli studiosi occidentali hanno colto la capacità euristica di alcuni modelli democratici altri che, a uno sguardo superficiale, appaiono distopici<sup>5</sup>. Non appaia illogico, quindi, ritenere che il verificarsi di azioni rivoluzionarie, ontologicamente violente, dimostri a contrario la solidità di un ordine istituzionale democratico. Il rapporto problematico – ma non antitetico – fra violenza e democrazia è efficacemente illustrato dalla politologa indiana Neera Chandoke nel libro *Democracy and Revolutionary Politics*, nel quale sottolinea che il ricorso alla violenza per fare politica è divenuto una prassi in paesi come l'India<sup>6</sup>. Per comprendere a pieno la portata di questa affermazione, è necessario ricostruire un profilo teorico del ricorso alla violenza rivoluzionaria, partendo da un'indagine pragmatica globale in chiave diacronica. È possibile sin d'ora porre un doppio parallelo: il primo, tra il risveglio politico nordafricano e quello europeo post-sovietico; il secondo, fra le spinte independentiste degli stati appartenenti all'ex URSS e le istanze rivoluzionarie – nonché independentiste – del global south. Tali eventi (si pensi, a titolo esemplificativo, al Movimento Antimonarchico nepalese del 2006, alla c.d. “Primavera araba”, ai maoisti del *red corridor* indiano, alla nuova fase della Guerra civile afghana) permettono di tracciare dei profili comuni. Il primo profilo attiene alle cause, individuabili nella persistente ingiustizia, nello

<sup>3</sup> G. Sorel, *Scritti politici*, UTET, Torino, 2006.

<sup>4</sup> J-F. Lyotard, *La condition postmoderne*, Les Editions de Minuit, Paris, 1979, pubblicato in Italia col titolo *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, traduzione di Carlo Formenti, Feltrinelli, Milano, 1981.

<sup>5</sup> Sul punto si veda D. Amirante, “Altre” democrazie. Problemi e prospettive del consolidamento democratico nel sub-continente indiano, FrancoAngeli, Milano, 2010; Id., *Lo stato multiculturalale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bononia University Press, Bologna, 2014; Id., *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”*, in “Diritto Pubblico Comparato ed Europeo”, XVII(2015), n.1, pp. 1-45.

<sup>6</sup> S. Motta-A. Nielsen, *Social Movements in the Global South. Dispossession, Development and Resistance*, Palgrave Macmillan UK, London, 2011; N. Chandoke, *Democracy and Revolutionary Politics*, cit., p. 26 ss.

sfruttamento, nell'oppressione e nella negazione dei diritti civili e politici; il secondo, invece, al rapporto fra società civile e democrazia. In tutte le realtà qui richiamate la società civile, preconditione necessaria alla democrazia, soffre dell'eccessivo arbitrio dell'*élite* nell'esercitare il potere; arbitrio che genera, nelle classi vessate da tale esercizio, una naturale esplosione di «politica in forme violente, in altre parole violenza politica»<sup>7</sup>.

Il sintagma *political violence*, però, investendo fenomeni reali complessi e persino contraddittori, non ammette una definizione decisiva. Esso può riferirsi sia alle azioni che non sono rivolte specificamente a delegittimare un potere costituito, sia, viceversa, a quelle che intendono sovvertirlo. Solo in quest'ultimo caso, la generica *political violence* diviene atto rivoluzionario. Appare chiaro, qui, che il nucleo di una teoria politica della violenza rivoluzionaria insiste sulla possibile giustificazione del ricorso ad essa e sui criteri da adottare per considerarla un modo prudente di fare politica in una democrazia.

Da un'indagine empirica del rapporto democrazia/violenza emergono esempi di organizzazioni ontologicamente inclusive pervase da nuclei retti su logiche esclusive. L'India, trovando nella contraddizione la preconditione per una democrazia equa, rappresenta una testimonianza critica che mette in discussione le strutture dogmatiche dei giuristi occidentali<sup>8</sup>.

Tuttavia, non tutte le espressioni della forza sono manifestazioni di violenza e non tutte le espressioni violente sono manifestazione di un agire politico. Infatti, gli atti violenti non rappresentano singole istanze astratte e fuori da un contesto storico ma realizzano, invece, un disegno pratico delle aspirazioni di una comunità che, in un contesto democratico, è almeno indice di una sacca di dissenso. Pertanto, anche se tutte le categorie della violenza possono apparire politiche perché sostanziano atti

---

<sup>7</sup> Ivi, p. 3.

<sup>8</sup> L'assuefazione del popolo indiano alla contraddizione è riassunta dal pensiero dell'antropologo Akhil Gupta, il quale sostiene che il subcontinente indiano sia l'esempio di una violenza anomala e paradossale, ove la maggioranza degli indiani, ridotta a uno stato di povertà disumana, rimane inattiva e inerme dinanzi alla proclamazione e all'inefficacia di pleorici programmi politici anti-povertà. Tutte le manifestazioni di violenza che giacciono sullo sfondo del paradosso indiano – scrive Gupta – sono da considerarsi un *crime without a criminal*. Per un approfondimento sul tema vedi: A. Gupta, *Postcolonial Developments: Agriculture in the Making of Modern India*, Duke University Press, Durham, 1998; Id., *Red Tape: Bureaucracy, Structural Violence, and Poverty in India*, Duke University Press, Durham, 2012; Id.-K. Sivaramakrishnan, *The State in India after Liberalization. Interdisciplinary Perspectives*, Routledge, London, 2011.

di potere, subordinazione e affermazione di dominio, essa può dirsi politica solo se presenta tre determinate caratteristiche, prima fra tutte l'organizzazione. A tal fine, è necessario distinguere la mera rivolta – che pur sempre realizza atti violenti – dall'utilizzo politico della violenza, che si manifesta mediante un'organizzazione e una coordinazione puntuali. Ulteriori caratteristiche affinché si assuma l'attributo “politico” sono la completa autonomia dal potere pubblico e la forte connotazione ideologica dei gruppi ai quali appartengono i soggetti agenti.

Organizzazione, autonomia e connotazione ideologica sono, quindi, gli elementi che distinguono la violenza politica da altre espressioni violente. Essa, inoltre, è caratterizzata da una serie di obiettivi: appagare un universale diritto all'equità, imporre all'ordine costituito di adottare *positive actions* per benefici collettivi (utilizzo strategico), realizzare un *opting out* da un ordinamento di cui non si riconosce la sovranità interna, sostituire uno stato incapace di istituzionalizzare le precondizioni di giustizia per i consociati più vulnerabili. Si aggiunge, così, un ulteriore campo semantico alla definizione del concetto di “violenza rivoluzionaria”. *Ma* qual è il reale carico semantico della parola violenza? Come si evince dal noto apologo scritto da Lewis Carroll in *Alice nel paese delle meraviglie*<sup>9</sup>, le parole hanno il significato che il potere intende attribuire loro. Pertanto, a prescindere dalle ambiguità, il termine in esame ha molti volti che, ciononostante, non incidono sulla caratteristica peculiare di contenere un ampio spettro emotivo; e questa ambiguità semantica mista a carico emotivo influisce – come scrive Hanna Arendt – sulla capacità di distinzione fra vocaboli come potenza, potere, forza, autorità e violenza<sup>10</sup>.

Nell'interpretazione di un termine come violenza, caratterizzato da una forte carica emotiva e da un'indubbia capacità estensiva semantica, si corre il rischio di ricomprendervi significati del tutto eccentrici rispetto al nucleo di significato originale. Una nozione eccessivamente ampia attraverserebbe settori scientifici

---

<sup>9</sup> «Bisogna vedere» disse Humpty Dumpty «chi è che comanda... è tutto qua» ... «Bel carico di significati per una parola sola» disse Alice in tono pericoloso. Lewis Carroll, *Le avventure di Alice nel paese delle meraviglie. Attraverso lo specchio*, traduzione di Masolino d'Amico, Mondadori, Milano, 2014, p. 223. Per una prospettiva politologica e giuridica del predetto brano si vedano i “profili della contraddizione” in G. Limone, *Che cos'è il giuspersonalismo? Il diritto di esistere come fondamento dell'esistere del diritto*, Monduzzi Editoriale, Milano, 2015.

<sup>10</sup> Occorre quantomeno distinguere la violenza dal potere, poiché solo quest'ultimo esercita una forza persuasiva morale che non si riscontra negli effetti dell'atto violento. Sui concetti di autorità e potere vedi H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983.

differenti per contenuto e oggetto di analisi, donandole persino una carica assiologica. Infatti, nella prospettiva semantica è possibile che la sovra-estensione di un termine porti alla sua implosione. Per le suesposte ragioni, una coerente concezione politica della violenza deve essere ristretta. Per far ciò, è possibile procedere attraverso cinque approssimazioni: la prima, in cui la violenza è da considerarsi un atto sociale che stabilisce una relazione di dominio fra più soggetti; la seconda, che ritiene genericamente sussumibile l'atto di forza al concetto di violenza; la terza, che riguarda il piano teleologico, per la quale è necessaria un'offesa e un danno; la quarta, che investe la responsabilità del soggetto agente che ha commesso un atto violento e la possibilità di poter muovere un rimprovero allo stesso; il quinto e ultimo passo, in cui vi è traccia dei precedenti quattro, che permette la distinzione fra vari tipi di violenza combinando i diversi elementi descritti (*determinate agents, intention, use of force, harm and moral responsibility*).

Da questo intreccio di coordinate emerge una definizione chiara di violenza politica, intesa come atti di forza intenzionali compiuti col fine di imporre cambiamenti strutturali allo stato o influenzare le scelte politiche, distinguendosi, così, in modo netto dalla violenza rivoluzionaria, poiché quest'ultima è rappresentazione di atti violenti tesi alla delegittimazione e distruzione dell'ordine istituzionale statale allo scopo di crearne uno nuovo modellato sui principi ispiratori della rivoluzione<sup>11</sup>.

Data la definizione, si manifesta istintivamente una domanda: la violenza rivoluzionaria può essere giustificata?<sup>12</sup> Il quesito, a prima vista generico, nasconde un senso preciso: atti di coercizione fisica e lotta armata, che trovano il loro presupposto nella negazione della legittimità di uno stato e che mirano a sostituire lo

<sup>11</sup> N. Chandhoke, *Democracy and Revolutionary politics*, cit.

<sup>12</sup> Sulle giustificazioni del ricorso alla violenza vedi H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, cit. Molto acuta, qui, la critica ai teorici della rivoluzione che hanno col tempo espunto la parola "libertà" dai loro dibattiti. Sul punto P.A. scrive: «Sotto l'assalto combinato delle moderne "scienze" dissacranti, la psicologia e la sociologia, nulla infatti sembra essere stato più definitivamente sepolto quanto il concetto di libertà. Persino i rivoluzionari – che dovremmo ritenere fermamente e anzi inesorabilmente ancorati a una tradizione che difficilmente potrebbe esprimersi, e ancor meno avere un senso, senza la nozione di libertà – sarebbero pronti a degradare la libertà al rango di un pregiudizio piccolo borghese piuttosto che ammettere che lo scopo della rivoluzione era, ed è sempre stato, la libertà. Tuttavia, se si resta sorpresi nel vedere come la parola stessa di libertà abbia potuto sparire dal linguaggio rivoluzionario, è forse meno sconcertante osservare come in questi ultimi anni l'idea di libertà si sia imposta proprio al centro del più grave fra tutti gli attuali dibattiti politici, la discussione sulla guerra e su un uso giustificabile della violenza» (p.3).

stato delegittimato con uno più equo, possono essere giustificati? È necessaria, qui, una duplice considerazione che investe l'aspetto morale e quello pratico. Circa l'aspetto morale, pur non esistendo termini di paragone atti a definire principi etici, la giustificazione affonda in una valutazione assiologica personale non determinabile. In termini pratici, invece, non si può non fare riferimento ai contesti in cui si sviluppano istinti rivoluzionari. Nello specifico, una prima forma di giustificazione può essere data dagli obiettivi o, detto in altri termini, dalla volontà di creare un ordine sociale basato sull'equità e sul rispetto della dignità dei singoli. Tuttavia, come per ogni fattispecie a formazione progressiva non schematizzabile in una procedura, non è possibile tracciare un percorso unitario che porti alla realizzazione di un pensiero astratto<sup>13</sup>. Altra forma di giustificazione della violenza rivoluzionaria è la legittima difesa, riconosciuta come diritto inalienabile del singolo individuo, mediante la quale è possibile ricorrere ad atti di violenza per difendere la propria incolumità da un pericolo imminente. Questo diritto può essere declinato al plurale e investire, quindi, un'intera collettività. Cosa accade, però, se lo stato, anziché tentare di risolvere i problemi sociali, resta inattivo, favorendo la stagnazione? La risposta a questa domanda è argomentabile, poiché le azioni rivoluzionarie violente devono tendere alla delegittimazione e non alla mera esortazione all'intervento. Per tale ragione, il diritto di autodifesa non è declinabile al plurale e, quindi, invocabile da una collettività o da un gruppo etnico.

Ulteriore possibile giustificazione del ricorso alla violenza è data dalla violazione del mandato che gli individui, in origine, concedono al sovrano affinché si superi il c.d. stato di natura hobbesiano. Questa condizione è descritta anche nel Mahabharata, in cui si delinea una definizione di *dharmā* inteso sia come limite che come mandato al potere. Le regole del *dharmā*, infatti, sono anche regole che limitano il potere, affinché quest'ultimo possa proteggere i consociati senza paura e favoritismi<sup>14</sup>. In tal caso, uno stato che non assicuri la protezione dei singoli si

---

<sup>13</sup> N. Chandhoke, *Democracy and Revolutionary Politics*, cit., p. 97. Scrive l'Autrice: «we just do not know. We have no way of knowing whether route V (violence) will lead to a preferred goal U (Utopia)». Per una critica allo storicismo vedi il fondamentale K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, 2 Voll., Armando Editore, Roma, 1973.

<sup>14</sup> C. Badrinath, *Dharma, India and the World Order. Twenty-one essays*, Pahl Rugenstein and Saint Andrew Press, Bonn-Edimburgo, 1993, p. 63 ss.

espone al rischio di una delegittimazione violenta giustificata dal mancato rispetto del patto con i consociati.

Infine, anche l'assenza di giustizia democratica può giustificare il ricorso alla violenza rivoluzionaria. Fini della democrazia, infatti, sono una redistribuzione equa dei beni fra i consociati, il diritto a partecipare alla vita politica e la possibilità di manifestare il dissenso. Nei casi – come li definisce Chandhoke – di *triple injustice*, ovvero casi di *sfruttamento*, *discriminazione* e *ingiustizia sociale*, la violenza rivoluzionaria appare comprensibile in quanto lo stato infrange permanentemente i principi democratici di base<sup>15</sup>.

La realtà storica ci ha consegnato un quadro alquanto frammentario della rivoluzione, che ha come denominatore comune solo la diversità o, detto in altri termini, le diverse condizioni di vita degli attori rivoluzionari rispetto al potere costituito. Un orizzonte, quello rivoluzionario, altamente complesso in ragione dei diversi fattori che lo compongono. Per evidenziare l'ontologica frammentarietà classificatoria basti pensare che spesso si collocano nello stesso ordine concettuale la Rivoluzione puritana in Inghilterra, la Rivoluzione francese e la Guerra civile americana, le lotte di classe e le rivoluzioni industriali del diciannovesimo secolo in Germania e Giappone, nonché le “rivoluzioni dal basso” di Cina e Russia. In quest'ordine classificatorio rientra anche l'India, pur rappresentando un'eccezione. Infatti, come evidenziato da B. jr Moore, l'India è l'unico paese in cui, nonostante la presenza di tutte le precondizioni necessarie, la rivoluzione non si è verificata<sup>16</sup>, poiché dall'impatto del colonialismo sono risultati una borghesia esile e una massa rurale ampia e conservatrice.

La violenza, sia essa espressione singolare o di un gruppo organizzato, non è facile da contenere e spesso traduce presupposti di equità e uguaglianza in logiche esclusive discriminatorie. Muovendo da tale assunto, la sostituzione di un ordine statale ritenuto illegittimo può essere analizzato da una duplice prospettiva: da un lato, i rivoluzionari che – come evidenziato in precedenza – ricorrono a qualsiasi azione sovversiva perché non riconoscono il procedimento democratico come legittimo; dall'altro, lo Stato che, mediante una legislazione draconiana, sospende le

<sup>15</sup> N. Chandhoke, *Democracy and Revolutionary Politics*, cit., p. 115 ss.

<sup>16</sup> B. jr Moore, *Le origini sociali della dittatura e della democrazia. Proprietari e contadini nella formazione del mondo moderno*, Einaudi, Torino, 1996.

libertà civili, fino a negare i diritti fondamentali dei consociati attraverso l'uso della carcerazione preventiva e della tortura. Il ricorso ad atti violenti è prassi in entrambe le prospettive, poiché tanto la violenza statale, così come quella rivoluzionaria, provocano danni su vasta scala. Di questa prospettiva bifronte, la “non-rivoluzione permanente indiana” è chiaro esempio.

## 2. – La non-rivoluzione permanente indiana

Gli storici sono concordi nell'affermare che il 5 luglio 1967, con un editoriale apparso sul People's Daily, giornale ufficiale del Partito Comunista Cinese, si aprì la prima fase rivoluzionaria indiana. Il giornale, con toni trionfali, proclamava che «un tuono di primavera si è schiantato sull'India ... e una grande tempesta di lotta armata rivoluzionaria dilagherà in tutto il paese»<sup>17</sup>. Già dal 1964 il Partito Comunista Indiano, basando il proprio programma su una giustizia redistributiva equa, raccoglieva consensi fra le classi vessate dalla *triple injustice*. Il PCI e il CPIM – quest'ultimo nato da una scissione col Partito Comunista Indiano attuata su presupposti ideologici che non ne hanno intaccato la matrice marxista – intrapresero un processo democratico e riformista. A imboccare la strada della violenza rivoluzionaria fu, però, il movimento c.d. Naxaliti (il termine deriva dal villaggio di Naxalbari, nello Stato del Bengala Occidentale), guidato da Charu Majumdar. Nel 1967 Majumdar fu il punto di riferimento per le sommosse scoppiate nel Naxalbari, in Phansidewa e in Kharibary. Queste regioni erano note per le piantagioni di tè create dai Britannici e gestite con continuità anche dopo l'indipendenza. Il problema sociale investiva i singoli braccianti provenienti dalle zone tribali di Jharkand e del Madhya Pradesh, in quanto la loro situazione sostanziale di servi della gleba era rimasta immutata anche dopo l'indipendenza. Il sottoproletariato indiano, motivato alla lotta armata contro i capitalisti da Majumdar, divenne precursore dell'esercito di liberazione popolare. Per Majumdar, infatti, era necessario annichilire i padroni capitalisti e inaffiare col loro sangue i campi, palcoscenico dello sfruttamento

---

<sup>17</sup> N. Chandhoke, *Democracy and Revolutionary Politics*, cit., p. 74.

perpetrato; ed è proprio la “ritualità dello spargimento di sangue” a definire la transizione dalla fase pre-rivoluzionaria a quella rivoluzionaria<sup>18</sup>.

Negli stessi anni si assistette, nel contesto globale, a uno spirito che in alcuni tratti si manifestò come rivoluzionario e non meramente rivoltoso o riformista. Esempio di questa “globalizzazione rivoluzionaria” furono il ‘68 in Francia, la contestazione statunitense contro l’intervento in Vietnam e la scia più o meno concreta di tali movimenti in Italia e nei paesi dell’Est-Europa. Non solo in India, ma anche in Europa e negli Stati Uniti le teorie marxista/leninista e maoista andarono ben oltre il semplice profilo teorico, concretizzandosi in vere e proprie azioni rivoluzionarie violente che videro come attori principali gli studenti e i lavoratori, impegnati affinché si riconoscesse loro maggiore potere politico.

Nel subcontinente indiano, invece, il passaggio dalla fase pre-rivoluzionaria a quella rivoluzionaria avvenne col fine di demolire il vecchio *establishment*, impostato su una logica semi-feudale e semi-coloniale. Gli atti demolitori portarono ad atti di guerriglia, all’uccisione di coloro che venivano considerati padroni/sfruttatori e all’occupazione delle terre. Tuttavia, pur appagando questioni contingenti, la rivoluzione non riuscì a sovvertire l’ordine costituito, risolvendosi in un insieme di singoli atti di giustizia sociale, senza riuscire a creare le condizioni necessarie affinché si garantissero i diritti fondamentali, la dignità, la libertà, l’equità e la giustizia in un complesso organizzato istituzionalmente. In questa situazione, i Naxaliti realizzarono solo politiche di protesta e, nonostante i sacrifici di alcuni, gli istinti di potere di pochi frammentarono il movimento. L’idea rivoluzionaria dei Naxaliti, pur se fallita in principio, ancora oggi continua a sedurre sacche di popolazione delle zone rurali, soprattutto negli stati dell’Andra Pradesh e del Chattisgarh.

Dal settembre 2004, la nuova fase maoista ha investito l’India, con la ricomposizione del frammentato Partito Comunista Indiano (composto da 40.000 attivisti) e l’istituzione della People Liberation Guerriglia, milizia che conta circa 9.000 *fighters*. Ad oggi, rappresentanti di un numero elevato di individui, i maoisti si pongono un duplice obiettivo: innescare lotte armate in zone estremamente povere

---

<sup>18</sup> G. Haragopal, *The Maoist Movement and the Indian State: Mediating Peace*, Socio-Leagal Review, VIII (2012), n. 2, pp. 113-144.

e rovesciare lo Stato indiano per instaurare una democrazia popolare. Dal canto suo, lo Stato indiano prova tuttora, attraverso l'uso della forza coercitiva e delle *affirmative actions*, a stroncare la relazione povertà-maoismo per prosciugare l'apporto umano alle guerriglie rivoluzionarie<sup>19</sup>.

In sintesi, i Naxaliti, emblemi della saga rivoluzionaria Indiana, hanno vissuto tre distinte fasi. Nella prima fase si è realizzata una *rivoluzione romantica*; nella seconda, per il dispendio di energia e la poca chiarezza degli obiettivi, si è assistito a una frammentazione del movimento; nella terza fase – quella contemporanea – si assiste a una ricomposizione delle fazioni nate dalla frammentazione e ad un indefinito quanto ampio obiettivo che si è concretizzato in una vera e propria dichiarazione di guerra allo Stato indiano.

Dall'analisi delle circostanze descritte, paragonando le zone dell'India occupate dai maoisti allo stato hobbesiano, si rileva l'esistenza di una zona grigia delle politiche rivoluzionarie a metà fra il raggiungimento di un'utopia e le vessazioni a danno della popolazione. In questi contesti, caratterizzati dalla *triplice ingiustizia*, il primo passo è reclamare l'autonomia dal Governo – come nel caso dei Naxaliti in Bihar – per realizzare un ordine nuovo ed equo che ha come preconditione un ritrovato *self-respect* che si acquista solo con una pratica violenta a discapito dell'*establishment*.

Il Governo centrale, simbolo del potere costituito occupa, nell'ottica rivoluzionaria, il posto che durante il Colonialismo era dei colonizzatori. Appaiono, quindi, attuali le considerazioni di Frantz Fanon anche se traslate in epoche storiche caratterizzate da diverse contingenze, ma aventi la medesima radice rivoluzionaria. Fanon, intellettuale schieratosi col Fronte di Liberazione Nazionale algerino e influenzato dall'esistenzialismo francese del secondo dopoguerra, nonché da autori come Marx, Hegel, Jean-Paul Sartre e dalla fenomenologia di Merleau-Ponty, ha intuito che le *revolutionary politics* realizzano un legittimo desiderio di rivalsa quando le

---

<sup>19</sup> Si pensi alle ritorsioni commesse da parte dell'esercito regolare indiano nel *red corridor* del nord-est indiano e in Kashmir, perché ritenuti roccaforti dei maoisti. Per un approfondimento sul tema: G. Haragopal, *The Maoist Movement and the Indian State: Mediating Peace*, cit.

classi sociali detentrici del potere politico non manifestano compassione, solidarietà, pietà, carità e riducono i diritti umani a un mero insieme di parole<sup>20</sup>.

Lo scenario appena mostrato descrive quanto accaduto in Cina, Cuba e Guinea Bissau con l'apporto teorico, rispettivamente, di Mao Zedong, Ernesto Guevara de la Serna e Amilcar Cabral. Va evidenziato, però, che in questi casi l'aspetto politico è prevalso sul fine, che la guerriglia è stata contenuta nell'azione complessa rivoluzionaria e che il successo è scaturito dalla coesione della popolazione mossa dal "senso comune" gramsciano<sup>21</sup>. In questo orizzonte, infatti, la mobilitazione politica non si esaurisce in un mero indottrinamento, ma in una spinta interiore dei singoli all'associazionismo e al volontarismo. Ciò detto, partendo dall'endiadi "rivoluzione politica", possiamo avere due situazioni di fatto: da un lato, la prevalenza dell'aspetto politico su quello violento; dall'altro, un primato della violenza sul politico. Nell'esperienza maoista indiana è riscontrabile solo quest'ultimo caso<sup>22</sup>.

Il rapporto fra maoisti e indiani non lascia spazio all'autodeterminazione dei singoli, basando la sua legittimazione sulla coercizione. A riprova di ciò, si possono tracciare i quattro punti contraddittori delle politiche maoiste: 1) un sedicente movimento di liberazione non rispetta la libertà dei singoli; 2) in tempi di democrazie e mercati competitivi non si può ipotizzare la *neutralità* di singoli centri autonomi; 3) è inibita la partecipazione politica dalla coercizione militare dello stato indiano; 4) i maoisti sembrano aver sottovalutato la forza militare e la legittimazione democratica dell'India. Si coglie, inoltre, con una certa ironia, un ulteriore aspetto: le iniziative proposte dai maoisti sono nient'altro che una pallida copia delle iniziative di sviluppo che lo stato indiano ha promosso in favore di altre realtà sociali che, anziché ricorrere alle armi, hanno intrapreso un processo politico-democratico.

L'esito, per quanto attiene al rapporto violenza/politica in un contesto rivoluzionario, appare chiaro, in quanto il ricorso alla violenza senza avere

---

<sup>20</sup> Per un approfondimento sul pensiero di Fanon vedi: F. Fanon, *Scritti politici. Per la rivoluzione africana. Vol. 1*, DeriveApprodi, Roma, 2006; Id., *Scritti politici. L'anno V della rivoluzione algerina. Vol. 2*, DeriveApprodi, Roma, 2007.

<sup>21</sup> Sul senso comune gramsciano e la critica a Bucharin vd. M. Filippini, *Una politica di massa. Antonio Gramsci e la rivoluzione della società*, Carocci, Roma, 2015.

<sup>22</sup> N. Chandhoke, *Democracy and Revolutionary Politics*, cit.

un'agenda concreta equivale a un modo *torpido* di fare politica in una compagine democratica<sup>23</sup>.

### 3. – L'ottimismo tragico dello stato: il disordine come prova della stabilità

Il percorso qui delineato, attraversando dapprima la definizione e la giustificazione della violenza rivoluzionaria per poi illustrarne le “ambiguità”, scopre un paradosso: nel momento in cui è possibile giustificare la violenza rivoluzionaria, in un contesto democratico le politiche rivoluzionarie (che includono anche il ricorso alla violenza) sono un modo imprudente e torpido di fare politica. Emergono, qui, quattro tesi sulla violenza politica. La politica rivoluzionaria è accettabile non solo quando le persone vivono in contesti di estrema povertà e discriminazione, ma quando è messo in crisi il principio cardine della democrazia, ossia l'equità intesa come giustizia del caso concreto. La prima tesi necessita, inoltre, di definire il senso di *contesto politico*. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla guerra di liberazione dell'Algeria, alla prima guerra indocinese, alla Guinea Bissau di Cabral, alla Rivoluzione cubana del 1958, al Mozambico, all'Angola, al Vietnam e alla Cina; in questi contesti si sono realizzate tutte le precondizioni necessarie che, partendo dal *sensu commune* delle popolazioni, hanno portato alla delegittimazione del potere costituito e all'attuazione – o, almeno, ai tentativi – dell'agenda politica rivoluzionaria. Riconoscendo nell'India una perenne candidata a una rivoluzione che mai si verificherà, la comparazione dei contesti appena descritti con quello attuale mette in luce che, in un ordine democratico *valido ed effettivo* come quello indiano, la lotta armata maoista si trasforma in mera *violenza senza politica*. Infatti, ad oggi non è chiaro come i maoisti intendano sviluppare la loro politica in India, in quanto le loro azioni si limitano alla mera vessazione e alla coercizione per acquisire consenso, senza alcun obiettivo sociale ed economico chiaro se non quello di delegittimare lo Stato indiano, senza persuadere la popolazione. Infatti, singole volontà mosse dalla medesima disperazione non formano il senso comune rivoluzionario che, come detto in precedenza, è ben altra cosa. Diverso, invece, l'esito in Nepal, dove i

---

<sup>23</sup> Ivi, p. 150.

maoisti hanno abbandonato le armi per entrare nel processo democratico e partecipare alle elezioni<sup>24</sup>.

La seconda tesi poggia sul rapporto politica/violenza. Il mandato della violenza rivoluzionaria si basa sul fine di trasformare una società ingiusta che nega la dignità dei consociati in una realtà più equa. Tuttavia, la violenza, giustificabile in radice, necessita della condivisione dei fini e di una prospettiva politica chiara e realizzabile che sappia tenere a freno gli impulsi violenti della natura umana.

La terza tesi investe il rapporto fra democrazia e giustizia o, detto da altra prospettiva, l'assenza di connessioni essenziali fra i preposti termini. Assenza di connessioni testimoniata dai contesti democratici che non rispettano il principio per il quale i beni debbono essere redistribuiti in modo da evitare sperequazioni. Eppure, siamo dinanzi a un ulteriore paradosso: il fine della rivoluzione coincide col presupposto del sistema democratico che si intende sovvertire.

Infine, con la quarta tesi, si chiude il cerchio riprendendo la questione introduttiva: come si colloca la violenza rivoluzionaria in uno spazio democratico? Invero, in questa tesi si precisa che la violenza rivoluzionaria non è inclusa in uno spazio democratico, ma coesiste con esso nel medesimo luogo geometrico e in spazi non sovrapponibili. Si instaura, quindi, un'equazione fra violenza e democrazia che, al restringersi del senso comune di giustizia, espande l'area della violenza rivoluzionaria. Tuttavia, la coesistenza dell'istituzionalizzazione della giustizia in contesti democratici e l'aspirazione all'equità rappresenta una necessaria manifestazione della contraddittorietà dell'essere umano. Infatti, riconoscendo che la politica rivoluzionaria è una variabile dipendente dal contesto e dai processi interpretativi singolari, ci si addentra nello spazio speculativo sulla natura umana<sup>25</sup>.

Tuttavia, l'agire rivoluzionario senza un'agenda realizzabile appare una soluzione troppo semplice per contesti culturali ad alto tasso di complessità. La

---

<sup>24</sup> T. Louisie Brown, *The Challenge to Democracy in Nepal. A political history*, Routledge, London-New York, 1996; M. Lawoti, *Looking Back, Looking Forward: Centralization, Multiple Conflicts, and Democratic State Building in Nepal*, East-West Center Washington, Washington, 2007.

<sup>25</sup> Sul punto N. Chandhoke scrive: «I am not suggesting that the institutionalization of justice will make violence go away. Violence ... is part of the human condition. The political trick is to make it stay on the margins and prevent it from occupying the space of democratic politics» (*Democracy and Revolutionary politics*, cit., p. 166). Per un'analisi uomo/rivoluzione vedi G. Lukács, *L'uomo e la rivoluzione*, Edizioni Punto Rosso, Milano, 2013 e, in particolare, il saggio del 1968 ivi contenuto *Le basi ontologiche del pensiero e dell'attività dell'uomo*, pp. 7-25.

violenza, appartenente alla sfera di contraddittorietà della natura umana, studiata attraverso la lente democratica traduce, in realtà, la *sofferenza della disuguaglianza*. Ad oggi, esempi di multiculturalismo si riconoscono un po' ovunque nel mondo, profilando l'ulteriore paradosso di una globalizzazione multiculturale. In quest'ordine d'idee, i movimenti rivoluzionari non possono essere più solo oggetto di un'analisi economica. La riflessione che si impone, quindi, è come – non se – la diversità possa coniugarsi con gli ordinamenti.

Emmanuel Mounier ha parlato di “ottimismo tragico” per indicarne l'insanabile contraddizione che lacera il profondo di ogni persona e che, nonostante la naturale inclinazione dell'uomo all'errore, gli fa intraprendere un cammino ascensionale verso la comunione personale<sup>26</sup>. Traslando questo assunto, ben si può parlare di “ottimismo tragico istituzionale”, laddove lo stato democratico vive una insanabile contraddizione tra uguaglianza e diversità, tra ordine e disordine, tra consenso e dissenso, tra prove di stabilità e tentativi rivoluzionari. L'insanabile contraddizione diviene l'opposto necessario di un necessario dualismo, poiché non vi è democrazia senza dissenso, sia esso manifestato in modo più o meno violento. E anche in questo “gioco dei paradossi”, l'esperienza indiana insegna che lo *State-Nation*<sup>27</sup> è il risultato, se non il prodotto istituzionale stabile, di una diversità culturale che unisce<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Emmanuel Mounier, *Il personalismo*, AVE, Roma, 2000; Id., *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Ecumenica Editrice, Bari, 1984. Per un approfondimento sul tema: G. Limone, *Tempo della persona e sapienza del possibile*, 2 Voll., ESI, Napoli, 1991.

<sup>27</sup> A. Stepan, J. Linz e Y. Yadav, *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies*, Johns Hopkins University Press, Baltimora, 2011 e, in particolare, la tavola 1.1, p. 8. Per un approfondimento sul tema vedi D. Amirante, *Lo stato multiculturale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bononia University Press, Bologna, 2014, p. 54 ss.

<sup>28</sup> D. Amirante, C. Decaro, E. Pföstel (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Giappichelli Editore, Torino, 2013; Id. (a cura di), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Giappichelli Editore, Torino, 2011.



ISSN 2037-6677

2016/2

## Marriage Migration in Britain: a Gender Perspective

E. Zonca

## Abstract

Recent developments in spousal family reunification rules in the United Kingdom have caused progressive restrictions regarding the possibilities of family life for migrants and ethnic minorities. Such developments may be seen as a reaction to issues such as marriages of convenience and gender-based violence as well as to practices associated with some migrant communities, including forced marriages. The paper explores these issues from a gender perspective. The Author will argue that the engagement of political actors in protecting gender equality risks becoming a way of instrumentalizing gender in order to further restrict immigration policies.

Tag : marriage, gender, Britain, immigration, ethnic minorities



## Marriage Migration in Britain: A Gender Perspective

di Elena Valentina Zonca

SUMMARY: 1. – Introduction: Marriage Migration and its Controversial Aspects. 2. – Regulating the Migrant Family: Transnational Marriages between Genuineness and Abuse. 2.1. – Marriage Immigration Rules and Case Law in the UK: Recent Developments. 4. – Migrant Women, Family Reunification and Integration Policies in the UK: Disentangling Gender Inequalities. 5. – Conclusion. Marriage Migration and Women's Choices: Capturing Complexities.

### 1. – Introduction: Marriage Migration and its Controversial Aspects

Recent developments in family reunification rules in the United Kingdom have caused progressive restrictions regarding the possibilities of family life for migrants and ethnic minorities. Family migration in the UK has been a problematic issue since the mid-1960s.<sup>1</sup> Firstly, it is a critical area of national sovereignty, where

---

*This publication summarizes some results of the National Research Project Miur 2010-2011 "Jurisdiction and Pluralisms. The impact of pluralisms on the unity and uniformity of jurisdiction" ([www.jupls.eu](http://www.jupls.eu)).*

<sup>1</sup> For an overview on marriage migration legislation and case law from the 1960s see H. Wray, *Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home*, Ashgate, Farnham, 2011; ID., *Moulding the Migrant Family*, in *Legal Studies*, 4, 2009, p. 592 ff.; G. Clayton, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford University Press: Oxford, 2014, p. 251 ff. See also P. Shah, *Inconvenient Marriages, or What Happens When Ethnic Minorities Marry Trans-Jurisdictionally According to Their Self-Chosen Norms*, in *Utrecht Law Review*, 2, 2010, p. 17 ff.; ID., *Transnational Family Relations in Migration Contexts: British*

conflicts arise between the permanent powers of the State on matters of immigration and its obligation to respect supra-national legal norms, including rights for non-citizens.<sup>2</sup> More specifically, in Britain the regulation of family migration implies tensions between the plan of the Conservative Government to reduce migration «to the tens of thousands» by 2020<sup>3</sup> and the right to respect for private and family life as enshrined in Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR).<sup>4</sup> States cannot easily select family migrants by professional skills, educational qualifications, cultural similarity or other criteria applied for the selection of labour migrants,<sup>5</sup> thus allowing entry also to “undesirable” migrants. However, the right to family reunification for migrants is not absolute. The European Court of Human Rights (ECtHR) has repeatedly stated that Article 8 ECHR does not oblige States to comply with the choice by married couples of their matrimonial residence or to accept the settlement of a non-national spouse in the country. In cases concerning immigrants’ family life, such as the leading case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom* in 1985, the Strasbourg Court asserted that «the extent of a State’s obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved».<sup>6</sup> From yet another perspective, more recent decisions – for example the *Boultif* case of 2001, the *Tuquabo-Tekle* case of 2005 and the *Rodrigues da Silva and*

---

*Variations on European Themes*, RELIGARE working paper No. 7, March 2011, available at <http://goo.gl/V4Nba0>.

<sup>2</sup> The literature on this topic is vast. See for example C. Joppke, *Exclusion in the Liberal State: The Case of Immigration and Citizenship Policy*, in *European Journal of Social Theory*, 1, 2005, p. 43 ff.; Y. N. Soysal, *Limits of Citizenship. Migrants and Post-National Membership in Europe*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

<sup>3</sup> See The Conservative Party Manifesto 2015, available at <https://goo.gl/eT3lBa>. See also Home Office, *Family Migration: A Consultation*, London, 2011, p. 3, available at <https://goo.gl/OmTi1E>.

<sup>4</sup> Under Section 84, Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, an appeal may be brought against an immigration decision, including a refusal of entry clearance or leave to remain, on the grounds that the decision is unlawful under section 6 Human Rights Act 1999. The latter establishes that it is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with ECHR rights. For an overview see G. Clayton, *op. cit.*, p. 252 ff.

<sup>5</sup> H. Wray, A. Agoston and A. Hutton, *A Family Resemblance? The Regulation of Marriage Migration in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2, 2014, p. 210.

<sup>6</sup> ECtHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, application No. 9214/80; 9473/81; 9474/81, judgment of 28 May 1985, § 67. See also ECtHR, *Jeunesse v. The Netherlands*, application No. 12738/10, judgment of 3 October 2014. For an overview of the Strasbourg case law on art. 8 ECHR with regard to family migration see D. Thym, *Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1, 2008, p. 87 ff.; G. Clayton, *op. cit.*, p. 255 ff.

*Hoogkamer* case of 2006 – show a partially different development of the ECtHR case law, which questions the demarcation between States’ positive obligations (e.g. duty to admit) and negative duties (e.g. expulsion measures) in protecting the right to respect for family life.<sup>7</sup>

Under conditions of migration, the family is seen as the «institution *par excellence* within which ‘difference’ is produced and sustained, though also wherein it can be challenged».<sup>8</sup> Hence, it has become both a site of contestation around cultural and social differences and a powerful lens for examining conflicts in multicultural societies.<sup>9</sup>

Family migration mostly concerns marriage and parenthood. The majority of family settlement applications is marriage-related,<sup>10</sup> therefore it concerns applications to enter the UK in order to join a spouse, fiancé(e), civil or long-term partner.<sup>11</sup> More specifically, in the UK family reunification rules concern UK citizens and settled persons who want to bring their non-EEA family members to the UK.<sup>12</sup> As one of the major sources of permanent settlement, marriage

<sup>7</sup> ECtHR, *Boultif v. Switzerland*, application No. 54273/00, judgment of 2 August 2001; *Tuquabo-Tekle et al. v. The Netherlands*, application No. 60665/00, judgment of 1 December 2005; *Rodrigues da Silva, Hoogkamer v Netherlands*, application No. 50435/99, judgment of 31 January 2006. See also

<sup>8</sup> R. Grillo, *Marriages, Arranged and Forced: The UK Debate*, in A. Kraler, E. Kofman, M. Kholi and C. Schmoll (eds.) *Gender, Generations and the Family in International Migration*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2011, p. 79.

<sup>9</sup> See R. Grillo, *Muslim Families, Politics and the Law: A Legal Industry in Multicultural Britain*, Ashgate, Farnham, 2015, p. 4. On this topic see also ID., (ed.), *The Family in Question: Immigrants and Ethnic Minorities in Multicultural Europe*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2008; P. Shah, *Inconvenient Marriages, or What Happens When Ethnic Minorities Marry Trans-Jurisdictionally According to Their Self-Chosen Norms*, *op. cit.*; ID., *Transnational Family Relations in Migration Contexts: British Variations on European Themes*, *op. cit.*

<sup>10</sup> For a portrayal of patterns and practices of marriage-related migration to Britain see K. Charsley, N. Van Hear, M. C. Benson and B. L. Storer-Church, *Marriage-Related Migration to the UK*, in *International Migration Review*, 4, 2012, p. 861 ff. For a statistical overview on this topic see S. Blinder, *Non-European Migration to the UK: Family Unification & Dependents*, in *The Migration Observatory at the University of Oxford*, 22.01.2016, available at <http://goo.gl/WCvsZj>. See also Home Office, *Family Migration: Evidence and Analysis*, 2nd ed. Occasional Paper No. 94, London, 2011, available at <https://goo.gl/juWuZn>.

<sup>11</sup> I use the term “migrant spouse” as including all the foregoing categories.

<sup>12</sup> The term “non-EEA partners” refers to partners who are not EU citizens and do not enjoy the right of free movement under EU law. UK family reunification rules do not concern EU family members, whose right to entry and stay in the UK is regulated by the Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. The Directive was implemented by the Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 (as amended). See <https://goo.gl/NZviBn>. As part of the agreement between the United Kingdom

migration is particularly problematic: «as the meeting point of national systems of family law, transnational marriage adds to the complexity of the situation».<sup>13</sup> As Wray, Agoston and Hutton point out, it can introduce poorly educated, culturally different migrants, thus changing the ethnic and cultural character of the State.<sup>14</sup> Hence, transnational marriage is a ground where an alleged “clash of cultures” is played out<sup>15</sup> and where boundaries are drawn and negotiated.

My paper explores these issues in the United Kingdom from a gender perspective. It has long been recognised that women are both the embodiment of the nation, the symbol of culture as well as the carriers and transmitters of cultural values.<sup>16</sup> Through the lens of race, ethnicity or religion, migrant or minority women are questionably seen as embodying cultural difference within the boundaries of communities<sup>17</sup> and challenging the idea of nation and its borders. Marriage migration often concerns female migrants and can be seen as introducing archaic practices – e.g. forced marriages and asymmetrical gender relations – into liberal societies, thus infringing a core value of the State legal system, such as gender equality. With this regard, it has been noted that in Britain, «categories of citizenship and inclusion are too often marked through the lens of ‘culture’, refracted by notions of racial, ethnic and religious difference, in which gender is particularly significant and problematic».<sup>18</sup>

---

and the European Union of February 2016 ahead of the UK “In-Out” referendum, free movement rules for third country nationals married to EU citizens living in the UK will be subject to limitations. See the Conclusions of the European Council meeting of 18-19 February 2016, available at <http://goo.gl/1919Dj>. For a comment see S. Peers, *The Final UK Renegotiation*, in *EU Law Analysis* blog, 20.02.2016, available at <http://goo.gl/VhMWBA>.

<sup>13</sup> K. Charsley and A. Liversage, *Transforming Polygamy: Migration, Transnationalism and Multiple Marriages among Muslim Minorities*, in *Global Networks*, 1, 2013, p. 72. See also R. Ballard, *Inside and Outside: Contrasting Perspectives on the Dynamics of Kinship and Marriage in Contemporary South Asian Networks*, in R. Grillo (ed.), *The Family in Question: Immigrants and Ethnic Minorities in Multicultural Britain*, *op. cit.*, p. 37 ff. Many marriages in the British-based South Asian communities are transnational, up to 80% in some communities. Although some parents are re-evaluating overseas marriages, it remains common particularly in Muslim families.

<sup>14</sup> See H. Wray, A. Agoston and A. Hutton, *op. cit.*, p. 210.

<sup>15</sup> See R. Grillo, *Marriages, Arranged and Forced: The UK Debate*, *op. cit.*, p. 90. See also P. Shah, *Transnational Family Relations in Migration Contexts: British Variations on European Themes*, *op. cit.*

<sup>16</sup> See e.g. F. Anthias and N. Yuval-Davis, *Racialised Boundaries*, Routledge, London, 1992; N. Yuval Davis *Gender and Nation*, Sage, London, 1997.

<sup>17</sup> K. Charsley and A. Shaw, *Introduction: South Asian Transnational Marriages in Comparative Perspective*, in *Global Networks*, 3, 2006, p. 331 ff.

<sup>18</sup> C. Alexander, *Marriage, Migration and Multiculturalism: Gendering the “Bengal diaspora”*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 3, 2013, p. 341. See also S. Bonjour and B. De Hart, *A Proper Wife, a*

Although family reunification is a legitimate route to entry into the UK, according to a widespread belief this can be used abusively especially within transcontinental marriages, often suspected of being marriages of convenience.<sup>19</sup> Consequently, a strong tension arises between private right to autonomy in intimate relationships and public interest in immigration control. Legislative interventionism concerning marriage migration regulation has dealt with some major topics, such as promoting the integration of spouses, tackling forced marriages (criminalized since July 2014), and preventing sham marriages for immigration purposes, which are not “genuine and subsisting” relationships as required by the UK Immigration Rules.<sup>20</sup>

In the British political debate on marriage migration the line has often been blurred between sham marriages and transnational arranged marriages, the latter being deemed to evade immigration control and contribute to “parallel lives”, although, in fact, as Grillo posits «far from seeking to facilitate the circumvention of immigration laws, matchmakers are concerned to ensure that a potential spouse has no such objective».<sup>21</sup> Despite these controversial aspects, arranged marriage is considered as a legitimate cultural practice and clearly distinguished from forced marriage which, on the contrary, is not a matter of intercultural dispute. All cultures and communities condemn it (at least officially).<sup>22</sup> Such a distinction is clearly made in the Home Office report *A Choice by Right* of 2000, according to which the crucial difference between the two types of marriage lies in the presence (or, in case of

---

*Proper Marriage: Constructions of ‘Us’ and ‘Them’ in Dutch Family Migration Policy*, in *European Journal of Women’s Studies*, 2, 2013, p. 61 ff.

<sup>19</sup> R. Grillo, *Marriages, Arranged and Forced: The UK Debate*, *op. cit.*, at 78.

<sup>20</sup> See the statutory definition of “sham marriage” at Section 24, Immigration and Asylum Act 1999 as amended by Section 55, Immigration Act 2014. For an overview, see H. Wray, *The ‘Pure’ Relationship, Sham Marriages and Immigration Control*, in J. Miles, R. Probert and P. Mody (eds.), *Marriage Rites and Rights*, Hart, Oxford, 2015, p. 141 ff. For a critical analysis of the notion of “genuine relationship” (which does not have a statutory definition) see N. Carver, *Displaying Genuineness: Cultural Translation in the Drafting of Marriage Narratives for Immigration Applications and Appeals*, in *Families, Relationships and Societies*, 2, 2014, p. 271 ff. See also K. Charsley and M. Benson, *Marriages of Convenience and Inconvenient Marriages: Regulating Spousal Migration to Britain*, in *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 1, 2012, p. 10 ff.

<sup>21</sup> See R. Grillo, *Marriages, Arranged and Forced: The UK Debate*, *op. cit.*, p. 86. See also R. Ballard, *op. cit.* On the concept of ‘parallel lives’ see the *Cantle report*: T. Cantle, *Community Cohesion: A Report of the Independent Review Team Chaired by Ted Cantle*, 2001, Home Office, London, available at <http://goo.gl/ZUeq6u>.

<sup>22</sup> See A. Phillips and M. Dustin, *UK Initiatives on Forced Marriage: Regulation, Dialogue and Exit*, in *Political Studies*, 3, 2004, p. 533 and fn. 1. See also R. Reddy, *Gender, Culture and the Law: Approaches to Honour Crime in the UK*, in *Feminist Legal Studies*, 3, 2008, p. 312. The authors also analyse the English and Scottish case law related to forced marriages.

forced marriage, absence) of the right to choose.<sup>23</sup> Forced marriage — *i.e.* the act of using violence, threats or any other form of coercion for the purpose of causing another person to enter into a marriage<sup>24</sup> — is a very sensitive issue in the UK and in many other European countries.<sup>25</sup> As Dustin and Phillips note, in Britain, the debate on forced marriage — the latter mainly involving young women of South-Asian communities and often a spouse from overseas — emerged in the Nineties following the campaigning work and activism of minority women’s organizations and activists and the increased presence of women MPs. Also some influential cases that occurred in 1999 (notably the story of *Jack and Zena*, the *Naẓ* case and the *KR* case) played a major role.<sup>26</sup> After some years of debate, campaigning and surveys on this harmful practice, in 2007 the Forced Marriage (Civil Protection) Act was introduced. It defines “force” as including «coerce by threats or other psychological means»<sup>27</sup> and provides civil remedies for those faced with forced marriage and victims of forced marriage. More specifically, English family courts can issue a forced marriage protection order prohibiting a person to force another into marriage.

The possibility of turning forced marriages into a criminal offence gave rise to a wide debate involving various subjects, mainly women’s NGOs, minority

---

<sup>23</sup> Home Office report *A Choice by Right*, London, 2000, p. 10, available at <http://goo.gl/pL9iYN>. The report was elaborated by a working group of prominent members with a minority background and established the main principles guiding the Government’s strategy on forced marriage.

<sup>24</sup> See Part 10, Section 121 (1), Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014.

<sup>25</sup> Some European countries have criminalized forced marriages. For a comparative perspective see B. Clark and C. Richards, *The Prevention of Forced Marriages - A Comparative Approach*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 3, 2008, p. 501 ff.; A. Lobeiras, *The Right to Say “I Don’t”: Forced Marriage as Persecution in the United Kingdom, Spain, and France*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, p. 896 ff. See also S.H. Razack, *Imperilled Muslim Women, Dangerous Muslim Men and Civilized Europeans: Legal and Social Responses to Forced Marriages*, in *Feminist Legal Studies*, 2, 2014, p. 129 ff. It should be noted that art. 37 of the 2011 Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention) states «Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct of forcing an adult or a child to enter into marriage is criminalised».

<sup>26</sup> See *R v. Shazad, Shakeela and Iftikhar Naẓ* (1999) Nottingham High Court and *Re KR (A Child) (Abduction: Forcible Removal by Parents)* [1999] 2 FLR 542. For an analysis of these cases, see M. Dustin and A. Phillips, *op. cit.*, p. 534 ff. See also A. Phillips, *Gender and Culture*, Polity Press, Cambridge-Malden, 2010, p. 134 ff. A Community Liaison Unit (later Forced Marriage Unit) was created in 2005 «to lead on the Government’s forced marriage policy, outreach and casework». In 2014, the Forced Marriage Unit provided advice or support in 1267 cases related to a possible forced marriage. See <https://goo.gl/w7MTCy>.

<sup>27</sup> Section 63 (6), Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007. See also *Hirani v. Hirani* [1983] 4 FLR 232.

communities, members of the UK Parliament, academic scholars and journalists.<sup>28</sup> Also, in 2012 the Government launched a consultation on the criminalisation of forced marriage.<sup>29</sup> In 2014, a new offence relating to forced marriage and to the breach of a forced marriage protection order was included in the Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act (Part 10, Sections 120-122).

As Siddiqui points out, although forced marriage can be seen as a gender-neutral issue — *i.e.* it can equally involve men and women — it is «primarily about the control of female sexuality and autonomy». Women are placed under greater pressure than men to reconcile themselves to abusive situations and it is harder for them to escape such situations.<sup>30</sup> The forced marriage discourse is frequently connected to immigration policy as it often targets transcontinental marriages. Hence, on the one hand legislative measures tackling forced marriage aim to protect the right to marry and gender equality, yet on the other hand, they intersect with those measures related to immigration control<sup>31</sup>: as Cameron noted in a speech in 2011, forced marriages taking place overseas can be seen as a means of gaining entry to the UK.<sup>32</sup> However, as pointed out by the women's organisation *Southall Black Sisters* following the *Quila* case discussed later in this paper, «there is no evidence to show that in the vast majority of cases, forced marriage and gaining entry to the UK are linked. The main motivating factors behind forced marriage are complex and it cannot be used to impose immigration controls that have unlawful, discriminatory outcomes for many genuine cases»<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> For an overview see R. Grillo, *Muslim Families, Politics and the Law: A Legal Industry in Multicultural Britain*, *op. cit.*, p. 61 ff. and A. Phillips and M. Dustin, *op. cit.*, p. 544.

<sup>29</sup> For a summary of consultation responses see Home Office, *Forced Marriage: A Consultation. Summary of Responses*, London, June 2012, available at <https://goo.gl/2rc6WH>.

<sup>30</sup> H. Siddiqui, *'It Was Written in Her Kismet': Forced Marriage*, in R. Gupta (ed.), *From Homebreakers to Jailbreakers: Southall Black Sisters*, Zed Books, London, 2003, p. 71.

<sup>31</sup> A. Phillips and M. Dustin, *op. cit.*, p. 547. See the guidance for entry clearance caseworkers on forced marriage in Chapter 8, Section FM, Annex 1.2 Immigration Rules made under Section 3, Immigration Act 1971, available at <https://goo.gl/9iKcgu>.

<sup>32</sup> *David Cameron on immigration: full text of the speech. Prime minister's address to Conservative party members on the government's immigration policy*, The Guardian, 14.04.2011, available at <http://goo.gl/Mffljj>.

<sup>33</sup> Southall Black Sisters, *Immigration Policy on Forced Marriage is Unlawful*, in [www.southallblacksisters.org.uk](http://www.southallblacksisters.org.uk), 12.10.2011, available at <http://goo.gl/ZLzMon>. See also A. Phillips and M. Dustin, *op. cit.*, p. 544.

## 2. – Regulating the Migrant Family: Transnational Marriages between Genuineness and Abuse

In the United Kingdom, concerns about transnational marriages are not a sudden and new issue. On the contrary, a closer analysis of the history of spousal migration regulation reveals that it has been a hotly debated topic within immigration control for many years. Legislative measures on this topic have been frequently amended over the years, also following international and domestic courts' decisions on the (in)compatibility of such measures with the family members' right to respect for family life enshrined in Article 8 ECHR. The interacting changes triggered by the legislative “formant” and the jurisprudential “formant” — according to Sacco's terminology — have progressively shaped the legal framework on marriage migration.<sup>34</sup> In this section, I will consider the interplay of these formants in circumstances in which overseas family members (namely spouse, parents of fiancés) would be granted leave to enter or remain in the UK.

According to Part 8 of the Immigration Rules (HC 395), those subject to immigration control who are in a relationship with, married to, or in a civil or other partnership with a British citizen or a person settled in the UK can apply for permission to come to or remain in the UK. However, all family reunification applicants must show that they will be adequately maintained and accommodated without recourse to public funds. British policy makers have gradually established quite severe requirements for allowing spousal family reunification, including those related to minimum age, income and language proficiency. The underpinning idea of such policy is that if British citizens and those settled in the UK want to establish their family life in Britain, «then their spouse or partner must have a genuine attachment to the UK, be able to speak English, and integrate into our society and they must not be a burden for the taxpayer».<sup>35</sup>

Concerns about transnational marriages within immigration control have involved intrusive questioning about migrants' private lives and significant gender implications: Wray captures the latter stating that «sex discrimination has a long and

---

<sup>34</sup> On the concept of “legal formants” see R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1, 1991, Installments I and II, p. 1 ff. and 343 ff.

<sup>35</sup> See Home Office, *Family Migration: A Consultation*, *op. cit.*, p. 3.

dishonourable history on immigration control».<sup>36</sup> In the UK, a differential treatment on grounds of sex in immigration and nationality law existed until the aforementioned case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* in 1985, where the Strasbourg Court found a violation of both Article 14 (prohibition to discriminate) and Article 8 (right to respect for family life) ECHR as a result of difference in treatment between male and female immigrants concerning permission for their non-national spouse to enter or remain in the country. Worries about marriage migration emerged in the late 1960s targeting transcontinental arranged marriages from the Indian subcontinent, which were suspected of being sham marriages. Following such concerns, in 1985 the “primary purpose rule” for bringing foreign spouses into the country was established: applicants had to prove that the marriage was not entered into primarily to obtain admission to the United Kingdom,<sup>37</sup> otherwise they would be refused entry. However, such a rule largely affected unwanted migrants – especially men from the Indian sub-continent – in genuine marriages. It was abolished in 1997.<sup>38</sup>

Many other restrictive rules regarding marriage migration were introduced in the 1980s. As the primary purpose rule, they should have tackled sham marriages, in fact they were implemented in a discriminatory way, especially targeting arranged marriages and preventing people in a genuine marriage from entering and settling permanently in the UK. To give but one example, the “one-year rule” dictated a probationary period (extended to two years in 2003) before non-British spouses could apply for settlement and during which couples had to remain together to prove that they were not engaged in a sham marriage. Accordingly, the migrant spouse can become liable to removal if the marriage ends or his/her partner dies within such period, thus penalizing couples whose genuine marriage breaks down.

---

<sup>36</sup> H. Wray, *Hidden Purpose: Ethnic Minority Marriages and the Immigration Rules*, in P. Shah and W. Menski (eds.) *Migrations, Diasporas and Legal Systems in Europe*, Routledge, London, 2006, p. 180. See also H. Wray, *Spousal Migration, Gender and UK Immigration Law*, in *The Compas Blog*, 24.04.2015, available at <http://goo.gl/ESp4wi>.

<sup>37</sup> HC 251 para 50.

<sup>38</sup> For an overview see H. Wray, *Hidden Purpose: Ethnic Minority Marriages and the Immigration Rules*, *op. cit.*; W. Menski, *South Asian Women in Britain, Family Integrity and the Primary Purpose Rule*, in R. Barot, H. Bradley and S. Fenton (eds.), *Ethnicity, Gender and Social Change*, Macmillan, Basingstoke, 1999, p. 81 ff. For a discussion on male family migration see H. Wray ‘*A Thing Apart: Controlling Male Family Migration to the UK*, in *Men and Masculinities*, 4, 2015, p. 424 ff.

At the same time, a requirement of “no recourse to public funds” was introduced. It stipulates that reunited spouses must be financially supported by their partners or by working and are not entitled to claim financial assistance from the State. Alongside the probationary period rule, such a condition has damaged female reunited spouses, whose uncertain immigration status trapped, in particular, those facing domestic violence. Only after years of hard campaigning by the *Southall Black Sisters*, in the late 1990s the Government agreed to take domestic violence into account when a marriage breaks down within the probationary period and to entitle migrant spouses escaping from their violent partners to access refuges or benefits in order to avoid destitution. Under certain conditions, victims of domestic violence are entitled to indefinite leave to remain.<sup>39</sup>

Moreover, from 2005 the “certificate of approval scheme” required any person subject to immigration control but without indefinite leave to remain to have the Secretary of State’s written permission to marry in the UK (except for Church of England marriages) in order to ascertain that the prospective partner had valid leave to remain.<sup>40</sup> The aim of the scheme was to tackle sham marriages for immigration purposes, yet in fact, it prevented many genuine couples from getting married. In the *Baijai* case of 2008, the House of Lords held that the scheme was disproportionate and discriminatory under Article 12 (right to marry) and Article 14 (prohibition of discrimination) ECHR. The European Court of Human Rights found the same violations in the case of *O’Donoghue and others v. United Kingdom* in 2010.<sup>41</sup> The certificate of approval scheme was abolished in May 2011. Also, in the case of *Chikwamba* of 2008, the House of Lords undermined a Government policy according to which migrants without leave or on short-term leave who had married a UK or EEA national after entering the UK were forced to return to their country

---

<sup>39</sup>Appendix FM, section DVILR, Immigration Rules. On the Southall Black Sisters’ *No Recourse to Public Funds* campaign see <http://goo.gl/NHr13g>. For an overview on this topic, see the conference report *Gender, Marriage, Migration and Justice in Multicultural Britain*, London, 12.01.2006, p. 8 ff., within the *Heirat III project – Female Marriage Migrants – Awareness Raising and Violence Prevention*, available at <http://goo.gl/LqFuxI>.

<sup>40</sup>Sections 19-25, Asylum and Immigration (Treatment of Claimants etc.) Act 2004.

<sup>41</sup>*Baijai and Others v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 53, [2009] 1 AC 287; ECtHR, *O’Donoghue and others v. United Kingdom*, application No. 34848/07, judgment of 14 December 2010. The legislation concerning the scheme was repealed by a remedial order under Section 10, Human Rights Act 1998. On the certificate of approval see L. Pilgram, *Tackling ‘Sham Marriages’: The Rationale, Impact and Limitations of the Home Office’s ‘Certificate of Approval’ scheme*, in *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 1, 2009, p. 24 ff.

to apply for entry clearance. Lord Brown stated that: «only comparatively rarely, certainly in family cases involving children, should an Article 8 appeal be dismissed on the basis that it would be proportionate and more appropriate for the appellant to apply for leave from abroad».<sup>42</sup> Hence, a case by case approach is necessary to determine if Article 8 ECHR should be engaged.

Key changes have also affected age and language requirements: in an effort to deter forced marriages, the minimum age for spouse/partner visa was gradually raised to 18 years in 2003 and to 21 years in 2008. It is worth noting that in 2008 an empirical research-based report commissioned by the Home Office found «no statistical or qualitative evidence that raising of the age of sponsorship or entry from 16 to 18 had any significant impact on the incidence of forced marriage cases» and potential benefits of raising the minimum age were seen as being outweighed by the risks.<sup>43</sup> Moreover, Southall Black Sisters had given evidence that the result of such change was that victims were kept abroad until of age to sponsor.<sup>44</sup> The minimum age for spouse/partner visa reverted to 18 in 2011 following the Supreme Court ruling in the *Quila* case. The Court held that the rule establishing the minimum age of 21 was «rationally connected to the objective of deterring forced marriages» but «the number of forced marriages which it deters is highly debatable. What seems clear is that the number of unforced marriages which it obstructs [...] vastly exceed the number of forced marriages which it deters». Hence, according to the Court, the Secretary of State had failed to establish that interference with the rights of the respondents under Article 8 ECHR, brought about by the rule, was justified.<sup>45</sup> As regards language conditions, from 1997 applicants for spousal visas must have sufficient knowledge of the English language and of life in the United Kingdom.

---

<sup>42</sup> *Chikwamba v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 40, [2008] 1 WLR 1420, § 44.

<sup>43</sup> See M. Chester *et al.*, *Forced Marriage: The Risk Factors and the Effect of Raising the Minimum Age for a Sponsor, and of Leave to Enter the UK as a Spouse or Fiancé(e)*, University of Bristol, 2007, p. 4, available at <http://goo.gl/H4stN7>. See also C. Yeo, *Raising the Spouse Visa Age*, in *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 4, 2009, p. 365 ff.

<sup>44</sup> G. Clayton, *op. cit.*, p. 284.

<sup>45</sup> See *Quila and another v. Secretary of State for Home Department* [2011] UKSC 45. For an extensive analysis of UK Supreme Court decisions on family migration, see H. Wray, *Greater than the Sum of their Parts: UK Supreme Court Decisions on Family Migration*, in *Public Law*, 2013, p. 838 ff. It should be noted that in the UK 16 is the age at which individuals can normally marry with parental permission.

After the abolition of the primary purpose rule, the test regarding the “intention to live permanently with each other” was introduced. In an effort to tackle sham marriages, it requires a demonstration that each of the parties intends to live permanently with the other as his/her spouse and the marriage is subsisting.<sup>46</sup> Anecdotal evidence suggests that such a new rule can be as discriminatory as the abolished primary purpose rule, given the significant number of refusals of spousal visa applications on the ground that the couple could not demonstrate a real intention to live together.<sup>47</sup>

## 2.1. – Marriage Immigration Rules and Case Law in the UK: Recent Developments

As a result of the foregoing legislative developments, current conditions set up by the Immigration Rules for UK citizens and settled persons applying for family reunification (referred to as “sponsor”) of a non-EEA spouse or partner are as follows:<sup>48</sup>

a) The applicant must have sufficient knowledge of the English language and of life in the United Kingdom (except for applicants under 18 or over 65 years). b) The parties to the marriage or civil partnership must have met.<sup>49</sup> c) The parties must intend to live together permanently and the marriage or civil partnership is subsisting.<sup>50</sup> d) The parties must have adequate accommodation, which they own or occupy exclusively for themselves and any dependents without recourse to public funds. e) The parties will be able to maintain themselves and their dependents adequately without recourse to public funds

<sup>46</sup> Appendix FM E-ECP.2.10, Immigration Rules.

<sup>47</sup> See H. Wray, *Hidden Purpose: Ethnic Minority Marriages and the Immigration Rules*, *op. cit.*, p. 180. See also R. Mckee, *Primary Purpose by the Back Door? A Critical Look at 'Intention to Live Together'*, in *Immigration and Nationality Law and Practice*, 1,1999, p. 284.

<sup>48</sup> See Para. 281, Part 8 and Appendix FM, Immigration Rules. For an analysis see G. Clayton, *op. cit.*, p. 269 ff.

<sup>49</sup> This requirement was included in the Immigration Rules in 1979 and notably affected fiancé(e)s in arranged marriages and proxy marriages. However, «meeting» does not have to occur in the context of the relationship», see H. Wray, *Moulding the Migrant Family*, *op. cit.*, p. 603 which refers to *Renal Raj v. ECO, New Delhi* [1985] Imm AR 15 and *Mohd Meharben v. ECO, Islamabad* [1989] Imm AR 57.

<sup>50</sup> Appendix FM E-ECP.2.10 and Appendix FM E-ECP.2.6, Immigration Rules. These provisions aim to ensure that the marriage is genuine and not sham. They are considered as separate requirements. See *GA ('subsisting' marriage) Ghana* [2006] UKAIT 00046. For an analysis of the related case law see G. Clayton, *op. cit.*, p. 270 ff.

In 2012 and 2014, new legislative measures were approved. They amended the foregoing requirements in a more restrictive way, driven also by an explicit policy by the Government of reducing net migration «to the tens of thousands». In 2011, the Home Office published a family migration consultation paper. Its purpose was to set out legislative proposals to reform the family route by preventing and tackling abuse, promoting integration and reducing burdens on the taxpayer.<sup>51</sup> Following the consultation, the 2012 family Immigration Rules amended the legislation on the probationary period for spouses/partners and on income and language requirements. The length of the probationary period was extended from two to five years (with a prohibition on receiving means-tested benefits for the whole period), thus establishing more restrictive rules in case of marriage breakdown (except in cases of particularly difficult circumstances, such as domestic violence). According to the Home Office consultation paper, the aims of such extension are: to test the genuineness of the relationship before permanent residence in the UK is granted, to encourage the integration of the spouse/partner into British life before achieving settlement and to reduce burdens on the taxpayer by postponing access to non-contributory benefits.<sup>52</sup> However, the real impact of such extension is likely to be negative in many ways: on the one hand, it negatively affects the possibility for reunited spouses to support themselves financially, as employers are put off by the increased uncertainty of their immigration status.<sup>53</sup> On the other hand, this insecurity and the lack of entitlements during the probationary period constitute a huge barrier to social inclusion, rather than a support to integration, as it enhances legal dependency on the sponsor, dis-empowers reunited spouses and limits their ability to build social networks.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> See Home Office, *Family Migration: A Consultation*, *op. cit.*, p. 6-7.

<sup>52</sup> See Home Office, *Family Migration: A Consultation*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>53</sup> See EAVES - Putting Women First, *Settling in. Experiences of Women on Spousal Visas in the UK*, London, 2015, p. 8 ff., available at <http://goo.gl/jFKT3E>. Drawing upon empirical research, the report examines the experiences of foreign-born female spouses of British nationals and addresses the challenges they face in the workforce and in obtaining permanent residence status due to their immigration status as well as their gender.

<sup>54</sup> See EAVES - Putting Women First, *op. cit.*, p. 11 ff. For an analysis of the impact of family reunification requirements see E. Sibley, E. Fenelon and N. Mole, *Family Reunification Requirements: A Barrier or Facilitator to Integration?*, The AIRE Centre - Advice on Individual Rights in Europe, London, 2013, available at <http://goo.gl/eKTsnJ>. For a gender-sensitive and comparative perspective on these issues, see also M. Dustin, *Gender Equality, Cultural Diversity: European Comparisons and Lessons*, The London School of Economics and Political Science and The Nuffield

In addition, the 2012 legislation establishes a new income condition to sponsor a non-EEA spouse/partner and higher language requisites for settlement. As regards the first, the minimum income to sponsor a non-EEA partner in order that a visa be issued has increased from £ 5,500 per annum (before July 2012) to £ 18,600 (*i.e.* 144% of the minimum wage), with incremental increases for each further child. The purpose of such a high increase is «to ensure family migrants are supported at a reasonable level that ensures they do not become a burden on the taxpayer and allows sufficient participation in everyday life to facilitate integration».<sup>55</sup> The lawfulness of the income requirement was unsuccessfully challenged in 2014 in the case of *MM v Secretary of State for the Home Department*. The Court of Appeal ruled that the Secretary of State's rules had a legitimate objective and, for this reason, they were not a disproportionate interference with the UK partners' Article 8 ECHR rights. Their discriminatory effect was acknowledged, however, and it was conceded that «admittedly there is a total ban on the entry of non-EEA partners where the UK partner cannot reach the required minimum and [...] this ban could be life-long».<sup>56</sup> The case was heard by the Supreme Court in February 2016.

New measures also introduced higher pre-entry and post-entry language requirements for settlement applicants. In 2010, the Immigration Rules were amended, and a mandatory test to prove English language proficiency was introduced for incoming spouses and partners. The Government's objectives for establishing this additional requirement are to assist the spouse or partner's integration into British society at an early stage, to benefit any children the couple might have and to reduce the vulnerability of newly arrived spouses, especially women, concerning detrimental practices, such as forced marriages and honor

---

Foundation, London, 2006, p. 12-15, available at <http://goo.gl/zfqRiZ>. See also A. Kraler, *Civic Stratification, Gender and Family Migration Policies in Europe*, International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), Vienna, 2010, available at <http://goo.gl/eK32Lz>.

<sup>55</sup> Home Office, *Family Migration: A Consultation*, *op. cit.*, p. 7-8. See Part 8, Immigration Rules and Appendices FM and FM-SE. Moreover, immediate settlement for non-EEA spouses who have lived with their partner for at least four years overseas was abolished. It is worth noting that, as part of the Government's plan to limit migration by 2020, from April 2016 some skilled non-EEA nationals who have worked in the UK for at least five years will have to earn more than £ 35,000 per annum in order to apply for permanent settlement. An e-petition was launched to *Scrap the £35k threshold for non-EU citizens settling in the UK*, Petitions - UK Government and Parliament, available at <https://goo.gl/qm2pTS>.

<sup>56</sup> *MM v. Secretary of State for the Home Department* [2014] EWCA Civ. 985, § 148. See also the case of *SS v. Secretary of State for the Home Department v SS (Congo)* [2015] EWCA Civ 387.

killings.<sup>57</sup> This obligation was unsuccessfully challenged in 2015 in the Supreme Court judgment of *R (on the applications of Ali and Bibi) v Secretary of State for the Home Department*. The Court held that the pre-entry English language requirement for incoming spouses or partners is not a disproportionate interference with the right to respect for private and family life (Article 8 ECHR) and/or unjustifiably discriminatory under Article 14 (prohibition of discrimination) ECHR. However, it is worth noting that the Court suggests that exceptions to the rule may be unlawful because of their restrictiveness.<sup>58</sup>

The 2012 family Immigration Rules introduced some additional post-entry English language requirements: from October 2013, unless exempt, all applicants applying for settlement, including partners of British citizens and settled persons, are required to pass the Knowledge of Life in the UK test – based on the idea of Britishness and commitment to British values as core concepts of the UK community cohesion and integration agenda<sup>59</sup> – and to meet the English Language criteria at level B1 (intermediate) or above (before October 2013 level A1 was required). Furthermore, following a Government survey about an alleged «systemic fraud with UK language testing», since April 2015 English language test rules for visa purposes have been further restricted by establishing new conditions and reducing the number of accredited providers.<sup>60</sup>

In January 2016, the British Prime Minister, David Cameron, announced a plan to launch a £20m language fund to help Muslim women unable to speak English in

---

<sup>57</sup> See Home Office, *Securing the UK Border: Our Vision and Strategy for the Future*, consultation paper, London, 2007; ID., *Marriage Visas: Pre-Entry English Requirement for Spouses*, a separate consultation paper, London 2007; ID., *Marriage Visas: The Way Forward*, London, 2008. Nationals from the majority English speaking countries or in possession of higher education qualifications in English do not have to pass the test.

<sup>58</sup> *R (on the applications of Ali and Bibi) v. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 68. For a comment, see C. Yeo, *Supreme Court Dismisses Challenge to English Language Pre-Entry Test for Spouses in Ali and Bibi Case*, in *www.freemovement.org. Updates and Commentary on Immigration and Asylum Law*, 18.11.2015, available at <https://goo.gl/O4VVa7>.

<sup>59</sup> The literature on this topic is vast. For a critique on what are understood to be “Britishness” and “British values” see e.g. S. Hall, *Representation: Cultural Representations and Signifying Practices*, Sage, London, 1997. See also B. Parekh, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave Macmillan, New York, 2005. For an analysis of the idea of a UK “community of value” see B. Anderson, *Us and Them? The Dangerous Politics of Immigration Control*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

<sup>60</sup> See UK Visas and Immigration, *Approved secure English language tests and test centres*, available at <https://goo.gl/04Wq7S>.

order to tackle segregation and extremisms. He also plans to introduce language tests for migrant spouses after two and a half years in the UK. Failing such tests could result in losing the right to stay. Such new rules will come into force from October 2016 and they «will help make it clear to those men who stop their partners from integrating that there are consequences».<sup>61</sup> Although deemed to promote integration, these new measures can increase the uncertainty of migrant women's immigration status, as they may have to leave if their English language skills do not improve.<sup>62</sup>

The idea that seems to underpin the above-mentioned recent legislative changes is to select marriage migrants for skills and education in order to maintain ethnic and cultural boundaries and inhibit transnational family life. New measures about income and language proficiency seem also to suggest that – as Wray puts it – «spousal migrants are now being assessed in similar ways to labour migrants and for the same purposes, to ensure that they will be of value to the host society».<sup>63</sup>

The new family migration rules fail to recognize the value of (and need for) less skilled work, including domestic work which is usually associated with migrant women. As a consequence, they are likely to negatively affect especially vulnerable groups, such as women, ethnic minority groups, refugees, and applicants from non-Western cultures. The entry into effect of the 2012 family Immigration Rules has caused a decrease of family visa applications, has divided many families and has caused a lot of distress.<sup>64</sup> In order to overcome obstacles arising from this stringent legislative trend in family migration regulation, many British citizens who want to bring their non-EEA spouses/partners have chosen the so-called *Surinder Singh route*. In the case of *R v Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh ex parte Secretary of*

---

<sup>61</sup> See A. Sparrow, *Muslim Women to Be Taught English in £20m Plan to Beat 'Backward Attitudes'*, The Guardian, 18.01.2016, available at <http://goo.gl/3QVjD2>. See also R. Mason and H. Sherwood, *Migrant Spouses Who Fail English Test May Have to Leave UK, says Cameron*, The Guardian, 18.01.2016, available at <http://goo.gl/OdlJBb>.

<sup>62</sup> A. Sparrow, *Cameron: Migrants on Spousal Visas May Have to Leave if English doesn't Improve – Politics live*, The Guardian, 18.01.2016, available at <http://goo.gl/zG5T9d>.

<sup>63</sup> H. Wray, *The 'Pure' Relationship, Sham Marriages and Immigration Control*, *op. cit.*, p. 142. See also G. Clayton, *op. cit.*, p. 252.

<sup>64</sup> See All-Party Parliamentary Group on Migration, *Report of the Inquiry into New Family Migration Rules*, June 2013, available at <http://goo.gl/8vBW6I>. See also <http://lovelettershome.org/stories/> and Children's Commissioner, *Family Friendly? The Impact on Children of the Family Migration Rules: A Review of the Financial Requirements*, research report, 2015, available at <http://goo.gl/68Byvr>.

*State for the Home Department* of 1992, the European Court of Justice ruled that UK citizens can move for at least three months to another Member State and reunite their non-EEA family members there under the EU freedom of movement rules. Invoking the same rules, these families can return to the UK and their reunited non-EEA family members can apply for an EEA family permit as a family member of a British citizen who has worked in another EU country.<sup>65</sup>

In 2012, the Immigration Rules concerning sham marriages were amended too: Appendix FM (family members) and its IDI Annex FM, Section FM 2.0 provide a guidance for caseworkers listing “positive” factors and “negative” factors to assess if a marriage is genuine and subsisting.<sup>66</sup> The guidance applies to any application under the Immigration Rules and implies an increased intrusiveness into intimate relationships.<sup>67</sup> Although it also suggests that cultural and religious differences should be considered, it seems «to exclude, by defining some culturally different practices as ‘sham’, and to reify, by limiting arranged marriages to a ‘one-size-fits-all’ paradigm».<sup>68</sup>

Finally, the Immigration Act 2014 provides new measures for tackling sham marriages or civil partnerships: Part 4 of the Act amends the procedure for marriage and civil partnership for everyone (not just for non-EEA nationals) and creates new powers for duties to investigate, report and prevent sham marriages, such as the Home Office power to delay a suspicious marriage from taking place by increasing the notice period from 28 to 72 days.<sup>69</sup> These new measures add to Section 24 of

---

<sup>65</sup> CJUE, *The Queen v. Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, judgment of 7 July 1992, Case C-370/90. For details, see <https://goo.gl/hBFV3Y>. However, this option could be abolished as part of agreement between the UK and EU signed in February 2016. See J. Elgot, *Draft EU Rules Could Tighten Migration Loophole for Foreign-Born Spouses*, *The Guardian*, 16.02.2016, available at <http://goo.gl/yzWh0d>.

<sup>66</sup> See Immigration Directorate Instructions. Family Members under Appendix FM of the Immigration Rules. Annex FM Section FM 2.0 *Genuine and Subsisting Relationships*, available at <https://goo.gl/8Wgrwv>.

<sup>67</sup> G. Clayton and H. Wray, *Editorial*, in *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 3, 2012, p. 218 ff.

<sup>68</sup> N. Carver, *The Importance of Being Genuine*, in [www.freemovement.org](http://www.freemovement.org). *Updates and Commentary on Immigration and Asylum Law*, 14.02.2014, available at <https://goo.gl/99LyHL>. On marriage interviews by the Home Office see *Miah (interviewer's comments: disclosure: fairness)* [2014] UKUT 00515 (IAC).

<sup>69</sup> For an overview of the 2014 piece of legislation, see C. Yeo, *Notice Period Doubled from Next Spring for All Marriages and Civil Partnerships*, in [www.freemovement.org](http://www.freemovement.org). *Updates and Commentary on Immigration and Asylum Law* 26.11.2014, available at <https://goo.gl/q63KtX>. In 2015, the Home Office published a new policy document *Criminal Investigation: Sham Marriage*, explaining its approach to investigating sham marriage allegations, available at <https://goo.gl/7mRg6v>.

the 1999 Immigration and Asylum Act providing a statutory duty for superintendent registrars and other registration officers across the UK to report to the UK Border Agency<sup>70</sup> suspicious marriages. Marriages found to be sham are refused and action is taken to remove the applicant from the UK. However, domestic courts have repeatedly stated that evidence and the burden of proof for proving that a marriage is not genuine and has immigration purposes rests with the Home Office and, as highlighted in the case of *Papajorgji* in 2012 and of *Agbo* in 2015, «that burden is not discharged merely by showing ‘reasonable suspicion’». <sup>71</sup>

The idea underpinning such new dispositions is that sham marriages threaten UK immigration control. Furthermore, as Wray notes, sham marriage controls – carried out at various times both before and after the wedding – can be seen as a tool of «‘moral gatekeeping’ protecting the cultural and moral heart of the nation from invasion through exploitation of the naive and against corruption from within by foolish citizens intent on making unsuitable matches». <sup>72</sup> However, as Grillo suggests, numbers on this topic are controversial: «accurate data are unavailable and speculative figures, often from a single source, are frequently recycled in the media and in Parliamentary debate». <sup>73</sup> Sham marriages are a major concern in several EU Member States. As laid down in the family reunification directive 2003/86/EC, a marriage «contracted with the sole purpose of enabling the person concerned to entry or reside in a Member State» gives rise to an abuse of rights or fraud. In this case, Member States may «reject an application for entry and residence for the purpose of family reunification, or withdraw or refuse to renew the family member’s residence permits». <sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> In April 2013, the UK Border Agency was split into two operations within the Home Office: UK visas and immigration and immigration enforcement division.

<sup>71</sup> *Papajorgji (EEA spouse – marriage of convenience) Greece* [2012] UKUT 00038 (IAC) and *Agbo v. The Secretary of State for the Home Department* [2015] EWCA Civ 1198. See also *Rosa v. Secretary of State for the Home Department* [2016] EWCA Civ 14; *Goudey (subsisting marriage – evidence) Sudan* [2012] UKUT 00041 (IAC) and *Naz (subsisting marriage – standard of proof) Pakistan* [2012] UKUT 00040 (IAC).

<sup>72</sup> H. Wray, *The ‘Pure’ Relationship, Sham Marriages and Immigration Control*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>73</sup> See R. Grillo, *Marriages, Arranged and Forced: The UK Debate*, *op. cit.*, p. 83. See also C. Yeo, *Minister Misleads on Sham Marriages Numbers*, in [www.freemovement.org](http://www.freemovement.org). *Updates and Commentary on Immigration and Asylum Law*, 16.12.2014, available at <https://goo.gl/Bq9JBl>.

<sup>74</sup> Art. 16 (2), directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification. See also art. 35, Citizens’ directive 2004/38/EC, on marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals. On this topic, see European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Helping National Authorities to Fight Abuses of the Right of Free Movement: Handbook on Addressing the Issue of Alleged Marriages of Convenience between EU Citizens and*

From the foregoing overview of the legislative framework concerning marriage migration some core elements seem to emerge: the suspicion of the genuineness of marriage in relation to the concern about sham marriages and abuse, and the stereotype around arranged marriages have legitimated an intrusive immigration control which strongly intervenes in the formation of couples and suggests the right of the Government to dictate the conditions for a genuine relationship.<sup>75</sup> Such policies also have a heavy gendered impact, which requires an analysis of the relationship between gender, marriage migration and power within the British context.

### **3. – Migrant Women, Family Reunification and Integration Policies in the UK: Disentangling Gender Inequalities**

UK policies on marriage migration have important gender implications which need to be explored. The legal regulation on entry and residence of reunited spouses plays a crucial role in balancing the power between various family members. In the UK, it produces asymmetrical power relationships within the migrant family and increases the uncertainty of reunited spouses' immigration status by granting them limited entitlements and introducing long legal dependency on sponsors, as it happens during the five-year probationary period. This typically affects female spouses: in Britain the majority of grants of settlement for family formation is given to wives joining/accompanying their husbands.<sup>76</sup>

Also, the intrusiveness and excessive State control generated by UK Immigration Rules in relation to transnational marriages have notably gendered outcomes. To this regard, it has been noted that immigration impacts not only on

---

*non-EU nationals in the Context of EU Law on Free Movement of EU Citizens*, Brussels, 26.09.2014, available at <http://goo.gl/RQeawo>. See also European Commission, Directorate-General for Migration and Home Affairs, *Misuse of the Right to Family Reunification. Marriages of Convenience and False Declarations of Parenthood*, produced by European Migration Network, Luxembourg, 2012, available at <http://goo.gl/vqAz8r>.

<sup>75</sup> N. Yuval Davis, F. Anthias and E. Kofman, *Secure Borders and Safe Haven and Gendered Politics of Belonging: Beyond Social Cohesion*, in *Ethnic Racial Studies*, 3, 2005, p. 514. See Home Office, *Secure Borders, Safe Haven. Integration within Diversity in Modern Britain*, White Paper, London, 2002, available at <https://goo.gl/hw2uFy>. The paper encourages British citizens to marry others who are in Britain, rather than arranging marriages with people from their country of origin.

<sup>76</sup> For a statistical overview see S. Blinder, *op. cit.* See also Home Office. *Family Migration: Evidence and Analysis*, *op. cit.*

gender and sexual norms and behaviors of migrants, but also raises the question of how sexuality and its modes of regulation shape migration and incorporation processes.<sup>77</sup> More generally, the “gender” angle on the issue of spousal migration allows us to unpack the relationship between gender, as a crucial way of signifying a relationship of power, and immigration as an issue where the State holds real power.<sup>78</sup>

Stringent requirements for allowing spousal family reunification are deemed to promote spouses’ integration, tackle abuse and protect gender equality. In fact, they risk producing negative effects notably on migrant women, as they weaken their rights and their possibility of achieving active citizenship status, for instance by not considering them as active agents and guaranteeing an autonomous permit of stay.

Although based on real concerns, the engagement of political actors in protecting migrant women and promoting integration within family migration regulation risks becoming a way of instrumentalising gender in order to further restrict immigration policies and enhancing asymmetrical power relations within the family. As Wray has noted, gender’s significance in the control of spousal immigration varies «according to its ability to serve immigration-related outcomes».<sup>79</sup> To give but one example, the significant extension of the probationary period to five years (with no recourse to public funds) delays the possibility for reunited spouses to get an independent permit of stay (except in difficult circumstances) and prevents them from accessing key services (for example free language classes, child care and advice from Job centres) which would support migrant women’s access to the labour market and to the integration process.<sup>80</sup> Hence, such an extension increases the uncertainty of their immigration status and their legal dependency on the sponsor. This leaves migrant women on spousal visa vulnerable to control or abuse and can reduce the effectiveness of measures aimed

---

<sup>77</sup> See S. Bilge and P. Scheibelhofer, *Unravelling the New Politics of Racialised Sexualities: Introduction*, in *Journal of Intercultural Studies*, 3, 2012, p. 255. See also O. Giolo, *Norme, prassi e stereotipi nel diritto sessuato dell’immigrazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2014, p. 34 ff.

<sup>78</sup> On gender and migration see e.g. R. Salih, *The Relevance of Gender in/and Migration*, CARIM research reports, 2011/06, available at <http://goo.gl/kcEUTI>; A. Kraler, E. Kofman, M. Kholi and C. Schmoll (eds.), *op. cit.*; H. Stalford, S. Currie and S. Velluti (eds.), *Gender and Migration in 21<sup>st</sup> Century Europe*, Ashgate, Farnham-Burlington, 2009.

<sup>79</sup> H. Wray, *Spousal Migration, Gender and UK Immigration law*, *op. cit.* H. Wray, *“A Thing Apart”: Controlling Male Family Migration to the UK*, *op. cit.*, p. 424 ff.

<sup>80</sup> See EAVES - Putting Women First, *op. cit.*, p. 12.

at protecting those among them who are victims of domestic violence: «many are unwilling or reluctant to leave the abuser if the partner controls access to their legal status».<sup>81</sup>

The same negative impact can be expected on women hoping to sponsor the entry of a spouse or partner: given the new tightened minimum income requirement established in 2012 – which suggests a policy aim of turning immigration into an «elite activity»<sup>82</sup> – female sponsors are less likely to respect this financial threshold due to their lower employment rate and wages compared to men.<sup>83</sup> As regards English language requirements, the recent implementation of a pre-departure test portrays the integration process as a unilateral obligation of the migrant rather than a dynamic two-way process of mutual accommodation involving both immigrants and citizens of host countries, as established at EU level.<sup>84</sup> In the context of the “crisis of multiculturalism” and increasing concerns about cultural conformity,<sup>85</sup> these legislative measures can be seen as part of a wider UK community cohesion

---

<sup>81</sup> See EAVES - Putting Women First, *op. cit.*, p. 23 referring to Department of Economic and Social Affairs, Report of the Consultative Meeting, in *Consultative Meeting on Migration and Mobility and How This Movement Affects Women*, New York, 2-4 December 2003. For a discussion, see also the conference report *Gender, Marriage, Migration and Justice in Multicultural Britain*, *op. cit.*, p. 8 ff. See also D. Girishkumar, *From Multi to Interculturalism? Domestic Violence Faced by British South Asian Women*, in *Human Welfare*, 1, 2014, p. 53 ff.; S. Anitha, *Legislating Gender Inequalities: The Nature and Patterns of Domestic Violence Experienced by South Asian Women with Insecure Immigration Status in the United Kingdom*, in *Violence Against Women*, 10, 2011, p. 1260 ff.; R. Gail Dudley, *Domestic Abuse and Women with No Recourse to Public Funds: Where Human Rights do not Reach*, 1.01.2015, available at <http://goo.gl/jcBqhw>; D. Urbanek, *Forced Marriage vs. Family Reunification: Nationality, Gender and Ethnicity in German Migration Policy*, in *Journal of Intercultural Studies*, 3, 2012, p. 333 ff.

<sup>82</sup> H. Wray, *Spousal Migration, Gender and UK Immigration law*, *op. cit.*

<sup>83</sup> M. Sumption and C. Vargas-Silva, *The Minimum Income Requirement for non-EEA Family Members in the UK*, in *The Migration Observatory at the University of Oxford*, 27.01.2016, available at <http://goo.gl/FR0xUw>. See also H. Wray, *Spousal Migration, Gender and UK Immigration law*, *op. cit.* and Children’s Commissioner, *Family Friendly? The Impact on Children of the Family Migration Rules: A Review of the Financial Requirements*, *op. cit.*, and the Ministerial response, available at <http://goo.gl/b06Lzb>. This point was also raised in *MM v. Secretary of State for the Home Department* [2014] EWCA Civ. 985 § 28 and § 85.

<sup>84</sup> See the European Website on Integration, available <https://goo.gl/7nH89i>.

<sup>85</sup> On the paradigm shift in British political discourse from multiculturalism to social cohesion and commitment to shared values, see T. Cantle, *op. cit.* See also the British Prime Minister’s speech of 2011 on the failure of State multiculturalism, available at <http://goo.gl/zYemvb>. The literature on this topic is vast. See e.g. C. Joppke, *The Retreat of Multiculturalisms in the Liberal State: Theory and Practice*, in *The British Journal of Sociology*, 2, 2004, p. 237 ff.; A. Kundnami, *The Death of Multiculturalism*, in *Race & Class*, 2002, p. 67 ff.; W. Kymlicka, *The Rise and Fall of Multiculturalism? New debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies*, in *International Social Science Journal*, 2010, p. 97 ff.; S. Vertovec, *Towards Post-Multiculturalism? Changing Communities, Conditions and Contexts of Diversity*, in *International Social Science Journal*, 2010, p. 83 ff. See also T. Modood, *Multiculturalism: A Civic Idea*, Polity Press, Cambridge-Malden, 2013 and B. Parekh, *op. cit.*

and integration agenda based on disciplinary migration strategies.<sup>86</sup> From a gender-sensitive perspective, the alleged aim of pre-entry language tests of empowering migrant women from an early stage of their integration process is questionable because, on the contrary, they seem to be linked to the side-effect of reducing the entry and settlement of lowly educated women.<sup>87</sup> Indeed, attention should be paid to the specific situation of women in several parts of the world that might have low levels of literacy in their own language. Similar problems arise for migrant women in relation to other tests, such as the Life in the UK test and post-entry English language tests: as noted in the *Settling in* research report, failure to pass these (costly) tests postpones the access to indefinite leave to remain, which is a key factor for migrant women's integration.<sup>88</sup> Hence, the alleged aim of such measures is to help integration but, in fact, they can be a factual barrier to integration.<sup>89</sup>

The intersection between “gender” and “power” in the context of immigration control emerges particularly in the gap between marriage immigration law and its implementation in practice, which can be arbitrary, incoherent and discriminatory. Within this discrepancy it is possible «to capture the internal voice of authority – the one that we know exists but often cannot be reached».<sup>90</sup> To give but one example, such a gap emerged in the procedure for family reunification applications in the 1970s, where controversial administrative methods were adopted by the entry clearance system. This became apparent in the dishonorable practice of virginity

---

<sup>86</sup> On this topic, see for example S. Mollally, *Retreat from Multiculturalism: Community Cohesion, Civic Integration and the Disciplinary Politics of Gender*, in *International Journal of Law in Context*, 2013, p. 411 ff. and Orgad L., *Illiberal Liberalism, Cultural Restrictions on Migration and Access to Citizenship in Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1, 2010, p. 53 ff.

<sup>87</sup> B. Perchinig *et al.*, *The National Policy Frames for the Integration of Newcomers. A Comparative Report*, PROSINT Project, 2012, p. 71, available at <http://goo.gl/Hme1Pg>.

<sup>88</sup> EAVES - Putting Women First, *op. cit.*, p. 11.

<sup>89</sup> The risk of this paradox is captured by the European Commission, which recently stated that «the level of difficulty of the exam, the cost of participating, the accessibility of the teaching material necessary to prepare for such an examination, or the accessibility of the examination itself must not, in fact, be barriers that complicate the achievement of this purpose», in *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on Guidance for Application of Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunification*, Brussels, 03.04.2014 COM (2014) 210 final, 16, available at <http://goo.gl/6hbnjL>. See also CJUE, *Naime Dogan v. Bundesrepublik Deutschland*, judgment of 10 July 2014, C-138/13. The European Court of Justice ruled that German pre-entry language requirements for prospective family migrants contravene the “standstill” clause of the EU-Turkey association agreement.

<sup>90</sup> E. Smith and M. Marmo, *Race, Gender and the Body in British Immigration Control. Subject to Examination*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2014, p. 2.

testing reported by Smith and Marmo: according to the colonialist assumption that «South Asian women could not be trusted and that their integrity needed to be physically verified, the female migrant had to succumb to the scrutinising gaze of the British immigration authorities».<sup>91</sup> The authors capture the interplay between gender, nation and the reproduction of ethnic boundaries in the following passage: «The integrity of the female body was checked through a humiliating procedure which also served the purpose of reaffirming the low status of the newcomer within the established race and gendered hierarchical order of the destination country. In these circumstances, the South Asian woman became the undesired-but needed migrant whose social function was to contribute to the British vision of good race relations through her attachment to men from the same ethnic community».<sup>92</sup>

#### **4. – Conclusion. Marriage Migration and Women’s Choices: Capturing Complexities**

The analysis of recent changes in marriage migration regulation in the UK suggests some considerations about the construction of an essentialized and homogenized notion of the migrant female spouse, connected to forms of family life that are seen as oppressive and a barrier to cohesion, and its entanglement with immigration control in the context of new gendered British politics of migration and belonging. Although addressing real concerns, recent measures on family migration imply a side-effect of preventing unwanted immigration and shaping national family life in cultural, economic and moral terms.<sup>93</sup> As argued above, despite their alleged aim of protecting migrant women, tackling abuse and promoting integration, restrictive requirements for spousal family reunification risk becoming a way of instrumentalising gender in order to further restrict immigration control. In the UK, where marriage migration often concerns women as reunited spouses, such requirements disempower reunited spouses within the migrant family, as they increase the uncertainty of their immigration status by granting them limited entitlements, introducing long legal dependency on sponsors (as happens during the

---

<sup>91</sup> See E. Smith and M. Marmo, *op. cit.*, p. 4.

<sup>92</sup> See E. Smith and M. Marmo, *op. cit.*, p. 5.

<sup>93</sup> H. Wray, *Moulding the Migrant Family*, *op. cit.*, p. 593.

five-year probationary period) and delaying women's process towards integration and autonomy.

The current debate on marriage migration seems to privilege certain narratives, voices and facts, framing migrant women as victims rather than active agents, and portraying them as forming a homogeneous and vulnerable group, which needs protection and emancipation.<sup>94</sup> Hence, it constructs «a stark 'all or nothing' end game»<sup>95</sup> between liberal principles, such as gender equality, and non-Western cultures, that may oppress women. However, drawing upon a perspective that captures the complexity of the issues at stake, it cannot be ignored the inadequacy of simplistic contrasts between “love marriages”, “arranged marriages” and “forced marriages”.<sup>96</sup> Some empirical research suggests that lived experiences of migrant women seem to call for a more nuanced analysis of the distinction between arranged marriage vs. love marriage. To give but one example, Charsley and Shaw challenge the «unemotional portrait» of arranged marriages and the narrative framing women as passive participants in such unions. As a result, they suggest a corrective to the idea of the abuse of transnational arranged unions.<sup>97</sup> From yet another perspective, legal discourse and political debate framing the distinction between arranged marriages and forced marriages in binary terms underplay the complexities surrounding consent.<sup>98</sup> Hence, they largely overlook the fact that such consent is constructed through power imbalances and gendered norms.<sup>99</sup> Such a consideration does not imply a critique of arranged marriages *per se* but aims to acknowledge – as many scholars have argued – that, in practice, distinguishing between a forced marriage and an arranged marriage is difficult. In particular, young women belonging to ethnic minorities can be placed under greater degree of pressure and manipulation from their families, also because of their financial and

---

<sup>94</sup> B. Perchinig *et al.*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>95</sup> M. Malik, *Minorities and Law: Past and Present*, in *Current Legal Problems*, 1, 2014, p. 98. See also M. Dustin, *op. cit.*, p. 26.

<sup>96</sup> R. Grillo, *Marriages, Arranged and Forced: The UK Debate*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>97</sup> See K. Charsley and A. Shaw, *op. cit.*, p. 340. See also A. Bredal, *Arranged Marriages as a Multicultural Battle Field*, in M. Andersson, Y. Lithman and O. Sernhede (eds.), *Youth, Otherness and the Plural city: Modes of Belonging and Social Life*, Daidalos, Gothenburg, 2005, p. 67 ff.

<sup>98</sup> A. Phillips and M. Dustin, *op. cit.*, p. 541; S. Anitha and A. Gill, *Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK*, in *Feminist Legal Studies*, 2, 2009, p. 165 ff.

<sup>99</sup> S. Anitha and A. Gill, *op. cit.*, p. 171. On this topic see *Hirani v. Hirani* [1983] 4 FLR 232; *Mahmood v. Mahmood* [1993] SLT 589; *Mahmud v. Mahmud* [1994] SLT 599; *Sobrab v. Khan* [2002] SCLR 663.

emotional dependency.<sup>100</sup> As Anitha and Gill have argued, «women who face these constraints exercise their agency in complex and contradictory ways».<sup>101</sup> It can be difficult to clearly draw the line between a consensual marriage (though based on external pressure) and a marriage based on coercion: women's experiences with marriage choice should rather be seen as «a continuum of attitudes, with consent and coercion standing at two opposing ends of this continuum».<sup>102</sup>

Hence — as feminist socio-legal scholars and ethnic minority women activists alike have argued — it is crucial to critically engage with the construction of the notion of belonging within the new gendered British politics of migration and with its shifting boundaries. Such a critique should entail a recognition of the plural, complex, nuanced and moving imaginings of belonging, which are constructed through multiple positionings that are shaped through lived experiences and embedded in complex power relations.<sup>103</sup> Moreover, in order to properly frame the issues at stake, it is unavoidable to situate the analysis within the broader economic and social context of deprivation and exclusion, which immigrant communities can experience. By addressing the challenges of gender and migration exclusively in cultural and religious terms, it is ignored that migrant women can face socio-economic disadvantage and poverty on a day-to-day basis. As Cooper argues, it is important to recentre social inequality, rather than cultural harm, as the main problem related to diversity.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> A. Phillips and M. Dustin, *op. cit.*, p. 537 ff.; K. Braun, "I Don't Take This Man to Be My Lawfully Wedded Husband": The Criminal Offense of "Forced Marriage" and its Potential Impact on the Lives of Girls and Young Women with Migration Backgrounds in Germany, in *German Law Journal*, 4, 2015, p. 856-857. See also M. Enright, *Choice, Culture and the Politics of Belonging: The Emerging Law of Forced and Arranged Marriage*, in *The Modern Law Review*, 3, 2009, p. 331 ff.; S. Razack, *Imperilled Muslim Women, Dangerous Muslim Men and Civilised Europeans: Legal and Social Responses to Forced Marriages*, in *Feminist Legal Studies* 2, 2004, p. 129 ff. and European Parliament, *Forced Marriage from a Gender Perspective*, Study for the FEMM Committee, 2016, available at <http://goo.gl/TjdKCz>.

<sup>101</sup> S. Anitha and A. Gill, *op. cit.*, p. 165.

<sup>102</sup> S. Anitha and A. Gill, *op. cit.*, p. 180.

<sup>103</sup> The literature on this topic is vast. See e.g. N. Yuval Davis, F. Anthias and E. Kofman, *op. cit.*; S. Bano, *Muslim Women and Shari'ah Councils: Transcending the Boundaries of Community and the Law*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012; N. Yuval-Davis, *The Politics of Belonging: Intersectional Contestations*, Sage, London, 2011; M. Enright, *op. cit.*; P.H. Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*, Routledge, New York, 2000; D. Parker, *The Chinese Takeaway and the Diasporic Habitus: Space, Time and Power geometries*, in B. Hesse (ed.), *Un/Settled Multiculturalisms: Diasporas, Entanglements, Transruptions*, Zed Books, London, 2000, p. 73 ff.

<sup>104</sup> D. Cooper, *Challenging Diversity: Rethinking Equality and the Value of Difference*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 74-84 and 192-194.

The interplay between gender, agency and consent within matrimonial choices is a crucial part of a wider, harsh debate on multiculturalism and integration policies in Europe<sup>105</sup> for immigrants and religious minorities, which is often centered on women. Comparative analyses show that concerns on marriage migration are a common feature across EU Member States. The Directive 2003/86/EC on the right to family reunification is part of the process of “Europeanisation” of the immigration law developed within the European Union. It establishes common minimum rules for enabling family members of third country nationals lawfully residing in the EU to join them.<sup>106</sup> Such norms concern minimum age, income, housing, legal residence and integration measures.<sup>107</sup> The Directive has had a varied impact on Member States, however it has led overall to greater harmonisation. In other words, it appears to have further developed the «family resemblance» across Europe<sup>108</sup>. Although the UK has not opted into the family reunification Directive, British policy is largely driven by EU legislation and case law. Consequently, the issues at stake need to be addressed in a comparative perspective, contextualising the British experience within a broader European framework. Exploring other European contexts where family migration is problematic avoids “parochialism” and interprets the issues at stake beyond the perspective of national legal doctrines.<sup>109</sup>

Several EU countries have adopted restrictive reforms of family migration policies on minimum age, income and control of sham marriages. They have also

---

<sup>105</sup> On the difference between multiculturalism and integration see T. Modood, *op. cit.*, p. 46: «multiculturalism or the accommodation of minorities is different from integration because it recognizes groups, not just individuals at the level of: identities, associations, belonging, including diasporic connections; behaviour, culture, religious practice, etc.; and political mobilization».

<sup>106</sup> The Directive does not apply to Ireland, Denmark and the United Kingdom. It does not concern family members of EU citizens. Their status is regulated by the Citizens’ directive 2004/38/EC. On the transposition of the Directive in EU Member States, see C.A. Groenendijk *et al.*, *The Family Reunification Directive in EU Member States*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2007. See also, L. Block and S. Bonjour, *Fortress Europe or Europe of Rights? The Europeanisation of Family Migration Policies in France, Germany and The Netherlands*, in *European Journal of Migration and Law*, 2, 2013, p. 203 ff.

<sup>107</sup> See respectively art. 4 para. 5; art. 7 para. 1 lett. C; art. 8 and art. 15; art. 7 para. 2 Directive 2003/86/EC.

<sup>108</sup> For an overview see H. Wray, A. Agoston and A. Hutton, *op. cit.*, p. 218 and 244.

<sup>109</sup> See M. Reimann, *Parochialism in American Conflicts Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 3, 2001, p. 369; O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et théorie du droit*, in *Revue Internationale de droit compare*, 2, 2001, p. 275.

extended to family migration a set of pre-entry integration measures, such as pre-departure integration tests on language and civic knowledge.<sup>110</sup>

From yet another perspective, national legislations can entail misapplications of the Directive, for example in relation to an autonomous residence permit for reunited family members. In 2014, guidelines on family reunification rules were released by the European Commission following a number of cross-cutting issues of incorrect transposition or misapplication of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification.<sup>111</sup> These issues, connected to the implementation of EU migration law, can be seen as paradigmatic of Member States' reluctance to cede authority when migration is concerned. Hence, in an era of globalization and Europeanisation, national migration law can be «transformed into a last bastion of sovereignty».<sup>112</sup> Developing a common European identity and acting as a political entity is clearly difficult, as the current refugee crisis shows. This is particularly evident in the lack of coordination, streamlined political action and leadership among Member States regarding the burden sharing for relocating asylum seekers and refugees.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> For an overview see H. Wray, A. Agoston and A. Hutton, *op. cit.*; L. Block and S. Bonjour, *op. cit.* For an analysis of the impact of family reunification requirements, see T. Strik, B. De Hart and E. Nissen, *Family Reunification Requirements: A Barrier or Facilitator to Integration? A Comparative Study*, European Commission, Family Reunification Project, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2013, available at <http://goo.gl/Dy4mjL>. On pre-departure integration measures see K. Groenendijk, *Pre-Departure Integration Strategies in the European Union: Integration or Immigration Policy?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, p. 1 ff.

<sup>111</sup> See European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on Guidance for Application of Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunification*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>112</sup> C. Dauvergne, *Citizenship with a Vengeance*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2, 2007, p. 489.

<sup>113</sup> D. Smilov, *The Argument Against Compassion: Europa and the Refugees*, in *www.opendemocracy.net*, 14.09.2015.





ISSN 2037-6677

2016/2

## **Elezioni presidenziali austriache: primi elementi di riflessione**

### **Reflections on Austrian presidential election**

**M. Mazza**

## Abstract

The paper focuses on the Austrian presidential election that is held under a two-round system. The results of the second round were annulled by the Constitutional Court and the second round re-vote is planned on 2 October. After having explained the effects of a Hofer victory, the Author analyzes the populism.

Tag : Austria, election, Constitutional Court, populism, Hofer



## Elezioni presidenziali austriache: primi elementi di riflessione

di Mauro Mazza

SOMMARIO: 1. – Le elezioni presidenziali del 2016, i risultati del turno di ballottaggio e la pronuncia della Corte costituzionale. 2. – Le dinamiche elettorali austriache, incluse alcune brevi osservazioni, nella dimensione diacronica, sui movimenti extraparlamentari ecologisti del XX secolo. 3. – I profili giuscostituzionalistici (con riferimenti comparatistici, relativi specialmente alla forma di governo). 4. – I profili politologici (e di politica comparata, concernenti in particolare il sistema dei partiti).

### **1. – Le elezioni presidenziali, i risultati del turno di ballottaggio e la pronuncia della Corte costituzionale**

Nel secondo turno delle elezioni presidenziali del 22 maggio 2016 è risultato eletto alla carica di (9°, in ordine di tempo) Capo dello Stato della Repubblica austriaca il rappresentante dei Verdi (*Die Grünen*; *recte*, per esteso, *Die Grünen – Die Grüne Alternative*), Alexander Van der Bellen (in verità, presentatosi agli elettori come candidato indipendente sostenuto dai Verdi), il quale ha sconfitto il candidato del Partito della Libertà (*Freiheitliche Partei Österreichs*, FPÖ), Norbert Hofer. La vittoria di Van der Bellen (che si sarebbe dovuto insediare nella carica l'8 luglio 2016, e, nell'ottica comparativa, risulterebbe il primo esponente di un partito ecologista

eletto direttamente dal popolo Capo dello Stato)<sup>1</sup> è stata di stretta misura (c.d. *neck-and-neck race*, ovvero *Kopf-an-Kopf-Rennen*, “corsa testa-a-testa”); lo scarto tra i due candidati (50,35% dei suffragi per Van der Bellen, contro il 49,65% per Hofer), infatti, si è attestato su circa trentuno mila voti (per l’esattezza: 31.026, corrispondenti a meno di un punto percentuale, su un totale di 4,64 milioni di voti), ed è stata ottenuta grazie ai voti espressi per corrispondenza (la differenza tra i due candidati, relativamente ai voti per corrispondenza, è stata di circa 175.000 voti favorevoli a Van der Bellen). Senza di essi, il rappresentante del Partito della Libertà sarebbe prevalso, dal momento che Hofer, prima dello scrutinio del voto per corrispondenza, era in testa con il 51,93% dei voti. Il voto per corrispondenza – modalità utilizzata dal 14,1% dei votanti – ha, quindi, ribaltato il risultato finale; si è parlato, così, non tanto di un voto all’ultimo sangue, quanto piuttosto all’ultima epistola, considerata l’importanza decisiva dei voti fatti pervenire per posta<sup>2</sup>. Per altro verso, tenuto conto che circa il 60% delle donne ha votato per Van der Bellen e che la stessa percentuale degli uomini ha, invece, sostenuto con il proprio suffragio Hofer<sup>3</sup>, si può anche affermare che il voto femminile ha sancito la vittoria del candidato ecologista (con una preferenza per il FPÖ che potremmo dire stabilizzata nel tempo, poiché ad es. nelle elezioni legislative del 1995 il 62% degli elettori del FPÖ era rappresentato da uomini e il restante da donne).

Da notare altresì che, al primo turno, svoltosi il 24 aprile 2016, i due tradizionali “big” *parties*, ossia il Partito popolare austriaco (*Österreichische Volkspartei*, ÖVP) e il Partito socialdemocratico d’Austria (*Sozialdemokratische Partei Österreichs*, SPÖ), rispettivamente con i candidati Rudolf Hundstorfer (fino al gennaio 2016 Ministro federale del lavoro, degli affari sociali e della tutela dei consumatori) e Andreas Khol (ex Presidente, dal 2002 al 2006, del Consiglio nazionale, ed esponente della corrente dei cattolici conservatori), avevano entrambi ottenuto (soltanto) l’11% (11,3% SPÖ e 11,1% ÖVP) dei voti mentre il 21,3% degli elettori aveva votato per il candidato dei Verdi (*id est*, sinistra ecologista) e il 35,1% per il rappresentante del

<sup>1</sup> Circa il motivo dell’uso del condizionale, v. *infra*, alla fine di questo paragrafo, dove viene esaminata la (clamorosa) decisione della Corte costituzionale austriaca di annullare il risultato del ballottaggio del 22 maggio per le elezioni presidenziali.

<sup>2</sup> Cfr. R. Piazza, *Il velo di Maya e l’Austria: oltre le apparenze di un voto politico*, in [www.termometropolitico.it](http://www.termometropolitico.it), 1-6-2016).

<sup>3</sup> V. *How men and women vote. The lefter sex. Europe’s far right is not such a bit with the ladies*, in *The Economist*, 11-6-2016, dove si legge che «women may be Europe’s best defence against the far right».

Partito della Libertà (i c.d. populistici di destra). Quest'ultimo partito, con il candidato Hofer, era risultato il più votato nel 90% dei comuni, con la importante eccezione della capitale Vienna; commentando il risultato del primo turno di voto, la stampa straniera aveva, dunque, fatto riferimento a *le jour où l'Autriche est devenue bleue*, evocando il colore emblematico del FPÖ<sup>4</sup>.

D'altra parte – come è stato detto<sup>5</sup> – «Queste presidenziali erano in realtà l'apertura della più lunga e complessa campagna elettorale austriaca, che porterà alle elezioni politiche dell'autunno 2018. Traslando il voto di domenica sul piano politico interno, l'Austria nel 2018 rischia sia l'ingovernabilità sia la fine della Grande Coalizione».

Le puntuali cronache elettorali già pubblicate<sup>6</sup> hanno opportunamente evidenziato come i nazional-populisti del Partito della Libertà, che ha da subito prospettato l'eventualità di proporre ricorsi giurisdizionali (anche se, nell'immediatezza, Hofer dichiarò invece di accettare il verdetto), denunciando brogli e sostenendo, altresì, l'esigenza di abolire il voto per corrispondenza, abbiano fatto leva sui timori diffusi in vasti strati della popolazione austriaca, specialmente tra le persone meno privilegiate (l'86% del voto operaio è, infatti, andato al candidato del FPÖ), nei confronti dell'immigrazione extracomunitaria, al fine di conseguire un (comunque decisamente) brillante elettorale che ha (non poco) allarmato<sup>7</sup> sia le autorità dell'Unione europea che i Governi degli Stati membri<sup>8</sup>. Van der Bellen, professore universitario ora in pensione, è al contrario sensibile alla

---

<sup>4</sup> Cfr. *Présidentielle en Autriche: un «tsunami» de l'extrême droite au premier tour*, in *Libération*, 25-4-2016, ed *ivi* l'osservazione, formulata dal politologo e studioso del nazionalismo Anton Pelinka – già docente all'Università di Innsbruck e ora alla *Central European University-CEU* di Budapest –, che «le FPÖ est clairement favori pour les prochaines législatives. Et on ne peut pas exclure qu'il forme alors une coalition avec le SPÖ ou avec l'ÖVP».

<sup>5</sup> V. P. Quercia, *L'Austria dopo lo shock (verso le prossime elezioni)*, in [www.limesonline.it](http://www.limesonline.it), 24-5-2016.

<sup>6</sup> Si vedano D. Balducci, *Austria. Destra sconfitta al ballottaggio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 25-5-2016; L. Trucco, *Il voto austriaco...in Europa*, nel *website* [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 1-6-2016.

<sup>7</sup> V. *Austria's presidential election. Disaster averted for-now. Europe's far right is no longer a fringe*, in *The Economist*, 28-5-2016; R. Monaldi, F. Sorti, *La paura è figlia dell'ignoranza. Il caso Austria*, in *Micromega online*, 18-5-2016 e 23-5-2016, parti I-II dell'articolo cit.

<sup>8</sup> Pur operandosi tra gli opinionisti politici qualche distinguo: v., ad es., A. Krali, *La lezione austriaca contro il populismo*, in *L'Eco di Bergamo*, 23-5-2016, dove la tesi secondo cui «è un'ipotesi remota credere che l'ascesa alla presidenza austriaca di Norbert Hofer possa generare delle spinte destabilizzanti. Se mai sarebbe il contrario perché l'elettore austriaco è sempre attento all'equilibrio dei poteri e se alla Hofburg dovesse sedere il candidato Norbert Hofer difficilmente alla Cancelleria andrebbe un suo compagno di partito».

questione dei profughi; egli, tra l'altro, si autodefinisce «figlio di profughi», dal momento che è nato a Vienna nel 1944 da padre nobile russo di origine olandese e madre estone, entrambi fuggiti dall'Estonia a seguito dell'invasione nel 1940 da parte dell'URSS; da queste vicende familiari deriva il soprannome con cui è chiamato Van der Bellen, "Sacha", il quale ha acquisito la cittadinanza austriaca nel 1958<sup>9</sup>. Inoltre, è stato sottolineato che Hofer ha raggiunto "il cuore" degli elettori delle zone rurali, mentre nelle città maggiori e soprattutto a Vienna il voto ha premiato Van der Bellen. Né Hofer ha nascosto il suo "euroscetticismo", accusando tra l'altro il rivale Van der Bellen di essere «il candidato dell'élite, degli snob e della Commissione europea». Si è, così, ampiamente parlato di polarizzazione estrema, dell'Austria come laboratorio per la galassia dell'ultradestra populista, e via dicendo<sup>10</sup>

D'altro canto:

a) la Procura federale contro la corruzione e la criminalità economica – *Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft/WKStA*, istituita con legge federale del 2010 – ha avviato indagini, in quattro distretti elettorali del *Land* della Carinzia, per verificare la regolarità delle operazioni elettorali;

b) un ricorso, redatto in 152 pagine e sottoscritto dal presidente del FPÖ Heinz-Christian Strache, per il quale non si tratta tanto di essere *bad losers*<sup>11</sup> quanto piuttosto di garantire le fondamenta della democrazia, volto a contestare l'esito delle elezioni presidenziali per presunti brogli al ballottaggio e a chiedere di ricontare i voti, in particolare quelli espressi per corrispondenza, è stato presentato l'8 giugno 2016, ultimo giorno utile, dal legale del FPÖ Dieter Böhmdorfer – *right-wing lawyer*, già consulente di Jörg Haider, che lo aveva nominato ministro della Giustizia/*Justizminister* nel Governo di centrodestra (composto da FPÖ e ÖVP) formatosi nel 2000 – davanti alla Corte costituzionale austriaca –

<sup>9</sup> V. R. Lupoli, *Chi è Sacha Vand der Bellen, il verde che potrebbe guidare l'Austria*, in *Left*, 23-5-2016, [www.left.it](http://www.left.it); si ricorda pure che il nonno del neo-eletto Presidente, prossimo inquilino (ma v. sotto, con riguardo alla decisione dei giudici costituzionali) del palazzo imperiale di Vienna, la *Hofburg*, sede della Presidenza della Repubblica, si chiamava anche lui Alexander Van der Bellen e fu Governatore della città di Pskov, nella Russia nordoccidentale al confine con l'Estonia.

<sup>10</sup> V., *ex multis*, A. Campi, *Gridare al lupo populista? La lezione (l'ennesima) dell'Austria all'Europa*, in [IdP/www.istitutodipolitica.it](http://IdP/www.istitutodipolitica.it), che scrive: «La verità è che il populismo ha rotto la diga della politica ufficiale e si è insediato come un attore stabile all'interno dei sistemi democratici europei. Ma la verità ancora più amara da accettare è che nessuno ha ancora messo a punto una strategia efficace – sul piano delle idee e dei programmi politici – per fermarne l'avanzata sempre più trionfale».

<sup>11</sup> Le parole di Strache sono state: *Wir sind keine schlechten Verlierer* («noi non siamo cattivi perdenti»).

*Verfassungsgerichtshof/VfGH* –, la quale può anche disporre un *parziale* riconteggio, in ogni caso *prima* dell'8 luglio, giorno previsto per l'insediamento del nuovo Presidente federale (ma nel caso fosse invece necessaria, a seguito della pronuncia costituzionale, la ripetizione del voto in tutto il Paese, *id est* un nuovo ballottaggio, ciò non potrebbe avvenire – secondo quanto affermato dal ministro dell'Interno, Wolfgang Sobotka del ÖVP – prima dell'autunno del 2016; nel frattempo, la Presidenza sarebbe affidata, in base all'art. 64 della Costituzione – *Bundes-Verfassungsgesetz/B-VG* –, a un organo collegiale formato dai tre Presidenti del Consiglio nazionale – *recte*: Presidente, Secondo Presidente e Terzo Presidente –, uno dei quali è Norbert Hofer, Terzo Presidente). Nel denunciare i presunti brogli<sup>12</sup>, ed a margine della presentazione del ricorso costituzionale (nel quale si sostiene che le irregolarità riguardano le operazioni effettuate in ben 94 dei 117 distretti elettorali locali), il segretario del FPÖ Herbert Kickl ha (molto) polemicamente affermato che «Complici del sistema politico attuale potrebbe potenzialmente usare la possibilità di modificare il risultato a favore del rappresentante del sistema, Alexander Van der Bellen». Il procedimento davanti alla Corte costituzionale è stato, dunque, avviato<sup>13</sup>. La Commissione elettorale federale (*Bundeswahlbehörde*) ha a sua volta depositato un contro-ricorso al VfGH, nel quale sostiene invece la regolarità dello scrutinio effettuato per la *BP-Wahl* (incluse le operazioni concernenti i voti per corrispondenza). La posizione dei legali di Van der Bellen e dei Verdi (c.d. *Van der Bellens Team*), gli avvocati Maria Windhager, Alexia Stuefer e Georg Bürstmayr, è stata illustrata in una memoria di 43 pagine presentata alla Corte costituzionale. In essa si sostiene che «in un paio di posti» è possibile che le regole per le elezioni presidenziali siano state «frintese o interpretate in modo errato», ma che non vi è «nessuna prova di cattiva allocazione deliberata» di voti, nel senso che non esiste «una sola prova concreta» che anche soltanto un voto sia stato «contato intenzionalmente in modo errato», e soprattutto varrebbe – per il *team* legale degli ecologisti (espressione di «*Gemeinsam für Van der Bellen*») – la c.d. prova di resistenza, dal momento che le (asserite) “sviste” non intenzionali non avrebbero comunque avuto *keinerlei Einfluss* («nessuna influenza») sull'esito complessivo della votazione

<sup>12</sup> Si veda S. Velert, *La ultraderecha austriaca impugna la elección presidencial*, in *El País*, 8-6-2016.

<sup>13</sup> V. *Autriche: le recours contre la présidentielle sous la loupe des juges constitutionnels*, in [www.i24news.it](http://www.i24news.it); *FPÖ hat Anfechtung beim VfGH eingebracht*, in *Salzburg24at Multimedia*, 8-6-2016, dove viene riportata la dichiarazione ufficiale del portavoce della Corte costituzionale/*VfGH-Sprecher*, Christian Neuwirth, relativamente alla contestazione *apud iudicem*, da parte del FPÖ, della *Bundespräsidentenwahl/BP-Wahl*.

(ovvero: sulla «corretta mappatura della volontà degli elettori»). I giudici costituzionali, nella settimana iniziata il 20 giugno 2016 e in quella successiva, hanno sentito in udienze pubbliche oltre novanta testimoni, in maggioranza persone che hanno fatto parte in qualità di membri (presidenti e scrutinatori) dei seggi e degli uffici elettorali (commissioni elettorali distrettuali/locali e regionali) nel secondo turno di voto delle elezioni presidenziali. Davanti ai quattordici membri (effettivi) della Corte costituzionale (che comprende anche sei supplenti)<sup>14</sup>, è emerso (per usare un eufemismo) che «non tutto è andato secondo le regole»<sup>15</sup>. In accoglimento del ricorso presentato dal FPÖ, la Corte costituzionale ha alla fine disposto, con la pronuncia emanata il 1° luglio 2016<sup>16</sup>, l'annullamento del secondo turno di voto delle elezioni presidenziali, a motivo delle irregolarità procedurali accertate<sup>17</sup>. Sebbene non vi siano stati brogli, le irregolarità hanno riguardato – secondo quanto emerso all'esito del procedimento giudiziario costituzionale – quattordici distretti elettorali (sul totale dei venti distretti esaminati)<sup>18</sup>. In particolare, il conteggio dei voti per posta è iniziato, in contrasto con quanto prevede la legge, prima che fosse definito il risultato del voto espresso nei seggi. La violazione delle procedure elettorali comporta l'annullamento del voto e la necessità di ri-elezioni (c.d. *re-run*) di ballottaggio, che si svolgeranno il prossimo 2 ottobre, come stabilito con la deliberazione adottata dal Consiglio dei

---

<sup>14</sup> Sulla composizione del VfGH, v. M. Olivetti, *La Corte costituzionale austriaca*, *Pubbl. Dip. Giuris. Univ. Foggia*, in giur.unifg.it, 2; *Id.*, *La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)*, in M. Olivetti, T. Groppi (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa*, premessa di G. Zagrebelsky, Milano, 2003, 25 ss., spec. 51 ss.

<sup>15</sup> V. il *reportage* di T. Mastrobuoni, *Austria, le presidenziali di maggio si trasformano in farsa*, in *La Repubblica*, 23-6-2016; le udienze, inizialmente programmate, nel caso *de quo*, fino al 6 luglio 2016, sono state successivamente limitate, fino a sfociare nella decisione costituzionale del 1° luglio 2016 (su cui v. subito nel testo).

<sup>16</sup> Alle ore 12.

<sup>17</sup> Cfr. *Gericht entscheidet. Bundespräsidentenwahl in Österreich muss wiederholt werden*, in [www.focus.de](http://www.focus.de), 1-7-2016; *Zu viele Pannen: Österreich muss Präsidenten erneut wählen*, in [www.fnp.de](http://www.fnp.de), 1-7-2016; A. Dichiarante, *Austria, Corte costituzionale: ballottaggio per le presidenziali da rifare*, in *La Repubblica*, 1-7-2016.

<sup>18</sup> Non vi sono state, dunque, manipolazioni, ma si è trattato unicamente di vizi formali e «gestione impropria» delle schede elettorali. Il presidente della Corte costituzionale ha osservato che, nei distretti elettorali dove sono state riscontrate le irregolarità, «hanno votato 77.926 persone: più del doppio della differenza dei voti tra Hofer e Van der Bellen», aggiungendo che «per questo abbiamo deciso di annullare il voto. Perché le elezioni sono il fondamento della democrazia e non ci dev'essere nessun'ombra di dubbio» (cfr. G. Mumelter, *La corte suprema austriaca ordina di ripetere le elezioni presidenziali*, in [www.internazionale.it](http://www.internazionale.it), 1-7-2016, il quale parla, a commento della decisione costituzionale, di un «colpo di scena senza precedenti»). La «geografia» elettorale austriaca comprende 43 circoscrizioni elettorali regionali (in cui sono ripartiti i nove *Länder*/Stati federati) e 117 distretti elettorali locali.

ministri nella riunione del 5 luglio e comunicato alla stampa subito dopo la seduta ministeriale dal Cancelliere federale Christian Kern. È stato, quindi, “congelato” il giuramento di Van der Bellen quale Presidente della Repubblica, originariamente previsto<sup>19</sup> l'8 luglio 2016. Il presidente del *Verfassungsgerichtshof*, prof. Gerhart Holzinger (docente all'Università di Graz, specialista dei diritti fondamentali e dei diritti dell'uomo, già presidente della *Österreichische Juristenkommission-ÖJK*), nell'annunciare la decisione dei giudici costituzionali ha affermato che «Le elezioni sono il fondamento della nostra democrazia e il nostro compito è di garantirne la regolarità. La nostra sentenza deve rafforzare il nostro Stato di diritto e la nostra democrazia»<sup>20</sup>. Van der Bellen, ad ogni modo, si è detto «molto fiducioso» circa il futuro esito del ballottaggio-*bis*, dichiarando: «vincerò una seconda volta». A sua volta, Hofer ha affermato, il giorno successivo alla decisione costituzionale, che la Corte costituzionale ha confermato che, sebbene non vi sia la prova di brogli, tuttavia le irregolarità accertate avrebbero potuto consentire manipolazioni. Inoltre, per Hofer denunciare le infrazioni delle regole, incluse naturalmente quelle relative alle procedure elettorali, costituisce per ogni cittadino un «dovere democratico». In buona sostanza, la lettura complessiva che Hofer (e il FPÖ) ha(nno) fatto della decisione costituzionale è che le irregolarità riscontrate dalla Corte costituzionale sono state tali da far ritenere che il risultato del ballottaggio del 22 maggio *avrebbe potuto essere diverso*. Hofer ha, infine, delineato le caratteristiche della sua (nuova) campagna elettorale, dicendo che, se vincerà al ballottaggio-*bis* per le elezioni presidenziali, non fingerà di «essere qualcun altro», e aggiungendo – con evidente riferimento alla recentissima *Brexit*<sup>21</sup> – che se la Turchia dovesse entrare nell'UE<sup>22</sup>, oppure i trattati comunitari

<sup>19</sup> Erano stati già diramati gli inviti alla cerimonia ufficiale di insediamento nella carica di Capo dello Stato.

<sup>20</sup> È la prima volta in cui un ballottaggio per le elezioni presidenziali viene annullato in Austria.

<sup>21</sup> Su cui v., tra i commenti “a caldo”, G. Aragona, *Dopo il Brexit: prospettive e nervi saldi*, nel sito online dell'Istituto per gli studi di politica internazionale (ISPI) di Milano ([www.ispionline.it](http://www.ispionline.it)), 24-6-2016; G. Martinico, *La confusione regna “sovrana”: riflessioni sul Brexit a pochi giorni dal voto del 23 giugno*, nel sito Web *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 27-6-2016; B. Caravita, *Brexit: Keep calm and apply the European Constitution*, in *Federalismi.it.* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), Editoriale del n. 13/2016 (29-6-2016); C. Curti Gialdino, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 13/2016 (29-6-2016); A. Majocchi, *Brexit: la fine di un alibi*, Commento n. 83 del 29-6-2016, disponibile nel *website* del Centro Studi sul Federalismo (CSF) di Moncalieri (TO) ([www.scfederalismo.it](http://www.scfederalismo.it)); A. Villafranca, *Ragionamenti sul Brexit*, nel cit. sito Internet dell'ISPI ([www.ispionline.it](http://www.ispionline.it)), 1-7-2016; S. Mancini, *Brexit*, nel cit. *website* [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 4-7-2016; E. Palici di Suni, *I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l'Europa?*, in questa *Rivista*, 2016-2. In formato cartaceo v. anche G. Tremonti, *Brexit Referendum* in Id., *Mondus Furiosus*, *Il riscatto degli*

(*recte*, eurounitari) dovessero essere (ulteriormente) modificati nel senso della diminuzione delle competenze assegnate agli Stati membri<sup>23</sup>, allora sarebbe (in epoca ormai *post-Brexit*) sua intenzione proporre («automaticamente», o comunque entro un anno) l'indizione di un *referendum* popolare sull'uscita dell'Austria dall'UE<sup>24</sup>, ovvero sulla "*Austrexit*"<sup>25</sup>. Secondo l'attuale Cancelliere (socialdemocratico) Christian Kern, «non ci devono essere dubbi sulla legittimità di nessuna elezione», ragione per la quale – prosegue il Cancelliere – se pure la decisione costituzionale del 1° luglio «non è qualcosa di cui rallegrarsi», tuttavia «dimostra che la democrazia e lo Stato di diritto funzionano»<sup>26</sup>. Reazioni positive alla pronuncia della Corte costituzionale di annullamento del secondo turno di voto per le elezioni presidenziali sono venute anche dal mondo cattolico. Così il cardinale Christoph Schönborn, arcivescovo di Vienna, ha affermato che la decisione dei giudici costituzionali rappresenta un «forte segno di vita della nostra democrazia e dello Stato di diritto»; per il presidente dell'Azione cattolica austriaca (*Katholischen Aktion Österreich*, KAÖ), Gerda Schaffelhofer<sup>27</sup>, la pronuncia costituzionale è un «segnale che i futuri turni di votazione debbano essere gestiti con rigore e le violazioni

---

*Stati e la fine della lunga incertezza*, Milano, 2016, 95 ss.; A. Giovannini, *Il Brexit spacca il Regno Unito*, in *Limes. Riv. it. di geopolitica*, 2016, n. 6, 65 ss.

<sup>22</sup> In una intervista concessa il 1° luglio 2016 al canale televisivo RT (*Russia Today*), che ha sede a Mosca (e fa parte del gruppo *TV-Novosti*, russ. *TB Hobocmu*, lett. «notizie TV»), Norbert Hofer, (auto)dichiaratosi alla guida di un partito di centro-destra (e non, dunque, di estrema destra), ha affermato che «Austria will stay in EU if Turkey stays out», precisando così il suo pensiero: «I believe that people are able to learn, that political structures are able to develop, and that Austria will contribute to making Europe better. There is one exception, however, that is if the EU decides to let Turkey join the Union» (si veda nel sito [www.rt.com](http://www.rt.com)).

<sup>23</sup> Cfr. le dichiarazioni di Hofer nel sito citato nella nota che precede, secondo cui «I hope that there will be no need for a referendum [on EU membership] in Austria, and that the Union will develop in a positive manner. [...] But I am fully certain that Austrian people will not accept Turkish membership in the bloc, as well as the situation where Austria is deprived of its powers in favor of the authorities in Brussels».

<sup>24</sup> Ma «If the EU chooses the right path, there will be no need for a referendum in Austria» (così Norbert Hofer nell'intervista del 1° luglio cit. *supra* a *Russia Today-RT*).

<sup>25</sup> Cfr. F. Thoman, *Austria, Hofer a caccia di rivincita «Se entra la Turchia, noi via dall'UE»*, in *Corriere della Sera*, 2-7-2016.

<sup>26</sup> Vedasi *Austria, la Corte costituzionale annulla il ballottaggio: da rifare la sfida tra il verde Van der Bellen e il nazionalista Hofer*, in *Il Fatto Quotidiano*, 1-7-2016.

<sup>27</sup> Molto critica rispetto alle misure governative tendenti a restringere il diritto d'asilo; v. *Austria: Schaffelhofer (Catholic Action) against new asylum-seeking rules. "Do not pursue populism"*, nel sito online del Servizio Informazione Religiosa-SIR ([agensir.it](http://agensir.it)), 29-4-2016 (*website* a cura della Federazione Italiana Settimanali Cattolici e della Conferenza episcopale italiana-CEI). Invi la sig.ra Schaffelhofer afferma che «the new rules do not only frustrate the fundamental rights of people who look for protection, they consign them even more to exploiters».

sanzionate»; nelle parole del presidente dell'Unione delle Associazioni cattoliche dell'Austria (*Arbeitsgemeinschaft katholischer Verbände Österreichs*, AKV), Helmut Kukacka<sup>28</sup>, l'intero processo decisionale ha dimostrato che «ogni voto ha un peso», e che occorre «incentivare la partecipazione dei cittadini»<sup>29</sup>;

c) vi è un aspetto particolare, riguardante il ballottaggio-*bis* (di cui si è ampiamente detto, *sub b*)) che non va sottaciuto. Si tratta della questione delle risorse finanziarie<sup>30</sup>. Per i primi due turni di voto, del 24 aprile e 22 maggio, il FPÖ ha speso 3,3 milioni di euro e i Verdi 1,8 milioni di euro, ai quali si sommano per il partito ecologista le risorse finanziarie provenienti da (ben) 1,16 milioni di euro di donazioni e fondi personali<sup>31</sup>. Il terzo scrutinio comporterà ovviamente maggiori spese per i partiti coinvolti, tenendo conto che nell'ordinamento austriaco per le elezioni presidenziali non è previsto rimborso di spese elettorali. Si calcola che per il ballottaggio-*bis* di settembre-ottobre, sebbene con una certa minore spesa per i mesi

<sup>28</sup> L'attuale *AKV-Präsident* è stato in precedenza segretario di Stato (*Staatssekretär*), per il Partito popolare (ÖVP), nel ministero per i Trasporti, l'Innovazione e la Tecnologia (*Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie*, BMVIT).

<sup>29</sup> Si veda quanto riportato nel sito Web della Radio Vaticana ([www.radiovaticana.va](http://www.radiovaticana.va)), 2-7-2016, *sub Austria, elezioni annullate. Schönborn: garanzia di libertà*.

<sup>30</sup> Nel sistema giuridico austriaco è accolto il principio del *dualen Finanzierung* dei partiti politici, che prevede sovvenzioni pubbliche e contributi privati (v. A. Kapeller, *Finanziamento dei partiti politici in Austria*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), 23-6-2012). Le spese per ogni campagna elettorale non possono superare, per ciascun partito, l'ammontare complessivo di 7 milioni di euro (sono previste sanzioni pecuniarie in caso di inosservanza del detto limite). I contributi volontari percepiti dai partiti devono essere rendicontati. Per le donazioni (*spenden*) ai partiti politici è contemplato, in sede di rendicontazione, un apposito elenco (*Spendendeklarationspflicht*) che costituisce allegato alla rendicontazione medesima. Il rendiconto (*Rechenschaftsbericht*), con i menzionati allegati, è predisposto annualmente e sottoposto al controllo sia di due revisori, che non devono appartenere allo stesso studio professionale, che della Corte dei conti (*Rechnungshof*). L'obiettivo di tali disposizioni è quello di garantire la trasparenza in materia di finanziamento dei partiti politici, e anche un controllo pubblico (*öffentliche Kontrolle*), dal momento che i rendiconti, compresi gli elenchi dei contributi volontari e delle imprese nelle quali i partiti possiedono partecipazioni, sono altresì soggetti a pubblicazione (in particolare, le donazioni di importo superiore a settemila euro sono pubblicate sul sito Internet del Parlamento e della Corte dei conti). Le disposizioni pertinenti sono contenute nella *Bundesgesetz über die Finanzierung politischer Parteien* (*Parteiengesetz*, PartG), pubblicata nella «Gazzetta ufficiale federale» (*Bundesgesetzblatt*, BGBl) I n. 56/2012. Per un puntuale e aggiornatissimo commento, v. M. Stelzer, *Die Neuregelung der Parteienfinanzierung in Österreich*, in S. Bukow, U. Jun, O. Niedermayer (hrsg.), *Parteien in Staat und Gesellschaft. Zum Verhältnis von Parteienstaat und Parteiendemokratie*, Wiesbaden, 2016, 131 ss.; cfr., inoltre, W. Zögernitz, S. Lenzhofer, *Politische Parteien. Recht und Finanzierung*, Wien, 2013, e online S. Lenzhofer, *Die neue Parteienfinanzierung: Mehr Transparenz im Tausch gegen höhere staatliche Zuwendungen*, in [www.jusportal.at](http://www.jusportal.at); per l'assetto istituzionale previgente, v. S. Lenzhofer, *Die Parteienfinanzierung in Österreich*, Wien, 2010; H. Sickinger, *Politikfinanzierung in Österreich*, Wien, 2009.

<sup>31</sup> Il FPÖ, al contrario, ha percepito solo piccole donazioni in denaro; la più cospicua, giunta dalla Carinzia, è stata di 50.000 euro.

di luglio e agosto (quando molti austriaci sono in vacanza, e perciò non agevolmente raggiungibili dalla propaganda elettorale), saranno necessari per entrambi i partiti contendenti risorse finanziarie comprese tra 1,5 e 2 milioni di euro. Poiché il finanziamento pubblico ottenuto l'anno scorso (2015) dal FPÖ è stato pari a 6,3 milioni di euro e per i Verdi ha raggiunto i 3,9 milioni di euro, non stupisce la proposta (avanzata dai Verdi<sup>32</sup>) di una sorta di “accordo” tra le due controparti «per spendere il meno possibile»<sup>33</sup>;

d) il presidente del FPÖ Heinz-Christian Strache, fin dalla presentazione del ricorso costituzionale (v. sopra, *sub b*) e *c*)), ha altresì dichiarato che – a suo giudizio – la votazione per posta, quantomeno nella forma attuale, dovrebbe essere abolita, e questo perché – secondo Strache – il voto per corrispondenza non soddisfa i requisiti costituzionali del voto segreto.

## **2. – Le dinamiche elettorali austriache, incluse alcune brevi osservazioni, nella dimensione diacronica, sui movimenti extraparlamentari ecologisti del XX secolo**

Proviamo ora, sia pure brevemente, a “scandagliare” alcuni ulteriori aspetti del risultato elettorale austriaco, in attesa ovviamente del nuovo voto di ballottaggio del 2 ottobre 2016<sup>34</sup>).

Possiamo, in primo luogo, rilevare che il programma del Partito della Libertà<sup>35</sup>, che si apre con il richiamo a *Wahrheit, Freiheit, Heimatliebe*, non riguarda soltanto il problema dell'immigrazione di massa, ma si occupa (in decine di pagine), delle questioni del lavoro (e dell'obiettivo della piena occupazione, peraltro secondo lo *slogan* hoferiano «Austria e austriaci per primi», riferito al mercato del lavoro e ai servizi sociali, che rimanda alla nozione del c.d. *welfare* sciovinista o “sciovinismo del benessere”), degli effetti della globalizzazione, della finanziarizzazione dell'economia (austriaca e mondiale), ecc.

<sup>32</sup> Per l'esattezza, dal deputato verde Peter Pilz (che è altresì *blogger* ed esperto di questioni legali connesse ai fenomeni di corruzione politica).

<sup>33</sup> Cfr. P. Mayr, G. Oswald, *Bundespräsidentenwahl: Neuer Wahlgang braucht neues Geld. Die neuerliche Stichwahl belastet die Budgets von FPÖ und Grünen. Bei den Blauen werden wohl die Landesparteien zur Kasse gebeten. Van der Bellen hofft auf Spenden*, in *Der Standard*, 2-7-2016.

<sup>34</sup> V. *supra*, nel paragrafo 1.

<sup>35</sup> Consultabile nel sito [www.fpoe.at](http://www.fpoe.at).

Inoltre, al secondo turno delle elezioni presidenziali austriache vi è stata una (forte) convergenza<sup>36</sup> dei tradizionali elettori di ÖVP e SPÖ verso il candidato dei Verdi, che ha ricevuto un deciso sostegno anche dei *media* (come già accaduto in passato, nel senso della opposizione al FPÖ di Jörg Haider)<sup>37</sup>, non diversamente rispetto a quanto avvenuto nel 2002 in occasione delle elezioni presidenziali francesi, che sancirono la vittoria di Jacques Chirac su Jean-Marie Le Pen. Ciò, sebbene le proporzioni siano comunque rispettivamente diverse nei casi di Austria e Francia, poiché Chirac ottenne il 19,9% dei voti al primo turno e ben l'82,2% dei suffragi al secondo turno, laddove invece Le Pen passò dal 16,9% del primo turno ad (appena) il 17,8% al secondo turno; di contro, Hofer ha conseguito al secondo turno il 49,7% dei voti, con la conseguenza che l'esperienza elettorale del *Front National* lepenista<sup>38</sup> non appare agevolmente comparabile a quella del *Freiheitliche Partei Österreichs* (il risultato elettorale del 2016 è stato il migliore mai conseguito a livello nazionale dal FPÖ, che ha ottenuto, per esempio, il 20,5% dei suffragi alle elezioni del Consiglio nazionale del 2013 e il 19,7% alle elezioni europee del 2014; la candidata del FPÖ alle elezioni presidenziali del 2010, Barbara Rosenkranz, che è ora ministro per l'Edilizia con incarico anche per la Protezione degli animali – *Minister für Baurecht und Tierschutz* – del *Land* della Bassa Austria, ottenne solo il 15,6% dei suffragi).

Per altro verso, si tende (perlopiù) a sottacere il sostegno che almeno una parte della Chiesa Cattolica austriaca (specialmente nelle aree rurali del Paese) ha in qualche misura (e sia pure indirettamente) offerto a Hofer, talvolta anche con prese di posizione pubbliche, per esempio da parte del Vescovo ausiliare dell'Arcidiocesi di Salisburgo Andreas Laun (docente di filosofia morale presso la *Philosophisch-*

<sup>36</sup> Sulla base di una sorta di versione austriaca di “patto repubblicano”.

<sup>37</sup> Cfr. F. Plasser, M. Villa, *Striking a Responsive Chord: Mass Media and Right-Wing Populism in Austria*, in G. Mazzoleni, J. Stewart, B. Horsfield (Eds.), *The Media and Neo-Populism. A Contemporary Comparative Analysis*, Westport, CT, 2003, 21 ss.; G. Mazzoleni, *Media e populismo: alleati o nemici?*, Università degli studi di Milano, *Working Papers del Dipartimento di studi sociali e politici*, n. 4/2004, che opportunamente distingue tra *elite media*, abitualmente avversari dei movimenti neo-populisti, e *tabloid/popular media*, che sono invece almeno tendenzialmente a favore dei nuovi populisti, dando così vita al c.d. *media populism*.

<sup>38</sup> A proposito della quale v., in luogo di molti, E. Mostacci, L. Testa, «*Sous le signe de l'Hexagone*»: le metamorfosi del Front National nella sfida alla lealtà repubblicana, in *Dir. Pubbl. comp. eur.*, 2015, 619 ss., cui adde molto recentemente, nell'ottica comparata, G. Ivaldi, *Le Front national français dans l'espace des droites radicales européennes*, in *Pouvoirs*, n. 157, 2016, 115 ss., che parla di populismo etno-nazionalista autoritario e *populisme anti-establishment*, e inoltre E. Nkunuzwami *Le Nord face au danger populiste. Radioscopie de l'offensive du FN à la veille de l'élection présidentielle de 2017*, Paris, 2016, sul progressivo radicamento territoriale del FN (anche) nella Francia settentrionale.

*Theologischen Hochschule Benedikt XVI. Heiligenkreuz* e di teologia morale nell'Università di Vienna) che ha invitato i fedeli a pregare per la vittoria di Hofer, dal momento che – quantomeno per Laun – Van der Bellen è *on the wrong side*<sup>39</sup>. Il Vescovo Laun, per le posizioni espresse, è stato criticato da non pochi teologi austriaci, soprattutto perché ha indebitamente rotto il tradizionale riserbo della Chiesa Cattolica, a partire dalle più alte gerarchie, relativamente agli esiti delle consultazioni politiche. A margine del “caso Laun”, che ha suscitato un certo scalpore in Austria, il cardinale Christoph Schönborn – arcivescovo di Vienna, già docente di dogmatica cattolica e teologia dell'oriente cristiano nell'Università svizzera di Friburgo nonché attuale presidente della Conferenza episcopale austriaca/*Österreichische Bischofskonferenz* –, il quale è noto per il suo orientamento conservatore (sebbene con caute aperture, anche su questioni sensibili, come ad es. l'orientamento sessuale), ha dichiarato di non poter biasimare il Vescovo Laun per l'opinione da lui manifestata su Hofer, pur rimarcando la tradizionale impostazione secondo cui è opportuno per gli ecclesiastici rimanere al di fuori del dibattito politico (e, specialmente, della competizione tra i partiti politici). Lo stesso Hofer aveva, peraltro, affermato in campagna elettorale, presentandosi come fedele all'ortodossia cattolica, che «La fede in Dio è un faro che mi mostra dove andare nei momenti difficili»<sup>40</sup> Si tenga conto, altresì, che Van der Bellen è ateo dichiarato (il neo-Presidente, che si è sposato in seconde nozze – qualche mese prima delle elezioni presidenziali – con la parlamentare Verde Doris Schmidauer, appare sotto alcuni aspetti come un ecologista “anomalo”, essendo tra l'altro appassionato di automobili e accanito fumatore).

Da un differente angolo visuale, se è vero che i Verdi austriaci sono attualmente classificabili alla stregua di un partito di centro-sinistra (impegnato su tematiche non soltanto ecologiche, ma anche riguardanti nonviolenza, femminismo, solidarietà, democrazia diretta), va però precisato che essi derivano dall'unificazione, realizzata nel 1986, di due preesistenti “anime” del movimento ecologista austriaco, vale a dire *Vereinte Grüne Österreichs* (VGÖ) e *Alternative Liste Österreichs* (ALÖ), raggruppamenti politici entrambi creati nel 1982 (e che si presentarono separati alle elezioni politiche

<sup>39</sup> Cfr. *Weibbischof Laun empfiehlt Wahl von Norbert Hofer*, all'indirizzo <http://religion.orf.at>, *Österreichischer Rundfunk*, 19-5-2016.

<sup>40</sup> Si veda M. Lavena, *Austria, l'avanzata populista spiazzata i partiti e il mondo cristiano*, in *La Difesa del popolo. Settimanale diocesano di Padova*, 26-4-2016.

del 1983, ottenendo peraltro un risultato modesto, pari a 1,9% per VGÖ e 1,4% per ALÖ), ma che manifestavano un orientamento piuttosto differente, l'uno conservatore (*id est*, di centro-destra) e l'altro progressista (di sinistra), secondo (contrastanti) linee di tendenza che anche oggi sono in qualche misura rinvenibili all'interno della (tuttora composita, secondo l'immagine del c.d. arcipelago verde) formazione partitica ecologista<sup>41</sup> Piuttosto (*recte*: alquanto) singolari sono, del resto, le caratteristiche di colui che viene considerato l'ideologo dell'ecologismo austriaco, vale a dire Günther Nenning (scomparso nel 2006), che si autodefiniva *Rot-Grün-Halbschwarzer*, con riferimento alle diverse (principali) componenti socialista, verde e conservatrice del suo pensiero politico, nonché una sorta di “ponte” tra il marxismo e il cristianesimo (di sinistra), ma anche un attivista per i diritti delle donne e (quindi) “femminista”<sup>42</sup>. Si può altresì aggiungere, a testimonianza sia del carattere irrequieto di Nenning che dell'immagine dei Verdi austriaci (tradizionalmente piuttosto litigiosi), che negli *eco-clubs* fondati da Nenning (contrario alla visione tradizionale dei partiti) trovarono posto, negli anni sessanta e settanta del secolo scorso, pacifisti, maoisti, nudisti, anarchici, femministe, trotskisti, cattolici, socialisti e persino simpatizzanti della RAF (*Rote Armee Fraktion*), mentre lo stesso Nenning, che parlava di sé nei termini della «radicalità imperiosa», accanto all'obiettivo (per lui fondamentale) di mantenere i Verdi “colorati”, avviò *inter alia* un *referendum* nazionale per l'abolizione delle forze armate e pubblicò gli scritti sulla guerriglia urbana di Ulrike Meinhof<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Si cfr. F. Schandl, G. Schattauer, *Die Grünen in Österreich: Entwicklung und Konsolidierung einer politischen Kraft*, Wien, 1995; F. Schulz, *Die Grünen in Österreich - Geschichte, Organisation und heutige Situation der Grünen Partei*, München, 2007; P. Moderegger, *Die grünen Parteien in Deutschland, Österreich und Irland: Parteien der Städte oder der Menschen im Grünen*, München, 2013.

<sup>42</sup> V. nel sito [austria-forum.org](http://austria-forum.org), *ad vocem*.

<sup>43</sup> I rapporti storici tra persone gravitanti nell'area della RAF e il movimento ecologista austrotedesco sono stati documentati da S. Aust, *Der Baader-Meinhof-Komplex*, Hamburg, 1985, trad. ingl., *The Baader-Meinhof Group. The Inside Story of a Phenomenon*, London, 1987, nuova ediz. riv., *Baader-Meinhof. The Inside Story of the R.A.F.*, London, 2008, ed *ivi* si veda spec. *sub Going Outside the Law*, 9 ss., per il profilo della relazione tra movimento extraparlamentare antinucleare e gruppi radical-ecologisti; l'autore, successivamente diventato direttore di *Der Spiegel*, scriveva per conoscenza diretta, avendo in passato collaborato, tra il 1966 e il 1969, proprio con la Meinhof nella redazione del giornale della sinistra radicale *Konkret*, fondato – con il probabile sostegno finanziario del Governo della ex Germania Est – dal marito della stessa Meinhof, Klaus Reiner Röhl, chiamato dagli allora militanti extraparlamentari “K2R”. Dopo non poche vicissitudini, *Konkret* esce ancora oggi ad Amburgo, quale foglio dell'estrema sinistra. E si vedano pure le vicende esistenziali, contrassegnate non solo dall'apprendistato presso organizzazioni come *Subversive Aktion* e *Außerparlamentarische Opposition-APO* ma anche dallo studio della Bibbia nonché delle questioni

### 3. – I profili giuscostituzionalistici (con riferimenti comparatistici, relativi specialmente alla forma di governo)

Dal punto di vista strettamente giuridico, si potrebbe poi tentare di svolgere una sorta di esercitazione teorica. Chiediamoci, dunque: cosa sarebbe successo in caso di vittoria di Hofer?<sup>44</sup> Il candidato del Partito della Libertà aveva affermato che, qualora fosse diventato Presidente della Repubblica, avrebbe fatto concreto uso dei poteri che *on paper* sono contemplati dalla Costituzione federale austriaca del 1° ottobre 1920 (vigente dal successivo 10 novembre), modificata con la riforma costituzionale del 7 dicembre 1929 ed entrata nuovamente in vigore con il *Verfassungs-Überleitungsgesetz* del 1945, ovvero, meglio, riportata in vigore, dopo che l'*Anschluss* e l'unione dell'Austria al *Reich*, proclamata con legge costituzionale del 13 marzo 1938<sup>45</sup>, fu dichiarata «nulla e invalida». In particolare, Norbert Hofer aveva prospettato durante la campagna elettorale il possibile ricorso, nel caso fosse diventato Capo dello Stato, allo scioglimento presidenziale del Consiglio nazionale (dove la maggioranza è attualmente rappresentata, a seguito delle elezioni legislative del 29 settembre 2013, dalla *Große Koalition* formata da SPÖ-ÖVP, ossia dalla grande coalizione bianco-rossa che – come si è visto sopra – ha però ottenuto al primo turno delle elezioni presidenziali del 2016 soltanto il 22% dei consensi, tenendo altresì presente che la scadenza naturale della legislatura è prevista per il 2018 e che questi due partiti si dividono il potere fin dal 1945), la Camera bassa del Parlamento federale austriaco (l'unica ad essere eletta direttamente dal popolo)<sup>46</sup>. Secondo l'ipotesi hoferiana, lo scioglimento del Consiglio nazionale ex art. 29, comma 1, B-

---

sociali ed ecologiche, di Gudrun Ensslin, l'«intellettuale» della RAF figlia di un pastore della Chiesa evangelica, ricostruite nel libro di A. Grieco, *Anatomia di una rivolta. Andreas Baader, Gudrun Ensslin, Ulrike Meinhof. Un racconto a più voci*, Milano, 2010, dove si ricorda che anche nella famiglia della Meinhof vi era stata, di generazione in generazione, una serie di teologi evangelici.

<sup>44</sup> Ovvero, attualizzando ulteriormente la domanda (a seguito della decisione costituzionale del 1° luglio): cosa potrebbe accadere se Hofer vincessesse le elezioni presidenziali al ballottaggio-bis?

<sup>45</sup> V. A.D. Low, *The Anschluss Movement, 1918-1938: Background and Aftermath*, New York, 1984.

<sup>46</sup> Cfr., ampiamente, F. Palermo, *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto. Due ordinamenti in evoluzione tra cooperazione, integrazione e ruolo delle seconde Camere*, Trento, 1997; sulla Camera alta, eletta indirettamente, v. P. Macchia, *Il Bundesrat austriaco. Genesi e vicende della Seconda Camera di un federalismo debole*, Torino, 2007; A. De Petris, *Bundesrat: istruzioni per l'uso. Il ruolo della seconda Camera in un ordinamento federale*, nel *website* dell'AIC, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), e inoltre, per raffronti comparativi, B. Caravita, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2009, 2ª ed., 43 ss.

VG avrebbe determinato la conseguente indizione di elezioni anticipate per il rinnovo del *Nationalrat*<sup>47</sup>, nella speranza – ovviamente: dal punto di vista di Hofer – che alle nuove elezioni il FPÖ si confermi primo partito e ottenga, così, la carica di Cancelliere, (presumibilmente) da assegnare ad Heinz-Christian Strache, che del FPÖ è Presidente (Hofer ha, altresì, affermato che sarebbe stata sua intenzione, qualora eletto alla carica di Presidente federale, partecipare insieme al Cancelliere ai *meetings* dei Capi di Stato e di governo indetti dall'Unione europea, mentre fin dal 1° gennaio 1995, cioè dall'adesione dell'Austria all'UE, è il solo Cancelliere a prendere parte alle riunioni di Bruxelles).

Si tratta di attribuzioni e competenze espressamente (ed esaustivamente) previste dalla Costituzione federale austriaca<sup>48</sup>, nonché approfonditamente studiate dai giuspubblicisti, in saggi disponibili anche in lingua italiana<sup>49</sup>. Ma – come è ampiamente noto – tali poteri/attribuzioni/competenze non sono stati finora in concreto utilizzati (si ricorda il solo caso dello scioglimento del Consiglio nazionale da parte del Presidente cristiano-sociale Wilhelm Miklas nel 1930, su proposta del Cancelliere Carl Vaugoin, anche lui del Partito socialcristiano/*Christlichsoziale Partei*), per cui si parla abitualmente del caso austriaco come semipresidenzialismo apparente<sup>50</sup>, se non di una forma di governo parlamentare *tout court*<sup>51</sup>, oppure ancora

---

<sup>47</sup> Sul sistema elettorale, v. G. Schebeck, *Grundprinzipien des Nationalratswahlrechts*, in *Forum Parlament*, n. 2/2003, 9 ss.; il diritto elettorale, modificato nel 2007 dalla *Wahlrechtsänderungsgesetz*, prevede ora l'elettorato attivo generalizzato – vale a dire, per le elezioni nazionali, europee e locali, come anche per i *referendum* deliberativi e consultivi – al compimento dei sedici anni, la durata di cinque anni, invece dei precedenti quattro, della legislazione parlamentare, e l'estensione del voto per corrispondenza all'interno dell'Austria: v. C. Fraenkel-Haeberle, *Prime considerazioni sulla riforma elettorale austriaca nel centenario dell'avvento del suffragio universale (maschile)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5-9-2007.

<sup>48</sup> Cfr. F. Palermo, «Codice» di diritto costituzionale austriaco. *Costituzione federale, Legge costituzionale finanziaria, Legge fondamentale sui diritti dei cittadini*, Padova, 1998.

<sup>49</sup> Si vedano F. Koja, *La posizione giuridica e politica del Presidente della Repubblica federale austriaca*, in L. Pegoraro, A. Rinella (cur.), *Semipresidenzialismi*, Padova, 1997, 61 ss.; H. Schäffer, *L'esperienza austriaca*, in M. Luciani, M. Volpi (cur.), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 549 ss.; nella letteratura austriaca v., per esempio, M. Welan, *Der Bundespräsident*, Wien-Köln-Graz, 1992.

<sup>50</sup> Cfr. L. Mezzetti, *La forma di governo austriaca fra semipresidenzialismo apparente e sistema politico compromissorio*, in L. Mezzetti, V. Piergigli (cur.), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Torino, 1997, 197 ss.; G. Parodi, *La Germania e l'Austria*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, I, Roma-Bari, 2014, 149 ss., spec. 186 ss.

<sup>51</sup> In tal senso, v. S. Ortino, *Governo parlamentare ed elezione diretta del Capo dello Stato: il caso austriaco*, in *Quad. cost.*, 1983, 311 ss., il quale preferisce definire, anche alla luce del ruolo – non tanto istituzionale, quanto piuttosto effettivamente svolto, ossia il c.d. spazio di manovra – del Presidente

di un semipresidenzialismo a prevalenza del Governo<sup>52</sup>. Efficace è, poi, l'osservazione per cui, in Austria, la posizione del Capo dello Stato «si marginalizza a tutto vantaggio della componente parlamentare-governativa»<sup>53</sup>. E non mancano ulteriori definizioni/classificazioni della forma di governo austriaca, tutte in qualche modo influenzate dalla posizione istituzionale e “di fatto” del Capo dello Stato, come quando si richiama la nozione politico-costituzionale della forma di governo parlamentare con impatto presidenziale, oppure quella del sistema di governo parlamentare puro modificato, o ancora quella di sistema con un potere esecutivo bipolare, o infine quella della Repubblica parlamentare-presidenziale<sup>54</sup>. Celebre, infine, e anzi per certi versi alla base di tutte le ricostruzioni dottrinali sopra esaminate, è l'impostazione di Maurice Duverger<sup>55</sup>, che ha parlato al riguardo di «sistemi parlamentari di fatto», osservando in particolare che «Benché eletto a suffragio universale e dotato di poteri propri, in realtà il Capo dello Stato non esercita affatto tali poteri in Austria, in Irlanda e in Islanda. Semipresidenziali in linea di diritto, i governi di questi tre paesi sono parlamentari in linea di fatto, e l'eletto del popolo non vi ha maggiore importanza che la Regina in Inghilterra, i monarchi negli Stati scandinavi o i Presidenti nella Repubblica italiana, nella Repubblica federale tedesca o nella terza o quarta Repubblica francese»<sup>56</sup>. Del resto, lo stesso Maurice Duverger aveva osservato che «In una democrazia solida, l'elezione del presidente della Repubblica a suffragio universale non gli dà più influenza di quella di un capo dello stato parlamentare classico»<sup>57</sup>. L'illustre

---

della Repubblica, la forma di governo austriaca come una f.d.g. parlamentare, «senza altre precisazioni» (v. 322).

<sup>52</sup> Così A. Zei, *Forma di governo, legislazione elettorale e sistema dei partiti in Austria alla prova del voto europeo*, in *Federalismi.it*, n. 11 del 25-5-2014, 2, la quale definisce il regime parlamentare austriaco muovendo dalla considerazione del ruolo del Capo dello Stato sia nel sistema che nella prassi istituzionale.

<sup>53</sup> Cfr. A. Vendaschi, *Forme di governo*, in G.F. Ferrari (cur.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2010, 84 ss.

<sup>54</sup> Si vedano H. Schäffer, *Il modello di governo austriaco. Fondamenti costituzionali ed esperienze politiche*, in S. Gambino (cur.), *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, 1997, 167 ss.; F. Liberati, *Il carattere duale del modello di governo austriaco: tra governo federale e singoli ministeri*, in F. Lanchester (cur.), *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, Milano, 2009, 1 ss., ed *ivi* ampi rinvii bibliografici.

<sup>55</sup> Di cui v. lo scritto intitolato *La nozione di regime «semi-presidenziale» e l'esperienza francese*, in *Quad. cost.*, 1983, 259 ss.

<sup>56</sup> Cfr. M. Duverger, *op. cit.*, 261.

<sup>57</sup> V. la relazione di Duverger al dibattito su *Le frontiere della democrazia*, nell'ambito del 53° Congresso della FUCI dal titolo *Memoria e ricerca. Cantieri e progetti nei paradossi della speranza*, pubblicata nel n. 4/1996 di *Ricerca. Bimestrale della Federazione Universitaria Cattolica Italiana*, e ora disponibile nel sito Internet [ricerca.fuci.net](http://ricerca.fuci.net).

politologo e costituzionalista francese aggiungeva che quanto appena detto «Lo si constata a Vienna, a Lisbona, a Dublino, a Reykjavík come a Helsinki»<sup>58</sup>.

Orbene, la vittoria del candidato nazional-populista avrebbe forse modificato la prassi istituzionale, secondo quanto aveva preconizzato un'attenta dottrina riflettendo sulle prospettive del ruolo del Presidente della Repubblica in Austria in ipotesi di (futuro) mutamento del panorama politico-partitico<sup>59</sup>. In altri termini, il semipresidenzialismo apparente dell'Austria avrebbe potuto perdere siffatta aggettivazione a seguito dell'ascesa alla carica di Capo dello Stato, in forza della designazione diretta popolare, del candidato del Partito della Libertà. Del resto, già Maurice Duverger aveva parlato della figura istituzionale del Presidente austriaco facendo riferimento alla metafora del *géant endormi*<sup>60</sup>.

La situazione istituzionale sarebbe stata, comunque, piuttosto complicata, perché se è vero che il non uso del potere presidenziale di scioglimento del Consiglio nazionale non ha fatto cadere in desuetudine il potere medesimo, cosicché lo scioglimento ex art. 29, comma 1, B-VG è tuttora compreso nelle prerogative presidenziali, tuttavia lo scioglimento in esame è prospettabile soltanto su proposta del Governo e l'atto presidenziale richiede comunque la controfirma del Cancelliere federale (in tal senso dispone l'art. 67 B-VG, rispettivamente nel primo e secondo comma). Se si considera che l'attuale Cancelliere (dal 17 maggio 2016, con designazione effettuata tra i due turni delle elezioni presidenziali e dopo le dimissioni di Werner Faymann, presentate dall'ex Cancelliere, appartenente al

---

<sup>58</sup> La bella relazione di Duverger al Congresso fucino del 1996 è stata recentemente ricordata, in occasione della commemorazione della scomparsa dello studioso francese, avvenuta il 17 dicembre 2014 all'età di 97 anni, da S. Ceccanti, *Maurice Duverger e la Fuci: un incontro non casuale e fecondo*, consultabile nel *website* fuci.net.

<sup>59</sup> Si veda L. Mezzetti, *La forma di governo austriaca fra semipresidenzialismo apparente e sistema politico compromissorio*, cit., 297-299.

<sup>60</sup> Lo ha ricordato B. Gauquelin, *Quels sont les pouvoirs réels du président autrichien?*, in *Le Monde*, 22-5-2016, dove l'intervista ai costituzionalisti austriaci Bernd-Christian Funk e Manfred Welan. In particolare, per il prof. Funk il Capo dello Stato «peut décider seul de démettre de ses fonctions le chancelier et le gouvernement. Il n'a pas besoin pour cela d'obtenir, au préalable, le feu vert du Parlement», e lo stesso ritiene il prof. Welan, secondo cui le «président autrichien n'a même pas besoin de justifier sa décision»; tuttavia, per il giurista Mirza Buljubasic, «des deux chambres peuvent toutefois lui opposer une motion de défiance» e, in tal caso, «la question est alors tranchée par référendum. Si la population soutient la décision du président, le Parlement est dissous, et de nouvelles législatives ont lieu. S'il est désavoué, de nouvelles présidentielles ont lieu». Ad opinione di Welan, inoltre, nel regime semipresidenziale austriaco sono contemplati un "re passivo", *id est* il Presidente della Repubblica, e un "re attivo", ossia il Cancelliere federale.

Partito socialdemocratico, proprio a seguito del risultato del primo turno, nonché successivamente al brevissimo cancellierato *ad interim*, dal 9 al 17 maggio, del Presidente del ÖVP Reinhold Mitterlehner) Christian Kern (anch'egli esponente del SPÖ, giornalista economico e *manager* pubblico, già *Geschäftsführer* delle ferrovie, *Österreichische Bundesbahnen/ÖBB*) è espressione del Governo di “grande coalizione”, la conseguenza ultima che si sarebbe potuta manifestare, in ipotesi di utilizzo presidenziale dei poteri ex art. 29 B-VG, sarebbe consistita in una gravissima crisi tra i vertici politico-istituzionali dello Stato federale (*id est*, Presidente, Governo e *Bundeskanzler*). Ben diversa, peraltro, è l'opinione manifestata da Van der Bellen circa il ruolo del Presidente federale, il quale ultimo – secondo quanto affermato dall'esponente dei Verdi in una intervista concessa durante la campagna elettorale – «può incidere sulla situazione solo con discorsi, richiami e convocazioni dei ministri competenti. Il potere esecutivo però è nelle mani del governo».

Sul piano comparativo, va infine osservato che nell'altro Paese di lingua tedesca (in disparte il caso della Svizzera), ossia in Germania, dove – come è noto – vi è elezione indiretta del Presidente federale, si discute da tempo l'ipotesi di una Presidenza politicamente attiva, che richiederebbe revisioni corrispondenti delle funzioni e delle attribuzioni del *Bundespräsident*, anche attraverso eventuali modifiche delle modalità di elezione, che siano indirizzate a introdurre l'elezione diretta del Presidente federale<sup>61</sup>.

#### **4. – I profili politologici (e di politica comparata, concernenti in particolare il sistema dei partiti)**

Una ulteriore considerazione che sembra prospettabile è la seguente. Premesso che lo studio del partito si colloca su un terreno comune di scienziati della politica e di costituzionalisti<sup>62</sup> possiamo considerare il Partito della Libertà un gruppo politico di estrema destra? Vi è qualche differenza tra populismo di destra, radical-populismo ed estrema destra? In primo luogo, è autorevole e del tutto condivisibile

<sup>61</sup> Si veda G. Delle Donne, *Funzioni di Capo dello Stato e integrazione costituzionale: il ruolo del Presidente federale tedesco, secondo la scienza giuridica e la giurisprudenza della Corte di Karlsruhe*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 37 ss.

<sup>62</sup> V., per tutti, F. Lanchester, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, 2014, 181 ss.

l'affermazione per la quale l'ideologia populistica può essere abbracciata da partiti e/o movimenti sia di destra che di sinistra<sup>63</sup>; si tratta, cioè, di un fenomeno che “taglia” trasversalmente la dicotomia sinistra/destra. In secondo luogo, per quanto riguarda specificatamente il caso austriaco, si è in altra occasione argomentato<sup>64</sup> nel senso che il FPÖ, nella sua versione haideriana (prima, cioè, della fuoriuscita di Jörg Haider dal FPÖ con la conseguente fondazione, per iniziativa del medesimo *leader* nazional-conservatore, dell'Alleanza per il Futuro dell'Austria/*Bündnis Zukunft Österreich*, BZÖ), ma anche attualmente sotto la guida di Heinz-Christian Strache, ha sicuramente plurime connessioni ideologiche con le tesi (metapolitiche) professate dalla c.d. Nuova Destra (*Neue Rechte*), ma radica principalmente la sua posizione politica nell'ambito del populismo (quest'ultimo nella variante “alpina”), così distinguendosi dalle teorie e prassi politiche che costituiscono il “patrimonio” tradizionale della destra radicale, ovvero dall'estrema destra.

Le analisi comparative della cultura politica dei partiti populistici, da un lato, e, dall'altro lato, dei partiti/movimenti di estrema destra (o della destra radicale), hanno permesso di evidenziare più divergenze che affinità<sup>65</sup>. Ed infatti: il popolo, per i populistici è una comunità coesa e virtuosa, mentre per gli estremisti di destra rappresenta una massa da educare; lo Stato per i populistici è subordinato al volere del popolo, laddove per il radicalismo di destra costituisce una incarnazione del principio di autorità; il *leader*, che per i populistici ha qualità ordinarie ed è portavoce del popolo, possiede invece qualità straordinarie e carismatiche per i gruppi politici appartenenti all'area *radical right/far-right*; la nazione, per i populistici è sintesi identitaria delle tradizioni culturali popolari mentre per l'estrema destra è una

<sup>63</sup> Cfr. G.F. Ferrari, *Partiti antipartito e partiti antisistema: Nozione e tipologie alla prova del diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 921 ss., con speciale riferimento a Lega Nord, FPÖ, 5 Stelle, Syriza e Podemos, oltretutto ad alcuni partiti nordeuropei/scandinavi, sui quali ultimi v., *si vis*, M. Mazza, *I partiti antisistema nei Paesi nordici, tra populismo e destra radicale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 695 ss.

<sup>64</sup> V, se vuoi, M. Mazza, *Partiti antisistema e «populismo alpino» in Austria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 639 ss., nonché il recentissimo saggio di P. Moreau, *The FPÖ: the road to power*, in J. Jamin (dir.), *L'extrême droite en Europe*, Bruxelles, 2016, 107 ss.

<sup>65</sup> Si veda M. Tarchi, *Populismo, destra radicale, estrema destra. Affinità e false equivalenze*, in *La società degli individui*, n. 52, 2015, 34 ss.; nella letteratura straniera, segnalo il bel lavoro di S. Mișcoiu, O.-R. Crăciun, N. Colopelnic, *Radicalism, Populism, Interventionism. Three Approaches Based on Discourse Theory*, Cluj-Napoca, 2008, dove viene condotta una fine analisi critica del discorso politico “ribelle”, ovvero dell'antagonismo contro-egemonico, sia populistico che radicale. Da ultimo, v. altresì J.-Y. Camus, *Droites extrêmes, droites radicales en Europe: continuités et mutations*, in J. Jamin (dir.), *L'extrême droite en Europe*, cit., 11 ss.

“comunità spirituale”, che indirizza il popolo e gli assegna un destino; i populisti antepongono la società allo Stato, e vogliono garantire l'autonomia della prima rispetto al secondo, a differenza dei radicali di destra che, invece, subordinano la società allo Stato; l'*élite* è vista con sfavore dai populisti, che auspicano il controllo popolare sul “blocco di potere”, al contrario dei *right-wing extremists* per i quali l'*élite* costituisce l'“aristocrazia spirituale”, che ha il compito di sorvegliare e guidare/indirizzare il popolo; la stessa democrazia è per i populisti il regime ideale, ed anzi andrebbero rafforzati – secondo la visione politica populistica – gli istituti della democrazia diretta<sup>66</sup>, mentre gli estremisti di destra ritengono la democrazia un regime criticabile, perché esposto a demagogia e volubilità delle scelte popolari, e inoltre in quanto sovverte il principio di autorità<sup>67</sup>. E, invero, si potrebbe anche continuare (scrivendo, ad esempio, che «Le mobilitazioni promosse dalle nuove formazioni populiste non sono una semplice radicalizzazione dei conflitti storicamente gestiti dai partiti di estrema destra. Si tratta di mobilitazioni molto diverse, perché non mettono in discussione le democrazie esistenti ma ne contestano l'allontanamento dagli autentici principi e valori democratici. In molti casi, ... le nuove formazioni populiste hanno avuto origine da aree politiche estranee alla destra, e di regola la maggioranza dei loro elettori manifesta altri tipi di orientamento. Non possono perciò essere confuse con i partiti di estrema destra, anche se esistono casi di sovrapposizione»<sup>68</sup>). Alla luce di questa griglia d'analisi sui movimenti/partiti populistici e di estrema destra/destra radicale, in sintesi le linee programmatiche e di azione politica dei populistici (di destra) austriaci del FPÖ sono

---

<sup>66</sup> Con riguardo ai complessi rapporti tra populismo e democrazia, v. ora le illuminanti riflessioni di Y. Mény, *Che cosa ci insegna il populismo sulla democrazia?*, in *Quaderni di scienza politica*, 2016, n. 1, 11 ss. (testo della Decima Lectio in onore di Mario Stoppino, pronunciata il 1° dicembre 2015 nell'Aula Volta dell'Università di Pavia).

<sup>67</sup> Sulle novità negli approcci dei partiti di estrema destra europei (e dei relativi programmi politici) alla democrazia, v. ora specialmente F. Debras, *L'extrême droite et la démocratie: entre opposition et récupération*, in J. Jamin (dir.), *L'extrême droite en Europe*, cit., 543 ss.

<sup>68</sup> Cfr. R. Biorcio, *La rivincita del Nord. La Lega dalla contestazione al governo*, Roma-Bari, 2010, 132, il quale, pur muovendo dall'analisi delle vicende italiane, ha riguardo al fenomeno populistico in generale. In relazione, invece, all'estrema destra, essa troverebbe il proprio «cemento ideologico», ovvero il «nucleo di uno schema ideologico coerente», nel darwinismo sociale; così è impostata l'analisi di J. Dohet, *Le darwinisme social comme ciment idéologique de l'extrême droite*, in J. Jamin (dir.), *L'extrême droite en Europe*, cit., 39 ss. (Julien Dohet, storico del movimento operaio e studioso della destra radicale, ha compiutamente esposto tale ricostruzione della struttura del pensiero dell'*extrême droite* in *Le darwinisme volé*, Liège, 2010). Su come nascono le destre estreme, e sulla loro (eventuale) “ascensione” elettorale, v. ampiamente (e di recente) J.-Y. Camus, N. Lebourg, *Les Droites extrêmes en Europe*, Paris, 2015.

da individuare nei seguenti “valori”: 1) identità e radicamento culturale; 2) legami di prossimità e solidarietà comunitaria; 3) “buonsenso”; 4) controllo costante su coloro che governano. Il FPÖ si oppone dunque programmaticamente a: 1) cosmopolitismo e omologazione; 2) individualismo e globalismo; 3) “sostituzione intellettuale”; 4) delega fiduciaria a chi governa<sup>69</sup>.

Ne deriva, in definitiva, la difficoltà di delineare – nel caso austriaco, come in altri – una nuova “famiglia” partitica della destra radicale populista, distinta sia dal populismo di destra non radicale (c.d. populismo neoliberale) che dalla destra non populista (la quale coinciderebbe, in buona misura, con la destra estrema), e anzi più propriamente collocata (in maniera compromissoria) tra il populismo neoliberale e la destra (estrema) non populista. La suddetta difficoltà dipende proprio dalla necessità di differenziare invece piuttosto nettamente, sulla scorta degli elementi indicati<sup>70</sup>, il *populismo* dall'*estrema destra*<sup>71</sup>, quali forme distinte di aggregazione politica, che pure non sono tra loro incompatibili e possono sicuramente avere un “ceppo” storico (o nucleo germinale) comune, ma non sono tuttavia legate strettamente, quasi vi fosse tra le due aree una sorta di “cordone ombelicale” o di (sempre) perdurante matrice<sup>72</sup>. Nel senso della distinzione tra populismo, da un lato, e destra radicale (o

<sup>69</sup> Si tratta, come ha recentemente affermato Marcello Foa (direttore del *Corriere del Ticino* e docente di comunicazione e giornalismo internazionale presso l'Università della Svizzera italiana-USI di Lugano), di un programma politico definibile non tanto di estrema destra, quanto piuttosto collocabile nell'area della “destra patriottica”. Cfr. l'intervista a M. Foa di P. Vernizzi, *Elezioni in Austria. Bruxelles ha aperto la strada a FPÖ, Salvini e Le Pen*, in [www.ilsussidiario.net](http://www.ilsussidiario.net), 2-7-2016 (*ivi* si legge, *inter alia* e a commento della decisione costituzionale austriaca del 1° luglio, che tale pronuncia è allo stesso tempo «preoccupante», poiché dimostra che anche in una democrazia matura le irregolarità nello spoglio dei voti possono essere diffuse, e «confortante», nella misura in cui la Corte costituzionale è stata «impermeabile alle pressioni politiche», dal momento che, sotto questo secondo profilo, l'intervistato afferma che «l'establishment austriaco ed europeo ha fatto di tutto per non avere un presidente del FPÖ»).

<sup>70</sup> V. *supra*, in questo paragrafo.

<sup>71</sup> Cfr. P.-A. Taguieff, *Le nouveau national-populisme*, Paris, 2012, F. Chiapponi, *Il populismo nella prospettiva della scienza politica*, Genova, 2014.

<sup>72</sup> *Contra*, però, v. la ricostruzione proposta da D. Art, *Inside the Radical Right. The Development of Anti-Immigrant Parties in Western Europe*, Cambridge, 2011, ed *ivi* spec. *sub Nationalist Subcultures and the Radical Right*, 106 ss. e *Reforming the Old Right?*, 189 ss., dove il populismo in Europa viene unicamente considerato come una nuova “incarnazione” dell'estrema destra, nonché prima H.-G. Betz, *Radical Right-Wing Populism in Western Europe*, New York, 1994, e poi soprattutto C. Mudde, *Populist Radical Right Parties in Europe*, New York, 2007; *Id.*, *Fighting the system? Populist radical right parties and party system change*, in *Party Politics*, 2014, 217 ss., il quale sostiene ciò che qui si contrasta, o almeno si revoca in dubbio, ossia l'esistenza della c.d. famiglia partitica della «destra radical-populista». Ed è, ancora, il politologo Cas Mudde che, molto recentemente, ha affermato: «*The core of the ideology of the radical right includes three features: nativism, authoritarianism, and populism*»; si veda in [www.vox.com](http://www.vox.com), 31-5-2016.

estrema destra), dall'altro lato, depone, peraltro, anche la genesi dei movimenti/partiti populistici<sup>73</sup>, quantunque si debba distinguere il populismo storico (*old populism*) dal c.d. neo- o nuovo populismo contemporaneo (*new populism*)<sup>74</sup>, il quale riguarda direttamente il caso austriaco<sup>75</sup>. Rimane il fatto che l'estrema destra, se si riconverte nel populismo identitario, nello stesso tempo si è ormai “disestremizzata”. Ad ogni modo, rimane per certi versi insondabile l'intrinseca vaghezza del concetto di populismo, che costituisce un *mix* di demagogia e “demofilia”<sup>76</sup>, cosicché vi è chi prospetta l'eventualità di fare riferimento, data la sfuggevolezza del fenomeno, ai populismi, utilizzando cioè il plurale, alla stregua di «precario rifugio ermeneutico»<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Su cui v. F. Chiapponi, *Populismo russo e populismo americano*, in G. Fedel (cur.), *Studi in onore di M. Stoppino (1935-2001)*, Milano, 2005, 307 ss.

<sup>74</sup> Per la necessità di rinnovare l'approccio allo studio del populismo contemporaneo, v. N. Schiffino, B. Biard, *L'influence des partis populistes sur les politiques publiques: quel bilan en science politique?*, in J. Jamin (dir.), *L'extrême droite en Europe*, cit., 519 ss.

<sup>75</sup> Cfr. W.A. Perger, *Neopopulismo de derechas en Austria y Alemania*, in *Letra internacional*, n. 112, 2011, 43 ss.; anche in questo caso emergono, però, incertezze classificatorie, sulle quali v. S. Mişcoiu, *From Populism to Neo-Populism? Empirical Guidelines for a Conceptual Delineation*, in S. Gherghina, S. Mişcoiu, S. Soare (Eds.), *Contemporary Populism: A Controversial Concept and Its Diverse Forms*, Newcastle upon Tyne, 2013, 16 ss., dove si parla del populismo come un «*sophisticated concept*».

<sup>76</sup> V. già M. Canovan, *Trust the people! Populism and the two faces of democracy*, in *Pol. Stud.*, 1999, spec. 3, per il rilievo che «*Populism is a notoriously vague term*», ed ora specialmente N. Urbinati, *Il pensiero populista*, in *La società degli individui*, n. 52, 2015, 47 ss.

<sup>77</sup> Cfr. M. Baldassari, *Populismo. L'oscura chiarezza di una categoria politica*, in *La società degli individui*, n. 52, 2015, spec. 63.



ISSN 2037-6677

201\*/N.

**Quale equilibrio tra unità e pluralismo linguistico?**

**Which balance between unity and linguistic  
diversity?**

**E. Chiti**

## Abstract

The paper summarizes the articles included in the special issues called “the legal status of language” that focus on linguistic integration, protection of linguistic minorities, linguistic interaction.

Tag : language, integration, unity, linguistic diversity, linguistic interaction



## Quale equilibrio tra unità e pluralismo linguistico?

di Edoardo Chiti

La lingua utilizzata da una comunità e dalle sue istituzioni pone più di un problema giuridico. Lo prova la rilevanza ordinamentale delle interazioni linguistiche, attraverso le quali si definiscono appartenenze, si strutturano rapporti istituzionali, si gestiscono conflitti sociali. Lo confermano i tentativi dell'ordinamento giuridico di disciplinare problemi complessi come la tutela delle minoranze linguistiche, l'uso di lingue diverse dall'italiano da parte delle pubbliche amministrazioni, la verifica del possesso delle capacità linguistiche degli stranieri. Lo testimoniano, almeno indirettamente, gli studi che la scienza giuridica ha dedicato, negli ultimi anni, a specifici problemi giuridici legati all'uso della lingua, a circa cinquant'anni di distanza dagli scritti pionieristici di Alessandro Pizzorusso<sup>1</sup>. Si pensi, per limitarsi solo agli esempi principali, all'importante volume di Giovanni Poggeschi sui diritti e doveri linguistici<sup>2</sup>, alle ricerche sulla interpretazione e traduzione del diritto<sup>3</sup>, alle analisi del regime linguistico delle reti amministrative

---

<sup>1</sup> Si veda, ad esempio, A. Pizzorusso, *Lingue (uso delle)*, *Novissimo digesto italiano* (vol. IX, 1957).

<sup>2</sup> G. Poggeschi, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, Carocci, 2008.

<sup>3</sup> Si vedano, ad esempio, *Interpretazione e traduzione del diritto*, di E. Ioriatti Ferrari (cur.), Padova, Cedam, 2008; e F. Megale, *Teorie della traduzione giuridica fra diritto comparato e «translation studies»*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

europee<sup>4</sup>.

Nonostante la crescente attenzione della scienza giuridica italiana, però, le questioni giuridiche connesse alle interazioni linguistiche restano in larga parte inesplorate. L'impressione è che i giuristi si siano appena affacciati su un campo di ricerca vasto e complesso, che si presenta loro come un insieme di problemi irrisolti. La raccolta di scritti che qui si presenta, preparata nel contesto della ricerca "1865-2015 – A centocinquant'anni dall'unificazione amministrativa e presentata nel convegno svoltosi a Firenze il 15 e 16 ottobre 2015, intende contribuire alla sua esplorazione, senza cedere però alla tentazione di avviare ricostruzioni complessive, del tutto irrealistiche allo stadio attuale di maturazione degli studi giuridici. Sono esaminate le scelte che l'ordinamento ha compiuto rispetto ad alcuni problemi linguistici e tenta di riflettere sul modo in cui queste scelte hanno influenzato i processi di costruzione e mutamento dell'identità culturale italiana.

I saggi che seguono, più precisamente, toccano tre questioni principali. In quale modo l'ordinamento governa l'integrazione linguistica del singolo - bambino e adulto, straniero ma anche italiano - nella comunità civile e politica? In quale modo riconosce l'identità culturale delle comunità linguistiche minoritarie? E come regola le interazioni linguistiche tra amministrazioni italiane, da un lato, e amministrazioni ultrastatali, amministrazioni di altri paesi e privati stranieri, dall'altro? Al primo problema è dedicato lo scritto di Matteo Gnes, mentre Giovanni Poggeschi esamina la posizione giuridica delle comunità linguistiche minoritarie ed Edoardo Chiti e Mariaelena Favilla ricostruiscono il modo in cui è governata la sempre più netta ed articolata apertura europea e globale del sistema amministrativo italiano. Si tratta, com'è evidente, di problemi distinti ma funzionalmente collegati, nel senso che le soluzioni approntate rispetto a un singolo problema influenzano anche quelle predisposte per gli altri. Così, ad esempio, l'integrazione linguistica del singolo nella comunità civile e politica può essere disciplinata solo tenendo presente le scelte operate rispetto alla posizione delle comunità linguistiche minoritarie. E il regime linguistico cui sono assoggettati i singoli non può che essere definito in relazione a quello che governa il funzionamento delle istituzioni e della macchina amministrativa. Per ciascuna delle tre questioni, i singoli scritti tentano di individuare

---

<sup>4</sup> E. Chiti e R. Gualdo (cur.), *Il regime linguistico dei sistemi comuni europei. Multilinguismo e monolinguisimo nell'Unione europea*, Quaderno n. 4 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2008.

le scelte compiute dall'ordinamento, di ricostruire quale sia il punto di equilibrio tra unità e pluralismo linguistico di volta in volta fissato da queste scelte, di valutare in quale modo l'equilibrio tra unità e pluralismo linguistico che si è registrato sia capace di influenzare la traiettoria del processo di costruzione dell'identità culturale italiana. Ai tre contributi richiamati, peraltro, se ne aggiunge un quarto, che assume un punto di vista in parte diverso. Si tratta del saggio che Orlando Roselli dedica alle trasformazioni del linguaggio giuridico delle pubbliche amministrazioni. Ciò che interessa, in questo caso, non è tanto ricostruire i modi in cui l'ordinamento ha affrontato nel corso del tempo tre questioni linguistiche significative, quanto come l'evoluzione della lingua del sistema amministrativo italiano rifletta le trasformazioni ordinamentali e del suo rapporto con la società.

Come ogni ricerca collettiva, anche questa riflette sensibilità e punti di vista diversi. Gli scritti che la compongono, però, sono relativamente omogenei sotto vari aspetti.

Il primo riguarda il metodo utilizzato. Al di là della loro struttura, che varia da caso a caso, ciascuno dei saggi mira a combinare in maniera equilibrata ricostruzione storica, esame della disciplina vigente e riflessione sulle prospettive future. La ricostruzione storica è stata condotta prendendo in considerazione tempi diversi, più o meno lunghi, a seconda del problema affrontato. Il regime linguistico delle amministrazioni nazionali chiamate a interagire con amministrazioni ultrastatali e amministrazioni e soggetti privati di altri paesi, ad esempio, è stato ricostruito prendendo in esame gli ultimi tre decenni, dato che è in questo arco temporale che maturano le condizioni per la messa a punto di discipline linguistiche che tengano conto della crescente rilevanza europea e globale dell'attività delle amministrazioni nazionali. Gli altri saggi, invece, si misurano con tempi storici più lunghi, in modo da rendere conto della maturazione e della evoluzione delle soluzioni fornite dall'ordinamento a questioni di lunga durata come quella dell'integrazione civile e politica del singolo nella comunità nazionale e della posizione delle comunità linguistiche minoritarie. La prospettiva storica, in ogni caso, è funzionale all'analisi della disciplina giuridica attuale, la quale, a sua volta, viene sviluppata attraverso una riflessione sulle prospettive future.

Un secondo fattore di omogeneità riguarda le interpretazioni proposte. Pur

affrontando questioni diverse, infatti, gli scritti convergono intorno ad una chiave di lettura tendenzialmente unitaria. Ciascuno dei saggi suggerisce che l'ordinamento repubblicano ha evitato di affrontare le questioni linguistiche considerate attraverso un insieme unitario di interventi. Le soluzioni predisposte in risposta alle varie questioni sono assai di rado ricostruibili, anche solo *a posteriori*, come tasselli di una più ampia e compiuta politica linguistica. L'ordinamento ha quasi sempre posto in essere interventi parziali, relativi a specifiche contingenze, talora incoerenti tra loro. Non è sorprendente, dunque, che la ricostruzione delle diverse soluzioni messe a punto non restituisca un disegno chiaro e univoco rispetto al rapporto tra unità e pluralismo linguistico. Ciò che emerge, piuttosto, è un insieme di tensioni. L'ordinamento tende a promuovere l'italiano come lingua della comunità nazionale, ma lo fa procedendo con interventi *ad hoc*, senza sviluppare una vera e propria politica linguistica, caratterizzata da obiettivi e strumenti chiaramente individuati. Vi è una spinta verso l'unità, dunque, ma si tratta di una spinta debole. L'ordinamento, ancora, promuove il pluralismo linguistico, garantendo la posizione delle minoranze linguistiche e l'uso di lingue straniere da parte delle amministrazioni, ma la valorizzazione del pluralismo resta del tutto incompleta, perché mancano strumenti adatti a gestire gli sviluppi sociali più recenti, come la formazione di comunità linguistiche di immigrati. Più in generale, la promozione del pluralismo sembra non tenere conto delle numerose implicazioni delle scelte operate, soprattutto rispetto al ruolo dell'italiano come lingua nazionale. Non si può dire, dunque, che l'ordinamento repubblicano sia stato capace di costruire e orientare la dimensione linguistica dell'identità culturale italiana.



ISSN 2037-6677

2016/2

**La lingua come fattore di integrazione civile e politica**

**The language as factor of civil and political  
integration**

**M. Gnes**

## Abstract

The paper analyzes the language as factor of civil and politic integration before and after Italian Unification. The official national language of Italy is Italian, even if it is not explicitly expressed in the Constitution. It further examines the fascist language policy that prohibited the dialects. Finally, it assesses some frameworks of the Italian language policy.

Tag : language, integration, Unification, Constitution, Italy



## La lingua come fattore di integrazione civile e politica

di Matteo Gnes

SOMMARIO: 1. – L’italiano come lingua della nazione italiana. 2. – La nascita della lingua comune in Italia. 2.1. – I problemi linguistici dell’Italia preunitaria. 2.2. – I riflessi dell’Unità sull’unificazione linguistica e i fattori di integrazione. 3. – L’italiano come lingua ufficiale. 3.1. – L’affermazione della lingua italiana come lingua “ufficiale”. 3.2. – La politica linguistica fascista. 3.3. – Il dibattito sulla costituzionalizzazione della lingua italiana. 4. – Frammenti di una politica linguistica italiana. 4.1. – Le politiche scolastiche per la diffusione della lingua italiana. 4.2. – Lingua italiana e pubblica amministrazione. 4.3. – La lingua italiana nei mezzi di comunicazione di massa. 4.4. – L’italiano degli stranieri. 4.5. – L’italiano all’estero. 4.6. – I limiti all’uso delle lingue straniere.

### 1. – L’italiano come lingua della nazione italiana

In genere, si ritiene che la lingua costituisca uno degli elementi caratterizzanti dell’idea di nazione, intesa quale «una comunità d’individui aventi razza, lingua, religione, storia, tradizioni, ecc. comuni e con la coscienza (ciò che essenzialmente conta) di costituire un’unità etico-sociale proprio per la sussistenza di siffatti identici caratteri distintivi»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Nazione*, in *Nss. D.I.*, vol. XI, 1965, p. 183 ss.; cfr. anche F. Chabod, *L’idea di nazione*, Roma-Bari, Laterza, 1961; e, per una critica G.F. Ferrari, *Nazione*, in *Enc. giur.*

Ed anzi, ancor più la regolamentazione di una lingua è un carattere distintivo e costitutivo della nazione. Per esempio, in Francia, dopo la Rivoluzione, tra il 1793 ed il 1794, venne portata avanti una politica volta a promuovere e rendere obbligatorio l'uso della lingua francese, stabilendo l'obbligatorietà dell'uso del francese nelle scuole (decreto del 26 ottobre 1793), il divieto dell'uso dei dialetti, ed in particolare del tedesco in Alsazia (decreto del 27 gennaio 1794), l'obbligatorietà dell'utilizzo del francese negli atti giudiziari (decreto del 20 luglio 1794) e, soprattutto, l'obbligatorietà dell'uso del francese negli atti pubblici e per gli atti privati soggetti a registrazione (legge del II termidoro dell'anno II, ossia del 20 luglio 1794, che stabilì il “*terreur linguistique*”)<sup>2</sup>.

Fin dall'Unificazione italiana si vide nella lingua uno dei fattori unificanti di maggior rilievo. Come sottolineava L. Settembrini «quando un popolo ha perduto patria e libertà e va disperso pel mondo, la lingua gli tiene luogo di patria e di tutto; e che quando gli ritorna il pensiero e il sentimento della sua passata grandezza, la lingua ritorna appunto all'antico. Sapete che così avvenne in Italia, e che la prima cosa che volemmo quando ci risentimmo italiani dopo tre secoli di servitù, fa la nostra lingua comune, che Dante creava, il Machiavelli scriveva, il Ferruccio parlava. Sapete infine che parecchi valenti uomini si diedero a ristorare lo studio della lingua, e fecero opera altamente civile, perché la lingua per noi fu ricordanza di grandezza di sapienza di libertà, e quegli studi non furono moda letteraria, come ancor credono gli sciocchi, ma prima manifestazione del sentimento nazionale»<sup>3</sup>.

Tuttavia, la retorica rinascimentale copriva una situazione linguistica molto differente da quella francese: fattori storici, culturali, sociali, politici hanno reso l'unificazione linguistica italiana molto più complessa e difficoltosa da raggiungere. Invero, al momento dell'Unificazione, l'italiano era una lingua «straniera in patria»<sup>4</sup>, dato che l'italiano parlato era quasi inesistente al di fuori della Toscana e di Roma ed

---

*Treccani*, vol. XX, 1990, 1 ss; nonché, per l'idea che più che un presupposto costituisca un problema da affrontare, P. Carrozza, *Nazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, 1995, p. 132 ss.

<sup>2</sup> Cfr. L. Renzi, *La politica linguistica della Rivoluzione francese. Studio sulle origini e la natura del Giacobinismo linguistico*, Napoli, Liguori, 1981.

<sup>3</sup> L. Settembrini, *Ricordanze della mia vita*, Napoli, Morano, 1890, p. 81-81. Cfr., anche per altri esempi, T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, Roma - Bari, Laterza, 1963, p. 1 ss.

<sup>4</sup> T. De Mauro, *Per lo studio dell'italiano popolare unitario, nota linguistica a A. Rossi, Lettera da una tarantata*, Bari, De Donato, 1970, ora in L. Renzi - M.A. Cortelazzo (cur.), *La lingua italiana oggi. Un problema scolastico e sociale*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 147 ss.

i dialetti avevano vasto consenso sociale, anche nelle classi sociali più elevate ed anche nelle occasioni ufficiali: lo stesso Vittorio Emanuele II, primo sovrano dell'Italia unita, usava il dialetto piemontese nelle riunioni con i suoi ministri<sup>5</sup>.

Il raggiungimento dell'unità politica nazionale, dopo quattordici secoli di “frantumazione” non solo politica, ma anche sociale, culturale ed economica, fu un fatto che trovò impreparati gli italiani. Non solo non venne realizzata la “rivoluzione mancata”, ossia l'unità verticale italiana, che raccogliesse tutte le classi, delle città e delle campagne, del Nord e del Sud, ma l'Unità fu anche percepita come “una rivoluzione passiva”<sup>6</sup> e diede luogo a fenomeni di trasformismo, perché nulla cambiasse, secondo quanto in seguito romanizzato nel *Gattopardo* (1958) di Giuseppe Tomasi di Lampedusa<sup>7</sup>.

Quindi, dopo l'Unificazione, da un lato, l'esistenza di una radice linguistica comune avrebbe dovuto accrescere il sentimento di appartenenza ad un'unica nazione; dall'altro, si rendeva necessario, una volta fatta l'Italia, fare gli italiani (secondo la sintesi della frase attribuita a M. D'Azeglio, che riteneva che «il primo bisogno d'Italia è che si formino Italiani dotati d'alti e forti caratteri. E pur troppo si va ogni giorno più verso il polo opposto: pur troppo s'è fatta l'Italia, ma non si fanno gl'Italiani»)<sup>8</sup>.

Questo studio ha l'obiettivo di verificare se, ed in quale misura, l'ordinamento italiano abbia disciplinato l'uso della lingua in funzione dell'integrazione civile e politica dei cittadini. Se, cioè, la lingua sia stata considerata un fattore di integrazione civile e politica e se vi sia stato l'obiettivo del perseguimento di una lingua comune, con lo sviluppo di una vera e propria politica linguistica.

A tal fine, innanzitutto, anche sulla base degli importanti studi compiuti dagli storici della lingua italiana, saranno esaminati i fattori che hanno consentito la nascita di una lingua comune, gradualmente superando i problemi del periodo preunitario, attraverso l'influenza di diversi fattori.

<sup>5</sup> Cfr. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 32.

<sup>6</sup> Secondo la tesi, utilizzata per spiegare il fallimento della repubblica partenopea del 1799, proposta da Vincenzo Cuoco nel suo *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* del 1801.

<sup>7</sup> Per tale tesi, cfr. G. Petronio, *L'attività letteraria in Italia. Storia della letteratura italiana*, Firenze, Palumbo, 1964, nuova ed. 1987, p. 605 ss.

<sup>8</sup> M. Taparelli D'Azeglio, *I miei ricordi*, Firenze, Barbera, 1871 (5a ed.), p. 7.

Quindi, sarà esaminata l'affermazione della lingua italiana come lingua ufficiale (ma non esclusiva) del Regno di Sardegna (e poi del Regno d'Italia) fino alla sua forte ed esclusiva affermazione (caratterizzata però da contraddittorietà) con il regime fascista ed all'odierno dibattito relativo alla sua costituzionalizzazione.

Infine, si cercheranno di ricostruire i diversi aspetti di una frammentaria, per non dire casuale, politica linguistica, caratterizzata dall'assenza di un disegno unitario, che non ne rende quindi possibile un esame se non per settori.

## 2. – La nascita della lingua comune in Italia

Gli storici della lingua italiana hanno da tempo ricostruito le sue origini (ricondotte al *Placito campano* del 960) ed i successivi sviluppi letterari; ed hanno anche cercato le ragioni per cui, a differenza di quanto avvenuto in altre nazioni, l'unificazione politica non abbia trovato anche una lingua per la nazione italiana.

La retorica risorgimentale favoleggiò l'esistenza di una nazione italiana «una d'arme, di lingua, d'altare, di memorie, di sangue e di cor» (come scriveva A. Manzoni nel *Marzo 1821*). Invero, la situazione era molto differente, e da tempo era stata posta l'attenzione sulla non esistenza dell'italiano come lingua effettivamente praticata dagli abitanti dei diversi Stati preunitari. Per esempio, Ruggiero Bonghi (1826-1895) nel suo scritto del 1855 su *Perché la letteratura italiana non sia popolare in Italia*, evidenziava il paradosso di una società estranea alla cultura scritta di riferimento, in quanto quest'ultima si esprimeva con una lingua inaccessibile ai più.

Già poco dopo il raggiungimento dell'unità politica, uno dei maggiori linguisti italiani osservò che in Italia erano mancate l'unità di pensiero e di cultura a cui altri paesi, come la Francia e la Germania, erano pervenute: infatti «la differenza dipendeva da questo doppio inciampo della civiltà italiana: la scarsa densità della cultura e l'eccessiva preoccupazione della forma»<sup>9</sup>. E, inoltre, erano mancate quelle forze centripete (di carattere demografico, economico, politico e culturale) dovute ad uno

---

<sup>9</sup> G.I. Ascoli, *Proemio*, in *Arch. glott. ital.*, 1873, p. xxvi; su tale aspetto, v. A. Asor Rosa, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, vol. 4.2 (*Dall'Unità ad oggi*), Torino, Einaudi, 1975, 906 ss.

Stato unitario ed alla presenza di una città capitale prevalente sugli altri centri, in grado di imporre, come Parigi in Francia, la propria lingua<sup>10</sup>.

All'assenza di forze centripete si aggiunge la presenza di forze centrifughe di diverso genere: la realtà geografica discontinua del territorio italiano, tagliato da catene montuose che ancor oggi rendono complesse le comunicazioni; la frammentazione etnico-linguistica sorta in epoca preromana, favorita anche dalla discontinuità territoriale; le sopravvivenze linguistiche prelatine; la sopravvivenza delle partizioni amministrative romane. Si tratta di fattori che hanno favorito la frammentazione politica e culturale italiana, che la rivoluzione industriale non riuscì a superare, ma anzi, al contrario, contribuì ad accrescere<sup>11</sup>.

In effetti, tra i dialetti italiani, il fiorentino si affermò come lingua nazionale fin dal Trecento, ma solo per il prestigio letterario conferitovi, in particolare, dalla *Divina Commedia* di Dante (il cui successo è ritenuto determinante per l'affermazione della lingua toscana, tanto da essere considerato il “padre” della lingua italiana)<sup>12</sup>, nonché dal *Canzoniere* di Petrarca e dal *Decameron* di Boccaccio. Sia grazie al determinante successo dei tre autori, designati assieme come le “Tre Corone”, sia per fattori economici e sociali (ossia, la vivacità, opulenza ed estesa attività mercantile della società fiorentina) oltre che intrinseci di quella lingua (che occupava una posizione mediana tra le parlate italiane), il toscano iniziò la sua espansione<sup>13</sup>.

Il fiorentino cominciò così ad affermarsi, come lingua letteraria e lingua dei dotti, ed in particolare trovò, in anticipo di secoli rispetto alle altre città italiane, diffusione a Roma, per effetto del forte afflusso di immigranti, per la peculiarità socio-politica della Chiesa (composta di individui provenienti da tutte le regioni, che avevano necessità di utilizzare un idioma comune per l'uso corrente e quotidiano) e per lo sviluppo dell'insegnamento elementare (peraltro languente nel resto dello

<sup>10</sup> Cfr. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 16 ss.

<sup>11</sup> Cfr. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., *ibidem*.

<sup>12</sup> Cfr. B. Migliorini, *Storia della lingua italiana*, Firenze, Sansoni, 1961, p. 169 ss.

<sup>13</sup> Cfr. C. Marazzini, *Breve storia della lingua italiana*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 79 ss.; R. Tesi, *Storia dell'italiano. La formazione della lingua comune*, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 61 ss., anche per la distinzione tra toscano e fiorentino, ed in particolare il fiorentino trecentesco, come modello letterario.

Stato pontificio): ciò fece sì che alla metà dell'Ottocento Roma era l'unico grande centro urbano non toscano ove l'italofonia era considerata un obbligo sociale<sup>14</sup>.

Tuttavia, fuori da Roma e dalla Toscana, l'italiano rimase la lingua dei dotti, utilizzata solo negli scritti e, spesso, ma non sempre, nelle occasioni ufficiali, e sopravvisse per secoli per il «patriottico affetto nutrito per essa dai letterati»<sup>15</sup>. Dunque, una «lingua morta», strettamente legata al latino, non arricchita dai vocaboli dell'uso quotidiano, una «lingua che non si sa» e che «non si parla»<sup>16</sup>, che, peraltro, si poteva apprendere (con molti limiti, come si vedrà) soltanto a scuola.

## 2.1. – I problemi linguistici dell'Italia preunitaria

Al momento dell'unificazione italiana, la conoscenza dell'italiano era appannaggio di pochi dotti; pur se gli italiani, in qualche modo, comunicavano tra di loro e, accanto all'italiano letterario (scritto) ed al dialetto (parlato) si poteva rinvenire, secondo taluni, una forma di italiano parlato tale da permettere la comunicazione interregionale, ossia una lingua parlata comune<sup>17</sup>.

La situazione era, comunque, a dir poco drammatica. Il primo censimento della popolazione del Regno, compiuto nel 1861, rilevò che il 78% della popolazione era analfabeta e, quindi, non aveva alcuna possibilità di venire a contatto con l'italiano scritto. Secondo alcune stime<sup>18</sup>, il numero di coloro che parlavano l'italiano era di circa seicentomila persone, su una popolazione di circa 25 milioni: ossia, circa il 2,5%. Secondo un'altra stima<sup>19</sup> tale percentuale poteva essere maggiore, ossia del 9,52%, e, oltre a ciò, si poteva rinvenire qualche familiarità con l'italiano, favorita dalla predicazione, specie nelle città. In ogni caso, è opinione comune tra gli storici

<sup>14</sup> Cfr. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 25 ss.

<sup>15</sup> Cfr. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 27.

<sup>16</sup> Come sottolineava E. De Amicis, *L'idioma gentile*, Milano, Treves, 1906, 173 ss. e 180 ss.

<sup>17</sup> Cfr. L. Serianni, *Viaggiatori, musicisti, poeti. Saggi di storia della lingua italiana*, Milano, Garzanti, 2002, p. 35 ss.; E. Testa, *Un italiano per capirsi*, in V. Coletti (cur.), *L'italiano. Dalla nazione allo Stato*, Firenze, le Lettere, 2011, p. 86.

<sup>18</sup> Cfr. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 43.

<sup>19</sup> A. Castellani, *Quanti erano gl'italofoni nel 1861?* (1982), in A. Castellani, *Nuovi saggi di linguistica e filologia italiana e romanza (1976-2004)*, Roma, Salerno, 2009, p. 117 ss.

della lingua italiana che, al momento dell'unificazione italiana, mancava quasi completamente una lingua comune della conversazione<sup>20</sup>.

Nonostante gli sforzi dei politici del Risorgimento, l'italiano era una lingua di uso non normale ma eccezionale, non spontaneo ma voluto; il cui apprendimento non era favorito dall'uso quotidiano, ma poteva essere acquisito soltanto attraverso uno studio scolastico prolungato (favorendo, quindi, chi appartenendo alle classi più elevate, aveva la possibilità di studiare). Vi erano, inoltre, forti resistenze all'estensione dell'uso della lingua italiana a tutti: i Gesuiti della *Civiltà cattolica*<sup>21</sup>, sulla base della distinzione tra “branchi di zotici contadinelli” e “giovanetti di civil condizione”, ritenevano che «ogni studio che si muovesse a far apprendere quell'idioma e quella pronunzia alle classi infime del popolo, sarebbe per la massima parte e quasi totalità un lavar la testa dell'asino»<sup>22</sup>.

## 2.2. – I riflessi dell'Unità sull'unificazione linguistica e i fattori di integrazione

Secondo la ricerca di Tullio De Mauro<sup>23</sup>, l'azione di unificazione linguistica svolta dallo Stato e dalla scuola dopo l'Unità fu favorita da alcuni fattori di integrazione, di cui i principali sono: fenomeni demografici quali l'emigrazione ed il rimpatrio; l'industrializzazione; l'urbanizzazione; la burocrazia e l'esercito; la stampa periodica e quotidiana.

Innanzitutto, vi è l'emigrazione, che nel riguardare soprattutto le regioni e le persone che facevano maggior uso del dialetto, ebbe come effetto sia il diradamento dei ceti e della popolazione delle regioni a più alto tasso di analfabetismo e, quindi,

---

<sup>20</sup> Cfr. C. Marazzini (con la collaborazione di L. Maconi), *La lingua italiana. Storia, testi, strumenti*, Bologna, Il Mulino, 2015 (2a ed.), p. 291; nonché, per altri dati sull'analfabetismo, L. Faccini, R. Graglia e G. Ricuperati, *Analfabetismo e scolarizzazione*, in *Storia d'Italia*, vol. 6 (*Atlante*), Torino, Einaudi, 1976, p. 756 ss.

<sup>21</sup> *Civiltà cattolica*, a. XIX (1868), vol. II, s. VII, p. 341.

<sup>22</sup> Cfr. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 45; Id., *Per lo studio dell'italiano popolare unitario*, cit., p. 151.

<sup>23</sup> T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 51 ss.; v. anche C. Marazzini, *La lingua italiana*, cit., p. 291 ss.; P. Trifone, *Una lingua per l'Italia unita*, in *Storia della letteratura italiana*, diretta da E. Malato, Milano, 2005, vol. VIII, parte I, p. 221 ss.

dei dialettofoni; sia l'accrescimento intellettuale e professionale degli emigrati, anche per la spinta alla frequenza delle scuole.

L'industrializzazione, che comportò anche l'aumento dei redditi e la diminuzione delle ore di lavoro, lasciò più tempo per lo studio e per i consumi (tra cui radio e televisione) e portò alla diffusione di oggetti, utensili e prodotti che dovevano quindi avere caratteristiche e denominazione comune in tutto il territorio italiano (portando così ad una nomenclatura unitaria).

L'urbanesimo, se da un lato portò a polemiche e pregiudizi etnici, dall'altro portò all'osmosi della popolazione ed al rafforzamento dell'influenza delle forze che propagavano l'italiano (come le scuole e gli uffici amministrativi).

Altri fattori di unificazione furono la burocrazia e l'esercito. La creazione di un corpo unitario di burocrati ebbe effetti sui burocrati stessi (che, per effetto dei trasferimenti, furono costretti ad abbandonare, almeno in pubblico, l'uso del dialetto di origine) sia per l'influenza dei dialetti degli stessi burocrati sul linguaggio (burocratico e non solo). Se, almeno fino alla fine dell'Ottocento, vi fu una prevalenza piemontese (o, comunque settentrionale) tra gli impiegati superiori dei ministeri, nel quindicennio giolittiano il reclutamento della burocrazia cominciò a spostarsi verso le regioni meridionali, ove la piccola e media borghesia, spesso laureata in giurisprudenza, imboccava la carriera degli uffici statali come l'unico obiettivo professionale (oltre alla professione forense) che le era possibile raggiungere<sup>24</sup>.

Importante funzione svolse anche l'esercito, ove il servizio militare obbligatorio contribuì ad indebolire l'uso del dialetto (allontanando per un certo tempo le persone dai loro luoghi di origine), pur se l'uso dell'italiano era eccezionale ed anche tra gli ufficiali si utilizzavano i dialetti, con una diffusione di numerosi piemontesismi. E, fino alla prima guerra mondiale, l'uso del dialetto era consueto, pur se, negli anni della guerra, si sviluppò per la prima volta un livello linguistico popolare e unitario, ricco di regionalismi ma non regionale<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana. 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 40, 185, 477 ss. Sui problemi del pubblico impiego dopo l'Unità, v. anche P. Calandra, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 24 ss.

<sup>25</sup> T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 108.

L'influenza della stampa, del teatro, della radio e della televisione è stata da tempo analizzata: tali strumenti non solo contribuirono al consolidamento della lingua comune, ma portarono anche allo sviluppo di nuovi moduli stilistici legati alle esigenze di fissazione e trasmissione dei messaggi attraverso tali strumenti. La stampa ebbe, in origine, tiratura essenzialmente locale e in forma dialettale ed elementare; dal 1880 si ebbe un notevole aumento della tiratura, anche per effetto dello sviluppo delle lotte politiche e sindacali. Ciò portò al consolidamento del prestigio linguistico della capitale, ove tutti i giornali più importanti stabilirono una redazione o tenevano dei corrispondenti; ma anche, durante il fascismo, ad un controllo sulla stampa stessa e sui suoi contenuti. Ruolo determinante nella diffusione dell'italiano (a scapito del dialetto) lo ebbero il cinema, la radio e la televisione. In particolare, nella radio si sviluppò una "pronuncia radiofonica", alla quale erano tenuti a conformarsi i servizi radiofonici per potersi far comprendere, in assenza di un sussidio visivo (come quello della televisione), caratterizzato da scarsità e semplicità sintattica e da scarsa sintatticità fonologica, ma che tra le due guerre mondiali costituì l'unico modello di pronuncia non dialettale. Eccezionale il ruolo svolto dalla televisione, che, in epoca ove la possibilità di circolazione e comunicazione di idee tra le persone era ridotta, fu «scuola di lingua e di cultura», supplendo alla secolare carenza di impegno nella scuola in Italia<sup>26</sup>.

In sintesi, secondo la ricerca di Tullio De Mauro<sup>27</sup>, da un lato operarono forze che comportarono la riduzione o l'abbandono dei dialetti: emigrazione verso l'estero; inurbamento; ruolo della burocrazia e dell'esercito. Dall'altro operarono forze che favorirono lo sviluppo della lingua comune: il crescente vigore delle istituzioni scolastiche e delle organizzazioni politiche; la stampa ed i mezzi di informazione di massa; l'influenza di fattori sociali, che poterono a ritenere l'italofonia (comune ai livelli più alti di istruzione e di reddito) come elemento di livellamento sociale e di attenuazione delle differenze di classe, pur se, a causa della bassa mobilità sociale, vi fu una lenta accettazione della lingua comune<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> T. De Mauro, *Per lo studio dell'italiano popolare unitario*, cit., p. 161 ss.; cfr. anche R. Tesi, *Storia dell'italiano. La lingua moderna e contemporanea*, Bologna, Zanichelli, 2005, p. 207 ss., sullo sviluppo della lingua radiofonica unitaria.

<sup>27</sup> T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 127 ss.

<sup>28</sup> T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 133 ss.

Grande importanza nella diffusione della lingua italiana ebbero, quindi, i mezzi di comunicazione di massa. Questi però, contribuiscono solo alla diffusione di una competenza passiva della lingua nazionale, e non alla competenza attiva, per la quale è necessaria un'interazione quotidiana consistente e svariata, che si può acquisire solo attraverso la scuola e, soprattutto, l'uso nella famiglia<sup>29</sup>.

### 3. – L'italiano come lingua ufficiale

Il dibattito sulla questione della lingua, che trovò rinnovato vigore con l'unificazione italiana, mostrò chiaramente che all'epoca non vi era una lingua nazionale di uso comune. Non solo: accanto ai dialetti italiani ed all'italiano letterario dei colti, erano utilizzate altre lingue, come il latino ed il francese. Il latino era stato per secoli la lingua comune e la lingua della giustizia; il francese, invece, era utilizzato per motivi culturali e storico-politici.

Quanto ai motivi culturali, dall'XI secolo la letteratura provenzale e quella francese avevano esercitato una profonda influenza sull'Italia, come dimostrato dal fatto che opere come il *Tresor* di Brunetto Latini ed il *Milione* di Marco Polo furono scritte in francese. L'influenza del francese, nel Settecento, la rese una lingua "indispensabile" nelle famiglie e nelle scuole, frequentemente utilizzata nella comunicazione letteraria e scientifica, ma anche negli scritti privati e nel parlato delle classi nobili e borghesi. Il francese – tra utilizzo di francesismi e reazioni puristiche – ha continuato, grosso modo fino alla seconda guerra mondiale ad influenzare l'italiano e ad essere la lingua straniera maggiormente conosciuta ed insegnata<sup>30</sup>.

L'italiano dovette quindi conquistare il suo spazio come lingua comune e come lingua ufficiale, acquisendo ruolo ed autonomia in contrapposizione alle altre lingue comuni dell'epoca (in particolare, il latino ed il francese). Si trattò di un processo culturale lungo e complesso, accompagnato da specifici atti normativi, cui non seguì,

<sup>29</sup> A.M. Mioni, *Sociolinguistica, apprendimento della madre lingua e lingua standard*, in *Prospettive sulla lingua madre. Sviluppo e educazione*, a cura di V. Lo Cascio, Roma, Ist. dell'Enciclopedia italiana, 1978, ed in L. Renzi - M.A. Cortelazzo (cur.), *La lingua italiana oggi.*, cit., p. 75 ss. e 80 ss.

<sup>30</sup> Sull'influenza francese, v. S. Morgana, *L'influsso francese*, in *Storia della lingua italiana*, vol. III (*Le altre lingue*), a cura di L. Serianni e P. Trifone, Torino, Einaudi, 1994, p. 671 ss.; nonché L. Serianni, *Storia dell'italiano nell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 15 ss.

però, la formalizzazione dell'attribuzione di lingua ufficiale nella Costituzione repubblicana.

Ciò ha portato ad un rinnovato dibattito sulla necessità di costituzionalizzare la lingua italiana, anche sulla base di quanto avvenuto in altri paesi (ed in particolare in Francia).

### 3.1. – L'affermazione della lingua italiana come lingua “ufficiale”

L'utilizzo di quest'ultimo ha antica origine, dal momento che la presenza del franco-provenzale e del provenzale, nonché del francese come lingua di cultura, sul versante italiano delle Alpi, ha origini remote, risalente all'epoca preromana; e, con la formazione del Principato del Piemonte, si venne a costituire un'unità politica bilingue<sup>31</sup>. Quando, a seguito della pace di Cateau-Cambrésis del 1559, Emanuele Filiberto (1528-1580) poté riprendere possesso (nel 1560) dei territori invasi da Francesco I di Francia nel 1536, dovette rimediare alla situazione di degrado dei territori, anche per mezzo di una serie di riforme volte a modernizzare l'amministrazione. Come aveva fatto Francesco I in Francia, che, con l'editto di Villers-Cotterêts del 25 agosto 1539 aveva imposto l'uso del francese, Emanuele Filiberto, con l'editto di Rivoli del 22 settembre 1561 (scritto peraltro in francese, com'era d'uso nei documenti ufficiali della monarchia sabauda) ordinò l'uso della *langue vulgaire* nell'amministrazione della giustizia e in tutti gli altri pubblici affari, e, poco dopo, estese ai notai l'obbligo di redigere gli atti in volgare. Quindi, «abolì in tutti gli atti giuridici, non che nelle scritture del suo governo, l'uso della lingua latina, surrogata invece la lingua volgare, vale a dire l'italiano in Piemonte, la francese in Savoia»<sup>32</sup>, nonché in Val d'Aosta, come precisato in un editto di un anno e mezzo dopo<sup>33</sup>.

In seguito, lo Statuto albertino del 1848 (che, esso stesso, fu redatto in francese ed in seguito tradotto in italiano) confermò l'impostazione bilingue della Monarchia

<sup>31</sup> Cfr. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 286.

<sup>32</sup> F. Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, vol. 2 (*Progressi*), Torino, Unione tipografico-editrice, 1863, p. 430-431.

<sup>33</sup> Cfr. P. Fiorelli, *La lingua del diritto e dell'amministrazione*, in *Storia della lingua italiana*, vol. II (*Scritto e parlato*), L. Serianni, P. Trifone (cur.), Torino, Einaudi, 1994, p. 577.

sabauda (ossia del Regno sardo-piemontese e, dopo l'Unità, del Regno d'Italia), stabilendo, all'art. 62, che «la lingua italiana è la lingua ufficiale delle Camere. È però facoltativo di servirsi della francese ai membri, che appartengono ai paesi, in cui questa è in uso, od in risposta ai medesimi». In tal modo si intendeva agevolare i rappresentanti delle popolazioni di lingua francese (nelle province di Nizza e della Savoia) permettendogli di usare la propria lingua, consentendo allo stesso tempo alle popolazioni di apprendere e controllare più direttamente ciò che i loro rappresentanti dicevano. Di tale facoltà si avvalsero anche alcuni ministri, nonché il capo del Governo (per breve periodo, dal 27 marzo al 7 maggio 1849) Claudio Gabriele de Launay, del quale si ricorda il rifiuto di utilizzare la lingua italiana, pur esortato a far ciò, invocando quanto stabilito dallo Statuto<sup>34</sup>. Con la cessione di Nizza e della Savoia alla Francia (con il Trattato di Torino del 24 marzo 1860) fu smesso l'uso della lingua francese nel Parlamento, arrivando, di fatto, ad una abrogazione per desuetudine della norma statutaria: gli ultimi discorsi in lingua francese furono pronunciati il 25 maggio 1860.

Anche la pubblicazione delle norme era, per antica consuetudine, bilingue, dal momento che gli atti del governo venivano pubblicati in due raccolte ufficiali parallele, a seconda della lingua parlata localmente: la raccolta in lingua italiana era pubblicata a Torino, mentre quella in lingua francese era pubblicata a Chambéry. Ciò venne in seguito formalizzato dall'art. 4 della legge 23 giugno 1854, n. 1371, che stabiliva che «1) Le leggi promulgate saranno immediatamente inserite nella raccolta degli atti del Governo. ... 3) La raccolta degli atti del Governo conterrà pure in distinta serie la traduzione in lingua francese di ogni legge all'uso dei comuni in cui parlasi tale lingua, firmata essa traduzione dal ministro proponente, col visto del Guardasigilli. 4) La inserzione della detta traduzione sarà contemporanea a quella del testo».

Allo stesso modo, la legge *Casati* sull'istruzione (r.d.lgs. 13 novembre 1859, n. 3725) stabiliva che «nei Comuni dove si parla la lingua francese, essa verrà insegnata invece dell'italiano» (art. 374) e che, nelle province ove era in uso la lingua francese,

---

<sup>34</sup> Dichiarando che «Messieurs, je me sers de la langue française, parce que c'est un privilège qui nous est accordé par le Statut. Vouloir m'obliger à parler en italien, ce serait un vrai despotisme; or, Je déclare que je ne souffre point de despotisme», come riporta P. Addeo, *Lingua e Statuto*, in *Lingua nostra*, 1940, p. 133.

nelle scuole secondarie si insegnasse la lingua e la letteratura italiana «e» francese (artt. 190 e 191), mentre in quelle tecniche si insegnassero la lingua e la letteratura francese (artt. 274 e 275).

Numerose altre norme prevedevano l'uso della doppia lingua, come l'art. 277 del r.d. 19 febbraio 1911, n. 298, in materia di debito pubblico, che richiedeva la traduzione «in lingua italiana o francese» dei documenti rilasciati da autorità all'estero.

In materia processuale, ormai da tempo superato l'utilizzo del latino<sup>35</sup>, l'art. 212 del codice di procedura civile del 1865 prevedeva la nomina dell'interprete nel caso in cui la persona da interrogare non conoscesse «la lingua dell'autorità giudiziaria procedente»: tale norma fu interpretata nel senso di ammettere l'uso dell'italiano o anche del francese nelle province bilingui, ma solo fino alla cessione dei territori alla Francia, con il trattato del 1860<sup>36</sup>. La formalizzazione della lingua italiana come unica lingua ufficiale nel processo (salve le eccezioni stabilite nei trattati internazionali per la città di Fiume)<sup>37</sup> fu stabilita con il r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 1796, il cui art. 1 prevedeva che «[1] In tutti gli affari civili e penali che si trattano negli uffici giudiziari del Regno, deve usarsi esclusivamente la lingua Italiana. [2] La presentazione di istanze, atti, ricorsi e scritture in genere compilati in lingua diversa dalla Italiana, si ha come non avvenuta, e non giova neppure a impedire la decorrenza dei termini. ...». Tuttavia, le istruzioni ministeriali del 1926 prescrivevano una certa “mitezza” nell'applicazione del r.d.l. n. 1796/1925, consentendo la produzione di atti e documenti probatori formati nel territorio della Val d'Aosta e scritti originariamente in francese (ma non delle istanze, ricorsi e altri atti compilati ai fini della produzione in giudizio, da redigersi obbligatoriamente nella lingua italiana)<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Su cui v. A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, Torino, Unione tipografico-editrice, vol. VI (*Storia della procedura*), pt. I, 1900, p. 228 ss.

<sup>36</sup> Per cui tale previsione, nel codice del 1865, fu considerata un errore di “inerzia storica”, come sottolinea A. Jamalio, *Lingua italiana (uso della)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. VII, 1938, p. 961, dato che era chiaro che ormai la sola lingua dell'autorità giudiziaria era quella italiana: cfr. anche L. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1910, III, p. 494.

<sup>37</sup> Allegato alla l. 18 marzo 1926, n. 562.

<sup>38</sup> Cfr. A. Jamalio, *Lingua italiana (uso della)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. VII, 1938, p. 975.

Dopo essere divenuta la lingua ufficiale ed esclusiva per la pubblicazione delle leggi e degli atti (normativi) del Governo e degli organi giurisdizionali, la lingua italiana è divenuta anche la lingua in cui doveva essere redatto l'atto di matrimonio (art. 9 della l. 24 giugno 1929, n. 1159) come pure gli atti notarili. Infatti, l'art. 54 della legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89), tuttora vigente, stabilì che «1) Gli atti notarili devono essere scritti in lingua italiana. 2) Quando però le parti dichiarino di non conoscere la lingua italiana, l'atto può essere rogato in lingua straniera, sempre che questa sia conosciuta dai testimoni e dal notaro. In tal caso deve porsi di fronte all'originale o in calce al medesimo la traduzione in lingua italiana, e l'uno e l'altra saranno sottoscritti ...» e che la mancata osservanza sull'uso della lingua rende l'atto nullo (art. 58)<sup>39</sup>.

### 3.2. – La politica linguistica fascista

Il fascismo adottò una politica linguistica fortemente nazional-puristica, di cui però alcuni prodromi erano ravvisabili in età giolittiana, o negli atteggiamenti xenofobi di alcuni giornali<sup>40</sup>. Gli aspetti più rilevanti della politica fascista sono l'antidialettismo, la repressione delle minoranze etniche, la battaglia contro i forestierismi, nonché la campagna (promossa con alcune disposizioni del febbraio 1938) per la sostituzione del “lei” (considerato straniero) con il “tu” (considerato più “romano”) o con il “voi” (considerato solenne ed autoctono)<sup>41</sup>.

L'azione antidialettale trovò la sua massima espressione soprattutto nella scuola. Solo pochi anni prima, nei programmi scolastici per le scuole primarie redatti nel 1922-23 da Giuseppe Lombardo Radice, chiamato dal ministro Giovanni Gentile alla direzione generale delle scuole elementari, i dialetti erano stati oggetto di studio

<sup>39</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. II, 11 aprile 2014, n. 8611, in *Riv. notariato*, 2014, p. 303.

<sup>40</sup> Sui tratti caratteristici dello Stato fascista, della sua amministrazione e del suo disegno istituzionale, specie per quanto riguarda la stampa, v. S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010.

<sup>41</sup> Sulla politica linguistica del fascismo, v. tra gli altri, gli scritti raccolti in *La lingua italiana e il fascismo*, Bologna, Consorzio provinciale pubblica lettura, 1977; le relazioni raccolte in *Parlare fascista. Lingua del fascismo, politica linguistica del fascismo* (Convegno di studi, Genova, 22-24 marzo 1984), in *Movimento operaio e socialista*, 1984, n. 1; G. Klein, *La politica linguistica del fascismo*, Bologna, Il Mulino, 1986; e, per una sintesi, A. Raffaelli, *Fascismo, lingua del*, in *Enc. dell'italiano Treccani*, 2010; T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 340 ss.; P.V. Mengaldo, *Storia dell'italiano nel Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2014 (2a ed.), p. 13 ss.; C. Marazzini, *La lingua italiana*, cit., p. 328 ss.

e di riferimento sistematico, con il programma “dal dialetto alla lingua”. Invero, in seguito, venne introdotto il libro di testo unico per tutte le scuole del paese (1929) e la *Carta della scuola* (1939) del ministro Giuseppe Bottai costituì la base concettuale della scuola. Quindi lo stesso Mussolini, nel 1931-32, si dedicò ad una “campagna” contro l’uso del dialetto e, con i programmi del ministro Francesco Ercole del 1934 (approvati con r.d. 20 settembre 1934, n. 28), il dialetto scomparve dalla scuola. L’orientamento fortemente contrario all’uso dei dialetti riguardava il loro utilizzo non solo come lingue parlate, ma anche come lingue letterarie, come dimostrato dalle direttive-istruzioni del Ministero della cultura popolare, ove, fra l’altro, si indicava che «i quotidiani, i periodici e le riviste non devono più occuparsi in modo assoluto del dialetto, né del teatro in vernacolo ... in quanto mere sopravvivenze del passato che la dottrina morale e politica del Fascismo tende decisamente a superare»<sup>42</sup>.

La lotta delle lingue delle minoranze etniche, specie altoatesine e giuliane, rientra nella trasformazione della xenofobia linguistica di pochi ad atteggiamento culturale di massa, che portò ad una minuta disciplina linguistica, con l’italianizzazione forzata della toponomastica, del commercio, delle insegne alberghiere e pubblicitarie e così via. Talvolta vi furono interventi ancora peggiori, costringendo chi aveva un cognome straniero ad italianizzarlo<sup>43</sup>.

La lotta contro le parole straniere aveva avuto dei prodromi già nel 1923, quando, ad esempio, si stabilì che per la registrazione degli atti occorresse la traduzione in italiano da parte di un perito, tranne che per quelli scritti in francese<sup>44</sup>, e si stabilì l’obbligatorietà dell’imposizione sulle insegne straniere, in misura quadrupla rispetto a quelle in lingua italiana<sup>45</sup>. In seguito si sviluppò con un crescendo di iniziative: nel 1930 si ordinò la soppressione dai film delle scene in lingua straniera; nel 1940 si vietò l’uso delle parole straniere nelle intestazioni delle

<sup>42</sup> Testo riportato da P. Fiorelli, *I diritti linguistici delle minoranze*, in *Archivio per l’Alto Adige*, 1948, p. 352, n. 267 (e ripreso da P. Caretti, *Lingua e Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, fasc. 2, p. 8) e da F. Flora (a cura di), *Stampa dell’era fascista. Le note di servizio*, Roma, Mondadori, 1945, p. 81-82.

<sup>43</sup> Cfr. S. Raffaelli, *Le parole proibite. Purismo di Stato e regolamentazione della pubblicità in Italia (1812-1945)*, Bologna, Il Mulino, 1983.

<sup>44</sup> Art. 78 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 3269.

<sup>45</sup> R.d. 11 febbraio 1923, n. 352; norma poi ribadita dagli artt. 201 ss. del r.d. 14 settembre 1931, n. 208, recante il testo unico per la finanza locale. Cfr. P. Addeo, *La lingua italiana ed il fisco*, in *Lingua nostra*, 1943, 40 ss.

ditte e nelle varie forme pubblicitarie<sup>46</sup>, e nel 1942 si stabilì che «la R. Accademia d'Italia, sentito il parere di un'apposita commissione da essa nominata, determina quali parole possano ritenersi acquisite alla lingua italiana o in essa tollerate; suggerisce, inoltre, i termini italiani da sostituire a quelli stranieri di più largo uso. Tali determinazioni sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del Regno e nel Bollettino d'informazioni dell'Accademia medesima»<sup>47</sup>. L'Accademia pubblicò, in tre anni, ben quindici elenchi di sostituzioni di forestierismi (o “esotismi”) con parole italiane; e, sempre in quegli anni, fu fondata, nel 1939, la rivista *Lingua nostra*, ove ai dibattiti scientifici si affiancavano discussioni normative, volte a regolamentare l'uso della lingua<sup>48</sup>.

Inoltre (anche sulla base delle convinzioni di Benedetto Croce, contrario ad una lingua modello), Giovanni Gentile, divenuto ministro della pubblica istruzione nel 1923, tolse all'Accademia della crusca il compito di preparare la nuova versione del *Vocabolario* (avviata nel 1863, ed il cui primo volume era stato dedicato a Vittorio Emanuele II re d'Italia, e che era giunta alla lettera “O”), per affidarlo all'Accademia d'Italia. Comunque, il *Vocabolario* diretto da Giulio Bertoni (che non ebbe fortuna, in quanto ne fu pubblicato, nel 1941, il solo volume “A-C”) mostrò un atteggiamento equilibrato, nei confronti dei neologismi, che non corrispondeva alle esagerazioni del fascismo<sup>49</sup>.

Il programma linguistico fascista non ebbe, per fortuna, successo, sia per la mancanza di una pianificazione organica, sia per la sua stessa contraddittorietà: da un lato, spingeva per la lotta ai dialetti; dall'altro, il demagogismo non poteva prescindere dagli stessi. E così si spiega, tra l'altro, come mai il “voi” (che si presentava come una forma largamente dialettale) non riuscì a soppiantare il “lei”<sup>50</sup>.

La vicenda fascista consente di rilevare come la “questione della lingua” fosse ormai superata: la lingua italiana, dopo l'Unificazione, si era ormai messa in moto, e non era più una lingua “morta”, ma aveva iniziato a diffondersi tra la gente (e,

<sup>46</sup> L. 23 dicembre 1940, XIX, n. 2042, poi abrogata con il d.lgs. lgt. 26 aprile 1946, n. 543.

<sup>47</sup> Art. 3 del r.d. 26 marzo 1942, XX, n. 720, recante norme integrative della l. n. 2042/1940.

<sup>48</sup> Cfr. F. Foresti (a cura di), *Credere, obbedire, combattere. Il regime linguistico nel Ventennio*, Bologna, Pendragon, 2003, p. 60 ss.; S. Raffaelli, *Le parole proibite*, cit., 212 ss.

<sup>49</sup> Cfr. C. Marazzini, *Breve storia della lingua italiana*, cit., p. 210 ss.

<sup>50</sup> V. P.V. Mengaldo, *Storia dell'italiano nel Novecento*, cit., p. 16.

quanto alla norma d'uso, fu promosso un asse Roma-Firenze in cui si cercava di rivalutare il ruolo della capitale contemperandolo col tradizionale primato toscano). La questione della lingua venne così superata; anzi, si presentò nella forma della “questione della pronuncia”<sup>51</sup>.

### 3.3. – Il dibattito sulla costituzionalizzazione della lingua italiana

Di tanto in tanto è riemerso il dibattito sulla costituzionalizzazione della lingua italiana, al fine di formalizzarne il ruolo di lingua ufficiale, in contrapposizione ad altre lingue. La questione fu affrontata, per esempio, durante il periodo fascista, quando c'era chi riteneva che occorresse una “leggina” speciale per integrare la legge 19 gennaio 1939, n. 129, istitutiva della Camera dei fasci (che era stato creato come organo legislativo in sostituzione delle Camera dei deputati)<sup>52</sup>.

La Costituzione italiana non indica espressamente la lingua italiana come “lingua ufficiale” o “lingua di Stato”, pur se tratta le questioni della lingua in tre diverse disposizioni: nell'art. 3, c. 1, ove stabilisce che «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione [...] di lingua»; nell'art. 6, ove si prevede che «la Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche»; nell'art. 111, c. 3 (introdotto dall'art. 1 della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2) in materia di uso della lingua nel processo penale (ed in particolare al diritto all'assistenza da parte di un interprete da parte di chi non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo).

La mancata individuazione della lingua italiana come lingua dello Stato da parte dell'Assemblea costituente è probabilmente una conseguenza delle vicende storiche precedenti e risiede sia nella scarsa urgenza del problema in quel momento, sia nella necessità di non rimarcare un tratto che il fascismo aveva esasperato<sup>53</sup>. Il problema del riconoscimento costituzionale della lingua italiana è riemerso negli ultimi

<sup>51</sup> Cfr. C. Marazzini, *Le teorie*, in L. Serianni - P. Trifone (cur.), *Storia della lingua italiana*, Vol. 1 (*I luoghi della codificazione*), Torino, Einaudi, 1993, p. 231 ss.

<sup>52</sup> P. Addeo, P. Addeo, *Lingua e Statuto*, cit., p. 134.

<sup>53</sup> Tesi sostenuta da F. Sabatini, N. Maraschio e V. Coletti, nell'audizione del 18 ottobre 2006 alla Prima commissione permanente della Camera dei deputati su *La lingua italiana nella nostra Costituzione*; cfr. anche P. Caretti, *Lingua e Costituzione*, cit., p. 4 ss.

quindici anni, anche attraverso la proposizione di numerose iniziative legislative, volte ad inserire il riconoscimento negli artt. 6, 9 o 12 Cost.<sup>54</sup>.

In realtà, il riconoscimento della lingua italiana come lingua ufficiale è presente, oltre che, pur se in forma implicita, nella stessa Costituzione, in fonti di rango costituzionale, come gli statuti delle regioni speciali e in numerose leggi ordinarie.

In particolare, l'art. 99 dello statuto della Regione Trentino – Alto Adige (approvato con D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670) stabilisce che «nella regione la lingua tedesca è parificata a quella italiana che è la lingua ufficiale dello Stato. La lingua italiana fa testo negli atti aventi carattere legislativo e nei casi nei quali dal presente statuto è prevista la redazione bilingue»; e l'art. 38 dello Statuto della Valle d'Aosta (approvato con l. cost. 26 febbraio 1948, n. 4) stabilisce che «nella Valle d'Aosta la lingua francese è parificata a quella italiana. Gli atti pubblici possono essere redatti nell'una o nell'altra lingua, eccettuati i provvedimenti dell'autorità giudiziaria, i quali sono redatti in lingua italiana».

Inoltre, vi è un espresso riconoscimento in varie leggi ordinarie, come la legge 15 dicembre 1999, n. 482, di tutela delle minoranze linguistiche, che, all'art. 1, stabilisce che «1) La lingua ufficiale della Repubblica è l'italiano. 2) La Repubblica, che valorizza il patrimonio linguistico e culturale della lingua italiana, promuove altresì la valorizzazione delle lingue e delle culture tutelate dalla presente legge»; la richiamata legge relativa all'ordinamento del notariato (art. 54 della l. n. 89/1913); la legge relativa all'ordinamento dello stato civile (artt. 19, 22 e 34 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396); il codice di procedura penale (art. 109, c. 3) e quello di procedura civile (art. 122, c. 4, che però si riferisce solo agli atti processuali, non precludendo al giudice di far tradurre i documenti in lingua straniera esibiti dalle parti)<sup>55</sup>.

Tra le altre norme che prevedono (in alcuni casi soltanto in via prioritaria) l'uso della lingua italiana, vi sono: le norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al

---

<sup>54</sup> Su cui v. M. Franchini, "Costituzionalizzare" l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?, in *Rivista AIC*, 3/2012.

<sup>55</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 12 marzo 2013, n. 6093, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2011, n. 13249, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1197; Cass. civ., Sez. I, 28 dicembre 2006, n. 27593, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; cfr. anche Corte cost., 29 gennaio 1996, n. 15, in *Giur. cost.*, 1996, 140.

primo ciclo dell'istruzione (art. 5 del d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59) che stabilisce che la scuola primaria ha tra i suoi fini quello «di fare apprendere i mezzi espressivi, la lingua italiana e l'alfabetizzazione nella lingua inglese»; le norme sugli esami di Stato conclusivi dei corsi di studio di istruzione secondaria superiore (art. 3 della l. 10 dicembre 1997, n. 425); le norme sulla costituzione e partecipazione del Ministero degli esteri ad associazioni e fondazioni per la diffusione e la promozione della lingua italiana e delle tradizioni e culture locali (art. 26 della l. 16 gennaio 2003, n. 3); il testo unico sulla documentazione amministrativa (approvato con 28 dicembre 2000, n. 445, che però ammette, all'art. 7, che negli atti pubblici «sono ammesse abbreviazioni, acronimi, ed espressioni in lingua straniera, di uso comune», pur se l'art. 33 prevede la traduzione in lingua italiana certificata degli atti redatti in lingua straniera); la previsione che le indicazioni ai consumatori siano date almeno in lingua italiana, consentendo l'utilizzo di espressioni straniere divenute di uso comune (art. 9 del codice del consumo, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206); come pure in materia di etichettatura dei prodotti alimentari (art. 3 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 109) e sulle indicazioni nelle confezioni di farmaci (art. 80 del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219); il testo unico sull'immigrazione, che prevede la promozione dell'apprendimento della lingua italiana per i minori stranieri e per gli stranieri ospitati nei centri di accoglienza (artt. 38 e 40 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286); il codice della strada, per cui si possono utilizzare, nei segnali di localizzazione territoriale del confine del comune, lingue regionali o idiomi locali presenti nella zona di riferimento, in aggiunta alla denominazione nella lingua italiana (art. 37 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285); la norma che prevede l'attribuzione del compito del concessionario del servizio pubblico generale radiotelevisivo di «promuovere la lingua italiana e la cultura, di salvaguardare l'identità nazionale e di assicurare prestazioni di utilità sociale» (art. 7 del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177).

Senza entrare nel merito del dibattito sul riconoscimento costituzionale dell'ufficialità della lingua italiana, si può rilevare che, di fatto, un riconoscimento nella Costituzione materiale dell'Italia già vi è, ed è stato più volte affermato dalla Corte costituzionale e dal Parlamento. In particolare, la Presidenza della Camera ha

affermato che la lingua di lavoro delle camere è l'italiano, in quanto ciò corrisponde ad una consuetudine costituzionale<sup>56</sup>.

Inoltre, la Corte costituzionale ha ritenuto (con riferimento alla lingua utilizzata nell'organo legislativo del Friuli Venezia Giulia), anche in considerazione del fatto che «la consacrazione, nell'art. 1, comma 1, della legge n. 482 del 1999, della lingua italiana quale “lingua ufficiale della Repubblica” non ha evidentemente solo una funzione formale, ma funge da criterio interpretativo generale delle diverse disposizioni che prevedono l'uso delle lingue minoritarie, evitando che esse possano essere intese come alternative alla lingua italiana o comunque tali da porre in posizione marginale la lingua ufficiale della Repubblica», che «ove si tratti, in particolare, di un organo elettivo di un ente pubblico, la comunicazione secondo modalità linguistiche immediatamente accessibili è il presupposto per un appropriato confronto dialettico. A sua volta, detto confronto è una delle modalità di estrinsecazione del principio democratico. Sicché, la garanzia della contestuale conoscenza, nella “lingua ufficiale della Repubblica”, da parte di tutti i componenti l'organo collegiale del contenuto degli atti e degli interventi posti in essere in quella sede è condizione essenziale perché il confronto democratico possa aver luogo»<sup>57</sup>.

Secondo alcuni, l'ufficializzazione costituzionale del ruolo della lingua italiana potrebbe servire non solo a rendere più “armonioso” il testo costituzionale od a sanare alcune contraddizioni tra lo stesso e alcune leggi ordinarie, ma anche a

---

<sup>56</sup> Cfr. l'intervento del Presidente on. Fausto Bertinotti nella seduta della Camera dei deputati del 23 febbraio 2002, XV legislatura, per il quale «l'uso esclusivo dell'italiano negli atti e nei dibattiti parlamentari costituisce, infatti, in coerenza con i principi affermati nella giurisprudenza costituzionale, una vera e propria consuetudine, alla cui osservanza la Presidenza ha sempre espressamente richiamato i deputati che intendevano parlare in altra lingua o in dialetto, come loro possono riscontrare in numerosi precedenti, quali quelli del 10 agosto 1983, del 1° agosto 1996 e del 25 maggio 1998. Tale consuetudine è stata da ultimo ribadita nella XIV legislatura dall'Ufficio di Presidenza per i deputati italiani eletti all'estero. L'uso in Parlamento della lingua italiana costituisce un requisito necessario per la piena comprensione della discussione, in primo luogo, da parte di tutti i deputati e del Governo. Richiamandomi alle pronunce delle precedenti legislature, faccio presente che esso è altresì essenziale per consentire al Presidente della Camera l'esercizio dei suoi poteri ordinatori, di direzione e di moderazione del dibattito, funzionali a garantire il rispetto delle regole di correttezza parlamentare, anche a tutela dei soggetti esterni, e lo svolgimento della discussione in forma adeguata al ruolo costituzionale del Parlamento. ... È, altresì, evidente che l'uso dell'italiano costituisce il presupposto necessario per garantire l'attuazione del principio costituzionale della pubblicità dei lavori parlamentari attraverso la resocontazione degli interventi».

<sup>57</sup> Corte cost., 22 maggio 2009, n. 159, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1734, punti 2.4 e 3.2.

chiarire le incertezze nell'azione dei pubblici poteri che ciò ha ingenerato<sup>58</sup>. D'altronde anche in altri paesi, ove pure la lingua nazionale era da tempo riconosciuta come lingua ufficiale, se ne è recentemente costituzionalizzato il ruolo. Ad esempio, in Francia, ove pure è consolidato nei secoli il principio dell'unicità linguistica, nel 1992 è stato modificato l'art. 2 della Costituzione per stabilire che «la langue de la République est le français»; e, nel 2008, è stato modificato l'art. 75 per indicare che «les langues régionales appartiennent à son patrimoine». In questo caso, però, tra i motivi del riconoscimento costituzionale della lingua nazionale vi è una reazione “nazionalista” all'integrazione europea, nonché alla crescente invadenza della lingua inglese<sup>59</sup>.

Costituzionalizzare la lingua italiana come lingua ufficiale potrebbe, forse, aiutare a risolvere alcuni problemi. Ma una rigida affermazione della stessa è, da un lato, inutile (dal momento che ve ne è già il chiaro riconoscimento da parte del legislatore ordinario e della Corte costituzionale) e, dall'altro, potrebbe creare ulteriori difficoltà (per esempio, nei rapporti con gli stranieri che, pur se integrati nell'ordinamento, non appartengono alle minoranze linguistiche, e quindi non godono di formale tutela costituzionale) ed essere in contrasto con le tendenze recenti.

#### 4. – Frammenti di una politica linguistica italiana

A differenza della Francia, in Italia non vi è stata una coerente e forte politica linguistica: non vi è stata dopo l'Unità; vi è stata, ma in modo non organico e contraddittorio, durante il periodo fascista; vi sono state solo alcune isolate iniziative (tra cui i tentativi di costituzionalizzazione della lingua) nel periodo repubblicano. Come è stato rilevato<sup>60</sup>, non c'è politica linguistica senza un appoggio forte delle istituzioni e la debolezza della politica linguistica italiana fu dovuta a due fattori: uno

<sup>58</sup> Cfr. P. Fiorelli, *La lingua nell'ordinamento costituzionale*, in *Lingua nostra*, 1948, p. 45; P. Caretti, *Lingua e Costituzione*, cit., 6 ss.

<sup>59</sup> V. A. Blanc, *La langue de la république est le français. Essai sur l'instrumentalisation juridique de la langue par l'État*, 1789-2013, Paris, L'Harmattan, 2013.

<sup>60</sup> S. Raffaelli, *La vicenda dei neologismi a corso forzoso nell'Accademia d'Italia*, in G. Adamo e V. Della Valle (cur.), *Che fine fanno i neologismi? A cento anni dalla pubblicazione del Dizionario moderno di Alfredo Panzini*, Firenze, Olschki, 2006, p. 92 ss.

interno (dato dall'andamento non lineare degli interventi) ed uno esterno (la scarsa adesione di molti intellettuali, lo scetticismo verso qualsiasi intervento sulla lingua e la scarsa incisività normativa).

Prima di esaminare i “frammenti” di cui è composta la politica linguistica repubblicana, che, in modo disorganico e parziale, ha interessato diversi settori, va precisato che per “politica linguistica” si intende «ogni iniziativa o insieme di misure attraverso cui le istituzioni esercitano un influsso sugli equilibri linguistici esistenti in un Paese»<sup>61</sup>, pur se con «vari gradi di intenzionalità, dal consapevole al non consapevole»<sup>62</sup>. Vi rientrano, quindi, tutte le azioni dirette o esplicite che servono a influenzare i comportamenti delle persone relativamente all'utilizzo dei loro codici linguistici, che vanno dalla definizione della cd. norma linguistica, al riconoscimento dell'ufficialità di un idioma, alla gestione del repertorio linguistico in una comunità plurilingue fino alla risoluzione di un conflitto linguistico. Si distingue dalla “pianificazione linguistica”, che è «la programmazione di interventi specifici che hanno come oggetto la struttura, la fissazione di una norma, la creazione di un'ortografia, l'arricchimento lessicale capace di far fronte alle esigenze di una lingua di ampia comunicazione, ecc.»<sup>63</sup>.

Tra le azioni della politica linguistica rientrano anche le norme del cd. “diritto linguistico”, inteso come il diritto che, da un lato, disciplina le questioni grammaticali o lessicali nell'ambito di una lingua; e, dall'altro lato, che dirime i possibili conflitti fra lingua e lingua riguardo a determinate attività sociali<sup>64</sup>. Differente è invece la nozione di “diritti linguistici”, con cui si fa riferimento al diritto di singoli o di collettività ad usare la propria lingua nativa, anche nel caso sia differente rispetto alla lingua ufficiale o standard, ed implica sia il diritto all'uso della lingua materna da parte del singolo, sia l'uso della lingua minoritaria nella scuola e in contesti di rilevanza giuridica e pubblica<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> V. Orioles, *Politica linguistica*, in *Enc. dell'italiano Treccani*, 2011.

<sup>62</sup> G. Klein, *Lezioni di sociolinguistica. Con esercitazioni e glossario*, Perugia, Morlacchi, 2003, p. 67.

<sup>63</sup> V. Orioles, *Politica linguistica*, cit.

<sup>64</sup> Cfr. P. Fiorelli, *La lingua nell'ordinamento costituzionale*, cit., 43. Per il primo utilizzo di tale termine, v. P. Addeo, *Lingua e Statuto*, cit., p. 132; per la conflittualità ed i criteri pratici cui può rispondere l'individuazione di una lingua ufficiale, v. G. Poggeschi, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, Carocci, 2010, p. 12.

<sup>65</sup> Cfr. L.M. Savoia, *Diritti linguistici*, in *Enc. dell'italiano Treccani*, 2010.

Pur se la regolamentazione linguistica, e la consapevolezza della sua necessità, è un fenomeno relativamente recente, che discende dalla democratizzazione dello Stato contemporaneo, dando luogo ai cd. diritti linguistici<sup>66</sup>, la consapevolezza dell'importanza della diffusione della conoscenza della lingua per lo sviluppo di una società democratica è più risalente nel tempo.

Si è visto sopra (par. 2.1) la resistenza da parte delle classi elevate e della Chiesa alla diffusione della lingua; basti ora ricordare le posizioni di Gramsci e di don Milani.

Antonio Gramsci, nei *Quaderni dal carcere* scritti tra il 1929 ed il 1935, espresse la posizione per un forte intervento politico a favore di un'italianizzazione delle masse, nonché per una “politica della lingua” destinata a superare «i particolarismi locali e i fenomeni di psicologia ristretta e provinciale»<sup>67</sup>.

Don Milani portò ad un importante cambiamento sull'approccio della pedagogia linguistica, spostando l'attenzione dalla “questione della lingua” ad una prospettiva di più ampio respiro, ossia della necessità sociale che le masse, ossia i contadini e gli operai, acquistassero un'ampia capacità verbale, nella consapevolezza che è la lingua che fa uguali. Come sottolineò in una lettera al direttore del *Giornale del mattino* del 28 marzo 1956<sup>68</sup>, la differenza tra il campagnolo e il cittadino è il «dominio sulla parola», dal momento che «la parola è la chiave fatata che apre ogni porta», per cui «ci sarà sempre l'operaio e l'ingegnere, non c'è rimedio. Ma questo non importa affatto che si perpetui l'ingiustizia di oggi per cui l'ingegnere debba essere più uomo dell'operaio (chiamo uomo chi è padrone della sua lingua). Questa non fa parte delle necessità professionali, ma delle necessità di vita d'ogni uomo, dal primo all'ultimo che si vuol dir uomo».

Degli aspetti “interni” della politica linguistica si è già fatto un breve cenno. Si approfondiranno ora gli aspetti di maggior rilievo giuridico-politico della politica linguistica, ossia le politiche di promozione della lingua e la normativa che impone l'uso della lingua italiana nell'ambito dei rapporti con i pubblici poteri o servizi.

---

<sup>66</sup> Cfr. G. Poggeschi, *I diritti linguistici*, cit., p. 12 ss.

<sup>67</sup> Su tali tesi, v. L. Renzi, *Introduzione*, in L. Renzi e M.A. Cortelazzo (cur.), *La lingua italiana oggi. Un problema scolastico e sociale*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 20 ss.

<sup>68</sup> Riportata in L. Renzi e M.A. Cortelazzo (cur.), *La lingua italiana oggi*, cit., p. 44 ss.

Data la frammentarietà della normativa in materia, se ne tratterà in modo settoriale, esaminando le politiche scolastiche per la diffusione della lingua italiana (anche con riferimento al contrasto all'analfabetismo di ritorno), il ruolo della lingua nei rapporti con i pubblici poteri ed in particolare con la pubblica amministrazione, le politiche linguistiche relative ai mezzi di comunicazione di massa, la politica linguistica nei confronti degli stranieri, le politiche volte a promuovere la lingua italiana all'estero ed infine i limiti all'uso delle lingue straniere.

#### 4.1. – Le politiche scolastiche per la diffusione della lingua italiana

Come si è già fatto cenno (par. 2.1), al momento dell'Unità italiana la situazione dell'alfabetizzazione era drammatica e ciò in gran parte dipendeva dallo scarso intervento pubblico in materia di istruzione<sup>69</sup>.

L'istruzione, fin dal Medioevo, era un privilegio di pochi, in gran parte appannaggio della Chiesa; solo nel corso del Settecento (con la soppressione dell'Ordine dei Gesuiti nel 1773, che già in precedenza erano stati espulsi da molti Stati) passò allo Stato. Con i primi interventi riformatori (ad esempio, in Piemonte, nel 1729) lo Stato aveva preso il controllo dell'istruzione (in particolare quella superiore) per poter formare un ceto intellettuale adeguato ad affrontare le questioni giurisdizionali dell'epoca. Ancora nel corso del Settecento predominava una visione aristocratica dell'istruzione, tanto che lo stesso Voltaire esprimeva diffidenza verso l'istruzione dei contadini; solo con la Rivoluzione francese e la dominazione napoleonica anche in Italia si ebbe un impulso per la creazione di istituzioni scolastiche di massa, che resistettero alla restaurazione solo in Piemonte e nel Lombardo-Veneto.

---

<sup>69</sup> Sulle vicende storiche della scuola v. L. Ricuperati, *La scuola nell'Italia unita*, in *Storia d'Italia*, vol. 5.2 (*I documenti*), Torino, Einaudi, 1973, p. 1695 ss.; L. Calcerano e G. Martinez y Cabrera, *Scuola (ordini e gradi)*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, p. 829 ss.; M. Raicich, *Scuola, cultura e politica da De Sanctis a Gentile*, Pisa, Nistri-Lischi, 1981; E. De Fort, *Storia della scuola elementare in Italia. Vol. I. Dall'unità all'età giolittiana*, Milano, Feltrinelli, 1979; A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, Mulino, 2003; e, specie per quanto riguarda l'insegnamento dell'italiano, v. T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 36 ss.; N. De Blasi, *L'italiano nella scuola*, in L. Serianni e P. Trifone (cur.), *Storia della lingua italiana*, Vol. 1, cit., p. 400 ss.; L. Serianni, *Storia dell'italiano nell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 27 ss.

Nel primo Ottocento, anche laddove vi erano scuole elementari, ne era incerta la stessa nozione, come pure i programmi e l'orario delle lezioni (che talvolta si riduceva a un'ora o un'ora e mezza al giorno), scadenti e mal pagati gli insegnanti, restii i ragazzi ad andare a scuola ed i genitori a mandarceli (in quanto non ne capivano l'utilità), osteggiata l'istruzione femminile, largamente praticato lo sfruttamento del lavoro infantile nei campi<sup>70</sup>.

Nella seconda metà dell'Ottocento la situazione cominciò molto lentamente a mutare. Nel Piemonte l'atto che segna l'ingresso dello Stato nell'istruzione dei cittadini è rappresentato dall'istituzione, nel 1847, del Ministero della pubblica istruzione. L'intervento fu poi attuato, in modo graduale, con il r.d. 4 ottobre 1848, n. 818 (cd. legge Boncompagni), la l. 22 giugno 1857, n. 2328 (cd. legge Lanza) e il r.d.l. 13 novembre 1859, n. 3725 (cd. legge Casati). La legge Casati – che rappresentò fino alla riforma Gentile del 1923 il più organico intervento legislativo sulla scuola – era caratterizzata dall'accentramento, dalla volontà di selezionare una classe dirigente piccola ma ben preparata, dalla focalizzazione su una formazione di cultura umanistica, che da un lato rappresentava il valore unificante dell'élite e dall'altro costituiva il filtro per gli altri<sup>71</sup>.

L'obbligo scolastico, introdotto dalla legge Casati (per due anni sulla durata quadriennale della scuola elementare), era largamente disatteso e solo con la l. 9 luglio 1876, n. 3250 (legge Coppino, che portò la scuola elementare a cinque anni e l'obbligo a tre) vennero introdotte sanzioni per i genitori inadempienti. La scuola media prevedeva due rami, uno classico (ginnasio e liceo, destinato alla prosecuzioni degli studi ed alla formazione della classe dirigente) ed uno tecnico.

La scuola elementare disegnata dalla legge Casati era caratterizzata da obbligatorietà, gratuità e parità dei sessi; ma, poiché le spese di gestione gravavano sui comuni (fino alla l. 4 luglio 1911, n. 487, cd. legge Daneo-Credaro, che dispose il passaggio allo Stato delle scuole elementari, salvo quelle dei comuni che chiedevano di mantenerle e dei comuni capoluoghi di provincia), il funzionamento era alquanto precario e la scuola elementare non riusciva ad assolvere il proprio compito primario, ossia quello dell'alfabetizzazione, anche per la mancanza di un corpo

<sup>70</sup> Cfr. L. Serianni, *Storia dell'italiano nell'Ottocento*, cit., p. 28.

<sup>71</sup> Cfr. L. Ricuperati, *La scuola nell'Italia unita*, cit., p. 1700.

docente in grado di parlare l'italiano fiorentino e con un buon corredo di nozioni storico-linguistiche e dialettologiche.

Quanto alla diffusione della lingua, si possono individuare le linee di sviluppo della politica linguistica con l'esame dei programmi di studio della scuola elementare, il cui compito primario è quello dell'alfabetizzazione<sup>72</sup>. Questi, infatti, danno un'idea, pur se approssimata, del "peso" dato all'insegnamento dell'italiano (e del relativo metodo di insegnamento), nonché dei riflessi sulla questione della lingua e sul rapporto con i dialetti.

Tra gli aspetti caratterizzanti i programmi post-unitari vi era il metodo del cd. "insegnamento oggettivo" (indicato nei programmi del 1888 e del 1894) volto a ricercare la nomenclatura, cioè l'unico nome corretto per ciascuna cosa, al fine di pervenire ad un lessico univoco (mitizzando così il toscano vivo e spingendo ad una ricerca affannosa per la proprietà di linguaggio).

Allo stesso tempo vi era un costante riferimento ai dialetti: le prime scelte linguistiche, che si rinvengono programmi scolastici del ministro Michele Coppino del 1867 (approvati con r.d. 10 ottobre 1867), suggerivano di far notare analogie e differenze «tra il dialetto della rispettiva provincia e la lingua nazionale poiché così se ne agevola lo studio, e si rende più fresco e schietto il modo di adoperarla negli scritti». L'anno successivo il ministro Emilio Broglio varò la commissione, presieduta da Alessandro Manzoni, il cui scopo era «aiutare a rendere più universale in tutti gli ordini del popolo la notizia della buona lingua» e da cui scaturì la già vista relazione *Dell'unità della lingua e dei mezzi di diffonderla* (1868) nella quale si individuava nel fiorentino colto contemporaneo il modello linguistico di riferimento. Nei programmi per le scuole tecniche del 1880 (quando era ministro Francesco De Sanctis), il manzoniano Luigi Morandi suggeriva di riconoscere e far tesoro di ciò che ogni dialetto ha «in comune con la buona lingua». L'obiettivo della scuola era di portare gli scolari alla conoscenza di una lingua uguale per tutti e, quindi, vi era un orientamento antidialettale che raggiunse il culmine nei programmi scolastici del

---

<sup>72</sup> I programmi possono essere consultati nella raccolta di F. Bettini, 1961; cfr. per approfondimenti, G. Mazzotta, *Lingua e dialetto nei programmi delle scuole elementari (1923-1955)*, in *Studi salentini*, 1969, n. 2 (*Protimesis, Scritti in onore di Vittore Pisani*), p. 139 ss.; T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 337 ss.

1905 (redatti da Francesco Orestano ed approvati con il r.d. 29 gennaio 1905, n. 43, quando era ministro Vittorio Emanuele Orlando), nonostante le polemiche di Graziadio Isaia Ascoli. Tale posizione, però, non necessariamente ostacolava l'uso del dialetto (che era la lingua parlata dagli alunni e dalla gran parte dei maestri) nella comunicazione non scolastica<sup>73</sup>.

Un deciso cambiamento si ebbe con i programmi stesi da Giuseppe Lombardo Radice nel 1922-23 (ed approvati con ord. 11 novembre 1923 del ministro Giovanni Gentile), che prevedevano la redazione di una serie di manualetti intitolata "Dal dialetto alla lingua" (cui si è fatto cenno nel par. 3.2), pur se fu una parentesi di breve durata, per le chiusure in seguito imposte dal fascismo, che, tra l'altro, anche in funzione anti-dialettale, impose il libro di testo unico.

L'impostazione non mutò dopo la seconda guerra mondiale: nei programmi del 1945 (approvati con d.lgt. 24 maggio 1945, n. 459) si richiedeva ai maestri la «sostituzione dei termini dialettali»; e in quelli del 1955 (approvati con D.P.R. 14 giugno 1955, n. 503) si riteneva che una persona dimostra padronanza di linguaggio solo se «scrive come parla e parla come scriverebbe».

Un importantissimo passo avanti fu l'istituzione della scuola media unica e l'innalzamento dell'obbligo scolastico a quattordici anni, con la legge 31 dicembre 1962, n. 1859, a conclusione di un percorso, avviatosi negli anni Cinquanta, che aveva portato ad una diffusione di massa dell'istruzione postelementare. Tuttavia, vi dominava l'antidialettismo, che aveva portato allo "anti-parlato", ossia al «parlare come un libro stampato», come risultato di un ipercorrettismo scolastico<sup>74</sup>.

Anche per impulso delle *Dieci tesi per l'educazione linguistica democratica*, redatte da Tullio De Mauro e dal Gruppo di intervento e studio nel campo dell'educazione linguistica (Giscel)<sup>75</sup>, ove si poneva in discussione l'insegnamento tradizionale della grammatica e veniva affermato, tra l'altro, che «la sollecitazione delle capacità

<sup>73</sup> Cfr. N. De Blasi, *L'italiano nella scuola*, cit., p. 406-407; Id., *Scuola e lingua*, in *Enc. dell'italiano Treccani*, 2011.

<sup>74</sup> T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 104; per i problemi di discriminazione linguistica a cui aveva dato luogo, per la mancanza delle stesse basi di partenza degli alunni, v. L. Renzi, *Introduzione*, cit., 9 ss.

<sup>75</sup> Consultabili, oltre che sul sito internet [www.giscel.it](http://www.giscel.it), in L. Renzi e M.A. Cortelazzo (cur.), *La lingua italiana oggi*, cit., p. 93 ss.

linguistiche deve partire dall'individuazione del retroterra linguistico-culturale personale, familiare, ambientale dell'allievo, non per fissarlo e inchiodarlo a questo retroterra, ma, al contrario, per arricchire il patrimonio linguistico dell'allievo attraverso aggiunte e ampliamenti che, per essere efficaci, devono essere studiatamente gradualmente», furono realizzate importanti innovazioni. I programmi per le scuole medie del 1979 (approvati con DM 9 febbraio 1979) e quelli per le elementari del 1985 (approvati con D.P.R. 12 febbraio 1985, n. 104) (tuttora vigenti), da un lato, esprimevano rispetto per il dialetto, «in funzione dell'identità culturale del proprio ambiente»; dall'altro avevo l'obiettivo di motivare i docenti ad aggiornare le proprie conoscenze in campo linguistico e di sollecitare utili collegamenti tra ricerca storico-linguistica e didattica.

Con il sorgere del nuovo millennio, notevoli sono le sfide che il cambiamento della società e fenomeni come la globalizzazione e l'immigrazione pongono al sistema scolastico ed ai linguisti. Se l'approccio più moderno è per la sostituzione dell'attenzione al «comune sentimento della lingua» dei parlanti in luogo del rispetto della rigida norma linguistica<sup>76</sup>, si affacciano nuovi problemi.

Innanzitutto, la scuola deve essere in grado di educare alla variabilità linguistica con la variabilità linguistica<sup>77</sup>. Né deve essere troppo “professorale”: come sottolinea Tullio De Mauro nel suo studio su Anna del Salento<sup>78</sup>, quest'ultima, vivendo nello squallore del suo ambiente e del suo paese, nella miseria e senza istruzione «ha tuttavia almeno la fortuna di non imbattersi nell'italiano professorale restandone soffocata. Attraverso i contatti con gli amici di Roma, il cinema, la televisione, ha lentamente imparato ad esprimersi in modo comprensibile e, nello stesso tempo, vivo e vero» contribuendo inoltre all'affermazione dell'uso popolare unitario della lingua italiana.

---

<sup>76</sup> Cfr. L. Serianni, *Prima lezione di grammatica*, Roma - Bari, Laterza, 2006; Id., *Il sentimento della norma linguistica nell'Italia di oggi*, in *Studi linguistici italiani*, 2004 (vol. XXX), p. 85 ss.

<sup>77</sup> Cfr. T. De Mauro, *Sette lezioni sul linguaggio e altri interventi per l'educazione linguistica*, Milano, Angeli, 1983, p. 63; P.V. Mengaldo, *Storia dell'italiano nel Novecento*, cit., p. 23; e, per la necessità dell'insegnamento in contesto di diglossia, v. A.M. Mioni, *Sociolinguistica, apprendimento della madre lingua e lingua standard*, in *Prospettive sulla lingua madre. Sviluppo e educazione*, a cura di V. Lo Cascio, Roma, Ist. della Enciclopedia italiana, 1978, ed in L. Renzi e M.A. Cortelazzo, (cur.), *La lingua italiana oggi*, cit., p. 81 ss.

<sup>78</sup> T. De Mauro, *Per lo studio dell'italiano popolare unitario*, cit., p. 164.

In secondo luogo, devono essere promosse azioni per il recupero della padronanza linguistica e l'educazione alla parola, da parte sia dei giovani<sup>79</sup>, sia da parte di coloro che, soprattutto nel Meridione, per la mancata esercitazione delle competenze alfanumeriche, regrediscono perdendo la capacità di utilizzare il linguaggio scritto per formulare e comprendere messaggi, rischiando di rientrare nell'ampio gruppo dei cd. analfabeti di ritorno. A tale ultimo proposito, si può ricordare che la legge 8 luglio 1904, n. 407 (cd. legge Orlando), aveva previsto l'organizzazione di scuole serali e festive per il recupero di semianalfabeti; la citata legge Credaro del 1911 trasferì allo Stato le competenze sulle scuole serali per adulti e analfabeti; la riforma Gentile del 1923 se ne disinteressò (lasciando ai privati l'iniziativa in merito); e solo con la previsione del diritto allo studio stabilita dall'art. 10 dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300) furono istituite nuove scuole serali pubbliche per il recupero e l'alfabetizzazione culturale dei "lavoratori studenti".

In terzo luogo, vi è l'esigenza di promuovere la conoscenza delle lingue straniere, senza che però ciò possa portare ad una svalutazione dell'italiano come lingua di cultura (su ciò si tornerà ai par. 4.5 e 4.6).

In quarto luogo, vi è il problema dell'accoglienza di alunni immigrati (su cui si tornerà al par. 4.4), con la conseguente necessità della specifica formazione (linguistica e storico-linguistica) dei docenti.

#### **4.2. – Lingua italiana e pubblica amministrazione**

La pubblica amministrazione rappresenta un importante strumento di diffusione della lingua italiana, per diverse ragioni.

Innanzitutto perché, come si è visto (par. 2.2) la creazione di un corpo burocratico unitario (inizialmente con prevalenza di piemontesi, poi connotato dal fenomeno della cd. meridionalizzazione) con ricerca del lavoro o trasferimenti del personale anche a sedi molto distanti da quella di origine, favorì la conoscenza e lo sviluppo della lingua comune.

---

<sup>79</sup> Su tale problema, v. G. Ferroni, *La scuola impossibile*, Roma, Salerno, 2015, p. 78 ss.; nonché G. Berruto, *Prima lezione di sociolinguistica*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 165 ss.

In secondo luogo, perché nei rapporti con i pubblici poteri l'utilizzo della lingua italiana trovò la sua necessaria affermazione, sia per le esigenze di unitarietà della comunicazione tra le diverse pubbliche amministrazioni e verso i cittadini, sia per garantire, più in generale, il principio dell'uniformità dell'azione amministrativa. Si è formato così un linguaggio della burocrazia, che, per il suo carattere forzatamente "aulico", ma in realtà inutilmente complicato ed ermetico, viene definito in modo spregiativo come "burocratese". Sul linguaggio dell'amministrazione si rinvia ad altri studi<sup>80</sup>; basti ricordare un esempio della profonda influenza che il linguaggio della burocrazia ha avuto anche sul parlare comune: la formula burocratica «il sottoscritto», utilizzata fino alla metà del Novecento per indicare, con intento scherzoso, chi sta parlando, è poi entrata nel linguaggio comune<sup>81</sup>.

In terzo luogo, perché la conoscenza della lingua italiana è (con la parziale eccezione delle minoranze linguistiche storiche, per le quali vigono regole specifiche, come quella della possibilità di sostenere l'esame nella lingua materna)<sup>82</sup> presupposto per l'accesso alle pubbliche amministrazioni. Si tratta di un riconoscimento spesso implicito: la conoscenza della lingua italiana è prevista nei programmi scolastici e nei programmi degli esami per l'accesso ai gradi di istruzione superiore (es. l. 7 gennaio 1929, n. 8; l. 15 giugno 1931, n. 889); mentre per i concorsi pubblici talvolta è prevista in modo espresso (es., per gli archivi, art. 17 della l. 17 maggio 1952, n. 629; per il personale di cancelleria, art. 5 della l. 27 dicembre 1956, n. 1444), mentre in altri casi si ritiene un presupposto implicito. Infatti, anche laddove non espressamente prevista, si ritiene che la sua conoscenza sia necessaria in quanto presupposto per l'ottenimento dei titoli di studio richiesti per l'accesso<sup>83</sup> e, comunque, ha valenza di fattore di valutazione extra-giuridico di tipo sociale (in quanto chi commette "errori" linguistici è soggetto a riprovazione sociale)<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> Ed in particolare allo studio di O. Roselli; sulla complessità del linguaggio giuridico e burocratico, che rappresenta un ostacolo quasi insormontabile per una parte non indifferente della popolazione, cfr. inoltre G. Berruto, *Prima lezione di sociolinguistica*, cit., p. 103 ss.; G. Berruto e M. Cerruti, *Manuale di sociolinguistica*, Torino, UTET Università, 2015, p. 50.

<sup>81</sup> L. Serianni, *Prima lezione di grammatica*, cit., p. 164.

<sup>82</sup> Cfr. Corte cost., 19 maggio 1988, n. 571, in *Foro it.*, 1989, I, 997.

<sup>83</sup> Cfr. A. Pizzorusso, *Lingue (uso delle)*, in *Nvs. dig. it.*, vol. IX (1957), p. 941.

<sup>84</sup> Cfr. G. Berruto, *Prima lezione di sociolinguistica*, cit., p. 165 e sopra, par. 1. Per la valutazione di errori sintattico-grammaticali nella correzione dell'esame da avvocato, v. TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 10 ottobre 2014, n. 2689, in *Foro amm.*, 2014, 2693.

In quarto luogo perché nel campo amministrativo il riconoscimento della lingua italiana ha trovato una formalizzazione maggiore rispetto ad altri settori (ma pari a quella avuta nell'ambito giudiziario, sui cui v. par. 3.1 e 3.3). Come si è visto, numerose norme che prevedono l'uso della lingua italiana nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni. Tralasciando il problema specifico delle minoranze linguistiche, rispetto alle quali gli ordinamenti delle regioni a statuto speciale prevedono specifiche disposizioni e la legge sulle minoranze linguistiche storiche prevede che «è consentito, negli uffici delle amministrazioni pubbliche, l'uso orale e scritto della lingua ammessa a tutela» (ad eccezione delle forze armate e delle forze di polizia dello Stato) (art. 9 della l. n. 297/1999), nell'ordinamento italiano la lingua delle istituzioni pubbliche e dei rapporti con le pubbliche amministrazioni è l'italiano.

Si tratta di un principio affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, per cui «la Costituzione conferma per implicito che il nostro sistema riconosce l'italiano come unica lingua ufficiale, da usare obbligatoriamente, salvo le deroghe disposte a tutela dei gruppi linguistici minoritari, da parte dei pubblici uffici nell'esercizio delle loro attribuzioni»<sup>85</sup>.

Oltre che essere la lingua, anche di lavoro, del legislatore, a parte le deroghe stabilite per le minoranze linguistiche storiche, numerose norme, in modo espresso o implicito, stabiliscono che nei rapporti con le pubbliche amministrazioni si debba utilizzare la lingua italiana (v. par. 3.3). Da ciò conseguiva il complesso sistema di autenticazioni, legalizzazioni (che, peraltro, legate all'idea di un'amministrazione frammentata, erano richieste in passato anche per la circolazione dei documenti amministrativi tra amministrazioni italiane), traduzioni giurate<sup>86</sup> e così via, di documenti redatti in lingua straniera, stabilite da antiche e nuove norme. Tale sistema è notevolmente evoluto, anche per effetto delle semplificazioni amministrative, dell'integrazione (anche amministrativa) europea e della globalizzazione dell'economia e del diritto, che costringe le pubbliche

<sup>85</sup> Corte cost., 11 febbraio 1982, n. 28, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 247.

<sup>86</sup> Cfr. M. Gnes, *La decertificazione. Dalle certificazioni amministrative alle dichiarazioni sostitutive*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 48 ss. e 69 ss.; S. Valentini, *Legalizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, 1973, p. 703 ss.; E. Morone, *Documentazione amministrativa, autenticazione e legalizzazione di firme*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. III, 1982, p. 118 ss.

amministrazioni di diversi Paesi ad interagire direttamente tra di loro, anche per lo svolgimento delle attività documentali di cui un tempo si dovevano sobbarcare i cittadini (per esempio, nell'ambito della cd. decertificazione, rispetto alla quale le amministrazioni sono tenute a svolgere attività di controllo, richiedendo la documentazione direttamente alle amministrazioni estere)<sup>87</sup>.

In un contesto di integrazione delle amministrazioni, in ambito europeo e globale, risultano sempre più anacronistiche le decisioni che escludono la possibilità di utilizzare altre lingue (dialettali/regionali o straniere) per rivolgersi ad una pubblica amministrazione.

In Francia, anche di recente, è stato ribadito il principio stabilito con l'editto di Villers-Cotterêts del 25 agosto 1539 per cui la lingua della giustizia (e, come è stata interpretata la norma, anche dell'amministrazione) è il francese. Ciò è stato affermato, in ambito processuale, dal *Conseil d'Etat*, che, nella decisione *Quillevère* del 22 novembre 1985<sup>88</sup>, ha ribadito, sulla base della norma cinquecentesca, che l'atto introduttivo del processo deve essere redatto in lingua francese. Inoltre, nella legge n. 94-665 del 4 agosto 1994 sull'uso della lingua francese (cd. *loi Toubon*), è stato stabilito che «toute inscription ou annonce apposée ou faite sur la voie publique, dans un lieu ouvert au public ou dans un moyen de transport en commun et destinée à l'information du public doit être formulée en langue française».

All'opposto, nell'ordinamento europeo, caratterizzato da vocazione plurilinguistica, non solo vi è un regime linguistico per la disciplina delle lingue di lavoro, ma è stabilito che, nell'ambito del principio di buona amministrazione rientra anche quello per cui «ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua»<sup>89</sup>.

L'ordinamento amministrativo italiano, come quello francese, mostra di non essere ancora pronto per i nuovi tempi e di ritenere in modo rigido che nei rapporti con la pubblica amministrazione – pur con alcune eccezioni, specie in ambito culturale, scientifico ed universitario (ove sempre più spesso è richiesta la

---

<sup>87</sup> Cfr. M. Gnes, *La decertificazione*, cit., p. 84, 152 ss., p. 158-159.

<sup>88</sup> In *Rec. Lebon*, 1985, p. 333.

<sup>89</sup> Art. 42, c. 4, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

presentazione delle istanze in italiano ed in inglese) – la lingua di utilizzo esclusivo sia l'italiano.

Ne consegue, ad esempio, che il verbale di accertamento di violazioni al codice della strada può essere redatto in italiano, anche nei confronti di appartenenti a minoranze linguistiche<sup>90</sup>; che il provvedimento amministrativo di rigetto della domanda di protezione internazionale è redatto e notificato allo straniero in lingua italiana (non applicandosi le norme che prevedono la traduzione in altri casi specifici)<sup>91</sup>; che l'ordine di demolizione disposto in danno di stranieri non può ritenersi illegittimo per la mancata traduzione del suo contenuto nella lingua madre dei ricorrenti o nella lingua inglese, in quanto nello Stato italiano i provvedimenti vanno scritti nella lingua italiana<sup>92</sup>; e che il legislatore regionale legittimamente può richiedere ai cittadini stranieri di attestare la conoscenza della lingua italiana (o la frequenza ad un corso professionale per il commercio) nella comunicazione di avvio di un'attività commerciale<sup>93</sup>.

Inoltre, in materia di contratti pubblici, la normativa prevede che il bando o l'avviso di gara (che deve essere redatto in italiano, che è l'unico facente fede, ed in estratto nelle altre lingue ufficiali dell'Unione europea)<sup>94</sup>, nell'ambito delle procedure ristrette, del dialogo competitivo, delle procedure negoziate, possa stabilire, relativamente alla presentazione delle offerte, «la lingua o le lingue, diverse da quella italiana, in cui possono essere redatte, fermo restando l'obbligo di redazione in lingua italiana e il rispetto delle norme sul bilinguismo nella Provincia autonoma di Bolzano»<sup>95</sup>. Inoltre, il regolamento di esecuzione ed attuazione, per quanto riguarda gli appalti di lavori, prevede la presentazione dei documenti delle imprese straniere corredati da traduzione realizzata da traduttore ufficiale<sup>96</sup>. La giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento oscillante tra posizioni rigorose, in cui si richiedeva la

<sup>90</sup> Cass. civ., Sez. II, 9 febbraio 2015, n. 2417, in *DeG*, p. 2015; Cass. civ., Sez. VI, 16 gennaio 2015, n. 709, in *Mass. Giust. civ.*, 2015, rv 633966.

<sup>91</sup> Cass. civ., Sez. VI, 16 febbraio 2012, n. 2294, in *Giust. civ.*, 2013, p. 712.

<sup>92</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 marzo 2009, n. 2248, in *Foro amm. TAR*, 2009, p. 714.

<sup>93</sup> Corte cost., 23 maggio 2013, n. 98, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1706.

<sup>94</sup> Art. 66, c. 5 del codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Cfr., poi, art. 72, c. 3; art. 130, c. 3; e art. 134, c. 7, del nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

<sup>95</sup> Art. 67, c. 2, lett. b, del codice dei contratti pubblici.

<sup>96</sup> Art. 62, del codice dei contratti pubblici.

traduzione di tutta la documentazione di gara<sup>97</sup> e posizioni più “aperte”, in cui si è consentita la presentazione di certificazioni internazionali nella lingua ufficiale delle stesse<sup>98</sup>, fino ad arrivare a giustificare, in un caso comunque isolato e particolare, il bando di gara che prevedeva, a pena di esclusione, la presentazione della documentazione di gara in lingua inglese (e non in italiano)<sup>99</sup>.

In effetti, in un contesto di integrazione europea, ove le amministrazioni si confrontano con un mercato ampio (ove la lingua della scienza e della tecnica più utilizzata è l'inglese) e con le altre amministrazioni europee ed internazionali, con le quali operano spesso nell'ambito di reti transnazionali, è quantomeno anacronistico imporre l'uso della lingua italiana anche laddove, per esempio, le certificazioni rilasciate da organismi tecnici internazionali sono in inglese.

#### **4.3. – La lingua italiana nei mezzi di comunicazione di massa**

Gli strumenti che, assieme (e forse più della scuola) hanno contribuito a diffondere la lingua italiana sono stati i mezzi di comunicazione di massa e, in particolare, la televisione (v. par. 2.3).

Il ruolo che cinema, radio e televisione oltre che, in certa misura, anche i giornali, hanno esercitato per la diffusione della lingua è stato studiato ed evidenziato dai linguisti<sup>100</sup>. In questa sede interessa solo verificare in che misura ciò sia stato frutto di specifici e coerenti interventi di politica linguistica.

A livello legislativo si possono distinguere due grandi linee di intervento: da un lato, gli obblighi di promozione culturale gravati sui concessionari di pubblico servizio (ed in particolare la RAI); dall'altro, i finanziamenti di promozione della cultura e lingua italiana, come le agevolazioni per la proiezione di film stranieri in

<sup>97</sup> Cfr. TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 15 aprile 2008, n. 226, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 996.

<sup>98</sup> Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 21 aprile 2010, n. 5583, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 1478.

<sup>99</sup> Cfr. TRGA, Bolzano, Sez. I, 12 agosto 2013, n. 276, in *Foro amm TAR*, 2013, p. 2234.

<sup>100</sup> V. in particolare, T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., p. 111 ss.; Id., *Storia linguistica dell'Italia repubblicana dal 1946 ai nostri giorni*, Roma - Bari, Laterza, 2014 e 2015 (2a ed.), p. 92 ss.; N. Maraschio, *Le nuove fonti della lingua: radio e televisione*, in V. Coletti (cur.), *L'italiano*, cit., p. 161 ss.; C. Marazzini, *Breve storia della lingua italiana*, cit., 211 ss., sul ruolo di tali strumenti nella creazione della lingua “standa”.

lingua italiana<sup>101</sup> oppure gli incentivi per «la distribuzione nazionale di opere di nazionalità italiana, espressione di lingua originale italiana»<sup>102</sup>.

Un esempio noto di politica linguistica portato avanti dalla RAI è quello delle trasmissioni televisive a fini pedagogici: dopo la trasmissione “pilota” *Telescuola* (1958-1966), mandata in onda a fini “sostitutivi” (in quanto finalizzata a consentire il completamento del ciclo di istruzione obbligatoria ai ragazzi residenti in località prive di scuole secondarie), venne mandata in onda (in fascia preserale anche per permettere ai lavoratori di assistervi quotidianamente, dal lunedì al venerdì) la trasmissione *Non è mai troppo tardi*, frutto di un progetto del Ministero della pubblica istruzione e curata da Oreste Gasperini, Alberto Manzi e Carlo Piantoni. Le lezioni del “maestro Manzi” ebbero un notevole successo e furono mandate in onda ben 484 puntate. Inoltre, un ruolo importante ebbero le trasmissioni di grande diffusione, da *Lascia o raddoppia?* al *Musichiere*<sup>103</sup>.

#### 4.4. – L’italiano degli stranieri

Se il possesso della lingua nazionale o standard è condizione per l’accettazione sociale, oltre che requisito indispensabile per poter accedere ai posti pubblici e per poter comunque partecipare in modo consapevole alla vita sociale e politica del Paese, sempre più frequentemente gli Stati nazionali impongono l’acquisizione della lingua nazionale agli immigrati.

Il dibattito sull’imposizione dell’acquisizione della lingua nazionale da parte degli stranieri immigrati e sugli strumenti di verifica del possesso delle capacità linguistiche, che è stato storicamente e politicamente condizionato<sup>104</sup>, ha portato ad interventi legislativi non coerenti, se non irrazionali.

Rinviando agli studi in materia di immigrazione, in sintesi si possono esaminare due casi per verificare come gli orientamenti linguistici in materia di immigrazione: i

<sup>101</sup> Previsti, ad es., dalla l. 26 luglio 1949, n. 448, in materia di cinema.

<sup>102</sup> Art. 1, c. 327 della l. 24 dicembre 2007, n. 244.

<sup>103</sup> Cfr. A. Grasso, *Storia della televisione italiana*, Milano, Garzanti, 1992 (nuova ed. 2004).

<sup>104</sup> V. P. Morozzo della Rocca, *Gli immigrati e i dilemmi della nuova cittadinanza*, in *Studium*, 2014, p. 147 ss.

requisiti linguistici stabiliti con il cd. accordo di integrazione e quelli in materia di concessione della cittadinanza.

Nel presupposto che il possesso della lingua nazionale costituisca un fattore importante per l'integrazione, nel 2009 il legislatore italiano ha stabilito, su modello del *contrat d'acueil* francese, che, contestualmente alla domanda di rilascio del permesso di soggiorno, lo straniero deve sottoscrivere un "accordo di integrazione", con l'impegno a raggiungere specifici obiettivi di integrazione (individuati nel conseguimento di "crediti"), da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno. La stipula di tale accordo è condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno e la perdita integrale dei crediti determina la revoca dello stesso e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato<sup>105</sup>. Il regolamento di attuazione, prevede, tra l'altro, che lo straniero debba acquisire: a) un livello adeguato di conoscenza della lingua italiana parlata (equivalente almeno al livello A2 di cui al quadro comune europeo di riferimento per le lingue emanato dal Consiglio d'Europa); b) una sufficiente conoscenza dei principi fondamentali della Costituzione della Repubblica e dell'organizzazione e funzionamento delle istituzioni pubbliche in Italia; c) una sufficiente conoscenza della vita civile in Italia, con particolare riferimento ai settori della sanità, della scuola, dei servizi sociali, del lavoro e agli obblighi fiscali; e d) debba garantire l'adempimento dell'obbligo di istruzione da parte dei figli minori<sup>106</sup>.

È stato sottolineato come tale accordo, in realtà, non stabilisca premi, ma solo sanzioni, così favorendo il passaggio all'irregolarità; non tenga conto che l'integrazione, nel senso di assimilazione, è un processo lungo, per il quale possono essere necessarie anche due o tre generazioni, e che richiede uno sforzo importante da parte delle istituzioni; che gli oneri di conoscenza linguistica richiesti (livello A2) richiederebbero, per un lavoratore, due o tre anni di studio per 3/5 ore settimanali; che l'acquisizione delle conoscenze di educazione civica indicate richiederebbe un grande sforzo per molti italiani; che il sottoscrittore dell'accordo di integrazione non chiede né la cittadinanza né lo *status* di lungo residente, ma semplicemente un permesso di soggiorno. Si tratta, quindi, di condizioni sproporzionate rispetto

<sup>105</sup> Art. 4-bis del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recante il testo unico dell'immigrazione.

<sup>106</sup> Art. 2, c. 4, del D.P.R. 14 settembre 2011, n. 179.

all'obiettivo; ed anzi, viene capovolta la vecchia impostazione, per la quale la stabilità della residenza era strumento per favorire l'integrazione: ora, invece, la dimostrazione, da parte dell'interessato, del raggiungimento dei requisiti per l'integrazione consente la stabilità della residenza<sup>107</sup>.

La possibilità di richiedere “misure di integrazione” agli immigrati stranieri è, d'altronde, prevista dalla stessa normativa europea, anche per il ricongiungimento familiare. E tra tali misure possono rientrare la conoscenza sia della lingua sia della società dello Stato membro ospitante, dal momento che ciò, come sostenuto dalla Corte di giustizia europea, può facilitare «notevolmente la comunicazione tra i cittadini di paesi terzi e i cittadini nazionali e, inoltre, favori[re] l'interazione e lo sviluppo di rapporti sociali tra gli stessi»<sup>108</sup>.

Allo stesso modo, anche per la concessione della cittadinanza è richiesta la conoscenza della lingua italiana. In realtà, tale requisito non è richiesto dalla legge sulla cittadinanza<sup>109</sup>, se non nell'ipotesi, introdotta nel 2006, degli ex cittadini italiani dell'Istria, di Fiume della Dalmazia e dei discendenti di lingua e cultura italiane, ma è frutto di interpretazione giurisprudenziale. Infatti, sulla base dell'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nel concedere la cittadinanza “per naturalizzazione”<sup>110</sup>, è stato ritenuto che l'amministrazione chiamata a decidere sulla domanda di concessione di cittadinanza italiana deve accertare, tra l'altro, il grado di conoscenza della lingua italiana del soggetto richiedente<sup>111</sup>. Tuttavia, da un lato, la giurisprudenza ha precisato che, nell'ambito dell'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione, il requisito della conoscenza della lingua è un fattore rilevante, ma che deve essere considerato assieme ad altri elementi per valutare l'integrazione dello straniero nel tessuto sociale e nella comunità nazionale<sup>112</sup>. Dall'altro lato, imporre il requisito della conoscenza italiana a chi ha già risieduto per un lungo periodo,

<sup>107</sup> V. P. Morozzo della Rocca, *Entra in vigore l'accordo (stonato) di integrazione*, in *Gli stranieri*, 2011, n. 3, p. 7 ss., 9 ss.; e, sui test linguistici, L. Rocca, *Requisiti linguistici ed integrazione*, in *Gli stranieri*, 2010, n. 3, p. 111 ss.

<sup>108</sup> Corte di giustizia Ue, sent. 9 luglio 2015, *Minister van Buitenlandse Zaken c. K e A*, causa C-153/14, par. 53.

<sup>109</sup> Legge 5 febbraio 1992, n. 91.

<sup>110</sup> Art. 9 del testo unico sull'immigrazione.

<sup>111</sup> Parere del Cons. Stato, sez. I, 26 ottobre 1988, n. 1423; sent. del Tar Lazio, Roma, Sez. II, 7 ottobre 2013, n. 8659, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 3087.

<sup>112</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. II quater, 21 gennaio 2014, n. 750.

appare quanto meno sproporzionato rispetto alla concessione della cittadinanza ai discendenti dei cittadini italiani, per i quali, anche se non parlano italiano, sarà sufficiente che i genitori li iscrivano al registro degli italiani all'estero per fare di loro cittadini italiani<sup>113</sup>.

#### 4.5. – L'italiano all'estero

Nonostante l'importante ruolo di "lingua comune" svolto, in passato, dal francese, ed in epoca più recente dall'inglese, l'italiano ha svolto un importante ruolo, in passato, anche come lingua della diplomazia<sup>114</sup> e, ora, come lingua della cultura, della letteratura, del melodramma. Anche per tali motivi, l'italiano è la quarta lingua più studiata al mondo<sup>115</sup>.

Vi è una politica di diffusione dell'italiano all'estero, che riguarda sia gli immigrati ed i loro discendenti, che fanno parte di comunità di italiani all'estero, sia la promozione della lingua verso altri stranieri. Vi sono quindi, frammenti di politica linguistica che riguardano la promozione della lingua all'estero, attraverso il Ministero degli esteri ed in particolare gli istituti italiani di cultura; ed in Italia, con la realizzazione di corsi di italiano per stranieri, nonché con la creazione del sistema unico di certificazione lingua italiana di qualità (CLIQ), che riunisce i quattro enti certificatori della lingua (Università per stranieri di Perugia, Università per stranieri di Siena, Università di Roma Tre e la Società Dante Alighieri) nell'ambito dell'Associazione CLIQ, con cui il Ministero degli Affari Esteri ha sottoscritto una convenzione.

#### 4.6. – I limiti all'uso delle lingue straniere

I "frammenti" esaminati della politica linguistica italiana denotano incertezze e contraddizioni; atteggiamenti di apertura e interventi xenofobi. Ci si può quindi

<sup>113</sup> Su tale critica, v. G. Zincone, *L'immigrazione e l'incerta cittadinanza*, in *Il Mulino*, 2010, p. 765 ss.

<sup>114</sup> Cfr. L. Serianni, *Prima lezione di storia della lingua italiana*, Roma - Bari, Laterza, 2015, p. 164, 168.

<sup>115</sup> Cfr. M. Gasperetti, *L'italiano lingua è la quarta più studiata nel mondo*, in *Corr. sera*, 16 giugno 2014. Sulla lingua italiana all'estero, v. F. Bruni, *L'italiano fuori d'Italia*, Firenze, Franco Cesati, 2013; L. Serianni, *L'italiano nel mondo*, in V. Coletti (cur.), *L'italiano*, cit., p. 227 ss.

domandare se, e, in che misura la lingua italiana svolga la funzione di elemento unificante della “nazione italiana”<sup>116</sup> e come elemento di integrazione degli stranieri.

Probabilmente, anche tenendo conto del contesto di forte integrazione sovranazionale in cui si trova l’ordinamento italiano, occorre conciliare politiche di promozione della lingua (in Italia ed all’estero) con politiche di integrazione ed assimilazione graduale degli immigrati.

Solo così si eviteranno situazioni paradossali come quella del differente trattamento riservato a chi ha un ascendente italiano ma non parla per niente l’italiano, rispetto a chi ha serie intenzioni di integrarsi. Ci può quindi chiedere se non sia più rispondente alla realtà odierna un orientamento che sia attento più alla sostanza (e cioè all’integrazione sociale) che alla formale conoscenza della lingua, come nel caso del giudice democratico di Bertolt Brecht<sup>117</sup>.

Anche relativamente al rapporto tra italiano e lingue straniere, un atteggiamento “neo-purista” o xenofobo può portare a soluzioni non al passo dei tempi e controproducenti. Un esempio è l’annullamento, da parte del giudice amministrativo di primo grado, delle delibere del Politecnico di Milano con cui si era decisa l’attivazione, a partire dall’anno 2014, delle lauree magistrali e dei dottorati di ricerca “esclusivamente in inglese”<sup>118</sup>. Ciò ha fatto aprire un ampio dibattito su ufficialità della lingua, libertà di insegnamento, competizione delle università in ambito europeo o globale, internazionalizzazione<sup>119</sup>.

La soluzione a tali problemi non deve essere fornita dal giudice, che non è in grado di mediare tra le diverse esigenze poste dalla società; né dal legislatore, con un intervento normativo che rischierebbe di essere troppo contingente in una materia molto sensibile. Probabilmente sarebbe meglio, stabilite le garanzie di partecipazione

<sup>116</sup> Su cui v. “Costituzionalizzare” l’italiano, cit.

<sup>117</sup> B. Brecht, *L’esame per ottenere la cittadinanza o Il giudice democratico*, in B. Brecht, *Poesie*, II (1934-1956), Torino, Einaudi, 2005, p. 1062 ss.

<sup>118</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1204. Nel corso del giudizio di appello la questione è stata rinviata alla Corte costituzionale dal Cons. Stato, Sez. VI, ord. 22 gennaio 2015, n. 242.

<sup>119</sup> Su tale dibattito, v. G. della Cananea, *Law, language, and culture*, in *Italian journal of public law*, 2013, n. 1, p. 1 ss.; P. Caretti, *Ufficialità della lingua italiana e insegnamento universitario: le ragioni del diritto costituzionale contro gli eccessi dell’esterofilia linguistica*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1223 ss.; R. Cifarelli, *La tradizione della lingua italiana e l’esigenza di internazionalizzazione: una convivenza ancora possibile?*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2203 ss.

e di accrescimento culturale, favorire politiche di promozione della cultura e della lingua italiana (in Italia ed all'estero), prevedere ampi percorsi di assimilazione degli stranieri e la ricerca, da parte dei linguisti, della lingua comune dell'Europa. Nella consapevolezza che il plurilinguismo e la conoscenza di più lingue o dialetti è una ricchezza, e che la spontaneità con cui gli italiani hanno imparato ad usare lingua comune e dialetti può essere l'esempio per il futuro, come suggerisce Tullio De Mauro, per il quale noi europei dovremmo portare nell'uso dell'inglese, lingua comune della *polis* europea, «tutta la ricca varietà di culture, di significati e di immagini delle diverse lingue, senza abbandonarle, e portare nelle nostre lingue il gusto della concisione e della limpidezza dell'inglese»<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> T. De Mauro, *In Europa son già 103. Troppo lingue per una democrazia?*, Roma - Bari, Laterza, 2014, p. 82-83. Per la diversa prospettiva dell'intercomunicazione, per cui si può promuovere un'efficace comunicazione di parlanti di lingue diverse (e, nello specifico, tra lingue romanze) sapendo comprendere l'altro che parla la propria lingua, e facendosi capire continuando a parlare la propria, v. P.E. Balboni, *Dall'intercomprensione all'intercomunicazione romanza*, in F. Capucho et al. (cur.), *Diálogos em Intercompreensão*, Lisbona, U.C. Editora, p. 447 ss.



ISSN 2037-6677

2016/2.

**Unità nazionale e pluralismo culturale: l'evoluzione  
dello status giuridico delle minoranze linguistiche  
dall'unità d'Italia ad oggi**

**National unity and cultural diversity: protection of  
minority languages from Unification to today**

G. Poggeschi

## Abstract

The paper explores the relation between national unity and linguistic diversity. In particular, it examines the protection of linguistic minorities in Italy according with the art. 6 of the Italian Constitution that considers the language as the basic principle to protect minorities. It further analyzes the Italian Constitutional Court case-law on protection of linguistic minorities.

Tag : language, integration, Unification, Constitution, Italy



## Unità nazionale e pluralismo culturale: l'evoluzione dello *status* giuridico delle minoranze linguistiche dall'unità d'Italia ad oggi

di Giovanni Poggeschi

SOMMARIO: 1. – Breve storia della tutela delle minoranze linguistiche in Italia. 2. – La tutela delle minoranze linguistiche in Costituzione. 3. – Il dispiegamento normativo del principio costituzionale della protezione delle minoranze linguistiche. 4. – La giurisprudenza costituzionale sulla tutela delle minoranze linguistiche. 5. – Una rilettura dell'art. 6 od un suo "aggiramento" per modernizzare la tutela delle lingue minoritarie e dei loro parlanti?

### **1. – Breve storia della tutela delle minoranze linguistiche in Italia**

La tutela delle minoranze linguistiche e dei loro diritti linguistici, come anche la regolamentazione giuridica della lingua in genere, non risulta certamente fra le maggiori preoccupazioni dei legislatori dell'ottocento, in particolare costituzionali. La prima Costituzione, e una delle pochissime, che disciplinò la questione linguistica fu quella del Belgio del 1831, ancor oggi vigente: il suo art. 23 (oggi art. 30, in seguito alla revisione del 1994, che fra l'altro stabilisce che il paese è uno Stato federale composto da comunità e regioni), consacra la libertà di lingua, misura giustamente ritenuta minima ai nostri giorni, ma che denota, in senso per l'appunto tradizionalmente liberale, un'attenzione di lunga data verso il fenomeno linguistico

difficile da evitare in un paese binazionale, e dunque bilingue, come era e continua ad essere il Belgio<sup>1</sup>.

L'Italia dello Statuto albertino, pur essendo un paese tutt'altro che omogeneo dal punto di vista linguistico, risentiva, per quel che riguarda le differenziazioni di carattere linguistico, del «preminente indirizzo nazionalistico, dominante anche fra gli studiosi di problemi linguistici, (il quale) impedì qualunque loro riconoscimento giuridico, peraltro raramente rivendicato dagli stessi interessati»<sup>2</sup>.

L'ufficialità della lingua italiana, pur non esplicitamente dichiarata nel testo costituzionale – in ossequio alla descritta tendenza di disinteresse verso il fenomeno linguistico, perlomeno a livello costituzionale – non era in discussione, e tale scelta si accompagnava alla decisione di fondare la nuova Italia su una base amministrativa fortemente centralizzata di chiara ispirazione francese, e non federale, come avevano proposto Cattaneo e Gioberti, e neanche regionale, come invece desiderato da Farini e Minghetti. La presenza di alloglotti non sollevava comunque problemi minoritari del tipo di quelli propri degli stati plurinazionali.

A differenza della Costituzione del 1948, che tratta delle minoranze linguistiche all'art. 6, lo Statuto Albertino presentava un articolo che prevedeva l'ufficialità della lingua italiana (a differenza della Costituzione del 1948, lo Statuto Albertino non inseriva la lingua nei criteri di non discriminazione elencati all'art. 24), pur se non in ambito generale, costituendo così, insieme al già citato esempio del Belgio, un'eccezione all'indifferenza della maggior parte delle Costituzioni in materia linguistica. Infatti, ai sensi dell'art. 62, «La lingua italiana è la lingua ufficiale delle Camere. È però facoltativo di servirsi della francese ai membri, che appartengono ai paesi, in cui questa è in uso, od in risposta ai medesimi». Una sorta di bilinguismo italiano-francese a livello parlamentare veniva dunque sancito, e questo si doveva alla presenza di una popolazione di lingua francese (o meglio, franco-provenzale), ed anche al prestigio che all'epoca aveva il francese, la lingua internazionale per eccellenza.

La seconda metà dell'ottocento fu peraltro un'epoca in cui al normale impulso dato alla lingua italiana corrispondeva un uso minoritario di essa. L'italiano era già la

---

<sup>1</sup> A. Mastromarino, *Il Belgio*, Bologna, 2012.

<sup>2</sup> A. Pizzorusso, *Art. 6*, in Giuseppe Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975.

lingua di prestigio della nazione italiana, divisa in vari Stati, ma la stragrande maggioranza della popolazione parlava in dialetto. Negli anni dell'unificazione dunque il primato dell'italiano era «un dato certo e sicuro, ma soltanto sul piano culturale e politico, non sull'effettivo piano linguistico: a che l'italiano fosse davvero l'idioma principalmente usato dagli italiani si opponevano abiti e caratteri che, radicati da secoli nella società italiana, avevano prodotto condizioni linguistiche assai singolari, cioè, in definitiva, il paradosso di una lingua celebrata ma non usata e, per dir così, straniera in patria»<sup>3</sup>.

Molte opere sui dialetti italiani vennero pubblicate nella seconda metà dell'ottocento (ad esempio, numerosi vocabolari dialettali), ma questo non implicava nessun atteggiamento anti-italiano. I dialetti e la lingua “alta” comune convivevano come parti della stessa identità, al contempo composita ed unitaria. Il (piccolo) paradosso è in pochi anni, in occasione dell'Unità d'Italia - ed in particolare in seguito al trattato di Torino del 24 marzo 1860, col quale il regno di Sardegna cedette alla Francia i suoi possedimenti siti oltre lo spartiacque delle Alpi -, lo Stato sabauda era passato «dalla funzione di ponte fra i territori di lingua e cultura francese che aveva svolto nel periodo precedente a quella di centro unificatore della nazione italiana»<sup>4</sup>.

Ma «da un atteggiamento originariamente tollerante e volto a stabilire un clima di pacifica convivenza fra le diverse lingue del vecchio Stato Sabauda, si è progressivamente passati ad un atteggiamento assai più intransigente per approdare, infine, ad un regime nel quale ogni vera tutela era di fatto negata» (Caretto, 2014, 7). Proprio il modello (sottolineo l'apparente paradosso) amministrativo francese, che comprende una concezione in certi ambiti autoritaria del concetto di sovranità, e la lingua è senz'altro uno di questi ambiti, di fatto relegò la lingua francese (che era quella oggetto di protezione, anche se le minoranze erano di parlata franco-provenzale od provenzale-occitana) in una posizione subalterna, senza che vi fosse una forte ribellione a questa tendenza.

Ma la situazione cambiò all'indomani della prima guerra mondiale, quando in seguito all'annessione di Trentino, e soprattutto di Alto Adige, Trieste ed Istria

<sup>3</sup> T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, Bari, 2011, 14.

<sup>4</sup> A. Pizzorusso, *Il pluralismo linguistico tra Stato nazionale e autonomie regionali*, cit., 238.

l'Italia si trovò a dovere gestire 200.000 tirolesi di lingua tedesca ed altrettanti slavi di lingua slovena o croata, ben più rivendicativi dei francofoni di Piemonte e Valle d'Aosta, in quanto legati ad una patria che costituiva un'entità statale diversa da quella italiana.

Il timido riconoscimento giuridico delle minoranze alloglotte che si stava apprestando fu cancellato dal fascismo e dalla sua politica nazionalista e dunque anti-minoritaria. Il periodo della resistenza passiva delle minoranze (significativa l'esperienza delle *Katakombenschulen* in Alto-Adige/*Südtirol*) segna la memoria di queste comunità, ed influirà sulla futura regolamentazione della questione una volta ritrovata la democrazia, con la Costituzione del 1948.

## 2. – La tutela delle minoranze linguistiche in Costituzione

La Costituzione non dichiara l'ufficialità della lingua italiana, ma prevede la tutela delle minoranze linguistiche, ammettendo quindi una presa in considerazione delle lingue di esse ed inserendo significativamente fra i principi fondamentali quello della tutela minoritaria. Va però precisato che se non esiste un'esplicita dichiarazione di ufficialità della lingua italiana nel testo costituzionale (vi è invece in norme ordinarie, come nei codici di procedura civile e penale), vi è però in un documento normativo di rango costituzionale una dichiarazione della natura ufficiale dell'italiano. Si tratta dell'art. 99 dello Statuto di autonomia del Trentino – Alto Adige/Südtirol<sup>5</sup>, ai sensi del quale «Nella Regione la lingua tedesca è parificata a quella italiana che è la lingua ufficiale dello Stato». Inoltre, anche se la tutela delle minoranze linguistiche non può essere disgiunta da quella delle corrispondenti lingue minoritarie, in dottrina e soprattutto nella pratica la distinzione fra i due oggetti di tutela è piuttosto comune. È soprattutto in Francia, dove l'art. 75 Cost., in seguito alla revisione costituzionale del 2008, stabilisce che «le lingue regionali della Francia costituiscono patrimonio culturale», che la distinzione fra tutela minoritaria e tutela delle lingue minoritarie (o regionali), di contenuto soprattutto culturale, è assai rilevante.

---

<sup>5</sup> Legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5, “Statuto speciale per il Trentino- Alto Adige”.

Il tema della protezione delle minoranze linguistiche è stato affrontato in dottrina tradizionalmente distinguendo fra la tutela individuale e quella collettiva. L'art. 3 sul principio di non discriminazione (per quel che qui interessa per motivo di lingua) riguarderebbe l'individuo, l'art. 6, che tratta in generale di minoranze linguistiche, di gruppi. In realtà le due dimensioni sono indissolubilmente legate, e vanno lette alla luce del combinato fra i principi personalista e pluralista della Costituzione.

Il clima dell'epoca era però favorevole ad una enfaticizzazione della dimensione individuale rispetto a quella collettiva nell'esercizio dei diritti di tutela minoritaria. I documenti internazionali del secondo dopoguerra puntavano infatti alla valorizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo, per il timore di enfatizzare l'appartenenza a gruppi nazionali potenzialmente minacciosi per l'integrità territoriale dei singoli Stati, memori anche degli incalcolabili danni che il nazionalismo aggressivo aveva compiuto pochi anni prima. Non si negava la questione delle minoranze, ma si riteneva che essa potesse essere risolta attraverso un'effettiva vigenza dei diritti fondamentali individuali.

La descritta teoria fu anche sostenuta in Assemblea costituente da Meuccio Ruini, convinto che fosse sufficiente il principio di non discriminazione per lingua per tutelare le minoranze linguistiche. Prevalse invece la tutela "positiva", che prevedeva misure speciali, come l'art. 6.

La norma peraltro non compariva nel progetto elaborato dalla "Commissione dei Settantacinque", e trasse origine da un emendamento proposto all'assemblea da Tristano Codignola, che intendeva con la previsione della tutela minoritaria sostituire l'istituzione delle regioni a statuto speciale in quelle parti del territorio dello Stato nelle quali si manifestavano corrispondenti esigenze, «ma l'esito del dibattito non corrispose al programma del proponente in quanto l'emendamento fu approvato, ma la previsione delle regioni a statuto speciale Valle d'Aosta, Trentino-Alto Adige e Friuli-Venezia Giulia rimase, affiancandosi all'attuale articolo 6»<sup>6</sup>. Anche Emilio Lussu aveva proposto un emendamento, poi ritirato per lasciare spazio unicamente a quello di Codignola, con la finalità di impedire che gli enti

---

<sup>6</sup> A. Pizzorusso, *Il pluralismo linguistico tra Stato nazionale e autonomie regionali*, cit., 28.

autonomi regionali limitassero «il pieno e libero sviluppo delle minoranze etniche e linguistiche esistenti nel territorio dello Stato»<sup>7</sup>.

La correlazione fra l'art. 3 e l'art. 6 della Costituzione deve essere completata dall'«intervento» dell'art. 2, che implica l'inserzione delle minoranze linguistiche fra le «formazioni sociali», nelle quali si realizza la personalità dell'uomo, non più considerato isolatamente, ma visto nel vivo del tessuto sociale, anche ove si tratti di comunità o di associazioni che hanno dimensioni più ridotte di quelle della comunità statale o che attraversano in vario modo le frontiere degli stati. Le minoranze etnico-linguistiche rientrano indubbiamente fra siffatte comunità.

La discussione sulle società intermedie fu particolarmente intensa ed importante negli anni cinquanta e sessanta<sup>8</sup>, poiché la loro valorizzazione significava un taglio netto con il (recente) passato autoritario, «quando lo Stato ha preteso di offrire all'uomo tutta la realtà distrutta, la famiglia la classe il partito la Chiesa»<sup>9</sup>.

Nella società contemporanea il discorso delle società intermedie e delle formazioni sociali può essere ripreso tenendo conto dell'aumentata complessità ed interculturalità, di cui la lingua è una delle manifestazioni più evidenti: anche la società italiana è molto più multilingue di settanta anni fa. Il tema sarà ripreso nell'ultimo paragrafo, ma intanto è bene sottolineare che non bisogna confondere le formazioni sociali intermedie con le comunità territoriali minori, anche se vi è un nesso indissolubile nell'ordinamento italiana fra la protezione minoritaria ed il principio di territorialità. Infatti, ove siano conferite situazioni giuridiche collettive alle minoranze «ciò avviene di regola senza che si ricorra ad alcun sistema di accertamento preventivo della qualità di appartenente alla minoranza, ma limitando l'efficacia delle norme che la conferiscono al solo territorio mistilingue»<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> M. Stipo, *Minoranze etnico-linguistiche (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXII, Roma, 1990, 1. Il termine «etiche» non fu utilizzato nel testo costituzionale, lasciando solamente l'aggettivo «linguistiche» a qualificare le minoranze.

<sup>8</sup> La dottrina sull'argomento è dunque particolarmente ricca: basti qui citare, fra i testi più risalenti, per il diritto pubblico, A. Barbera, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna, 1975; per il diritto privato i tre volumi che raccolgono gli scritti di P. Rescigno, *Persona e comunità*, Padova, rispettivamente 1987, 1988 e 1999; per il diritto processuale civile R. Poggeschi, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Milano, 1951.

<sup>9</sup> P. Rescigno, *Le società intermedie*, in AA.VV., *Persona, Società intermedie e Stato, Quaderni di Iustitia*, n. 10, Roma, 1958, 50. Ivi l'autore si riferisce non solo all'esperienza totalitaria fascista, ma anche a quelle del socialismo reale, nelle quali lo Stato (se non più) è altrettanto totalizzante.

<sup>10</sup> A. Pizzorusso, *Art. 6, cit.*, 311.

La tutela minoritaria in Italia, sia quella relativa alle minoranze “superprotette” attraverso gli Statuti di autonomia di Val d’Aosta, Trentino – Alto-Adige/*Südtirol* e Friuli-Venezia Giulia, sia quella delle altre minoranze tutelate attraverso la legge 15 dicembre 1999, n. 482, “Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche”, è attivata su base territoriale, salvo deroghe eccezionali che contemplano il criterio personale (come si vedrà nel prosieguo dell’articolo relativamente alla regolamentazione giuridica del Trentino – Alto-Adige/*Südtirol*). L’appartenenza ad una minoranza (anche qui con l’eccezione della Provincia di Bolzano) non è stabilita in modo ufficiale, ed è comunque fondata (anche nella Provincia di Bolzano) sulla mera volontà di ogni individuo che la rivendichi, nel rispetto della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali del Consiglio d’Europa<sup>11</sup>. La regola della protezione minoritaria consiste dunque nella sua diversità di attuazione ed intensità, e ciò, secondo Sergio Bartole, si tradurrebbe addirittura in una violazione del principio del trattamento uniforme di gruppi sociali dello stesso tipo<sup>12</sup>. Ma se questo può essere vero per minoranze fra di loro paragonabili, questo non è per molte delle esperienze minoritarie dello Stato italiano, caratterizzate da situazioni molto differenti fra di loro.

### 3. – Il dispiegamento normativo del principio costituzionale della protezione delle minoranze linguistiche

La protezione delle minoranze linguistiche in Italia è dunque assolutamente asimmetrica, andando da quella forte e straordinariamente dettagliata dell’Alto Adige/*Südtirol*, che si basa addirittura sull’ “autodeterminazione territoriale”<sup>13</sup>, a quella molto debole, di tipo unicamente culturale, relativa ai parlanti greco-salentino<sup>14</sup>.

Le minoranze con uno *kin-State*, viventi in una penisola linguistica e concentrate, come quella tedesca dell’Alto Adige/*Südtirol* (ed in parte i ladini), la

<sup>11</sup> F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, 256.

<sup>12</sup> S. Bartole, voce *Minoranze Nazionali*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, vol. V, Torino, 1984, 47.

<sup>13</sup> R. Toniatti, *L’evoluzione statutaria dell’autonomia speciale nell’Alto Adige/Südtirol: dalle garanzie della democrazia consociativa all’“autodeterminazione territoriale”*, in J. Marko, S. Ortino, F. Palermo (a cura di), *L’ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, Padova, 2001, 34 ss.

<sup>14</sup> G. Poggeschi, *La tutela dei diritti linguistici nella Regione Puglia*, in J. Woelk, S. Penasa, F. Guella (a cura di), *Minoranze linguistiche e pubblica amministrazione. Il problema dei piccoli numeri: modello trentino e esperienze comparate*, Padova, 2014, 135-151.

francese (o franco-provenzale) della Val d'Aosta e slovena del Friuli Venezia-Giulia, sono dunque le più protette, ma anche all'interno di questa categoria vi sono delle differenze.

La più protetta delle “minoranze superprotette” è quella di lingua tedesca dell'Alto Adige/*Südtirol*. Ancorata anche a livello internazionale, almeno fino al 1992, anno nel quale l'Austria rilasciò la “quietanza liberatoria”, si basa originariamente sull'Accordo De Gasperi – Grüber del 1948, stipulato a Parigi il 5 settembre 1946 ed allegato al trattato di pace tra l'Italia e le forze alleate (Parigi, 10 febbraio 1947). E, a livello interno, dapprima con lo Statuto del 1948 e quindi con quello del 1972, ancora vigente.

«L'intero sistema istituzionale della Provincia di Bolzano (e della Regione) è improntato al principio della distinzione tra i gruppi linguistici ed il riconoscimento agli stessi di una soggettività propria»<sup>15</sup>. Lo Statuto contiene norme particolari per la composizione in base ai gruppi linguistici degli organi regionali (artt. 30, 36 e 62), provinciali di Bolzano (artt. 49, 50 e 62) e comunali. L'art. 56 prevede per il solo Alto Adige/*Südtirol* la possibilità di votare all'interno del consiglio provinciale. Il secondo comma dello stesso art. 56 prevede la possibilità proporre ricorso costituzionale sulla base di gruppi linguistici.

Fra le materie in cui i diritti e doveri linguistici rileva il pubblico impiego: l'art. 89 dello Statuto prevede che i posti siano distribuiti in ragione della proporzione dei gruppi linguistici: è questa la cosiddetta proporzionale etnica, che serve anche nella distribuzione delle risorse: ad esempio, le norme sull'edilizia popolare si basano quindi su di essa. La proporzionale etnica si basa sul censimento linguistico, che si svolge ogni dieci anni, in occasione del censimento generale della popolazione che si tiene in tutta Italia, e che solo in Trentino – Alto Adige/*Südtirol* comprende l'aspetto linguistico<sup>16</sup>.

La base normativa della “proporzionale etnica” è nel d.P.R. n. 752 del 26 luglio 1976, portante “Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige in materia di proporzionale negli uffici statali siti nella provincia di

<sup>15</sup> F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, cit., 256.

<sup>16</sup> G. Poggeschi, *Il censimento e la dichiarazione di appartenenza linguistica*, e *La proporzionale “etnica”*, entrambi in S. Ortino, J. Marko, F. Palermo (a cura di), *L'ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, cit., rispettivamente 653-685 e 686-716.

Bolzano e di conoscenza delle due lingue nel pubblico impiego”. All’art. 1, primo comma, esso prescrive «la conoscenza della lingua italiana e di quella tedesca, adeguata alle esigenze del buon andamento del servizio», come requisito necessario «per le assunzioni comunque strutturate e denominate ad impieghi nelle amministrazioni dello Stato, comprese quelle ad ordinamento autonomo, e degli enti pubblici in provincia di Bolzano» nonché per il personale di cui al secondo comma del medesimo art. 1.

Secondo l’ultimo censimento del 2011 i tedeschi sono il 69,41%, gli italiani il 26,06% ed i ladini il 4,53%. La dichiarazione di appartenenza linguistica è libera, rispettando anche quanto stabilito dall’art. 3 della “Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali”, alla quale l’Italia aderisce, secondo cui «ogni persona appartenente ad una minoranza nazionale ha il diritto di scegliere liberamente di essere trattata o di non essere trattata come tale e nessun svantaggio deve risultare da questa scelta o dall’esercizio dei diritti che ad essa sono legati». però il Consiglio di Stato, ha affermato, più o meno esplicitamente, con due sentenze del 1984 e del 1987<sup>17</sup>, che tale dichiarazione non può considerarsi una mera opzione, ma deve tendere a verificare la verità oggettiva. La conclusione del Consiglio di Stato è però in pratica priva di conseguenza, dato che la dichiarazione resa in occasione del censimento non può essere sindacata.

Per quello che riguarda il diritto all’uso della lingua nei confronti della pubblica amministrazione, lo statuto stabilisce il diritto ad utilizzare l’italiano od il tedesco (ed il ladino nelle località in cui esso è ufficiale), e questo vale anche nei confronti degli organi giudiziari. Il diritto all’uso della lingua nel processo, oltre che dall’art. 100 dello Statuto, è disciplinato dal Decreto del Presidente della Repubblica 15.07.1988, n. 574 (successivamente modificate con il D.Lgs. 283/2001 e da ultimo con il D.Lgs.124/2005), “Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino – Alto Adige in materia di uso della lingua tedesca e della lingua ladina nei rapporti dei cittadini con la pubblica amministrazione e nei procedimenti giudiziari”.

Uno dei pilastri della autonomia della Provincia di Bolzano è il sistema educativo e scolastico. Il sistema scolastico è ispirato al cosiddetto “separatismo

---

<sup>17</sup> P. Carrozza, *Il Consiglio di Stato “corregge” la normativa sui censimenti linguistici in Sudaustria*, in *Foro italiano*, 1988, III, 73 ss.

linguistico”): esistono infatti due reti scolastiche, una tedesca e l’altra italiana (art. 19 statuto), in modo da garantire a ciascuno l’insegnamento nella propria lingua materna. Vi è l’obbligo di imparare l’altra lingua ufficiale, insegnata a partire dal secondo o terzo anno della scuola elementare, ma la divisione è piuttosto netta. L’art. 19 dispone che «L’iscrizione dell’alunno alle scuole della provincia di Bolzano avviene su semplice istanza del padre o di chi ne fa le veci», e che «contro il diniego di iscrizione è ammesso ricorso da parte del padre o di chi ne fa le veci alla autonoma sezione di Bolzano del Tribunale regionale di giustizia amministrativa». Nelle scuole ladine vige invece la tecnica dell’immersione linguistica, che implica l’insegnamento in tutte e tre le lingue<sup>18</sup>.

Negli ultimi anni, nei quali è molto cresciuto il numero degli alunni, figli di stranieri, la cui lingua non è né l’italiano, né il tedesco né il ladino. La tendenza sembra quella di scegliere la scuola del gruppo maggioritario dell’area in cui la famiglia vive, dunque l’italiano a Bolzano, Laives ed in parte Merano ed il tedesco nel resto della Provincia. Il fenomeno non sembra per ora mettere in discussione il “separatismo linguistico” o l’“autonomia culturale” al quale si ispira il sistema scolastico sudtirolese, ma potrebbe favorire iniziative ispirate all’inclusione delle lingue degli stranieri e delle seconde generazioni (nel senso indicato nell’ultimo paragrafo del presente contributo). Vi sono poche (ma significative) iniziative di creare una terza rete scolastica ispirata al bilinguismo totale in scuole private, soprattutto cattoliche. Nonostante la società sudtirolese si stia aprendo verso una maggiore integrazione dei due maggiori gruppi linguistici, quello del separatismo linguistico o dell’autonomia culturale fra i gruppi linguistico tedesco ed italiano sembra essere un caposaldo dell’autonomia.

L’altra minoranza protetta all’interno della Provincia di Bolzano è quella ladina. I ladini delle Dolomiti, che sono circa 30.000, vivono in tre diverse entità territoriali con conseguenti diversi gradi di tutela: forte in Alto Adige/*Südtirol*, media in Trentino e debole in Veneto. Questo dimostra la convivenza di diverse tutele anche per la stessa minoranza. La protezione minoritaria della Provincia di Bolzano, con la

---

<sup>18</sup> G. Rautz, *Il sistema scolastico*, in S. Ortino, J. Marko, F. Palermo (a cura di), *L’ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, cit., 746 ss.

sua asimmetria, è dunque molto forte e dettagliata, e «le peculiarità linguistiche sono state la giustificazione di un trattamento differenziato»<sup>19</sup>.

Anche il Trentino si è dotato di una significativa normativa per le sue minoranze, che risente del vicino modello forte sudtirolese, tenendo conto della grande diversità di situazione socio-linguistica. In Trentino infatti la percentuale di popolazione minoritaria è abbastanza modesta. Destinata alle popolazioni che parlano ladino, mòcheno e cimbro è la legge provinciale n. 6 del 19 giugno 2008, “Norme di tutela e promozione delle minoranze linguistiche locali”, che rinnova la precedente legge provinciale n. 4 del 30 agosto 1999, “Norme per la tutela delle popolazioni di lingua minoritaria nella provincia di Trento”. La legge provinciale trentina, è un moderno strumento di diritto minoritario, iscrivibile «all’interno di un sistema plurale di strumenti e meccanismi di riconoscimento e promozione delle minoranze, ciascuno di per sé normativamente non autosufficiente ma “obbligato” a reciprocamente integrarsi, sviluppando ed esprimendo le rispettive funzioni e caratteristiche»<sup>20</sup>.

La minoranza di lingua slovena del Friuli-Venezia Giulia è, fra le minoranze protette, quella la cui tutela è più cresciuta negli ultimi decenni. Anch’essa trae origine da accordi internazionali, *in primis* il memorandum siglato nel 1954 fra Italia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Jugoslavia, a cui succedette il Trattato di Osimo del 1975.

Lo statuto del 1963 della Regione Friuli-Venezia Giulia<sup>21</sup> si limita ad una generica dichiarazione, all’art. 3, di parità di diritti e di trattamento a tutti i cittadini, «qualunque sia il gruppo linguistico al quale appartengono, con la salvaguardia delle rispettive caratteristiche etniche e culturali». Destinata solo agli sloveni d’Italia è la legge n. 38 del 23 febbraio 2001, “Norme per la tutela della minoranza linguistica slovena della regione Friuli - Venezia Giulia”. Il secondo comma della citata legge prevede che «ai cittadini italiani appartenenti alla minoranza linguistica slovena si applicano le disposizioni della l. n. 482/1999, salvo quanto espressamente previsto

<sup>19</sup> R. Bin, *L’asimmetria della Provincia di Bolzano: origini, cause e prospettive*, in S. Ortino, J. Marko, F. Palermo (a cura di), *L’ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, cit., 247, il quale aggiunge che tale trattamento differenziato è un’eccezione irripetibile, non suscettibile di estensione analogica ad altri territori nazionali.

<sup>20</sup> S. Penasa, *La promozione delle minoranze linguistiche via meccanismi di partecipazione. La legge provinciale della Provincia autonoma di Trento n. 6 del 2008 quale laboratorio del sistema multilevel di tutela delle minoranze linguistiche?*, in *Le Regioni*, n. 5, 2009, 1020.

<sup>21</sup> Legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1, “Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia”.

dalla presente legge», che si presenta quindi come norma speciale all'interno di una normativa speciale. Degno di menzione è l'art. 19 sulla restituzione di alcuni beni immobili alla minoranza slovena.

La tutela della minoranza linguistica slovena è, all'interno della Regione Friuli-Venezia Giulia, asimmetrica, più forte nella Provincia di Trieste e meno in quelle di Gorizia e Udine (in quest'ultima è di fatto piuttosto scarsa, ed unicamente garantita dalla legge regionale del 2001). La tutela dello sloveno nell'ambito dell'istruzione era già garantita per il fatto di seguire la tradizione dell'autonomia culturale dell'impero austro-ungarico, che prevedeva istituzioni scolastiche per ogni gruppo numericamente rilevante. Nella Trieste imperiale vi erano infatti scuole tedesche, italiane, slovene, ed anche greche e serbe (i serbi, che sono ancora oggi presenti a Trieste, non sono però considerati minoranza storica ai sensi della l. 482/1999). Un progresso decisivo per il miglioramento dello standard di tutela minoritario per gli sloveni del Friuli-Venezia Giulia è stato determinato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 1982<sup>22</sup>, e da quelle successive n. 92 del 1992 e n. 15 del 1996<sup>23</sup>.

La minoranza parlante friulano riceve la tutela derivante dallo Statuto e dalla legge regionale n. 29 del 18 dicembre 2007, "Norme per la tutela, valorizzazione e promozione della lingua friulana". Il friulano è definito "lingua propria" del Friuli, e ciò rivela il forte "modello catalano", anche se il peso sociale della lingua friulana, pur non disprezzabile, non è paragonabile a quello del catalano. L'estensione a tutto il territorio della regione del carattere di ufficialità della lingua friulana, che non è parlata tradizionalmente nelle zone slovene e giuliane, ed anche in molte della provincia di Pordenone, dove il friulano ha lasciato posto al dialetto veneto (e naturalmente all'italiano), è una scelta di politica linguistica forte. Anche il veneto è tutelato nel Friuli-Venezia Giulia, con la legge regionale 17 febbraio 2010, n. 5, "Valorizzazione dei dialetti di origine veneta parlati nella regione Friuli Venezia Giulia".

La legge è stata oggetto di alcune censure da parte della sentenza n. 159 del 28 maggio 2009 della Corte costituzionale che sarà analizzata nel prossimo paragrafo.

---

<sup>22</sup> C. cost., 11.2.1982, n. 28.

<sup>23</sup> C. cost., 24.2.1992, n. 62; C. cost., 29.1.1996, n. 15.

La minoranza francese (o franco-provenzale) della Val d'Aosta riceve la sua protezione dallo Statuto del 1948. Il metodo scolastico scelto è quello del bilinguismo integrale, a differenza che nell'Alto Adige/*Südtirol*, e ciò è facilitato dalla comune radice latina del francese e dell'italiano.

Benché gli autoctoni valdostani parlino un dialetto franco-provenzale (a metà strada dunque fra il francese e l'occitano), la lingua oggetto di tutela, ed in quanto tale usata nell'istruzione, nella pubblica amministrazione e nei media, è il francese. Negli ultimi anni l'interesse per il *patois* è sensibilmente aumentato, e ciò si è tradotto in alcune concessioni a livello di statuti comunali per il suo uso, e, a livello educativo, è da segnalare l'*École populaire de patois*, attiva dagli anni novanta, «che ha consentito a molte centinaia di nuovi locutori di acquisire i rudimenti di questa lingua e ad altri di migliorarne la conoscenza e la padronanza»<sup>24</sup>.

In Val d'Aosta non esiste alcun meccanismo simile a quello della proporzionale dell'Alto Adige/*Südtirol*, ma solo un diritto di preferenza per l'assunzione di chi conosca il francese o sia originario della Regione (artt. 51, 52 e 54 dello statuto<sup>25</sup> e legge regionale del 15 giugno 1978, n. 196 “Norme di attuazione dello Statuto speciale della Valle d'Aosta”). La toponomastica è tendenzialmente monolingue (vale a dire in francese). Anche in Valle d'Aosta vi sono comunità trilingui, come quella della valle del Lys/Gressoney, dove è diffuso il walser, parlata germanica che gode di una seppur minima tutela accordata dallo statuto (art. 40).

Per terminare il quadro delle regioni speciali, vanno citate per la Sardegna la legge sulla lingua sarda n. 26, del 15 ottobre 1997, “Promozione e valorizzazione della cultura e della lingua della Sardegna”, e la legge della Regione Sicilia, n. 9 del 31 maggio 2011, recante “Norme sulla promozione, valorizzazione ed insegnamento della storia, della letteratura e del patrimonio linguistico siciliano nelle scuole”. Riguardo alla prima delle due leggi citate, va ricordato che se il sardo, nelle sue diverse varietà dialettali, appare oggi ancora vivo, questo avviene non certo per merito della predetta legge, ma per l'attaccamento dei sardi alla lingua. Un problema

<sup>24</sup> R. Louvin, *Lingue fra parentesi. Francoprovenzale, francese, occitano e dialetti germanici nell'area alpina nord-occidentale*, in J. Woelk, S. Penasa, F. Guella (a cura di), *Minoranze linguistiche e pubblica amministrazione. Il problema dei piccoli numeri: modello trentino e esperienze comparate*, cit., 158.

<sup>25</sup> Legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4, “Statuto speciale per la Valle d'Aosta”.

che riguarda la Sardegna è quello della mancanza di una κοινή che faciliti il lavoro di chi attua il recupero in tutti gli ambiti della lingua sarda.

La l. 482/1999, che completa l'art. 6 Cost., stabilisce all'art. 2 che «In attuazione dell'articolo 6 della Costituzione e in armonia con i principi generali stabiliti dagli organismi europei e internazionali, la Repubblica tutela la lingua e la cultura delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene e croate e di quelle parlanti il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo».

La l. n. 482/1999, parametro interposto di legittimità costituzionale, secondo il dettato della Corte (sentenza n. 159 del 2009), è dunque servita ad apprestare una tutela minoritaria, irregolare ma esistente, aiutando a sensibilizzare i legislatori locali sulla necessità di valorizzare il patrimonio linguistico, legato all'identità di un dato gruppo minoritario.

La procedura per il riconoscimento di un territorio come “minoritario”, ai sensi della l. n. 482/1999, implica un coinvolgimento “dal basso”. Il primo comma dell'art. 3 stabilisce che «la delimitazione dell'ambito territoriale e subcomunale in cui si applicano le disposizioni di tutela delle minoranze linguistiche storiche previste dalla presente legge è adottata dal consiglio provinciale, sentiti i comuni interessati, su richiesta di almeno il quindici per cento dei cittadini iscritti nelle liste elettorali e residenti nei comuni stessi, ovvero di un terzo dei consiglieri comunali dei medesimi comuni».

Vi è dunque molta libertà nel definirsi territorio minoranza linguistica: se l'elemento storico dovrebbe essere chiaro e caratterizzante una comunità che effettivamente parlano qualcosa che i linguisti considerano lingua minoritaria, negli ultimi anni vi è stata un uso estensivo della l. n. 482/1999 che riguarda anche comunità che non presentano le caratteristiche di minoranza storica. È questo ad esempio il caso del Comune di Messina, che ha attivato, su proposta della “Comunità ellenica dello stretto”, la procedura per il riconoscimento da parte del Consiglio Provinciale, della minoranza greca. Il Consiglio Provinciale di Messina ha approvato, il 10 febbraio 2012, la delimitazione dell'ambito territoriale per la minoranza storica di lingua greca residente nel territorio del Comune di Messina. La proposta di inserire Messina fra i territori minoritari è venuta da un gruppo di persone con legami con la moderna repubblica di Grecia, non da membri di

minoranze linguistiche storiche! Anche il ladino veneto è stato oggetto di decisioni locali discutibili<sup>26</sup>.

Il problema è che la procedura della l. n. 482/1999 non ha un serio meccanismo di controllo sulla veridicità della dichiarazione di appartenenza minoritaria. Su questo ed altri punti (l'esclusione dei Rom e dei Sinti dal novero delle minoranze è uno dei punti delicati) la legge sulle minoranze storiche meriterebbe di essere ripensata.

Vi è anche una normativa delle Regioni ordinarie sulle minoranze linguistiche e sul patrimonio linguistico storico in genere<sup>27</sup>. Così è per Veneto, Piemonte, Molise, Puglia, Basilicata e Calabria, mentre la Regione Emilia-Romagna ha misteriosamente abrogato, con la legge regionale 20 dicembre 2013, "Abrogazioni di leggi, regolamenti e singole disposizioni normative regionali", la – in realtà poco ambiziosa, ma pur sempre giustificata – legge regionale 7 novembre 1994, "Tutela e valorizzazione dei dialetti dell'Emilia-Romagna".

#### **4. – La giurisprudenza costituzionale sulla tutela delle minoranze linguistiche**

Una fattispecie aperta come quella dell'art. 6, oltre che dal variegato dispiegamento normativo analizzato nel precedente paragrafo, non può essere che essere soggetta alla rilevanza dell'interpretazione della tutela minoritari effettuata dalla Corte costituzionale. Le sentenze di questa in materia testimoniano sì un'evoluzione che dimostra una accresciuta sensibilità verso la questione, ma non corrispondente ad una ininterrotta dichiarazione di *favor* verso le lingue minoritarie (come si vede in particolare dalla sentenza n. 159 del 18 maggio 2009). Senza pretesa di completezza, saranno di seguito analizzate le più rilevanti decisioni del Giudice delle Leggi sulla tutela normativa delle minoranze linguistiche in Italia.

La Corte costituzionale, nelle sue prime decisioni degli anni sessanta (nn. 15 e 32 del 1960, n. 1 del 1961)<sup>28</sup> era stata particolarmente restrittiva, stabilendo

<sup>26</sup> F. Toso, *Le minoranze linguistiche in Italia*, Bologna, 2008, 91-96.

<sup>27</sup> L. Panzeri, Diritti linguistici e autonomie ordinarie, in A. Morelli, L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, 509-519.

<sup>28</sup> C. cost., 29.3.1960, n. 15; C. cost., 18.5.1960, n. 32; C. cost., 11.3.1961, n. 1.

nell'ultima delle citate sentenze che «la competenza normativa in ordine all'uso della lingua appartiene esclusivamente allo Stato, quale che sia la materia con riferimento alla quale l'uso della lingua debba essere regolato», facendo prevalere dunque una concezione restrittiva di eguaglianza. In seguito il rafforzamento della democrazia, insieme alla maggiore rilevanza politica dell'autonomia delle Regioni e delle Province autonome ha modificato la dottrina della Corte, rendendola più attenta alle esigenze della tutela minoritaria, nell'ottica della superiorità gerarchica del principio di eguaglianza sostanziale rispetto all'eguaglianza formale.

Il superamento della concezione restrittiva della tutela minoritaria, che comporta nel caso di specie il diritto all'uso della lingua della minoranza anche se l'imputato o la parte nel processo o nel procedimento amministrativo conosce la lingua italiana, fu sancito dalla sentenza n. 28 del 1982, che estende alla minoranza slovena lo *status* di “minoranza riconosciuta”. Vale la pena soffermarsi su quanto stabilito da essa.

«Se ormai si è in presenza, al di là di ogni dubbio, di una “minoranza riconosciuta”, con tale situazione è incompatibile, prima ancora logicamente che giuridicamente, qualsiasi sanzione che colpisca l'uso della lingua materna da parte degli appartenenti alla minoranza stessa. È questa infatti l'operatività minima, che, in tema di trattamento delle minoranze linguistiche, deriva dal fatto ricognitivo di una singola minoranza. E ciò a prescindere dalla circostanza, che perde ogni rilievo, della conoscenza o meno della lingua ufficiale da parte dell'appartenente alla minoranza, sicché questi, ove lo volesse, potrebbe servirsi, “nell'uso pubblico”, della lingua italiana: altrimenti nessun trattamento particolare riceverebbe sotto questo aspetto lo sloveno, pretendendosi da lui lo stesso comportamento richiesto a tutte le persone, cittadine e straniere, che sappiano esprimersi in lingua italiana (art. 137, secondo comma, cod. proc. pen.). Questa tutela “minima”, anche nei rapporti con le locali autorità giurisdizionali, consente già ora agli appartenenti alla minoranza slovena di usare la lingua materna e di ricevere risposte dalle autorità in tale lingua: nelle comunicazioni verbali, direttamente o per il tramite di un interprete; nella corrispondenza, con il testo italiano accompagnato da traduzione in lingua slovena».

La sentenza impone alternativamente un interprete od un traduttore (più precisamente, una traduzione), dando così efficacia tipicamente ad un diritto

linguistico di prima specie, che consiste nel diritto fondamentale a farsi comprendere dalle autorità ed a comprendere queste, insistendo sul contenuto piuttosto che sulla lingua, oppure, e qui sta lo “scivolamento” verso i diritti linguistici di seconda specie, potendosi intendere con le autorità “direttamente”, a prescindere dalla conoscenza o meno della lingua italiana. Il contenuto innovativo della sentenza n. 28 del 1982<sup>29</sup> è confermato dalle sentenze n. 92 del 1992 e n. 15 del 1996, già citate.

Importante la sentenza n. 213 del 1983<sup>30</sup>, nella quale si dichiara per la prima volta la protezione delle minoranze linguistiche fa parte dei principi fondamentali (dottrina ribadita costantemente in decisioni successive e mai rinnegata).

Conferma la sostanziale costituzionalità della “proporzionale etnica” la sentenza n. 289 del 1987<sup>31</sup>, relativa alla qualificazione o meno del “Mediocredito Trentino Alto-Adige” quale “ente pubblico locale”, destinatario quindi delle norme sulla proporzionale, come viene chiarito attraverso le seguenti parole: «Appare chiaro, dunque, che ai fini dell’applicazione della c.d. proporzionale etnica, di cui all’art. 61, alinea, St. T.A.A., la nozione di "ente pubblico locale" equivale a quella di ente pubblico operante nella Regione o in una delle due province che la compongono (sentenza n. 155 del 1975). Per risolvere la questione di costituzionalità sotto tale profilo è sufficiente, pertanto, verificare se la legge impugnata disciplini il “Mediocredito Trentino Alto-Adige” come ente pubblico che svolge la sua attività nell’ambito del territorio regionale o in quello di una delle due Province autonome di Trento o di Bolzano. Per tale aspetto la legge impugnata non può dar adito a dubbi, poiché non soltanto disciplina il “Mediocredito Trentino-Alto Adige” come ente pubblico regionale, ma ne circoscrive anche l’ambito di operatività al territorio della Regione stessa».

La giurisprudenza della Corte costituzionale degli anni ottanta e novanta rafforza dunque lo *status* delle minoranze forti, ed è nel nuovo secolo, non a caso in seguito all’entrata in vigore della l. n. 482/1999, che la Corte costituzionale rivolge la sua attenzione alle altre minoranze linguistiche.

---

<sup>29</sup> S. Bartole, *Gli sloveni nel processo penale a Trieste*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 1982, 248 ss.

<sup>30</sup> C. cost., 1.7.1983, n. 213.

<sup>31</sup> C. cost., 28.7.1987, n. 289.

Con la sentenza n. 159/2009<sup>32</sup> la Corte dichiara incostituzionali alcuni importanti precetti della legge del Friuli-Venezia Giulia del 2007 n. 29 del 18 dicembre 2007<sup>33</sup>, “Norme per la tutela, valorizzazione e promozione della lingua friulana”, salvandone il nucleo principale ma intaccandone alcuni punti, effettivamente troppo “ambiziosi”. Così è per il secondo comma dell’art. 6 ed i commi 1 e 3 dell’art. 8. Ai sensi dell’art. 6, comma 2: «nei rapporti con la Regione e i suoi enti strumentali, il diritto di usare la lingua friulana può essere esercitato a prescindere dal territorio in cui i relativi uffici sono insediati». Il primo ed il terzo comma dell’art. 8 vertono sullo *status* di ufficialità del friulano in tutto il territorio regionale, stabilendo rispettivamente che «gli atti comunicati alla generalità dei cittadini dai soggetti di cui all’articolo 6, sono redatti, oltre che in italiano, anche in friulano» e che «la presenza della lingua friulana è comunque garantita anche nella comunicazione istituzionale e nella pubblicità degli atti desinata all’intera regione». Tutte le citate disposizioni sono state dichiarate illegittime per violazione del primo comma dell’art. 9 della l. n. 482/1999, che limita l’uso della lingua minoritaria ai «Comuni di cui all’art. 3», vale a dire quelli nei quali si applicano le norme di tutela.

Fra le disposizioni della l. reg. n. 29 del 2007 dichiarate incostituzionali vi è l’art. 12, comma 3. Si tratta di una sorta di “silenzio-assenso” relativo all’insegnamento della lingua friulana: i genitori devono comunicare al momento dell’iscrizione se ai figli non debba essere impartito tale insegnamento. Il silenzio comporta dunque l’assenso sull’insegnamento della lingua friulana.

Vengono poi dichiarate incostituzionali altre due disposizioni relative all’insegnamento della lingua friulana dell’art. 14 della legge regionale: una riguarda la previsione dell’insegnamento della lingua friulana per almeno un’ora alla settimana, l’altra è relativa alla previsione dell’uso del friulano come lingua veicolare. Entrambe le disposizioni sono incompatibili con norme statali che prescrivono la libertà di scelta educativa da parte delle famiglie, e sono anche in contrasto con l’autonomia delle istituzioni scolastiche.

La sentenza n. 159/2009 eleva anche la l. n. 482/1999 a parametro interposto di costituzionalità, con le conseguenze, fra l’altro, della blindatura della declinazione

---

<sup>32</sup> C. cost., 22.5.2009, n. 159.

<sup>33</sup> R. Toniatti, *Pluralismo sostenibile e interesse nazionale all’identità linguistica posti a fondamento di “un nuovo modello di riparto delle competenze” legislative fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 5, 2009, 1121-1149.

dell'art. 6 Cost. fornita dalla legge stessa, dall'altro a possibili soluzioni diverse ricorrendo alla normativa di attuazione degli statuti speciali. Meno controversa è la sentenza della Corte n. 215 del 18 luglio 2013, che stabilisce che le norme sulla “*spending review*” (legge n. 135 del 7 Agosto 2012, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini”) che riguardano l'organizzazione dell'istruzione non si applicano ai territori della Regione Friuli-Venezia Giulia dove la lingua friulana (ed anche lo sloveno ed il tedesco) è parlata, a causa della “clausola di salvaguardia” della legge che esclude le Regioni a statuto speciale dall'applicazione delle norme sul rigore economico<sup>34</sup>.

*La sentenza della Corte costituzionale* n. 170 del 2010<sup>35</sup> ha stabilito che è contraria alla Costituzione la dichiarazione, contenuta nella legge della Regione Piemonte 7 aprile 2009, n. 11, recante “Tutela, valorizzazione e promozione del patrimonio linguistico del Piemonte”, secondo la quale il piemontese è una lingua, e non solo un dialetto<sup>36</sup>: le sole lingue minoritarie protette in Italia sono quelle elencate dalla l. n. 482/1999. Più che questa scontata dichiarazione rileva il giudizio della Corte secondo cui quella della tutela della lingua non è configurabile rigidamente come “materia”.

«In quanto relativo ad un elemento identitario di remote ascendenze – e tuttavia impresso come un connotato indelebile nella vita di generazioni di persone e nelle diverse esperienze della loro convivenza, nonché delle molteplici loro forme espressive –, il tema della tutela della “lingua” (o, piuttosto, come si è detto, di coloro che la parlano) appare, in definitiva – nei limiti, peraltro, in cui possa costituire oggetto di legislazione – non solo naturalmente refrattario ad una rigida configurazione in termini di “materia” (come criterio di riparto delle competenze) ma soprattutto necessariamente sottratto alla competizione, o alla conflittualità, tra legislatori “competenti”. Ed è, perciò, primariamente affidato alla cura dell'istituzione, come quella statale, che – in considerazione delle ragioni storiche

<sup>34</sup> Sul rapporto difficile fra principi democratici ed obblighi di natura contabile ed economica v. Giorgio Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012.

<sup>35</sup> C. cost., 13.5.2010, n. 170.

<sup>36</sup> G. Delledonne, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla «lingua piemontese»: fra tutela delle minoranze linguistiche e incerti limiti di un «costituzionalismo regionale»*, in *Le Regioni*, n. 4, 2011, 668-680.

della propria più ampia rappresentatività, indipendente dal carattere unitario della propria organizzazione – risulti incaricata di garantire, in linea generale, le differenze proprio in quanto capace di garantire le comunanze: e che perciò risulti in grado di rendere compatibili, sul piano delle discipline, le necessità del pluralismo con quelle dell'uniformità».

L'ultima sentenza in ordine cronologico che tratta, in un *obiter dictum*, della tutela delle minoranze linguistiche è la n. 215 del 2013<sup>37</sup>, la quale contesta il criterio di aree «nelle quali siano presenti minoranze di lingua madre straniera», espresso dall'art. 19, comma 5, del decreto-legge n. 98 del 2011 “Decreti urgenti per la stabilizzazione finanziaria”. Nel caso di specie si contestano, nell'ambito del Friuli – Venezia Giulia, esclusioni dalla *spending review* che riguardino solo le istituzioni scolastiche di lingua slovena, con l'esclusione di quelle che utilizzano (accanto all'italiano) la lingua friulana. Stante la clausola di salvaguardia dell'art. 24 *bis* del decreto n. 95 del 6 luglio 2012 sul diritto delle Regioni speciali e delle Province autonome di Trento e Bolzano (decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, “Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini (nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario”), la questione non ha rilevanza pratica, ma è importante sottolineare l'estraneità del concetto di “minoranze di lingua madre straniera” dall'impianto del sistema di tutela minoritaria italiano.

##### **5. – Una rilettura dell'art. 6 od un suo “aggiramento” per modernizzare la tutela delle lingue minoritarie e dei loro parlanti?**

Già dal titolo di questo paragrafo si potrebbe capire che, se da un lato ritengo opportuno procedere ad una nuova interpretazione dell'art. 6 della Costituzione, che potrebbe passare attraverso una revisione della l. n. 482/1999, prediligo un diverso approccio alla questione linguistica minoritaria.

L'art. 6 non prevedeva una lista delle minoranze destinatarie della protezione. Nell'intenzione del costituente dovevano essere comprese tutte le minoranze linguistiche presenti nel territorio, ma è certo che la preoccupazione fosse rivolta

---

<sup>37</sup> C. cost., 18.7.2013, n. 215.

soprattutto verso le minoranze compatte del nord dotate di uno Stato di riferimento (*kin State*), che furono le prime, insieme ai ladini, a ricevere la tutela. La l. n. 482/1999 completò la tutela, attuando dunque per intero l'art. 6. Vi è però l'ipotesi, che la lista della legge citata non debba per forza considerarsi esaurita. Oltre al caso controverso dei Rom e dei Sinti<sup>38</sup>, vi sarebbe la possibilità di inserire anche gli immigrati entro la tutela prevista dall'art. 6. Nulla vieta di provvedere ad una rilettura dell'art. 6, ampliando il numero delle minoranze riconosciute: il discorso vale soprattutto per i Rom ed i Sinti, esclusi per motivi sia politici che giuridici dalla protezione dalla lista della l. n. 482/1999. Per quello che riguarda i gruppi di immigrati, ritengo, anche se non impossibile, forzata una loro inclusione nella protezione dell'art. 6. È vero che «le formazioni e le associazioni di immigrati, dunque, potrebbero diventare portatrici di interessi prossimi a quelli che si ritengono abitualmente destinati per le minoranze tradizionali»<sup>39</sup>, ma questa lettura necessita di una ampia riflessione.

È ovvio che non bisogna privilegiare un'interpretazione puramente "originalista" del testo costituzionale: ma questo vale soprattutto per i diritti di libertà che conoscono una continua evoluzione dettata dal progresso scientifico: si pensi ad Internet che modifica non di poco la portata dell'art. 21, ma si pensi anche, in senso restrittivo, alle mutate condizioni relative alla sicurezza ed al terrorismo internazionale, che impongono una restrizione delle libertà. La Costituzione va letta ed interpretata alla luce dell'evoluzione sociale, non si può immaginare di essere negli anni cinquanta. Ma si sa quanto sarebbe difficile una revisione costituzionale dell'art. 6, ed anche mettere mano ad una riforma della l. n. 482/1999, con la voglia di essere minoranza di tanti gruppi regionali italiani (soprattutto del nord, ma il discorso potrebbe facilmente propagarsi al sud), i quali parlano dialetti e non lingue minoritarie, non è consigliabile in termini di mera utilità.

Si potrebbe invece pensare di tutelare le lingue, con un approccio globale, che formalmente "aggira" dal punto di vista dell'attuazione costituzionale l'art. 6, ma in realtà lo farebbe vivere e rinvigorire. Sto parlando di leggi linguistiche, sia dello Stato che delle Regioni. Leggi che riguardino la lingua della maggioranza, stabilendo anche

<sup>38</sup> P. Bonetti, A. Simoni, T. Vitale, *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Milano, 2011; S. Baldin, *Le minoranze Rom fra esclusione sociale e debole riconoscimento giuridico*, Bologna, 2012.

<sup>39</sup> G. de Vergottini, *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, in *Regione e governo locale*, nn. 1-2, 1995, 20.

percorsi appropriati perché gli stranieri la apprendano, le lingue delle minoranze storiche, con iniziative volte alla loro tutela (registrazioni audio, dizionari, video, ecc.), le lingue degli immigrati (che potrebbero essere insegnate a scuola, ovviamente su base volontaria: si pensi al cinese, è o non è utile saperlo, anche per la maggioranza?), e che regolino e promuovano anche l'apprendimento delle lingue straniere, specialmente l'inglese, oggi più che mai indispensabile. Si tratterebbe di una attuazione indiretta ed effettiva del dettato costituzionale sulle minoranze linguistiche, con una lettura moderna e lungimirante.



ISSN 2037-6677

2016/2

**Il regime linguistico delle amministrazioni nel  
processo di apertura europea e globale del sistema  
amministrativo italiano**

**Europeanisation and globalization: the impact on the  
language of Public Administration**

E. Chiti e M.E. Favilla

## Abstract

The paper aims to demonstrate that Italian legal system is adapting to globalization the language used by administration. In particular, the Authors identify two different ways: promoting of languages other than Italian or promoting Italian and foreign languages. It further assesses some critical aspects of the adaptation.

Tag : language, globalization, administration, foreign language, Italy



## Il regime linguistico delle amministrazioni nel processo di apertura europea e globale del sistema amministrativo italiano

di Edoardo Chiti e Maria Elena Favilla

SOMMARIO: 1. – I problemi. 2. – La graduale costruzione di due gruppi di discipline. 2.1. – La promozione di lingue diverse dall'italiano. 2.2. – La promozione dell'uso tanto di lingue italiane quanto di lingue straniere. 3. – Quale equilibrio tra unità e pluralismo? 4. – Uno sviluppo problematico.

### 1. – I problemi

In un numero crescente di aree e materie, le amministrazioni nazionali stabiliscono relazioni sempre più articolate e fitte con le amministrazioni di organismi ultrastatali e con le amministrazioni e i cittadini di altri paesi. Queste relazioni implicano interazioni linguistiche, orali e scritte, tra soggetti che parlano e scrivono lingue diverse.

In quale modo l'ordinamento giuridico italiano modifica il regime linguistico delle amministrazioni nazionali per tenere conto della sempre maggiore rilevanza europea e globale delle loro attività e della nuova trama di interazioni? Promuove l'uso dell'italiano, quello di lingue straniere o tenta soluzioni diverse? Interviene con una disciplina unitaria o con una pluralità di discipline? Qual è il punto di equilibrio

che stabilisce tra unità e pluralismo linguistico? E quale valutazione è possibile dare degli sviluppi in atto?

La tesi di questo scritto è che l'ordinamento italiano stia intervenendo in maniera poco appariscente ma assai significativa sul regime linguistico delle amministrazioni nazionali chiamate a interagire con amministrazioni ultrastatali e amministrazioni e soggetti privati di altri paesi. In particolare, è possibile registrare lo sviluppo di due gruppi principali di discipline. Nel primo rientrano quelle che promuovono l'uso di lingue diverse dall'italiano da parte delle amministrazioni nazionali nello svolgimento delle proprie attività di rilevanza europea e globale. Il secondo gruppo è quello delle discipline che promuovono l'uso tanto dell'italiano quanto di lingue straniere. Non si tratta di due orientamenti tra loro contrapposti. Si tratta, piuttosto, di orientamenti che si collocano in punti diversi di un *continuum* tra due poli, quello della esclusiva promozione dell'uso dell'italiano e quello della esclusiva promozione dell'uso di una lingua straniera. Le discipline messe a punto in questi anni sono orientate verso uno dei due estremi, quello dell'esclusiva promozione dell'uso di una lingua straniera, o individuano formule intermedie, mentre non si registrano casi nei quali l'ordinamento promuove l'uso esclusivo dell'italiano da parte delle amministrazioni nazionali, senza prevedere l'uso di altre lingue. Non si tratta, poi, di una disciplina unitaria, ma di una pluralità di discipline diverse, che perseguono obiettivi diversi e non danno luogo a una politica linguistica unitaria. Tali discipline, ancora, strutturano la dialettica tra unità e pluralismo linguistico in un modo che favorisce il secondo sulla prima. Le soluzioni che mettono a punto, in altri termini, valorizzano, in vari modi, il pluralismo, più che l'unità linguistica. Quanto alla valutazione degli sviluppi in atto, le nuove discipline non sono necessariamente incompatibili con il quadro costituzionale, ma portano con sé dei rischi di impoverimento della lingua italiana e di frammentazione del sistema amministrativo italiano.

Per illustrare questa tesi, saranno esaminati i due gruppi principali di discipline sopra richiamati (§§ 2.1 e 2.2). Per ciascuno di essi, saranno discussi alcuni esempi, ricostruendone le fonti, gli strumenti attraverso i quali le diverse finalità sono perseguite, le ragioni di fondo. Si passerà a considerare, quindi, i motivi per i quali le diverse normative nazionali non danno luogo a una vera e propria politica

linguistica, volta a stabilire un punto di equilibrio stabile e costante tra unità e pluralismo linguistico (§ 3). Del quadro regolatorio, poi, si tenterà una valutazione, mostrandone i punti di forza e quelli di debolezza (§ 4).

Anche se l'indagine non ricostruisce l'evoluzione storica delle varie discipline linguistiche, queste ultime sono intese e interpretate come il provvisorio punto di approdo di un processo che si svolge negli ultimi tre decenni. La vicenda dell'apertura europea e globale dell'amministrazione italiana, naturalmente, ha tempi lunghi e prende avvio negli anni immediatamente successivi alla fine del secondo conflitto mondiale. È solo dalla metà degli anni ottanta, però, che essa acquista una vera rilevanza quantitativa e qualitativa, in connessione con la proliferazione dei sistemi ultrastatali e con il potenziamento del loro ruolo in un contesto di crescente globalizzazione. Ed è in questo arco temporale che maturano le condizioni per la messa a punto di discipline linguistiche che tengano conto della crescente rilevanza europea e globale dell'attività delle amministrazioni nazionali. L'esame del regime linguistico delle amministrazioni italiane, dunque, sarà condotto con la consapevolezza che le sue finalità e i suoi caratteri si spiegano all'interno di un processo storico che si svolge in un arco temporale trentennale, che copre gli ultimi quindici anni del XX secolo e i primi tre lustri del nuovo millennio.

Resta fuori dall'indagine, invece, la considerazione del tempo storico più lungo nel quale sono inevitabilmente inseriti questi processi. La ricerca non si chiede come il recente sviluppo del regime linguistico delle amministrazioni italiane rientri in un processo storico di lunga durata, nel quale l'ordinamento ha trovato, di volta in volta, punti di equilibrio diversi tra unità e pluralismo linguistico. Non si chiede, in altri termini, se con l'unificazione amministrativa avviata centocinquanta anni fa l'ordinamento abbia fatto una scelta chiara, sostenuta dalla realtà delle pratiche amministrative, per l'unità linguistica del sistema amministrativo italiano, quante volte questo equilibrio sia stato modificato nel corso della storia dello Stato italiano, in quale modo il regime linguistico delle amministrazioni nazionali che viene emergendo in relazione al processo di apertura europea e globale delle amministrazioni nazionali si inserisca in questa vicenda di lunga durata.

## **2. – La graduale costruzione di due gruppi di discipline**

## 2.1. – La promozione dell’uso di lingue diverse dall’italiano

Gli sviluppi degli ultimi anni offrono molti esempi di discipline che promuovono l’uso di lingue diverse dall’italiano da parte delle amministrazioni nazionali nello svolgimento delle proprie attività di rilevanza europea e globale.

Tra questi, si può richiamare, per cominciare, la disciplina elaborata per l’esercito in conseguenza della partecipazione dell’amministrazione militare italiana agli organismi ultrastatali per la sicurezza regionale o globale. Di tale disciplina sono caratteristici vari aspetti.

Essa è posta, anzitutto, per lo più dalla stessa amministrazione, attraverso una serie di linee guida e direttive sulla formazione, l’addestramento linguistico e l’impiego del personale militare, la più importante delle quali è la pubblicazione IS-6 “Addestramento dei quadri e delle unità dell’Esercito - 2011” del Comando per la formazione e Scuola di applicazione dell’esercito<sup>1</sup>.

L’obiettivo perseguito, poi, è l’uso di lingue straniere da parte del personale dell’esercito chiamato a interagire, nel contesto di organismi ultrastatali o nell’esercizio di operazioni e attività all’estero, con amministrazioni internazionali e con il personale amministrativo e i cittadini di altri paesi<sup>2</sup>.

Per realizzare questo obiettivo, ancora, la normativa vigente opera su due piani. Per un verso, subordina l’accesso a particolari posizioni alla conoscenza di una o più lingue straniere. Ad esempio, la conoscenza dell’inglese professionale costituisce una «discriminante d’impiego» per particolari incarichi, come quelli nell’ambito dell’Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) e dell’Organizzazione del Trattato del Nord-Atlantico (Nato); la conoscenza del francese, dello spagnolo, del tedesco e del portoghese è ritenuta «auspicabile» ai fini dell’integrazione nei comandi multinazionali; in relazione a operazioni in specifici “teatri”, è talora richiesta la conoscenza di altre lingue, come l’arabo. Per altro verso, la normativa prevede l’offerta ai militari interessati di un articolato servizio di formazione linguistica. La formazione è svolta da vari istituti di formazione, come la Scuola di applicazione, l’Accademia militare e la Scuola sottufficiali dell’Esercito, e dalla Scuola lingue estere

<sup>1</sup> Comando per la formazione e Scuola di applicazione dell’esercito, *Addestramento dei quadri e delle unità dell’Esercito - IS-6*, 2011, disponibile sul sito [www.slee.it/Resources/documenti/IS6.pdf](http://www.slee.it/Resources/documenti/IS6.pdf).

<sup>2</sup> *Ibidem*, 8.

dell'Esercito, che è l'unico apparato dell'esercito responsabile della valutazione e della certificazione delle conoscenze linguistiche.

Quanto al tipo di lingue richieste e per le quali è offerto un servizio di formazione, è ritenuta indispensabile, a tutti i livelli dell'organizzazione militare, la conoscenza dell'inglese. Ma la formazione riguarda anche altre lingue definite «portanti» dalla normativa, come quelle sopra ricordate, lingue più rare e idiomi locali (ad esempio, i maggiori ceppi linguistici africani, tra cui swahili, amarico, berbero, tigrino), che sono richiesti in relazione a specifiche operazioni o attività. La formazione è volta a sviluppare armonicamente le quattro abilità linguistiche di ascolto, produzione orale, lettura e scrittura, misurate in modo tale da formare lo *Standard Language Profile*, anche se l'insegnamento può privilegiare, in base alle specifiche esigenze, una o più abilità. Il livello di conoscenza da raggiungere varia da caso a caso: per la lingua inglese, si chiede che ufficiali e marescialli abbiano acquisito, al termine dei cicli studio, uno *Standard Language Profile* complessivo pari, rispettivamente, ad almeno 12 e almeno 8; per le lingue rare, è talora richiesta una formazione di base volta a raggiungere uno *Standard Language Profile* pari a 4.

Infine, le ragioni di questa disciplina sono essenzialmente funzionali: l'obiettivo dell'uso di lingue straniere da parte del personale dell'esercito è strettamente connesso all'esigenza di svolgere efficacemente le attività di servizio nel contesto degli organismi ultrastatali. Ciò è riconosciuto dalla stessa amministrazione, che osserva che l'addestramento linguistico costituisce «un fattore incrementale della capacità operativa, sia del singolo militare sia dell'unità nel suo complesso, e un imprescindibile strumento professionale per l'esecuzione del compito assegnato»<sup>3</sup>. È solo indiretta, invece, l'influenza esercitata dalle norme europee e globali. La disciplina linguistica delle amministrazioni ultrastatali, ad esempio quella della Nato, che si basa su un limitato multilinguismo, ha certamente creato le condizioni perché l'ordinamento italiano subordinasse l'accesso a particolari posizioni alla conoscenza di una o più lingue straniere e prevedesse un corrispondente servizio di formazione. La disciplina nazionale, però, raccoglie le implicazioni funzionali delle norme ultrastatali, piuttosto che dare loro diretta attuazione.

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, 8.

Un secondo esempio può essere tratto dalla politica di internazionalizzazione del sistema universitario. Tale politica, ancora in corso di elaborazione, ha portato con sé lo sviluppo di varie disposizioni di carattere linguistico. Per quanto frammentarie e non sempre coordinate tra loro, queste disposizioni tendono a combinarsi in una disciplina unitaria, che definisce il regime linguistico dell'amministrazione universitaria nel momento in cui essa è chiamata a svolgere tutte le sue principali attività (formazione, ricerca, accompagnamento al mondo del lavoro, comunicazione, ecc.) in un contesto europeo e globale.

Tale disciplina non è posta da fonti legislative, ma da decreti ministeriali, come il n. 104 del 14 febbraio 2014, da misure dell'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (Anvur), tra cui, ad esempio, quelle sulla valutazione della ricerca, da misure degli stessi atenei, come i piani triennali.

La sua finalità, inoltre, consiste nel promuovere il ricorso da parte dell'amministrazione universitaria italiana a lingue straniere, sia per sviluppare le interazioni con le amministrazioni internazionali, le amministrazioni di altri paesi e cittadini stranieri, sia per sostenere queste interazioni, una volta che siano sufficientemente consolidate.

L'obiettivo è perseguito talora attraverso la previsione di indicatori, utilizzati in contesti differenti ma sempre volti a incentivare gli atenei a porre in atto azioni coerenti rispetto agli obiettivi generali del sistema nazionale. Ad esempio, il decreto ministeriale n. 104 del 14 febbraio 2014 include tra gli indicatori e i parametri di monitoraggio e di valutazione dei programmi triennali di ciascun ateneo anche il numero di corsi di studio offerti in lingua straniera. Più spesso, sono i singoli atenei a promuovere l'uso di lingue straniere, ad esempio là dove aumentano il numero degli insegnamenti in lingua inglese all'interno dei corsi di laurea, procedono alla formazione linguistica dei funzionari per un più efficace svolgimento delle loro attività in programmi come quello Erasmus, incentivano la produzione scientifica in lingue diverse dall'italiano.

Questa disciplina non promuove l'uso della sola lingua inglese. L'internazionalizzazione è un processo più complesso, che porta con sé normative che promuovono anche l'uso di altre lingue, ad esempio nel contesto del programma Erasmus. Allo stesso tempo, però, è innegabile che tanto le discipline

relative alla formazione quanto quelle relative alla ricerca tendono, di fatto, alla promozione della lingua inglese, quale lingua della comunicazione scientifica internazionale<sup>4</sup>.

Quanto alle sue ragioni, la graduale messa a punto di una disciplina che orienta l'amministrazione universitaria all'uso di lingue diverse dall'italiano può essere considerata il prodotto di un gioco di forze che chiede agli atenei italiani di essere riconoscibili nel mercato accademico internazionale come università in grado di produrre una ricerca rilevante sul piano internazionale, di fornire competenze professionali e culturali adeguate a un mercato del lavoro e a un contesto sociale di dimensioni europee e globali, di sostenere l'inserimento dei propri laureati in un mercato del lavoro non esclusivamente nazionale. Alla base vi è, dunque, il processo di apertura delle università al contesto europeo e globale, che impone agli atenei, tradizionalmente ancorati a territori relativamente determinati, di posizionarsi in un contesto sociale, economico e culturale di dimensioni internazionali. La politica di internazionalizzazione del sistema universitario italiano rappresenta il tentativo di non subire passivamente i processi in corso, ma di governare, nei limiti del possibile, l'apertura europea e globale delle università. A sua volta, tale politica è inquadrata dalle indicazioni sempre più incisive fornite dagli organismi europei e internazionali, che vengono individuando una serie di obiettivi ai quali le azioni di internazionalizzazione dei sistemi universitari nazionali debbono essere orientate<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Rispetto all'attività di ricerca, questo effetto è confermato dal documento preparato dall'Anvur *Rapporto sullo stato del sistema universitario e della ricerca 2013*, Roma, 2014, 95 ss. Il fenomeno generale della prevalenza dell'inglese nella comunicazione scientifica è discusso in vari studi. Si veda, ad esempio, il volume monografico della rivista dell'Associazione internazionale di linguistica applicata, curato da A. Carli e U. Ammon, *Linguistic inequality in scientific communication today*, AILA Review 20, Amsterdam/Philadelphia, 2007. Tra i vari saggi presenti nel volume, nel saggio di C. Guardiano, M.E. Favilla e E. Calaresu, *Stereotypes about English as the language of science*, vengono evidenziati e discussi alcuni stereotipi e giustificazioni *a posteriori* sulla prevalenza dell'inglese nella comunicazione scientifica ravvisabili nella percezione di un campione di studiosi italiani. Emilia Calaresu ha approfondito vari problemi legati a questo tema, soffermandosi ad esempio sui rapporti tra scelte linguistiche, scienza e comunicazione scientifica e i problemi legati alla tendenza al monolinguisimo nella comunicazione scientifica (*L'universalità del linguaggio scientifico fra norma d'uso e sistema linguistico. La comunicazione scientifica fra plurilinguismo e monolinguisimo* in E. Calaresu, C. Guardiano e K. Hölker (a cura di), *Italienisch und Deutsch als Wissenschaftsprachen. Bestandsaufnahmen, Analysen, Perspektiven / Italiano e Tedesco come lingue della comunicazione scientifica. Riconoscizioni, Analisi, Prospettive*, Münster, 2006, 29-64) e sulle ripercussioni sullo status dell'italiano della tendenza al monolinguisimo inglese nella comunicazione scientifica (E. Calaresu, *The declining status of Italian as a language of scientific communication and the issue of diglossia in scientific communities*, in *International Journal of the Sociology of Language*, n. 210, 2011, 93-108).

<sup>5</sup> Tali obiettivi includono: il rafforzamento della consapevolezza delle questioni globali da parte degli studenti; lo sviluppo di un pensiero critico da parte dei giovani, in funzione della costruzione di società inclusive e tolleranti; il miglioramento della qualità della didattica e dell'apprendimento; il potenziamento della capacità di produrre conoscenza; la partecipazione a reti di università e studiosi; produzione di guadagni. Questo insieme

I due esempi, naturalmente, non possono essere usati per trarre conclusioni generali. Consentono, però, di cogliere la varietà dei modi attraverso i quali l'ordinamento promuove l'uso di lingue straniere da parte delle amministrazioni nazionali. Sono diverse, anzitutto, le ragioni che spiegano queste discipline: nel caso dell'amministrazione militare, la disciplina è una risposta a un'esigenza strettamente funzionale, di capacità di svolgimento delle attività di servizio nel contesto di organismi ultrastatali; nel secondo caso, la disciplina linguistica è il prodotto di un gioco di forze più articolato, nel quale intervengono il processo di apertura europea e globale dell'amministrazione universitaria, il tentativo del nostro paese di governare questo processo attraverso una politica della internazionalizzazione e una crescente capacità di influenza degli organismi ultrastatali. È diverso, poi, l'obiettivo ricercato: in entrambi i casi, si promuove l'uso di lingue straniere da parte di amministrazioni nazionali; nel caso dell'amministrazione militare, però, si promuove l'uso non solo di una lingua dominante, l'inglese, ma anche di un ventaglio di altre lingue, incluse le lingue meno diffuse, a un livello considerato adeguato all'attività da svolgere, mentre la disciplina linguistica che sorregge l'internazionalizzazione del sistema universitario nazionale tende a promuovere, di fatto, l'uso della lingua dominante nella comunicazione scientifica internazionale. Sono diverse, inoltre, le fonti giuridiche utilizzate, anche se è comune ai due casi la circostanza che la disciplina linguistica non sia posta dal legislatore ma sia per lo più il prodotto di misure adottate dalla stessa amministrazione interessata. Sono diversi, ancora, gli strumenti attraverso i quali le discipline perseguono i propri obiettivi: in un caso, si subordina l'accesso a particolari posizioni alla conoscenza di una o più lingue straniere e si prevede un articolato servizio di formazione linguistica; nell'altro, si pongono in essere strumenti di vario tipo che mirano a incentivare l'uso di lingue straniere da parte delle varie componenti degli atenei.

Il fenomeno illustrato da questi esempi non è solo articolato e differenziato. Pone anche serie difficoltà di analisi. Mentre il quadro giuridico può essere ricostruito con sufficiente chiarezza, almeno nei suoi contorni generalissimi, la dimensione linguistica si rivela sfuggente ed elusiva, anche perché fortemente legata

---

di obiettivi, ad esempio, è stato affermato dalla *European University Association* (EUA), dalla *International Association of Universities* (IAU) e dai ministri dell'istruzione della *European Higher Education Area* (si vedano, ad esempio, le conclusioni del *Fourth Bologna Policy Forum*, Yerevan, 14-15 maggio 2015).

alle pratiche reali. Quali sono esattamente le lingue straniere il cui uso viene promosso? Quale inglese, ad esempio, si chiede alle varie amministrazioni settoriali di utilizzare? A quale livello? E come si innesta l'uso di queste lingue straniere nella lingua burocratica utilizzata nel sistema amministrativo nazionale?

Tali domande richiederebbero un'indagine empirica che non può essere svolta in questo scritto. Ciò che qui interessa notare, invece, è come lo sviluppo che si è registrato sia allo stesso tempo carico di implicazioni, soprattutto sul piano linguistico, e tutt'altro che lineare, per i processi di reazione e opposizione che innesca. Un esempio delle sue implicazioni e delle resistenze che produce è offerto dalla vicenda avviata dalla decisione del Politecnico di Milano di rendere obbligatorio l'insegnamento in lingua inglese nei corsi di laurea magistrale e di dottorato. La decisione assunta dagli organi di governo del Politecnico ha espresso una scelta chiara, in attuazione all'obiettivo di internazionalizzazione degli atenei previsto dalla legge 30 dicembre 2010, n. 240<sup>6</sup>. Le sue implicazioni linguistiche, però, sono profonde. La scelta di utilizzare l'inglese come lingua esclusiva dell'insegnamento, infatti, influisce sul repertorio linguistico nell'ambito dell'università, sui processi di apprendimento, sulla posizione dell'italiano nelle capacità linguistiche degli studenti. Non sorprende, dunque, che alla decisione del Politecnico di Milano abbia fatto seguito una discussione articolata, che mostra come l'emergere di discipline che promuovono l'uso di lingue straniere da parte delle amministrazioni nazionali dia luogo a un vero e proprio campo gravitazionale, all'interno del quale operano forze che spingono in direzioni divergenti. La discussione si è svolta su due piani interconnessi, uno che potrebbe dirsi scientifico-politico e l'altro giuridico. Nella discussione scientifico-politica, si sono confrontate due posizioni opposte, una radicalmente favorevole all'uso esclusivo della lingua inglese nell'insegnamento universitario, esemplificata dall'orientamento del Ministero, l'altra fortemente orientata alla tutela dell'uso dell'italiano, del quale è stata lamentata la «progressiva emarginazione e di abbandono ... nei gradi alti della

---

<sup>6</sup> Si veda, in particolare, l'art. 2, c. 2, lett. l) della legge 30 dicembre 2010, n. 240, secondo il quale le università statali provvedono, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, a modificare i propri statuti in materia di organizzazione e di organi di governo dell'ateneo, con l'osservanza di vincoli e criteri direttivi che includono il rafforzamento dell'internazionalizzazione anche attraverso «l'attivazione, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera». Si veda anche l'art. 31 dell'allegato n. 2 al decreto ministeriale 23 dicembre 2010, n. 50.

formazione universitaria» e la messa in discussione «come lingua ufficiale della Repubblica»<sup>7</sup>. La questione al centro della discussione giuridica, invece, è stata quella della legittimità della decisione del Politecnico, contestata di fronte al giudice amministrativo da una parte dei docenti dello stesso Politecnico. A venire in rilievo, in particolare, è stato il rapporto tra questa decisione e i principi e le regole che sanciscono l'ufficialità della lingua italiana, come lingua dell'ordinamento e come lingua dell'insegnamento universitario, e il divieto di discriminare l'italiano rispetto alle lingue straniere nell'insegnamento universitario. La discussione, peraltro, non solo non ha prodotto alcuna convergenza tra le due posizioni, ma non ha trovato, ancora, una soluzione formale sul piano giuridico. Il Consiglio di Stato, infatti, da un lato, ha stabilito che la norma della legge Gelmini relativa al rafforzamento della internazionalizzazione<sup>8</sup> riforma il principio in base al quale l'italiano è la lingua ufficiale dell'insegnamento universitario<sup>9</sup>, dall'altro, ha sospeso il giudizio e sollevato la questione di costituzionalità della stessa norma della legge Gelmini. Quest'ultima, nella parte in cui consente l'attivazione di corsi esclusivamente in lingua straniera, non pare conforme alla Costituzione, che richiede, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, la «preservazione del patrimonio linguistico e culturale della lingua italiana»<sup>10</sup> e tutela la libertà di insegnamento dei professori.

## **2.2. – La promozione dell'uso tanto dell'italiano quanto di lingue straniere**

Le attività europee e globali delle amministrazioni nazionali non sono regolate solo da discipline che promuovono l'uso di lingue diverse dall'italiano. A queste

<sup>7</sup> I passaggi citati sono contenuti nella Lettera aperta dell'Accademia della Crusca e delle Associazioni/Società scientifiche di studiosi di Linguistica italiana e di Scienze del linguaggio al Ministro dell'Istruzione, dell'Università, della Ricerca, 2 agosto 2013. La posizione critica è sviluppata negli interventi raccolti in N. Maraschio e D. De Martino (a cura di), *Fuori l'italiano dall'università? Inglese, internazionalizzazione, politica linguistica*, Bari, 2013. La riflessione sui limiti e gli inconvenienti linguistici della internazionalizzazione, peraltro, precede la specifica vicenda del Politecnico: si vedano, ad esempio, le osservazioni di G. Bernini, *I processi di internazionalizzazione delle università italiane e le loro ricadute linguistiche*, in R. Bombi e V. Orioles, (a cura di), *150 anni. L'identità linguistica italiana. Atti del XXXVI Convegno della Società Italiana di Glottologia*, Roma, 2012, 151-165.

<sup>8</sup> *Supra*, nota 6.

<sup>9</sup> Si tratta di un principio stabilito dall'art. 271 del regio decreto n. 1592 del 1933, che il Consiglio di Stato ritiene superato dalla legge Gelmini. In questo senso, il ragionamento del Consiglio di Stato si discosta da quello del Tribunale amministrativo, ad avviso del quale i provvedimenti impugnati avevano marginalizzato in maniera indiscriminata l'uso della lingua italiana, protetto dal quadro giuridico vigente in funzione dei valori che ispirano lo Stato italiano.

<sup>10</sup> Corte costituzionale, sentenza 22 maggio 2009, n. 159.

ultime, come si è detto in apertura, si affiancano discipline che promuovono l'uso, da parte delle amministrazioni italiane, tanto dell'italiano quanto di lingue straniere.

Un esempio è offerto dalla partecipazione delle amministrazioni italiane alle reti amministrative europee, come quelle coordinate dalle agenzie e autorità europee in settori come la tutela ambientale, la sicurezza alimentare, la qualità dei prodotti farmaceutici e l'ordine pubblico.

In questo caso, la disciplina nazionale delle condotte linguistiche delle amministrazioni italiane è inquadrata da una ricca disciplina europea. In mancanza di disposizioni volte a governare specificamente le condotte linguistiche delle amministrazioni italiane all'interno dei sistemi comuni europei settoriali, le amministrazioni sono tenute ad operare nella lingua ufficiale della Repubblica<sup>11</sup>. Le norme che definiscono la lingua ufficiale dello Stato, però, fanno parte di più ampie discipline europee che regolano le interazioni linguistiche all'interno delle varie reti amministrative europee settoriali. Queste discipline risultano da una varietà di fonti, generali (come il regolamento n. 1 del 1958 e il regolamento n. 1049/2001<sup>12</sup>) e settoriali (ad esempio, le normative istitutive delle varie reti settoriali e delle agenzie europee preposte al loro coordinamento). Fondamentale, tuttavia, è il ruolo della prassi, sia perché molti aspetti dell'interazione linguistica che si svolge nei sistemi comuni europei sfuggono ad una vera e propria regolazione formale, sia perché le condotte effettive dei soggetti coinvolti nel funzionamento dei sistemi comuni europei tendono a discostarsi in misura significativa dalle disposizioni applicabili.

La complessità delle fonti giuridiche si riflette sull'obiettivo perseguito. L'ordinamento italiano promuove l'uso della lingua ufficiale della Repubblica da parte delle amministrazioni nazionali. Ma allo stesso tempo accetta che le amministrazioni nazionali operino in sistemi amministrativi settoriali le cui discipline linguistiche si orientano verso il monolinguisma inglese. Per la precisione, queste discipline promuovono un assetto incentrato su più orientamenti complementari: da un lato, un tendenziale monolinguisma inglese per l'attività meramente interna

---

<sup>11</sup> Secondo la ricostruzione della Corte costituzionale, la scelta dell'italiano quale lingua ufficiale dell'ordinamento è implicita nella Costituzione (sentenze 22 maggio 2009, n. 159 e 20 gennaio 1982, n. 28). Si veda, inoltre, l'art. 1, c. 1 della legge n. 482 del 1999.

<sup>12</sup> Regolamento n. 1 del 1958, che stabilisce il regime linguistico della Comunità economica europea, in GUUE 1958 17; e regolamento n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in GUUE 2001 L 145.

dell'ente europeo chiamato a coordinare il sistema comune settoriale, che cede il passo ad un multilinguismo almeno parziale nei casi di attività di alta amministrazione; dall'altro lato, un monolinguisma inglese che potrebbe dirsi temperato per le relazioni tra le varie componenti del sistema comune europeo; dall'altro lato ancora, un monolinguisma inglese corretto con un parziale multilinguismo per le relazioni tra l'ente europeo ed i destinatari dell'attività<sup>13</sup>. In questo modo, la promozione dell'uso dell'italiano da parte delle amministrazioni nazionali si accompagna all'accettazione dell'uso di più lingue veicolari, tra le quali spicca l'inglese.

Quanto agli strumenti attraverso i quali questo obiettivo è perseguito, sia la disciplina nazionale che quella europea dalla quale è inquadrata si limitano a definire le lingue in cui si possono svolgere le interazioni tra amministrazioni italiane, amministrazioni di paesi membri dell'Unione, amministrazioni europee e soggetti privati italiani o di altri Stati dell'Unione.

Sul piano linguistico, peraltro, sarebbe opportuno chiarire quali siano i caratteri dell'inglese effettivamente utilizzato ed i suoi rapporti con l'italiano e le altre lingue degli Stati membri. Tuttavia, le difficoltà di un'indagine linguistica sull'effettivo funzionamento di queste reti, che richiederebbe l'accesso alla documentazione delle interazioni orali e scritte, non consentono di verificare come nella pratica venga data attuazione a questa duplice tendenza della disciplina nazionale, la quale, da un lato, promuove l'uso dell'italiano da parte delle proprie amministrazioni, dall'altro, accetta che le amministrazioni nazionali operino in sistemi amministrativi settoriali le cui discipline linguistiche si orientano verso il monolinguisma inglese. L'accesso alla documentazione delle interazioni permetterebbe anche di verificare se si riscontrano pratiche di multilinguismo ricettivo, vale a dire di quella modalità comunicativa nella quale ciascuno degli interlocutori utilizza la propria lingua o una varietà di lingua nella quale è in grado di produrre fluentemente e che gli altri interlocutori sono in grado di comprendere grazie ad una competenza passiva<sup>14</sup>. Non ancora

<sup>13</sup> L'analisi su cui si basa questa conclusione è presentata in E. Chiti e R. Gualdo (a cura di), *Il regime linguistico dei sistemi comuni europei. Multilinguismo e monolinguisma nell'Unione europea*, Quaderno n. 4 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 2008, *passim*.

<sup>14</sup> Allo studio delle caratteristiche e delle potenzialità di questa modalità comunicativa è stato recentemente dedicato un numero monografico della rivista *International Journal of Multilingualism* (2013, Vol. 10) curato da J. D. ten Thije. Particolarmente interessante ai fini della presente ricerca può essere il saggio di R. Berthele e G. Wittlin, *Receptive Multilingualism in the Swiss Army*, in *10 International Journal of Multilingualism* 2, 181-195 (2013),

sufficientemente studiato e solitamente non contemplato nei testi ufficiali, il multilinguismo ricettivo è una strategia comunicativa che, se anche non può costituire la soluzione unica e definitiva per i problemi legati alla comunicazione interculturale, può risultare, almeno in alcuni ambiti, una strategia molto efficace per gestire la «multilingual challenge for the European citizen»<sup>15</sup>.

Se non è chiaro quali lingue e varietà di lingue vengano effettivamente utilizzate nelle interazioni, sono chiare, invece, le ragioni dello sviluppo di discipline di questo tipo. La promozione dell'uso dell'italiano risponde all'esigenza di affermare, sul piano politico, la rilevanza della lingua ufficiale della Repubblica nel funzionamento della macchina istituzionale dell'Unione europea, in linea con il principio del multilinguismo quasi perfetto affermato dai trattati europei. L'accettazione di pratiche amministrative orientate al monolinguisimo inglese, invece, ha ragioni essenzialmente funzionali, legate, in alcuni casi, alla prevalenza dell'inglese come lingua dell'attività di carattere tecnico-scientifico, che caratterizza la maggior parte dei sistemi comuni europei, in altri casi, alla necessità di assicurare che il processo decisionale si svolga in tempi adeguati alle questioni da affrontare, che possono talora essere di natura emergenziale, in altri casi ancora, alle abitudini linguistiche dei soggetti coinvolti nell'amministrazione di settore o alle loro preferenze politiche.

Un secondo esempio è quello dell'istruzione impartita nella scuola dell'infanzia e nel primo ciclo d'istruzione. La presenza sempre maggiore di minori stranieri e di minori italiani figli di migranti residenti in Italia ha determinato il graduale sviluppo di varie disposizioni di carattere linguistico. Queste si combinano in una disciplina tendenzialmente unitaria, di cui sono caratteristici alcuni aspetti.

---

che presenta dati sulle pratiche comunicative nelle interazioni fra istruttori e reclute nell'esercito svizzero. Nonostante alcune disposizioni ufficiali che prevedono che le reclute siano istruite nella loro prima lingua, sembra che capiti spesso che la lingua prevalente sia il tedesco, con disagio sia dal punto di vista pratico che simbolico per i gruppi di minoranza. Il saggio presenta dati sulle pratiche effettive, sulle lingue utilizzate e sulle percezioni e attitudini dei soggetti coinvolti, mostrando come il multilinguismo ricettivo rientri fra le strategie utilizzate nei gruppi misti ed evidenziando i vantaggi e le potenzialità di questa modalità comunicativa anche in contesti istituzionali. Del resto, già un ventennio fa Umberto Eco aveva evidenziato che «Una Europa di poliglotti non è una Europa di persone che parlano correntemente molte lingue, ma nel migliore dei casi di persone che possono incontrarsi parlando ciascuno la propria lingua e intendendo quella dell'altro» (U. Eco, *La ricerca della lingua perfetta nella cultura europea*, Roma, 1993, 377; cfr. anche A. Carli e E. Calaresu, *Language and science*, in M. Hellinger e A. Pauwels, *Handbook of Language and Communication: Diversity and Change*, Berlin/New York, 2007, 523-551, in particolare 545).

<sup>15</sup> J. D. ten Thije, *Lingua Receptiva (LaRa)*, in *10 International Journal of Multilingualism* 2, 137-139 (2013).

La disciplina che viene emergendo, anzitutto, risulta in parte dalla legislazione sull'istruzione primaria, in parte da atti ministeriali, tra i quali spiccano le Indicazioni nazionali per il curricolo della scuola dell'infanzia e del primo ciclo d'istruzione<sup>16</sup>, in parte da decisioni assunte dai singoli istituti scolastici.

Diversamente da quanto si potrebbe immaginare, poi, essa non richiede all'amministrazione scolastica di utilizzare esclusivamente l'italiano, in funzione della alfabetizzazione e dell'integrazione dei cittadini stranieri o dei figli di migranti. L'orientamento che si registra è assai più sfumato: l'italiano rappresenta la lingua principale delle attività scolastiche svolte nella scuola dell'infanzia e nel primo ciclo d'istruzione, indipendentemente dalla cittadinanza italiana o straniera degli studenti; ma a ciò si accompagna una moderata promozione dell'uso di una o più lingue diverse dall'italiano nei rapporti tra l'amministrazione scolastica e i minori stranieri e le loro famiglie.

Lo strumento utilizzato, ancora, è per lo più quello dell'articolazione del servizio offerto. Per un verso, il servizio di istruzione è erogato per tutti gli studenti, a prescindere dalla cittadinanza, in lingua italiana, coerentemente con gli obiettivi formativi definiti dalla normativa, che individuano nell'italiano la «lingua di scolarizzazione». L'italiano rappresenta dunque, allo stesso tempo, uno degli specifici oggetti della formazione e la lingua nella quale si svolge il complessivo processo formativo. Per altro verso, nel processo formativo vengono talora utilizzate, per tutti gli studenti, lingue straniere: nella scuola del primo ciclo, ad esempio, sono insegnate due «lingue comunitarie», tra cui l'inglese, ed è prevista la possibilità che una lingua straniera «sia utilizzata, in luogo della lingua di scolarizzazione, per promuovere e veicolare apprendimenti collegati ad ambiti disciplinari diversi»<sup>17</sup>. Per altro verso ancora, il servizio di istruzione è accompagnato, nel caso dei minori stranieri e dei figli di migranti, da numerosi servizi di supporto offerti in lingua straniera. Un esempio importante è quello dei servizi di mediazione culturale e linguistica, che sono svolti da professionisti e consistono, tra l'altro, nella traduzione dei *curricula* scolastici del paese d'origine, nella facilitazione dell'inserimento dell'allievo e nella comprensione dell'organizzazione,

<sup>16</sup> Le Indicazioni nazionali per il curricolo della scuola dell'infanzia e del primo ciclo d'istruzione sono state elaborate nel 2012 dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ai sensi dell'art. 1, c. 4 del DPR 20 marzo 2009, n. 89.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 37.

delle regole e delle attività scolastiche, il sostegno nella comprensione dei programmi<sup>18</sup>.

Quanto alle lingue il cui uso viene promosso, bisogna notare come all'amministrazione scolastica sia richiesta una notevole consapevolezza linguistica. L'amministrazione deve tenere conto, anzitutto, del fatto che l'italiano non costituisce per tutti gli studenti la lingua nativa. Questo non è legato solo alla circolazione delle persone prodotta dall'ordinamento europeo e ai fenomeni migratori globali, ma anche al tradizionale «policentrismo linguistico»<sup>19</sup> della società italiana, nella quale restano significative le varietà regionali, le differenze di competenze nell'italiano parlato e scritto, la dialettologia e le lingue minoritarie. In questo contesto, all'amministrazione scolastica si richiede di utilizzare e insegnare la lingua di scolarizzazione a partire dalle competenze linguistiche già maturate dagli allievi nell'idioma nativo. Analogamente, l'insegnamento dell'inglese e della seconda lingua dell'Unione europea nella scuola del primo ciclo deve essere volto a rendere gli alunni consapevoli della varietà dei sistemi linguistici e a promuovere le interazioni tra le due lingue dell'Unione, la lingua madre dello studente e la lingua della scolarizzazione, in modo da sviluppare nei bambini una consapevolezza plurilingue. Nei servizi di supporto, ancora, si chiede ai mediatori di tenere conto, tra l'altro, delle caratteristiche specifiche della lingua madre dello studente straniero, dalle quali dipende il grado di difficoltà linguistica che lo studente può incontrare nell'inserimento.

Lo sviluppo di questa disciplina giuridica, inoltre, è dovuto alla sua capacità di soddisfare più esigenze simultaneamente. La promozione dell'italiano come lingua principale nella quale l'amministrazione scolastica eroga il proprio servizio di formazione nei confronti di tutti gli studenti, senza distinzione in base alla cittadinanza, è funzionale all'obiettivo, di natura essenzialmente politica, dell'integrazione sociale dei minori stranieri, dei figli di migranti e delle loro famiglie nella collettività dei residenti nel territorio italiano. Allo stesso tempo, la moderata

---

<sup>18</sup> Le pratiche di mediazione variano molto da caso a caso. Un esempio interessante è offerto dall'esperienza bolognese, sulla quale si può vedere il documento del comune di Bologna intitolato *La mediazione culturale in ambito scolastico*, curato da Raffaella Pagani e Milena Zuppiroli e disponibile alla pagina [www.comune.bologna.it/media/files/la\\_mediazione\\_culturale.pdf](http://www.comune.bologna.it/media/files/la_mediazione_culturale.pdf).

<sup>19</sup> Così T. De Mauro, *L'Italia linguistica dall'Unità all'età della Repubblica*, intervento all'incontro su *La lingua italiana fattore portante dell'identità nazionale*, Quirinale, 21.02.2011, disponibile alla pagina [www.quirinale.it/qrnw/statico/eventi/2011-02-lett/doc/DeMauro.pdf](http://www.quirinale.it/qrnw/statico/eventi/2011-02-lett/doc/DeMauro.pdf), p. 4.

promozione dell'uso di una o più lingue straniere nell'erogazione di una serie di servizi strumentali risponde all'esigenza funzionale di agevolare la comunicazione e le relazioni tra scuola, allievi e famiglie, che rivestono un'importanza non trascurabile nel processo di integrazione dei minori nell'ambiente scolastica. Alla base di questo sviluppo, dunque, vi è una stretta combinazione di ragioni politiche e ragioni funzionali.

Anche in questo caso, i due esempi servono non a fondare conclusioni generali, ma a mostrare la varietà dei modi attraverso i quali l'ordinamento promuove l'uso da parte delle amministrazioni nazionali tanto dell'italiano quanto di lingue straniere. In entrambi i casi, lo sviluppo delle discipline può essere ricondotto a una combinazione di ragioni politiche e funzionali: risponde a un obiettivo di natura politica la promozione dell'uso dell'italiano, mentre l'accettazione o la promozione dell'uso di lingue straniere risponde a esigenze essenzialmente funzionali. Se le discipline possono essere spiegate alla luce degli stessi fattori, però, la loro costruzione complessiva è diversa: in un caso, l'ordinamento promuove l'uso dell'italiano da parte delle amministrazioni nazionali e accetta, allo stesso tempo, che le amministrazioni nazionali operino in sistemi amministrativi settoriali le cui discipline linguistiche si orientano verso il monolinguisma inglese; nell'altro, la promozione dell'italiano è accompagnata da una moderata promozione dell'uso di una o più lingue straniere. Sono diverse anche le fonti giuridiche utilizzate, dato che solo nell'esempio della partecipazione delle amministrazioni italiane alle reti europee la disciplina nazionale è inquadrata dalla disciplina sovranazionale. Sono diversi, inoltre, gli strumenti attraverso i quali le discipline perseguono i propri obiettivi: nel caso della partecipazione alle reti amministrative europee, la disciplina nazionale e quella sovranazionale stabiliscono le lingue in cui si possono svolgere le interazioni tra le amministrazioni italiane, le amministrazioni straniere e dell'Unione, i soggetti privati stranieri; nel caso del servizio di istruzione nella scuola dell'infanzia e nel primo ciclo, si disciplinano gli aspetti linguistici dell'erogazione dei vari servizi offerti dall'amministrazione scolastica.

Come lo sviluppo esaminato nel paragrafo precedente, poi, anche questo pone serie difficoltà di analisi. Sul versante giuridico, l'analisi è complicata dal fatto che gli orientamenti che si registrano sono spesso informali e si realizzano attraverso il

graduale consolidamento di pratiche amministrative, difficilmente misurabili. Ancora più sfuggente risulta l'analisi linguistica: quali sono esattamente le lingue straniere il cui uso viene promosso? A quale livello e in quali varietà? E come le lingue straniere modificano la lingua burocratica utilizzata nel sistema amministrativo nazionale?

Da ultimo, la messa a punto di discipline che promuovono l'uso tanto dell'italiano quanto di lingue straniere da parte delle amministrazioni è tutt'altro che privo di conseguenze. La scelta di riconoscere la rilevanza dell'inglese e di altre lingue straniere a fianco dell'italiano, promuovendone l'uso, influisce sul repertorio linguistico delle amministrazioni settoriali interessate, sui processi decisionali, sulle capacità linguistiche del personale amministrativo e dei destinatari dell'attività amministrativa. È probabile, inoltre, che inneschi processi di adattamento e opposizione all'interno delle amministrazioni coinvolte. Si tratta, però, di processi dei quali non risultano esempi sufficientemente articolati e che potranno essere ricostruiti solo attraverso un'indagine empirica che fuoriesce dai limiti di questo scritto.

### **3. – Quale equilibrio tra unità e pluralismo?**

Agli sviluppi ricostruiti nelle pagine precedenti, la scienza giuridica e quella linguistica hanno dedicato, sin qui, ben poca attenzione. Eppure, tali sviluppi sono tutt'altro che irrilevanti. Segnalano un movimento importante nella disciplina delle condotte linguistiche delle amministrazioni pubbliche, destinato, verosimilmente, a rafforzarsi, carico di conseguenze e potenzialmente in grado di mettere in discussione alcuni punti di vista consolidati.

Di questi sviluppi si debbono notare vari aspetti. Essi non danno luogo, per cominciare, a una politica linguistica unitaria, caratterizzata da finalità chiare e da strumenti volti alla loro realizzazione. Le discipline che vengono emergendo rappresentano, piuttosto, un insieme di regimi giuridici tra loro relativamente autonomi, messi a punto in settori differenti e in risposta a problemi di volta in volta diversi. Tali regimi, poi, formano un insieme composito e plurale. L'ordinamento italiano, in effetti, regola in vari modi le condotte linguistiche delle amministrazioni nazionali nello svolgimento delle loro attività di rilevanza europea e globale. Non si tratta di una disciplina giuridica unitaria, ma di discipline diverse, che perseguono

obiettivi differenti. Come si è detto in apertura, questi due orientamenti non debbono essere intesi come sviluppi tra loro contrapposti, ma come discipline che si collocano in punti diversi di un *continuum* tra due poli, quello della esclusiva promozione dell'uso di lingue straniere e quello della esclusiva promozione dell'uso dell'italiano. Le risposte che l'ordinamento dà alla sempre più profonda apertura europea e globale del sistema amministrativo italiano sono orientate attorno ad uno soltanto dei due estremi, quello dell'esclusiva promozione dell'uso di lingue diverse dall'italiano, o individuano formule intermedie, basate sulla promozione dell'uso tanto dell'italiano quanto di lingue straniere. Non si registrano, invece, ipotesi nelle quali l'ordinamento promuove l'uso esclusivo dell'italiano a scapito dell'uso di altre lingue.

L'emergere di queste discipline, inoltre, può essere spiegato alla luce di vari fattori. Nelle pagine precedenti, si è osservato come le ragioni alle quali può essere ricondotta la loro elaborazione sono in parte funzionali, legate alle esigenze di funzionamento e alla capacità di svolgimento delle attività amministrative, in parte politiche, connesse ad esigenze che l'ordinamento intende soddisfare. Questa combinazione di ragioni funzionali e politiche, però, non spiega fino in fondo lo sviluppo dei vari regimi linguistici. Un ruolo essenziale è giocato dai tratti più propriamente linguistici delle interazioni, dai soggetti coinvolti ai canali utilizzati, al grado di formalità, ai diversi gradi di equilibrio tra le diverse funzioni della lingua, e, in particolare, tra quella comunicativa e quella simbolica. Quest'ultimo aspetto è particolarmente importante. Anche se è difficile distinguere in modo netto le varie funzioni, gli esempi raccolti sembrano evidenziare la tendenza a promuovere l'uso dell'inglese quando la funzione linguistica è prevalentemente comunicativa ed è più importante favorire il passaggio di informazioni. Quando la funzione è prevalentemente simbolica, invece, viene promosso l'uso della lingua italiana.

Per cogliere la rilevanza delle discipline linguistiche che vengono sviluppandosi, però, non basta metterne a fuoco le finalità e le ragioni. Occorre anche chiedersi quale punto di equilibrio esse stabiliscano tra unità e pluralismo linguistico, in quale modo, cioè, esse strutturino la dialettica tra queste due specifiche dimensioni del sistema linguistico, individuando soluzioni che ne permettano la convivenza.

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti suggerisce che le discipline in corso di elaborazione privilegiano, nel complesso, la dimensione del pluralismo linguistico a scapito di quella dell'unità. La valorizzazione del pluralismo, tuttavia, avviene in due modi diversi. Per un verso, l'inglese è riconosciuto come lingua veicolare delle amministrazioni nazionali, a fianco dell'italiano o in concorrenza con esso, quando le amministrazioni svolgono attività di rilevanza europea o globale. Questa è la direzione nella quale spingono non solo le discipline che promuovono l'uso dell'inglese a scapito dell'italiano, come quella prodotta dalla politica di internazionalizzazione del sistema universitario, ma anche le discipline che promuovono tanto l'uso dell'inglese quanto quello dell'italiano, come avviene nella disciplina delle condotte linguistiche delle amministrazioni italiane all'interno dei sistemi comuni europei. Per altro verso, viene riconosciuta la rilevanza di lingue straniere, anche rare, diverse dall'inglese, per alcuni specifici tipi di attività amministrativa. Ciò avviene, ad esempio, nel caso della disciplina linguistica dell'attività militare e dell'istruzione nella scuola dell'infanzia e nel primo ciclo.

La tendenza alla valorizzazione del pluralismo linguistico a scapito dell'unità potrebbe essere considerata un'autentica novità nella storia dello Stato italiano. Secondo un punto di vista diffuso, infatti, l'ordinamento avrebbe attivamente promosso, a partire dall'unificazione politica e amministrativa e per tutto il corso del Novecento, l'uso dell'italiano da parte delle amministrazioni, dando luogo a un assetto incentrato sull'unità linguistica e sulla centralità dell'italiano e formalizzato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Gli sviluppi registrati nelle pagine precedenti, invece, metterebbero direttamente in discussione questo assetto, rafforzando il pluralismo nei modi di cui si è detto. Una simile interpretazione, però, non può essere condivisa. È vero che l'ordinamento giuridico ha promosso l'italiano, a partire dall'unificazione e per tutto il XX secolo, come lingua del sistema amministrativo nazionale<sup>20</sup> e che le discipline elaborate negli ultimi anni, con il loro

---

<sup>20</sup> Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha affermato sin dai primi anni Ottanta che «la Costituzione conferma per implicito che il nostro sistema riconosce l'italiano come unica lingua ufficiale» (sentenza n. 28 del 1982), e alla disposizione dell'art. 1, c. 1, della legge n. 482 del 1999, la quale, nel dare attuazione all'art. 6 della Costituzione, individua nella lingua italiana la «lingua ufficiale della Repubblica». Per una discussione complessiva dell'effettivo rilievo costituzionale della lingua italiana (e dei tentativi, sempre falliti, del suo riconoscimento nella Costituzione quale lingua ufficiale della Repubblica), si veda M. Franchini, «Costituzionalizzare» l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?, in *Rivista AIC*, 2012. Si veda anche, in una prospettiva linguistica, C. Marazzini, *Da Dante alle lingue del web. Otto secoli di dibattiti sull'italiano*, Roma, 2013, 266-267, che sottolinea la rilevanza della differenza tra lingua nazionale e lingua ufficiale,

esplicito riconoscimento della rilevanza dell'uso delle lingue straniere da parte delle amministrazioni italiane, rappresentano uno sviluppo che per la prima volta mette direttamente in discussione tale orientamento. Allo stesso tempo, però, l'ordinamento ha riconosciuto il principio pluralistico attraverso la tutela delle minoranze linguistiche, che costituisce uno dei principi fondamentali della Costituzione<sup>21</sup>. Soprattutto, il multilinguismo, inteso come coesistenza sia di più lingue, sia di più varietà di una stessa lingua in una stessa comunità, ha da sempre caratterizzato le pratiche e l'attività della burocrazia italiana e le sue interazioni con i cittadini, al di là dell'orientamento del quadro normativo<sup>22</sup>.

La novità degli sviluppi registrati in questa indagine, dunque, non sta tanto nella messa a punto di soluzioni che privilegiano la dimensione del pluralismo linguistico a scapito di quella dell'unità, quanto piuttosto nella varietà delle lingue utilizzate dalle amministrazioni: al momento dell'unificazione, soprattutto l'italiano, con le sue varietà, e i dialetti e/o le parlate alloglotte; oggi, anche le lingue dei parlanti e delle amministrazioni di altri paesi.

---

riferendo la prima al «possesso naturale da parte di un popolo che si identifica nella propria lingua», la seconda «a un uso pubblico». Questa distinzione, che porterebbe a far coincidere la lingua nazionale con la funzione più comunicativa della lingua e quella ufficiale con la sua funzione più simbolica, non è universalmente riconosciuta e possono esserci delle sovrapposizioni nell'uso dei due termini. Così, ad esempio, sembrerebbe più vicina al concetto di lingua ufficiale con valore simbolico la definizione che Dardano propone di lingua nazionale. Per questo autore, la lingua nazionale è «il sistema linguistico (o la varietà di un sistema linguistico) adottato da una comunità, costituente una nazione, come contrassegno del proprio carattere etnico e come strumento dell'amministrazione, della scuola, degli usi ufficiali e scritti» (M. Dardano, *Manualetto di linguistica italiana*, Firenze, 1991, 101). Al di là del rilievo costituzionale dell'italiano, la promozione dell'italiano come lingua del sistema amministrativo ha rappresentato, come noto, un elemento essenziale della costruzione dell'Italia come ordinamento unitario. Questo aspetto è stato posto in evidenza nei primi anni Sessanta del XX secolo da Tullio De Mauro, che ha notato come l'Italia sia stata costruita non solo per mezzo dell'alfabetizzazione elementare e della leva militare, ma anche attraverso la creazione di un corpo di burocrati, «che dai trasferimenti sono stati costretti ad abbandonare spesso, almeno in pubblico, il dialetto d'origine e ad usare e diffondere un tipo linguistico unitario» (T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, Bari, 2005, IX ed., 105). Questa prospettiva è ripresa alla fine del secolo da Guido Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 48.

<sup>21</sup> La tutela delle minoranze linguistiche è generalmente ricondotta all'art. 6 della Costituzione, che rimanda ad apposite norme per la tutela delle minoranze linguistiche. Mentre le lingue delle aree di confine sono state tutelate a partire dal secondo dopoguerra (S. Dal Negro, *Il DDL 3366 - "Norme in materia delle minoranze linguistiche storiche": qualche commento da (socio)linguista*, in *Linguistica e filologia*, 12, 2000, 91-105), la tutela delle altre minoranze linguistiche storiche è prevista dalla legge 15 dicembre 1999, n. 482, «Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche». Tra le varie perplessità avanzate da linguisti e sociolinguisti sulla sua utilità e attuabilità (per una sintesi v. F. Toso, *Le minoranze linguistiche in Italia*, Bologna, 2008), è importante sottolineare che la legge include solo (e in modo impreciso) le minoranze linguistiche storicamente presenti nel territorio italiano, senza considerare, dunque, quelle di immigrazione più recente.

<sup>22</sup> Rispetto al periodo fondativo del sistema amministrativo italiano, Tullio De Mauro ha rilevato come il tipo linguistico utilizzato dalle amministrazioni fosse influenzato dai dialetti, soprattutto meridionali, e come «gli arcaismi e le innovazioni più audaci si mescolano sotto la penna degli amministratori» (T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, cit., 106).

La circostanza che le discipline linguistiche in corso di elaborazione sviluppino una dimensione, quella pluralista, già presente nell'assetto linguistico del sistema amministrativo italiano, in ogni caso, non significa che esse non siano cariche di implicazioni, anche problematiche.

#### 4. – Uno sviluppo problematico

La questione più immediata è quella delle conseguenze che questi sviluppi hanno sul ruolo e sullo *status* dell'italiano come lingua delle amministrazioni nazionali. È su questo aspetto che si sono appuntate, sin qui, le reazioni della scienza giuridica e di quella linguistica. Studiosi di entrambe le discipline si sono affrettati a correre in soccorso dell'italiano, lamentando l'incostituzionalità e i costi culturali di alcuni dei nuovi regimi linguistici e chiedendone il superamento.

La prospettiva di questo studio, tuttavia, è più sfumata. Non si tratta di negare che l'uso sempre più diffuso e in contesti sempre più estesi di lingue diverse dall'italiano, e in particolare dell'inglese, sollevi problemi giuridici e porti con sé un rischio di regressione strutturale e funzionale dell'italiano. Nel valutare le implicazioni dei nuovi regimi linguistici, però, occorre evitare interpretazioni eccessivamente rigide del quadro costituzionale, prospettare soluzioni che non si esauriscano nella semplice rimozione degli sviluppi in atto, considerare che tali sviluppi hanno conseguenze anche sui modi di funzionamento del sistema amministrativo italiano.

La riflessione sulle implicazioni delle discipline in corso di elaborazione, anzitutto, dovrebbe muovere dal riconoscimento che esse sono giuridicamente giustificabili. La Corte costituzionale ha stabilito che l'ordinamento riconosce l'italiano come unica lingua ufficiale dell'ordinamento e protegge il «patrimonio linguistico e culturale» di quest'ultima. Questo principio, come si è già osservato, ha convissuto a lungo con numerose e articolate pratiche di plurilinguismo nel sistema amministrativo italiano, oltre che con il formale riconoscimento del pluralismo operato attraverso la tutela costituzionale delle minoranze linguistiche. Deve essere interpretato, tuttavia, come «criterio interpretativo generale delle diverse disposizioni che prevedono l'uso delle lingue minoritarie, evitando che esse possano essere intese come alternative alla lingua italiana o comunque tali da porre in posizione marginale

la lingua ufficiale della Repubblica»<sup>23</sup>. Gli sviluppi in atto tendono a discostarsi da questo disegno. Essi valorizzano il pluralismo linguistico al di là di quanto previsto espressamente dalla Costituzione e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, promuovendo non tanto lingue minoritarie quanto lingue straniere e ammettendo la possibilità che il loro uso sia, in alcuni casi, alternativo a quello della lingua italiana. Ciò impone una nuova discussione del quadro costituzionale di riferimento, che la Corte costituzionale potrebbe svolgere nella pronuncia relativa alla questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di Stato nel giudizio sulla decisione del Politecnico di Milano di rendere obbligatorio l'insegnamento in lingua inglese nei corsi di laurea e di dottorato, sopra richiamata<sup>24</sup>. In attesa di questa pronuncia, si può notare come il riconoscimento dell'italiano quale lingua ufficiale dell'ordinamento, che non può essere messa in una posizione marginale a vantaggio di altre lingue, non rappresenti un principio assoluto. Una disciplina linguistica che produce l'effetto di limitare l'uso dell'italiano può essere giustificata in base ad altri principi o norme costituzionali. Ad esempio, la promozione di lingue straniere a fianco dell'italiano nella scuola dell'infanzia e nel primo ciclo d'istruzione può essere giustificata in base alle esigenze di integrazione sociale e politica, mentre l'accettazione del monolinguisma inglese nelle interazioni tra le amministrazioni italiane e quelle europee e di altri paesi membri dell'Unione può essere giustificata in base alla prevalenza del diritto europeo su quello domestico. Le ragioni che portano a riconciliare i nuovi regimi linguistici con il quadro costituzionale variano da caso a caso e non sono sempre immediate. Ciò che è importante notare, però, è che anche nei casi più complessi, come quello dell'istruzione universitaria, vi possono essere dei modi per giustificare sul piano costituzionale una disciplina che produce un effetto di marginalizzazione dell'italiano.

In secondo luogo, occorre riconoscere che le nuove discipline linguistiche portano con sé un rischio reale di regressione strutturale e funzionale dell'italiano, connesso all'uso sempre più diffuso e in contesti sempre più estesi di altre lingue, e in particolare dell'inglese. Questo rischio può e deve essere contrastato. La prospettiva complessiva, però, non dovrebbe essere tanto quella del superamento dei regimi che promuovono l'inglese e altre lingue straniere a fianco dell'italiano o in

---

<sup>23</sup> Corte costituzionale, sentenza 22 maggio 2009, n. 159.

<sup>24</sup> *Supra*, § 2.

concorrenza con esso. Ciò non terrebbe conto delle esigenze funzionali alle quali le amministrazioni debbono fare fronte e degli obiettivi politici che l'ordinamento può perseguire. Le nuove discipline, come si è detto, sono il frutto degli specifici caratteri delle interazioni nelle quali sono coinvolte le amministrazioni nazionali, ed in particolare delle funzioni linguistiche che entrano in gioco di volta in volta. Più in generale, derivano da esigenze in parte funzionali, in parte politiche, che ne spiegano e giustificano lo sviluppo. Ciascuno degli esempi richiamati può essere considerato una risposta pragmatica a specifiche esigenze incontrate dall'amministrazione nell'esercizio di funzioni caratterizzate da una sempre maggiore rilevanza europea e globale. Non dobbiamo dimenticare che le lingue servono principalmente per comunicare, anche se poi assumono un ruolo simbolico e il loro effettivo uso ne può determinare la sopravvivenza o la scomparsa. Di fronte a questi delicati equilibri, piuttosto che ipotizzare la rimozione delle nuove discipline, conviene allora mettere a punto strategie compensative, che consentano di bilanciare su altri piani del sistema linguistico il regresso che l'italiano può subire per effetto di regimi linguistici che promuovono lingue straniere. Tali strategie compensative possono anche non essere organizzate in una vera e propria politica linguistica. A rilevare è soprattutto la loro capacità di recuperare il patrimonio linguistico e culturale dell'italiano.

Da ultimo, gli sviluppi considerati in questo studio hanno conseguenze anche sui modi di funzionamento del sistema amministrativo italiano. La messa a punto di una pluralità di discipline orientate alla promozione di una o più lingue straniere, a fianco dell'italiano o in sua sostituzione, è uno sviluppo che esprime la capacità delle amministrazioni e del legislatore di adattare il regime linguistico delle varie componenti del sistema amministrativo a situazioni differenti, in un modo duttile e pragmatico. Allo stesso tempo, c'è il rischio di *ad hoc*-ismo, di mancanza di progettualità, di scelte caso per caso che rappresentano delle reazioni a circostanze contingenti, piuttosto che delle risposte ponderate, fondate su una riflessione dei costi e dei benefici. Vi è, inoltre, un pericolo di frammentazione del sistema amministrativo italiano, di spaccature tra amministrazioni di *élite*, capaci di attrezzarsi linguisticamente, e amministrazioni ordinarie, che faticano ad approntare regimi linguistici funzionali alle esigenze di un'attività la cui rilevanza europea e globale è sempre maggiore.





ISSN 2037-6677

2016/2

## **Le trasformazioni del linguaggio delle pubbliche amministrazioni**

## **The transformation of the language of Public Administration**

**O. Roselli**

## Abstract

The paper investigates the evolution of the language in the public administration from Italian Unification. The Author aims to highlight the relation between the transformation of the legal language and the evolution of Italian form of state. It further assesses the evolution of language in legislation, jurisprudence and administration relating to institutions and citizens.

Tag : language, public administration, Italy, legislation, jurisprudence



## Le trasformazioni del linguaggio delle pubbliche amministrazioni\*

di Orlando Roselli

SOMMARIO: 1. – Le trasformazioni del linguaggio come indicatore delle trasformazioni ordinamentali. 2. – Il retroterra culturale, linguistico e normativo della legislazione di unificazione amministrativa del 1865. 3. – La legislazione sull'unificazione amministrativa del 1865 momento parziale del processo unitario nazionale. Unificazione amministrativa e contesto economico-sociale. 4. – Dinamiche sociali e storicità del linguaggio giuridico. 5. – La disciplina amministrativa ed il processo di modernizzazione del paese. 6. – Il diritto (ed il suo linguaggio) si piega alle esigenze della guerra. Le controverse dinamiche del primo dopoguerra. 7. – Il linguaggio dell'amministrazione ed il fascismo. 8. – Il linguaggio delle Costituzioni di valori. Il ritardo ad adeguarsi delle pubbliche amministrazioni e della stessa giurisprudenza (in particolare amministrativa). 9. – Il progressivo evolversi del linguaggio della cultura giuridica, della legislazione, della giurisprudenza e degli apparati amministrativi nelle relazioni tra Istituzioni e cittadini. 10. – La svolta di paradigma culturale nel linguaggio delle pubbliche amministrazioni nell'ultimo trentennio.

### 1. – Le trasformazioni del linguaggio come indicatore delle trasformazioni ordinamentali

---

\* Si tratta del contributo scritto per *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di Leonardo Ferrara e Domenico Sorace, Firenze, University Press. Una versione più estesa, con il titolo *Le trasformazioni del linguaggio delle pubbliche amministrazioni. Un indicatore del mutare del rapporto cittadino-istituzioni* è in corso di pubblicazione in O. Roselli, *Diritto, valori, identità. Scritti di diritto e letteratura e sul linguaggio come strumenti di comprensione della dimensione giuridica*, Napoli, 2016.

Il linguaggio è elemento caratterizzante un ordinamento giuridico, il modo con cui questo si rappresenta, definisce il sistema di relazioni, il rapporto tra istituzioni e cittadini, l'immagine che ha della società.

L'analisi delle trasformazioni del linguaggio è quindi un prezioso strumento per comprendere le trasformazioni profonde dei caratteri di un ordinamento giuridico.

Un arco di tempo come quello che ci separa dai centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa del nostro Paese, offre, sul versante del "modo di esprimersi" di un ordinamento giuridico, un immenso ambito di riflessioni, che in questa sede possono solo essere avviate.

Il principale obiettivo di questo necessariamente breve contributo vuole essere quello di evidenziare come lo studio delle trasformazioni del linguaggio giuridico possa aiutarci a comprendere trasformazioni profonde della stessa forma di Stato, il modo (multiforme) di relazionarsi dell'ordinamento con le trasformazioni della società.

Per quanto riguarda le funzioni e l'attività delle pubbliche amministrazioni l'evoluzione del linguaggio segnala un lento, non lineare, processo dalla sudditanza alla cittadinanza<sup>1</sup>.

Non solo: proprio per il ruolo che la legislazione in materia amministrativa ha nel processo costituzionale di unificazione nazionale il linguaggio giuridico utilizzato si interseca con l'evoluzione del lessico del linguaggio politico<sup>2</sup>.

Del resto, la stessa legislazione del 1865 è materialmente di rilievo costituzionale, determina caratteri fondamentali della forma di Stato quanto ai profili della struttura del potere e dei suoi rapporti con la società civile molto più di quanto abbia fatto lo Statuto albertino di diciassette anni prima.

Assistiamo a mutamenti del linguaggio giuridico nelle fasi risorgimentali, di consolidamento dello Stato liberale e poi della sua crisi, del ventennio fascista, della rivoluzione rappresentata dal nuovo assetto costituzionale, del mutamento nelle funzioni e nelle attività degli apparati pubblici determinato dalla costruzione dello

<sup>1</sup> Si v. l'imponente riflessione sulla evoluzione della nozione di cittadinanza di P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. Vol. 1. *Dalla civiltà comunale al Settecento*. Vol. 2. *L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*. Vol. 3 *La civiltà liberale*. Vol. 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, 1999, 2000, 2001, 2001.

<sup>2</sup> A.M. Banti, A. Chiavistelli, L. Mannori, Meriggi M. (a cura di), *Atlante culturale del Risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'Unità*, Roma-Bari, 2011.

Stato sociale, del ruolo assunto dallo “Stato regolatore”, sino alle trasformazioni di un sistema amministrativo che deve fare i conti con il processo anche linguistico di integrazione europea ed un sempre più ampio sistema di relazioni transnazionali e di presenza di comunità straniere.

Mutamenti del linguaggio che attengono non necessariamente ai soli mutamenti terminologici ma soprattutto di significato, tanto che, nel mutare della forma di Stato, l’uso identico di molti termini (ad esempio: “popolo”, “diritto”, “cittadino”) sembra mantenere in comune solo un’assonanza fonetica.

Peraltro, nella stessa evoluzione linguistica i termini conservano una “memoria” dei significati precedenti che, in particolare nelle fasi di transizione, possono continuare a condizionarne la portata normativa.

## **2. – Il retroterra culturale, linguistico e normativo della legislazione di unificazione amministrativa del 1865**

La legislazione di unificazione amministrativa del 1865 ha un significativo retroterra politico, normativo e linguistico.

Si pensi non solo allo Statuto albertino ma ai plebisciti di annessione, alla legislazione, per tanti profili anticipatrice, del 1859 (e del 1861), alla proclamazione del Regno d’Italia.

Analizzando in sequenza queste fonti (ed il linguaggio da loro utilizzato), è possibile constatare come, nel breve arco temporale che va dal 1848 al 1865, si è avuto il superamento, sul terreno della costituzione materiale, di alcune ambiguità che caratterizzano lo Statuto albertino.

Vi è, in sintesi, nel flessibile Statuto, proprio con riferimento alle sue più significative innovazioni, un ambito di indeterminatezza ben individuato con il ricorrente rinvio alla legge. Ciò che finirà per caratterizzare la forma di Stato sarà proprio il modo con cui la legislazione darà risposte agli spazi lasciati indeterminati: si pensi al susseguirsi, durante tutta la seconda metà dell’Ottocento, di leggi di pubblica sicurezza con cui si risponde alle cicliche tensioni sociali ispirandosi a logiche tutt’altro che liberali.

### **3. – La legislazione sull'unificazione amministrativa del 1865 momento parziale del processo unitario nazionale. Unificazione amministrativa e contesto economico-sociale**

Il 1865 è dunque solo un passaggio, certamente rilevante, dei processi di unificazione normativa ed amministrativa, anche perché questi si determinano altresì in altri ambiti fondamentali della vita nazionale: si pensi, ad esempio, a quello monetario-creditizio ed a quello militare. Ambiti nei quali il processo di unificazione segue logiche fortemente differenziate (plurale nel primo caso, con il convivere delle banche centrali degli Stati pre-unitari sino al 1893; selettivo-discriminatorio-autoritario nell'ambito degli apparati militari). Il 1865 è poi l'anno dell'entrata in vigore nel Regno d'Italia dei codici civile, di commercio, di procedura civile, della marina mercantile, altrettanto importanti, ai fini dell'integrazione nazionale, della legislazione di unificazione amministrativa.

Valutare le conseguenze politico-amministrative-istituzionali della legge 20 marzo 1865 n. 2248 e dei suoi allegati nel processo di unificazione nazionale a partire da una sua disamina isolata sarebbe dunque riduttivo. Così, ad esempio, la lentissima (ma di tutta evidenza, relevantissima) unificazione monetaria e creditizia si è determinata in un arco pluridecennale partendo dalla constatazione dell'impossibilità immediata di *reductio ad unum* di tali attività in capo ad un'unica Banca centrale.

Non si possono cogliere le relazioni tra linguaggio ed ordinamento giuridico se non contestualizzandoli al tessuto economico-sociale.

Il linguaggio giuridico degli ultimi decenni dell'Ottocento si è “modernizzato”, ha perduto alcuni dei suoi caratteri esoterici, ma resta il fatto che la stragrande maggioranza della popolazione non solo è analfabeta ma non parla italiano ed il dialetto è per i più l'unica (è il caso di dire) lingua conosciuta, tanto che ancora nella prima guerra mondiale alcune decimazioni sembrano dovute a non aver eseguito ordini non compresi.

### **4. – Dinamiche sociali e storicità del linguaggio giuridico**

È stato ricordato come la stessa nozione di “diritto amministrativo” sia una nozione storicamente determinata e dai contorni in continua evoluzione proprio con riferimento ai caratteri della forma di Stato, «non costituisce uno di quei lemmi da sempre presenti nel vocabolario giuridico», risale all’ «età napoleonica» ed «il primo trattato» che lo utilizza «esplicitamente» è «del 1814»<sup>3</sup>.

Poco più di mezzo secolo separa l’utilizzazione scientifica di un tale lemma dalla legislazione di unificazione amministrativa del 1865 e ciò che colpisce è la sua generalizzata acquisizione da parte della comunità dei giuristi e degli operatori del diritto in un arco di tempo così breve. La nascita di un moderno diritto amministrativo ha una rilevanza forse non minore di quella delle codificazioni nel definire i caratteri dell’ordinamento. Del resto, l’una e le altre rispondono alla stessa esigenza: quella della unificazione nazionale. Anche i codici civile e commerciale sono parte integrante del nuovo diritto pubblico nazionale (si pensi alle riflessioni di Cesarini Sforza sulla distinzione tra diritto pubblico, diritto privato e diritto dei privati, i primi due accomunati dalla matrice statutale)<sup>4</sup>.

Il grado di pervasività di una nozione (linguistica e giuridica) è data dalla misura con cui la comunità la considera acquisita, e può introiettarla sino al punto da presumerla sempre esistita: è il caso della stessa nozione di “sciopero”<sup>5</sup>.

Dietro la formulazione del lemma “interesse legittimo” vi è un determinato sviluppo dei rapporti tra cittadino e Stato così come la nozione di “contratto collettivo” (che tanto ha impegnato la cultura giuridica a cavallo tra Otto e Novecento) rappresenta la naturale conseguenza dell’irrompere nella scena sociale dei sindacati di massa.

Il processo di costruzione di termini e categorie giuridiche ha seguito i tempi dell’evolversi della società, tempi rispetto a quelli odierni che ci appaiono lunghissimi (un problema per la cultura giuridica contemporanea è quello di tenere il

<sup>3</sup> L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 5.

<sup>4</sup> Si pensi al celebre contributo di Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, e alle relative considerazioni di P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, 169 ss.

<sup>5</sup> O. Roselli, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, Torino, 2005. G.C. Jocteau, *L’armonia perturbata. Classi dirigenti e percezione degli scioperi nell’Italia liberale*, Bari, 1988, 22, ricorda come le principali lingue europee, compresa la nostra, non abbiano neppure coniato il termine prima del processo di industrializzazione.

passo con la sempre più accelerata rapidità delle trasformazioni tecnologiche e sociali).

Ma vi sono alcuni testi normativi (e la legislazione del 1865 ne è testimonianza) la cui lettura ci aiuta a comprendere le trasformazioni della società talora molto più di raffinate analisi sociologiche.

Si pensi all'uso, all'art. 3 dell'allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248, del termine "affari", utilizzato per descrivere l'esigenza di una qualche forma di tutela in ambito amministrativo anche al di fuori delle ipotesi di fattispecie concrete non riconducibili ad «un diritto civile o politico» (o ad una causa «per contravvenzioni») di cui parla l'art. 2 dello stesso allegato.

L'ordinamento giuridico inizia (cautamente) ad evolversi nel rapporto tra cittadini ed amministrazione, nella consapevolezza che questo non può più essere delimitato nel solo recinto dei diritti soggettivi.

Inizia il cammino che porterà alla elaborazione del lemma (e della tutela) degli "interessi legittimi"<sup>6</sup>.

Accanto alla coniazione di nuovi lemmi il linguaggio giuridico conosce, come sopra ricordato, talora profondissimi mutamenti di significato, tanto che, nel mutare delle forme di Stato e del conseguente contenuto normativo, muta spesso la *ratio* degli istituti. In altre parole, «la qualificazione giuridica delle attività è variabile, come lo sono i bisogni e gli interessi, perché cambia nel tempo e con il mutare delle opinioni, della tecnica e delle condizioni di mercato»<sup>7</sup>. Si pensi all'evolversi della nozione di "servizio pubblico"<sup>8</sup>.

Un effetto rilevantissimo del processo unitario è quello del radicamento nella psicologia collettiva della nozione di persona (giuridica) con riferimento allo Stato<sup>9</sup>.

Introiezione sociale della nozione, coniata faticosamente dalla cultura giuridica, che ne ratifica il successo, ed a cui ha concorso anche la percezione non sempre positiva del ruolo dello Stato.

<sup>6</sup> W. Gasparri, «Il punto logico di partenza». *Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica dell'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2004, *passim*.

<sup>7</sup> G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 385.

<sup>8</sup> *Ibidem*, 384 ss. Si v., per tutti, G. F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, 2002, *passim*.

<sup>9</sup> Sulla complessa elaborazione della nozione di persona giuridica si veda, in primo luogo, il numero speciale dei Quaderni Fiorentini, *Itinerari moderni della persona giuridica*, 1982-1983, n. 11-12.

Uno Stato che, tra l'altro, nell'imporre il processo di unificazione, non si avvale solo della legislazione ma dell'esercito e della pubblica sicurezza.

L'esercito è di per sé un ordinamento giuridico con una grande capacità uniformante, rappresenta spesso il volto autoritario, talora violento dello Stato (si pensi al contrasto di quel complesso ed ambiguo fenomeno rappresentato dal brigantaggio), ma diventa al contempo veicolo di diffusione della lingua italiana tra gli italiani.

Lo Stato che si va edificando è al culmine di quel processo definito dell'«assolutismo giuridico»<sup>10</sup>, in cui le previsioni legislative sono percepite dal ceto dei giuristi (dottrina, giurisprudenza e apparati amministrativi) come fossero immanenti (proprio quel carattere che si pretendeva superato con il superamento della forma di Stato assoluta) e dal cittadino comune percepite prevalentemente come comando.

Nondimeno, la forma di Stato del 1865, pur ancora una forma di Stato ibrida, sospesa tra un passato che fa affiorare continuamente i propri residui ed un futuro che fa i conti con le difficoltà nell'emersione del nuovo, innova in settori caratterizzanti l'ordinamento giuridico come in tema di giustizia nell'amministrazione.

## **5. – La disciplina amministrativa ed il processo di modernizzazione del paese**

Una generazione soltanto separa il 1865 da un avviato processo di industrializzazione che contribuirà a porre le basi sociali della crisi dello Stato liberale.

L'insieme della legislazione del 1865 (sia in ambito amministrativo che codicistico) rappresenta un momento significativo del processo di modernizzazione del Paese, e la costruzione di un ordinamento unitario, sia pure con tutti i suoi limiti, favorisce quel processo di industrializzazione che già negli anni '80 dell'Ottocento si è fatto significativo. Ne risente disciplina e linguaggio giuridico: si pensi al codice

---

<sup>10</sup> Il riferimento è alla vastissima produzione scientifica di Paolo Grossi che utilizza questo sintagma per descrivere gli ultimi due secoli dell'esperienza giuridica degli ordinamenti di *civil law* (qui ci limitiamo a citarne la raccolta di saggi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998).

penale Zanardelli del 1889 ed alla legislazione crispina con una attenzione nuova ad una dimensione sociale che neppure lo Stato liberale può più ignorare.

È importante, con riferimento agli effetti del processo di industrializzazione, segnalare un testo normativo poco studiato ma significativo quanto all'introduzione nel linguaggio giuridico di nozioni funzionali alle trasformazioni economiche e che segnala la capacità degli apparati amministrativi di operare in un contesto economico ormai complesso. Mi riferisco al R.D. 18 novembre 1913 ed in particolare al suo regolamento di attuazione (un complesso testo normativo di ben 244 articoli) che sono illuminanti del progredire, sia pure lento (il regolamento di esecuzione è del 1922), del processo di modernizzazione del nostro Paese.

In estrema sintesi, la disciplina prevede che le merci importate ed esportate in via temporanea per essere lavorate, e poi riesportate o reimportate entro «un termine stabilito» non siano sottoposte ai «diritti di confine».

Il linguaggio, la tecnica normativa, le procedure amministrative sono fortemente innovativi, la disciplina presuppone l'essersi ormai formati apparati amministrativi (soprattutto in ambito doganale) capaci di valutare variegatissimi processi di incorporazione della ricchezza sempre più rilevanti nell'ambito dei rapporti economici con l'estero<sup>11</sup>.

Il diritto testimonia di “saper parlare” il linguaggio di relazioni economiche di una avanzata modernità, perde, in un siffatto complesso normativo, ogni ridondanza stilistica, acquisisce l'asciutta sinteticità funzionale ad un nuovo dinamico ceto imprenditoriale e commerciale.

## **6. – Il diritto (ed il suo linguaggio) si piega alle esigenze della guerra. Le controverse dinamiche del primo dopoguerra**

L'entrata in guerra del nostro Paese nel primo conflitto mondiale incide nel profondo dell'ordinamento giuridico, in particolare nella forma di governo e nel sistema delle fonti.

---

<sup>11</sup> O. Roselli, *Governo valutario, liberalizzazione ed Unione monetaria europea. Profili istituzionali*, Torino, 1996, 14 ss.

Nel primo caso, con il rafforzamento dei poteri sia del Sovrano, comandante delle forze armate, che del governo; nel secondo, collegato alle mutazioni della forma di governo, con un uso della decretazione d'urgenza addirittura di fatto sostitutiva della funzione legislativa e l'estensione dei poteri anche normativi attribuiti alle forze armate (ed è un diritto che si esprime per ordinanze, bandi militari e circolari che in quel contesto hanno una indiscussa imperatività).

Il linguaggio degli apparati amministrativi è quello gerarchico del comando, della trasmissione dell'ordine da eseguire.

Si tratta di dinamiche che non si interrompono con la fine del conflitto. Il decreto legge rappresenterà la fonte normativa primaria ampiamente prevalente nel triennio successivo, in una logica non dissimile a quella del periodo bellico<sup>12</sup>.

Gli apparati amministrativi non trovano certo in queste dinamiche normative ragioni per attenuare l'autoritarismo, per rendere comprensivo il linguaggio burocratico, così lontano dalla psicologia del cittadino comune.

Ma il conflitto mondiale, con la partecipazione di grandi masse allo sforzo bellico, con il loro tributo di sangue, con la stessa massiccia partecipazione delle donne al sistema produttivo, determina anche rivendicazioni di partecipazione democratica alle scelte politiche del paese che non sono prive di effetti. Come noto, nell'agosto del 1919 una nuova legge elettorale estende il diritto di voto.

Il linguaggio della politica e dei partiti e sindacati di massa e quello del potere costituito e della burocrazia rispondono a logiche sempre più divaricate.

## **7. – Il linguaggio dell'amministrazione ed il fascismo**

La svolta autoritaria del fascismo, trova, quanto a tessuto normativo e lessico burocratico, terreno fertile. Così, ad esempio, è stato ricordato<sup>13</sup> come le libertà statutarie fossero state ampiamente, precedentemente, limitate, attraverso la periodica emanazione di leggi di pubblica sicurezza ed eccezionali (ogni qual volta saliva la tensione sociale, ad esempio, nel 1859, 1869, 1889), per non parlare del modo con cui era gestito l'ordine pubblico (dalla lotta al brigantaggio ai cannoni ad

<sup>12</sup> P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2014, 69.

<sup>13</sup> P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, XI ed., Padova, 2007, 51.

alzo zero del generale Bava Beccaris nella Milano sotto stato d'assedio del 1898). Dell'attitudine dei governi ad esautorare il Parlamento e delle inclinazioni autoritarie degli apparati amministrativi abbiamo detto appena poco sopra.

Le leggi “fascistissime” del 1925, vero e proprio impianto costituzionale del fascismo, trovano dunque terreno fertile.

Per quanto riguarda il corporativismo fascista «sembra quasi una combinazione di contrarii, posto che tali sono autoritarismo e pluralismo»<sup>14</sup>. La voce, il linguaggio giuridico, del sindacal-giurista Panunzio rimane isolata tra i giuristi vicini al regime<sup>15</sup>. Non le teorizzazioni della Carta del Lavoro del 1927 si impongono ma la pubblicizzazione di formazioni sociali. Il linguaggio giuridico del fascismo è ben più rappresentato dal codice penale Rocco (e, ad esempio, dai provvedimenti amministrativi di italianizzazione di nomi e cognomi di cittadini appartenenti a minoranze linguistiche). In dottrina il linguaggio in parte si fa cortigiano, e chi non aderisce al regime ricerca nella legge un'impossibile asettica neutralità<sup>16</sup>. La pubblica amministrazione è abituata al rispetto della legalità, che ha però perso con il regime i caratteri della «legge-garanzia» per conservare solo quelli della «legge-potenza»<sup>17</sup>.

#### **8. – Il linguaggio delle Costituzioni di valori. Il ritardo ad adeguarsi delle pubbliche amministrazioni e della stessa giurisprudenza (in particolare amministrativa)**

L'«italiano giuridico»<sup>18</sup> si evolve anche in conseguenza di quel raffinato testo non solo normativo ma letterario che è rappresentato dalla nostra Costituzione (e che non a caso fu sottoposto alla rilettura dei più famosi italianisti e latinisti)<sup>19</sup>.

L'essere le Costituzioni del secondo dopoguerra Costituzioni di valori non è indifferente al loro stile linguistico, svolgono una funzione “pedagogica” (il concetto

<sup>14</sup> P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, cit., 175.

<sup>15</sup> *Ibidem*, *passim*. Sulla originalità della figura di Sergio Panunzio anche I. Stolzi, *L'ordine corporativo*, Milano, 2007, *passim*.

<sup>16</sup> P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, cit., *passim*.

<sup>17</sup> P. Costa, *Pagina introduttiva. (Il principio di legalità un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Principio di legalità e diritto penale*, Q.F., 2007, n. 36, tomo I, *passim*.

<sup>18</sup> Si v. F. Bambi, B. Pozzo (a cura di), *L'italiano giuridico che cambia*, Firenze, 2012.

<sup>19</sup> F. Bambi (a cura di), *Un secolo per la Costituzione (1848-1948)*, Firenze, 2012.

fu utilizzato dal costituente Calamandrei), di radicamento nel corpo sociale dei propri principi supremi<sup>20</sup>.

Le Costituzioni occidentali (e le Carte internazionali) del secondo dopoguerra, di società traumatizzate da un'immane tragedia, esprimono, con un nuovo linguaggio giuridico, una fase nuova del costituzionalismo. Termini (come "riconosce", di radbruchiana memoria), espressioni (come "esistenza libera e dignitosa"), concetti valvola (come "buon costume") hanno contorni espressivi a tratti poetici, ma sono lo strumento incisivo di una nuova dimensione giuridica e di tutela dei diritti fondamentali.

Il linguaggio costituzionale si evolve di pari passo con il mutare delle sensibilità culturali, delle conoscenze scientifiche, dei problemi a cui l'ordinamento giuridico deve dare soluzione. Se poniamo a confronto le Costituzioni francese (1947), italiana (1948), tedesca (1949), con quella greca (1975), portoghese (1976), spagnola (1978) e queste e quelle con le Costituzioni est-europee post 1989, possiamo cogliere l'evoluzione del linguaggio costituzionale, di Costituzioni che pur esprimono tutte una medesima forma di Stato democratico-sociale (con quella portoghese che presenta, peraltro, alcune accentuazioni ideologiche dovute al proprio processo costituente).

Termini come "ambiente"<sup>21</sup>, principi come quello di "prevenzione", sintagma come quello di "tutela di genere", compaiono nelle nuove Costituzioni, Carte internazionali e sovranazionale o si impongono grazie alla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria in parallelo al crescere della loro rilevanza sociale.

Per un lungo periodo la formazione dei funzionari pubblici e dei magistrati farà da ostacolo al recepimento delle innovazioni (e dello stile) costituzionali. Tra l'altro, tema, quello del rinnovamento della pubblica amministrazione considerato non di primario rilievo dal Costituente.

Nel procedere della burocrazia è a lungo dominante quella che potremmo definire la "logica del precedente", che tende spesso ad ignorare la stessa

---

<sup>20</sup> Di seguito riprendo alcuni passaggi del mio saggio *Il diritto come linguaggio. Riflessioni sulle trasformazioni del linguaggio e delle funzioni del diritto*, in *www.lawandliterature.org*, 2013, Vol. 6, 8 ss.

<sup>21</sup> Si v., per tutti, S. Grassi, M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2006; G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, II ed., Torino, 2008; D. Porena, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e «Costituzione globale»*, Giappichelli, Torino 2009.

innovazione costituzionale (per pigrizia burocratica, per iniziale contiguità tra vecchi e nuovi ceti dirigenti, per una inadeguata riflessione della cultura giuridica amministrativistica, per il perpetuarsi di un linguaggio burocratico arido ed impersonale, per la pressoché totale assenza di una formazione ed aggiornamento permanenti). La stessa cultura giuridica dei magistrati è inadeguata a cogliere l'innovazione dell'irrompere di una nuova superiore forma di legalità, quella costituzionale. Per una gran parte della magistratura, forse in modo particolarmente significativo di quella amministrativa, il principio di legalità che viene preso in considerazione non è quello costituzionale ma quello del mero rispetto della legge, ancora per molti anni ritenuta una fonte da non valutare nella propria stessa legittimità (appunto costituzionale). Sembrerebbe confermare questa ipotesi la scarsa attitudine da parte dei giudici ad attuare un controllo diffuso ai sensi dell'art. VII, secondo comma, delle disposizioni transitorie e finali della Costituzione, prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale.

Di regola, il giudice continua così ad applicare una legislazione lontana da quel riconoscimento delle autonomie locali e dello stesso ampio decentramento amministrativo di cui parla la Costituzione. Una legislazione che tarderà molto a rinnovarsi così come occorrerà del tempo affinché muti la cultura del grande corpo dei giudici e, anche sotto l'impulso della giurisprudenza della Corte costituzionale, sia pratica diffusa quella di una interpretazione adeguatrice alla Costituzione.

Ma un processo profondo di mutamento è ormai avviato. Il diritto amministrativo repubblicano deve ormai confrontarsi con le nozioni costituzionali di "autonomia", di "decentramento amministrativo", con nozioni, come quella di "buon andamento" il cui lemma indica l'apertura a quella che noi oggi chiamiamo scienza dell'amministrazione.

**9. – Il progressivo evolversi del linguaggio della cultura giuridica, della legislazione, della giurisprudenza e degli apparati amministrativi nelle relazioni tra Istituzioni e cittadini**

Notava Bobbio come ad ogni disciplina giuridica si è venuta affiancando una scienza parallela, con conseguenti contaminazioni concettuali e terminologiche<sup>22</sup>.

Così allo studio del diritto amministrativo si è andato affiancando quello della scienza dell'amministrazione, al punto che oggi il primo è debitore di lemmi e categorie del secondo. Nozioni proprie della scienza dell'amministrazione come quelle di "efficienza, efficacia, economicità" rappresentano oggi riferimenti normativi fondamentali per determinare la legittimità dell'azione amministrativa.

Ma si tratta di un processo molto graduale e che ha incontrato nelle prassi amministrative molte resistenze. La pur lenta evoluzione della legislazione in ambito amministrativo è stata comunque di gran lunga meno lenta del mutare di mentalità dei quadri amministrativi, in questo non certo aiutati da una innovativa formazione<sup>23</sup>.

Certo è che la legislazione in materia amministrativa nei primi decenni del secondo dopoguerra parla il linguaggio dei sistemi autorizzatori<sup>24</sup>; di fronte al mutare di paradigma, come è nel caso dell'imporsi, sotto la spinta del diritto comunitario, del principio di concorrenza, si moltiplicano il contenzioso e le pronunce della magistratura (vera e propria fonte di innovazione).

La stagione riformatrice del centro-sinistra, la nascita delle Regioni a Statuto ordinario e la legislazione degli anni '70, arricchiscono il lessico amministrativo di una terminologia più sensibile alle esigenze di partecipazione. Ma è negli anni '90, in particolare con la disciplina sul procedimento amministrativo e con le c.d. leggi Bassanini, che si opererà uno sforzo organico di rinnovamento della stessa concezione di "fare amministrazione".

L'uso del diritto privato nell'agire delle pubbliche amministrazioni, il ruolo sempre più ampio delle Autorità indipendenti, l'utilizzazione in ambito pubblicistico della nozione di fondazione, sono alcune delle innovazioni che faranno parlare di

---

<sup>22</sup> N. Bobbio, *Diritto e scienze sociali*, in Id., *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, 2007, 43.

<sup>23</sup> Si v., E. Colarullo (a cura di), *La formazione giuridica dei funzionari pubblici. In particolare quelli delle regioni e degli enti locali. L'apporto dell'Università*, Napoli, 2007.

<sup>24</sup> Si pensi alla materia del commercio: mi sia consentito di rinviare a *Commercio (profili amministrativi)*, in *Enc. Dir.*, 2010, Annali III, 166 ss..

«decostruzione» del diritto amministrativo e di «sentieri interrotti» del principio di legalità<sup>25</sup>.

Ma il linguaggio del diritto amministrativo non è più questione solo nazionale, in forza del processo di integrazione europea e dei molteplici processi di globalizzazione anche il diritto amministrativo subisce sempre più pervasive contaminazioni.

Il processo di integrazione europea richiede armonizzazioni normative che investono non solo profili linguistici ma di elaborazione di comuni categorie giuridiche. La loro mancanza, od insufficienza, è all'origine di molti irrisolti problemi di applicazione della disciplina dell'Unione.

I processi di globalizzazione hanno fatto emergere, come noto, il tema di un linguaggio giuridico e di elaborazione di istituti, categorie, principi, intellegibili ad attori provenienti da culture giuridiche diverse (si pensi, in campo contrattualistico al ruolo di UNIDROIT e, più in generale, al ruolo dei grandi studi professionali anglosassoni).

Se è vero, come è stato detto, che la “globalizzazione parla inglese”, meritevoli di menzione sono alcuni recentissimi pareri<sup>26</sup> della Sezione consultiva del Consiglio di Stato sugli atti normativi che, nell'esprimersi su schemi di atti normativi del Governo, censura l'uso di termini inglesi, giustificabili solo là dove non esista un equivalente in italiano.

Non si può non constatare come il linguaggio delle pubbliche amministrazioni sia ora anche quello fatto di partecipazione e di condivisione con gli utenti. È il linguaggio dei siti *on-line* delle istituzioni pubbliche, sovranazionali, nazionali e locali; degli Uffici relazioni con il pubblico; dei difensori civici; dei processi partecipativi.

## **10. – La svolta di paradigma culturale nel linguaggio delle pubbliche amministrazioni nell'ultimo trentennio**

---

<sup>25</sup> F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

<sup>26</sup> Si tratta di due pareri segnalati da Marco Prestifilippo, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2015, n.1, rubrica *Attività consultiva del Consiglio di Stato*.

Tutto ciò, sia pure non senza difficoltà e non sempre in modo lineare, è stato possibile perché, in modo particolare nell'ultimo trentennio, si è fatta strada la consapevolezza che le stesse finalità delle leggi di riforma dell'agire amministrativo non possono essere realizzate se non innovando profondamente nel linguaggio autoreferenziale delle pubbliche amministrazioni, in sintonia con i precetti e i valori costituzionali.

Le innovazioni procedono su due linee parallele, una di elaborazione di regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi e di semplificazione dei testi amministrativi, l'altra di elaborazione di strumenti di comunicazione con l'utenza e di utilizzazione di un linguaggio che, favorendo la chiarezza normativa, superi l'asfittico recinto del linguaggio specialistico (quel "burocratese" che concorre a creare un senso di estraneità nei confronti delle istituzioni).

Già la legge 11 dicembre 1984, n. 839, *Norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, è costruita sull'esigenza di facilitare non solo la conoscibilità degli atti normativi ma la loro migliore comprensione con la previsione di note riportanti gli estremi dei lavori preparatori ed i richiamati riferimenti normativi. Tanto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel 1986, redige una circolare sui *Criteri orientativi per la redazione delle note agli atti normativi*<sup>27</sup>, che hanno lo scopo «di facilitare la lettura e la comprensione» dei testi pubblicati.

Sempre nel 1986, «L'esigenza, unanimemente riconosciuta, di avviare un processo di miglioramento qualitativo della produzione legislativa, attraverso un affinamento ed una omogeneizzazione della tecnica di formulazione dei testi normativi, ha indotto le Presidenze dei due rami del Parlamento e la Presidenza del Consiglio ad elaborare una serie di regole e di raccomandazioni che individuano i criteri cui attenersi in sede di redazione e di modificazione o integrazione degli atti normativi»<sup>28</sup>. Molte previsioni attengono alla elaborazione di regole di *drafting* normativo, che diventa sempre più oggetto di studio da parte della dottrina<sup>29</sup>, ed emergono anche profili relativi ad un corretto uso terminologico, «per evitare

<sup>27</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, circolare 13 maggio 1986, n. 8143/1.1.26/2.1.

<sup>28</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, circolare 24 febbraio 1986, n. 1.1.26/10888.9.68., *Formulazione tecnica dei testi legislativi*.

<sup>29</sup> Si pensi ai contributi, tra i tanti, di Giuseppe Ugo Rescigno od alle ricerche promosse dal fiorentino CNR-ITTIG.

equivoci o dubbi interpretativi e per agevolare la ricerca elettronica dei testi legislativi (...)»<sup>30</sup>.

Ma emblematico di un mutamento di paradigma culturale è la già ricordata legge 241 del 1990: previsione di un responsabile del procedimento amministrativo, trasparenza, semplificazione, accesso ai documenti amministrativi, presuppongono il venir meno di un rapporto impersonale tra pubblica amministrazione e cittadini, la necessità di rendere comprensibile il pur specialistico linguaggio giuridico.

Non è un caso che il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1993 predisponesse il *Codice di stile*<sup>31</sup> e nel 1997 il *Manuale di stile*<sup>32</sup>.

Il *Codice*, prodromico del *Manuale*, muove dalla premessa che il rispetto del principio costituzionale dell'art. 98, c. 1, della Costituzione, richiede che agli utenti sia garantita «una comunicazione chiara ed univoca»<sup>33</sup> ed è parte di un processo più complessivo (che si avvale dei coevi *Codice di condotta dei dipendenti pubblici* e *Carta dei servizi pubblici*)<sup>34</sup>, di profondo ripensamento dell'agire amministrativo, il cui «stile comunicativo» è «spesso incurante delle differenze sociali e culturali tra i destinatari».

L'opera di trasformazione del linguaggio e della comunicazione della pubblica amministrazione, si rileva, non è un'operazione di «bello scrivere»: privilegia il raggiungimento degli obiettivi rispetto ai profili meramente formali; è funzionale alla semplificazione e trasparenza amministrativa ed alla certezza del diritto riducendo l'arbitrarietà dei pubblici poteri ed i costi che l'utente deve sostenere; adegua il linguaggio ai valori costituzionali (contrastando, ad esempio, il ricorrente abuso di un linguaggio sessista).

Il progetto di rinnovare il linguaggio della pubblica amministrazione è un'operazione che testimonia lo stretto legame tra rinnovamento culturale e

<sup>30</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, circolare 24 febbraio 1986, n. 1.1.26/10888.9.68.

<sup>31</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche*, Quaderni del Dipartimento della funzione pubblica, Roma, 1994.

<sup>32</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Manuale di stile. Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 1997 (a cura di A. Fioritto).

<sup>33</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche*, cit., 11.

<sup>34</sup> Entrambi della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la funzione pubblica.

giuridico<sup>35</sup>.

Le ricordate circolari del 1986, il *Codice* ed il *Manuale di stile* operano, complessivamente, a tutto campo: sul versante sia della redazione di atti normativi che di atti amministrativi, utilizzando anche esempi concreti per rendere comprensibile il pur specialistico linguaggio giuridico, superando la dicotomia, là dove è (frequentemente) possibile, con il linguaggio del cittadino comune.

Come noto, il 1997 è anche l'anno dell'istituzione di una nuova Sezione consultiva del Consiglio di Stato, quella per gli atti normativi<sup>36</sup>, che finisce per svolgere anche una puntigliosa operazione di *drafting* normativo e di vera e propria correzione stilistica degli schemi normativi, per cui, al di là della loro qualificazione giuridica, «codici», circolari, direttive in tema di linguaggio giuridico finiscono per essere dotati di una sempre più ampia effettività<sup>37</sup>.

Ovviamente, si tratta di testi sottoposti a costante aggiornamento, così, ad esempio, i Presidenti delle due Camere e il Presidente del Consiglio dei Ministri hanno adottato, il 20 aprile 2001, una comune *Lettera circolare sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi normativi*, ed il Dipartimento della funzione pubblica in attuazione di questa ha adottato una circolare contenente una *Guida alla redazione dei testi normativi*<sup>38</sup> a cui ha fatto seguito, in parallelo, l'8 maggio 2002, una Direttiva sulla semplificazione del linguaggio dei testi amministrativi (e nel

---

<sup>35</sup> Così, in parallelo al *Codice di stile*, che dedica un capitolo ad un *Uso non sessista e non discriminatorio della lingua*, un altro Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, quello per l'informazione e l'editoria, ripubblica nel 1993 una pubblicazione di Alma Sabatini del 1987, *Il sessismo nella lingua italiana*, rivolto in primo luogo al mondo della scuola.

<sup>36</sup> Sezione istituita dall' art. 17, comma 28, della legge n. 127/1997. Su di essa mi sia consentito rinviare a O. Roselli, *L'attività della nuova Sezione consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, Torino, 1999, 219 ss.

<sup>37</sup> Per un censimento dei rilievi anche formali operati dalla Sezione sugli schemi degli atti normativi, vedere, sulla rivista *on-line* [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), la rubrica relativa all'attività consultiva del Consiglio di Stato. Per dare un'idea del ruolo svolto dalla Sezione del Consiglio sul rispetto della regole e raccomandazioni in tema di redazione degli atti normativi riprendo un passo di uno dei pareri (ricordato da Marco Prestifilippo: si v. sopra la nota 26). Scrive la Sezione nel parere n. 4269, adunanza del 16.12.2014, con riferimento ad uno schema di regolamento ministeriale: «(...) il provvedimento all'esame si discosta dai canoni tipici della redazione dei testi normativi che prescrivono che il testo debba essere chiaro e facilmente comprensibile sul piano semantico e che si debba evitare l'uso di termini stranieri, salvo che siano entrati nell'uso della lingua italiana e non abbiano sinonimi di uso corrente in tale lingua. Ove poi si rendesse necessario comunque ricorrere a termini stranieri, dovrebbe essere prevista accanto alla parola o all'espressione straniera, la traduzione in lingua italiana al fine di prevenire incertezze interpretative e applicative del testo normativo (...)».

<sup>38</sup> Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92.

In tema di redazione degli atti normativi è da richiamare, tra l'altro, la Direttiva del Consiglio dei Ministri 26 febbraio 2009, *Istruttoria degli atti normativi del Governo*.

2005 un'ulteriore direttiva sulla semplificazione del linguaggio della pubblica amministrazione). Si tratta di una disciplina in continua evoluzione che contribuisce a ridefinire la stessa identità del pubblico dipendente. Tra l'altro, il 19 giugno del 2013 è entrato in vigore il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici<sup>39</sup> ed al di là della espressa previsione o meno, il primo obbligo non può che essere quello di porsi il problema di farsi intendere, nelle forme dovute, dall'utente (le regole e le raccomandazioni su di un linguaggio comprensibile si riferiscono anche all'esposizione orale).

Del resto, siamo ormai in presenza di una trasformazione antropologica della figura di *Monsieur Travet* così ampiamente descritta nella grande letteratura di Ottocento e Novecento<sup>40</sup>. Al pubblico dipendente vengono richieste professionalità nuove al passo con le necessità di pubbliche amministrazioni che devono operare nei variegatissimi e complessi ambiti delle società post-moderne. Quel riferimento, tra i principi a cui deve attenersi, all'"equità e ragionevolezza" (art. 3, 2° comma, del sopra ricordato codice di comportamento del 2013) la dice lunga sulle trasformazioni delle funzioni e del ruolo del pubblico dipendente.

Non è un caso che, come accennato all'inizio di questo paragrafo, in parallelo al tema della redazione in un linguaggio comprensibile sia delle norme che degli atti amministrativi si sia sviluppata una particolare attenzione al tema della comunicazione. Sono certamente due profili accomunati da una medesima esigenza, ma quello della comunicazione investe un ambito ancora più ampio del rapporto tra amministrazione e cittadini, che va ben oltre l'erogazione di una prestazione o lo svolgimento di un procedimento, attiene a profili legati al tipo di intendere la relazione complessiva tra gli apparati e gli utenti<sup>41</sup>.

È sul terreno operativo che si determina la portata della riforma della pubblica amministrazione, compreso il concreto operare degli Uffici per le relazioni con il pubblico, degli sportelli per il cittadino, degli sportelli unici della pubblica

---

<sup>39</sup> DPR 16 aprile 2013, n. 62, *Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'art. 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.*

<sup>40</sup> L. Vandelli, *Tra carte e scartoffie. Apologia letteraria del pubblico impiegato*, Bologna, 2013.

<sup>41</sup> Nel complesso ancora più ampie di quelle che si possono dedurre dall'elenco delle funzioni di comunicazione istituzionale indicate dall'art.1, comma 5, della legge 7 giugno 2000, n. 15, *Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni.*

amministrazione, di quelli polifunzionali e di quelli per le imprese, degli Uffici stampa.

Non solo le norme e gli atti giuridicamente significativi incidono nella vita degli utenti ma anche comportamenti non necessariamente rilevanti sul piano giuridico che possono comunque generare nocimento e da cui è difficile tutelarsi (è la ragione dell'istituzione, peraltro ormai sempre più in declino, della figura del Difensore civico).

Si tratta di ripensare, da parte delle pubbliche amministrazioni, ben oltre la cornice normativa, la propria organizzazione e modo di agire, avvalendosi delle opportunità che ci offrono, ad esempio, la scienza dell'amministrazione, l'informatica, lo studio dei modelli organizzativi complessi e dei sistemi di relazione sociali, adeguando la necessaria formazione del personale.

Per questo sono importanti le innovative iniziative intraprese, ad esempio, per valutare il livello di gradimento dei servizi e per favorire una maggiore trasparenza e conoscibilità<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Si v., a solo titolo di esempio, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio per l'innovazione delle pubbliche amministrazioni, *La customer satisfaction nelle amministrazioni pubbliche. Valutare la qualità percepita dai cittadini*, Soveria Mannelli, 2003 (a cura di A. Tanese, G. Negro, A. Gramigna); Id., *Il piano di comunicazione nelle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2004 (a cura di N. Levi); Id., *Rendere conto ai cittadini. Il bilancio sociale nelle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2004 (a cura di A. Tanese); Id., *Amministrazioni in ascolto. Esperienze di customer satisfaction nelle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2005 (a cura di A. Gramigna); Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Il piano di comunicazione. Apprendere dall'esperienza*, Reggio Emilia, 2006 (a cura di N. Levi).





ISSN 2037-6677

2016/2

**FBI v. Apple: il caso è (forse) chiuso, ma le questioni di fondo rimangono apertissime**

**FBI v. Apple: the case is (perhaps) settled, but there are still fundamental questions to be resolved**

**M. Orofino**

## Abstract

The paper examines *Fbi v. Apple Case* about FBI's request to unlock the iPhone used by one of the terrorists in the 2015 San Bernardino attack, but Apple declined to offer assistance. The Author analyzes the main aspects related to encryption, All Writs Act, data protection and security protection.

Tag : FBI, Apple, privacy, encryption, terrorism



## FBI v. Apple: il caso è (forse) chiuso, ma le questioni di fondo rimangono apertissime

di Marco Orofino

1. – La vicenda, ormai notissima, che ha visto contrapposti il *Federal Bureau of Investigation* (FBI) ed Apple, è legata alla strage di San Bernardino del 2 dicembre 2015, in cui due terroristi, marito e moglie, forse affiliati all'autoproclamato Stato islamico, armati di pistole e fucili, aprirono il fuoco sugli inermi ospiti dell'*Inland Regional Centre*, un centro sociale per disabili, uccidendo quattordici persone e ferendone gravemente altre venti.

Le autorità federali ritrovarono nella macchina dei terroristi, rimasti anch'essi uccisi nella sparatoria con la polizia, un *i-Phone*. Il telefonino venne sottoposto a sequestro e fu autorizzata la sua ispezione (c.d. *search*). Sempre su autorizzazione del giudice, le autorità federali ottennero dal *provider* dei servizi telefonici e di internet, i dati relativi alle chiamate effettuate ed i dati di traffico e, proprio da *Apple*, i dati, associati al telefonino, memorizzati sulla piattaforma proprietaria di *cloud computing* (*i-Cloud*)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La piattaforma in questione, occorre segnalare, comprende i servizi Mail, Contatti, Calendario, Drive, Trova il mio iPhone, Note, Promemoria, Pages, Number, Keynote, Foto. Essa pertanto può offrire innumerevoli informazioni circa l'utente, a patto naturalmente che egli utilizzi tali servizi e, soprattutto, a patto che la funzione di *back up* non sia stata, come nel caso dell'*i-Phone* sequestrato, disabilitata oppure non più aggiornata per mancanza di spazio.

L’FBI non riuscì, invece, in un primo momento, ad accedere allo *smartphone* e ad estrarre tutti gli altri dati in esso memorizzati.

Il sistema operativo mobile *iOS 08* di *Apple* in uso sull’*i-Phone* sequestrato include, infatti, un sistema di protezione particolarmente avanzato. Tale sistema si fonda su un algoritmo associato ad una chiave crittografica – un codice di quattro cifre – impostata dall’utente e salvata solo localmente sullo *smartphone*. Esso prevede, inoltre, che tutti i dati memorizzati sullo *smartphone*, associati sui *server* di *Apple* nonché i dati in transito siano automaticamente crittografati con lo stesso codice<sup>2</sup>.

Il sistema operativo richiede, all’accensione dell’*i-Phone*, l’inserimento del codice, che non ha solo, dunque, la funzione di “accendere il telefonino”, ma anche di consentire la decrittazione e, quindi, l’utilizzo dei dati in esso memorizzati. In caso di errore, il sistema operativo permette solo dieci tentativi, intervallati da un lasso di tempo crescente ad ogni errore compiuto<sup>3</sup>. Esauriti i dieci tentativi, il sistema operativo provvede automaticamente alla cancellazione di tutti i dati memorizzati.

Per questa ragione, essendo falliti i primi tentativi del FBI di individuare la chiave d’accesso, il Governo USA ha chiesto e ottenuto, in data 16 febbraio 2016, dal giudice distrettuale Sheri Pym un’ingiunzione che, ai sensi del *Writs Act*, 28 U.S.C. § 1651(a), ordinava ad *Apple* di dare assistenza agli agenti federali nelle operazioni di sblocco del telefonino e consentire l’estrazione dei dati, fornendo un *software* capace di: a) bypassare o disabilitare la funzione di autodistruzione dei dati; b) permettere l’inserimento delle chiavi d’accesso elettronicamente anziché manualmente; c) aggirare il meccanismo presente sul dispositivo che ritarda, progressivamente, dopo ogni tentativo fallito, l’introduzione di un nuovo codice<sup>4</sup>.

Il giorno stesso in cui il Governo otteneva l’ingiunzione richiesta, l’AD di *Apple* Tim Cook, diffondeva l’ormai famosa lettera ai propri consumatori, in cui motivava la decisione dell’azienda di opporsi in giudizio alla richiesta del FBI<sup>5</sup>. I punti salienti

<sup>2</sup> G. Reda, *Two Side to Security: iPhones and the All Writ Act*, in *Louisiana Law Review*, 15 marzo 2016.

<sup>3</sup> Il limite dei dieci tentativi, l’obbligo di inserimento manuale ed il lasso temporale tra un inserimento e l’altro, rendono assai difficoltosa la ricerca di un codice di quattro cifre che altrimenti, essendo possibili solo 9999 combinazioni, sarebbe assai semplice e risolvibile in pochissimi minuti da un qualsiasi programma di rilevamento di codici.

<sup>4</sup> Application, *In Re Search of an Apple iPhone Seized During the Execution of a Search Warrant on a Black Lexus IS300, California License Plate 35KGD203*, No. 15-0415M, 2016 WL 618401, (C.D. Cal. Feb. 16, 2016), pt. 7 e 8.

<sup>5</sup> La lettera è disponibile, sul sito dell’azienda, all’indirizzo <[www.apple.com/customer-letter/](http://www.apple.com/customer-letter/)>.

della posizione di Apple, espressi fin da subito nella lettera, e poi articolati nell'atto di opposizione depositato il 25 febbraio 2016 sono essenzialmente tre<sup>6</sup>.

Il primo punto messo in risalto attiene all'impossibilità tecnica di sviluppare un *software* applicabile, realmente, al solo caso concreto, e cioè solo allo sblocco dell'*iPhone* sequestrato, senza porre in una situazione di grave rischio la sicurezza del sistema operativo in sé e, quindi, la sicurezza dei dati e la *privacy* degli altri possessori di un *device* con il medesimo sistema operativo.

Il secondo, quello più generale, ma oggettivamente assai importante, riguarda i sistemi crittografici e la necessità di non indebolirli, ma al contrario di renderli sempre più sicuri per proteggere la *privacy* degli utenti.

Il terzo, prettamente giuridico e formale, riguarda l'obbligo di assistenza. Essa rappresenterebbe, per Apple, un'illegittima estensione di quanto previsto dal *All Writs Act*, e se accolta un precedente pericoloso, in quanto capace di estendere i poteri del FBI (e del Governo) oltre i limiti posti dalla *Due Process Clause* di cui al Quinto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

In data 28 marzo 2016, con il deposito di un atto estremamente sintetico presso il *Central District of California*, il Governo degli Stati Uniti ha comunicato, senza specificare come ciò sia stato possibile e grazie alla collaborazione di quali soggetti, che le autorità preposte erano riuscite ad accedere ai dati registrati sul *i-Phone* sequestrato e che, non avendo quindi più bisogno dell'assistenza di Apple, rinunciavano alla loro precedente richiesta<sup>7</sup>.

La rinuncia del Governo statunitense chiude questo specifico caso giudiziario, ma certamente non risolve nessuna delle questioni che la vicenda aveva sollevato, alimentando un ampio ed articolato dibattito sia nell'opinione pubblica sia tra i giuristi<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> *Apple Inc's Motion To Vacate Order Compelling Apple Inc. To Assist Agents In Search, and Opposition to Government's Motion to Compel Assistance* (C.D. Cal. Feb. 25, 2016).

<sup>7</sup> ED No. CM 16-10 (SP) *Government's Status Report. In Re Search of an Apple iPhone*, cit. Si v. per una attenta ricostruzione della vicenda e delle sue implicazioni legali, l'articolo di S.M. Witzel, J.D. Roth, *Implications of the DOJ and Apple Legal Fight That Wasn't*, in *New York Law Journal*, 255, 86, 5 maggio 2016.

<sup>8</sup> Moltissimi sono stati gli articoli di cronaca apparsi sui quotidiani statunitensi ed europei. Particolarmente interessanti sono inoltre alcune prese di posizioni ufficiali tra cui, in favore di Apple, la lettera di David Kaye, *UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, rivolta al giudice Sheri Pym, *Re: In the Matter of the Search of an Apple iPhone Seized During the Execution of a Search Warrant on a Black Lexus IS300, California License Plate 35KGD203*; l'intervento in giudizio, come *amicus curiae* in favore di Apple,

Occorre inoltre segnalare che la richiesta formulata dal Governo statunitense non è affatto un'eccezione. Infatti, a partire dall'ottobre del 2015, Apple ha ricevuto molte altre richieste di sblocco<sup>9</sup>, ed almeno in un altro caso, analogo per tipologia di *smartphone* e per sistema operativo utilizzato, il Governo ha richiesto un ordine di assistenza *ex All Writs Act*, ricevendo, in quel caso, un diniego dal giudice *Orenstein* del *New York District*<sup>10</sup>.

Nei paragrafi che seguono, saranno oggetto di alcune riflessioni, necessariamente brevi nell'ambito di questo contributo, due questioni che sembrano rivestire notevole rilevanza, anche aldilà del caso concreto da cui esse sono scaturite.

2. – La prima questione riguarda il tema della crittografia<sup>11</sup>, l'uso di chiavi crittografiche, come quella approntata da Apple a partire dal sistema operativo iOS 08, e la legittimità di eventuali limitazioni allo sviluppo di sistemi di protezione sempre più efficaci, nel caso in cui essi possano essere di ostacolo alla giustizia.

Innanzitutto, occorre dire che la crittografia è una tecnica antica come l'uomo che, essenzialmente, consente di “cifrare” un qualunque dato, informazione o messaggio per renderlo incomprensibile a tutti fuorché a chi conosce la chiave di lettura. La storia è piena di celebri esempi, dal cifrario assai semplice di Giulio Cesare<sup>12</sup>, agli algoritmi, invece, assai complessi usati dai nazisti durante il secondo conflitto bellico e recentemente tornati alla ribalta grazie al film *The Imitation Game*, che narra appunto la storia del matematico inglese Alain Turing che riuscì a decrittarli.

---

della *American Civil Liberties Union*. Nella letteratura italiana, v. i primi contributi di A. Serena, *Apple v. FBI, or the Role of Technology on the Functioning of the Law*, in *Law and Media Working Paper Series*, no. 3/2014; G. Resta, *Il caso USA v. Apple e il dilemma dei diritti nella società della sorveglianza*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 38/2016.

<sup>9</sup> I dati sono riportati da B. Chappel, *Apple Has Gotten Federal Orders to Help Unlock at Least 13 Devices*, NPR (Feb. 24, 2016), il quale cita ed esibisce documentazione fornita da Apple nell'ambito di un analogo procedimento di fronte al Giudice Orenstein di New York.

<sup>10</sup> *In re Order Requiring Apple, Inc to assist in the Execution of a Search Warrant Issued by this Court*, No. 15-MC-1902(JO), 2016 WL 783565.

<sup>11</sup> V. su questi temi, per tutti, G. Ziccardi, *Crittografia e diritto. Crittografia, diritto, utilizzo e disciplina giuridica, document informatico e firma digitale, segretezza delle informazioni e sorveglianza globale*, Torino, 2003; e più recentemente Id., *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*, Milano, 2015.

<sup>12</sup> Presumibilmente se Giulio Cesare inviò dei messaggi ai suoi alleati a Roma dopo aver varcato il Rubicone il testo crittografato della sua celebre affermazione *Alea iacta est* dovrebbe essere stato DOHD MDFAD HXA e chissà se qualcuno intercettandolo sia riuscito o meno a scoprire che si trattava di un cifrario a scorrimento con chiave di lettura 3.

Lo sviluppo di elaboratori elettronici, capaci di compiere complesse operazioni matematiche in tempi brevissimi, da un lato, ha certamente contribuito a rendere gli algoritmi crittografici infinitamente più complessi; dall'altro ha reso anche più semplice l'attività di decrittazione. Ciò che la tecnologia non ha modificato è il fondamento dell'operazione crittografica che rimane, infatti, sempre un algoritmo associato ad una chiave di lettura.

La necessità di algoritmi crittografici sempre più sofisticati è cresciuta contemporaneamente con lo sviluppo di elaboratori elettronici capaci di archiviare grandi quantità di dati ed informazioni ed è letteralmente esplosa con Internet, ed in particolare con lo sviluppo del web 2.0 che ha consentito la proliferazione di tutta una serie di servizi che non solo consentono agli utenti di comunicare tra loro, ribaltando su tali comunicazioni le esigenze di segretezza proprie, e costituzionalmente garantite, delle comunicazioni interpersonali, ma anche di compiere una miriade di attività (si pensi ad esempio all'*home banking* o all'*e-Health*) che, richiedendo la memorizzazione di molti dati e informazioni relative agli utenti sia sulle diverse piattaforme sia sui terminali di rete (*PC, Smartphone, Tablet, SmartTV, etc.*), necessitano di segretezza al fine di garantire sia la sicurezza delle attività medesime sia delle persone che le compiono<sup>13</sup>.

L'enorme quantità di dati, la loro memorizzazione, il loro continuo scambio (più o meno volontario) sollevano, come è ormai noto a tutti, importanti questioni riguardanti la *privacy* delle persone. Meno comprese, ma assai delicate sono le questioni che la circolazione di tali quantità di dati comporta, non tanto in riferimento alla *privacy*, quanto piuttosto alla sicurezza individuale, alla sicurezza delle attività svolte *online* e, evidentemente, alla sicurezza della società nel suo complesso.

Il sistema crittografico, adottato da Apple, rappresenta un deciso avanzamento nel livello di protezione per tre ragioni. In primo luogo perché esso imposta la protezione su tutti i dati generati e/o memorizzati in modo automatico; si tratta, dunque, di una caratteristica impostazione di *default* del sistema che mira a proteggere qualsiasi utente anche colui che non disporrebbe delle necessarie conoscenze e

---

<sup>13</sup> Sia consentito rinviare sull'impatto che il web 2.0 produce sulle libertà e i diritti costituzionalmente garantiti a M. Orofino, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AA.vv., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Ravenna, 2013, 33 ss., nonché *Id.*, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2015, spec. 9 ss.

competenze informatiche per impostare autonomamente tale protezione. In secondo luogo, perché la chiave di accesso, inserita dall'utente come prima operazione, è registrata solo a livello locale (nella memoria dello *smartphone*) e, dunque, essa non è salvata in alcun *server* posto sotto il controllo di Apple. Infine, perché il sistema operativo non prevede alcuna *backdoor* che permetta un accesso da remoto e, pertanto, l'utilizzo di applicazioni (ivi compresi microfoni e telecamere) e dati decrittati, senza l'inserimento della chiave di accesso.

La mancata previsione di una *backdoor* nel sistema operativo, distribuito a partire dal 2 giugno 2014, è evidentemente legata anche alle rilevazioni di Edward Snowden circa il sistema di sorveglianza, noto come PRISM, e alla conferma che le principali aziende del settore hanno trasmesso dati alla *National Security Agency* (NSA)<sup>14</sup>.

La scelta compiuta da Apple con il rilascio del sistema operativo iOS 08 deve essere, dunque, inquadrata in questo contesto. Posto, infatti, che l'algoritmo crittografico, per quanto ben congegnato, è sempre individuabile, l'aver spostato la sicurezza sulle chiavi di lettura ha consentito di rimettere, in capo al solo utente, la responsabilità del codice di accesso, della sua gestione e della sua conservazione.

Nel bilanciamento, anche di natura commerciale, compiuto da Apple tra il danno che potrebbe comportare per l'utente la cancellazione definitiva di tutti i suoi dati, magari solo per aver dimenticato il codice, e l'esigenza di assicurare e garantire il più alto livello di sicurezza riguardo ai dati memorizzati, l'azienda ha consapevolmente scelto di privilegiare la seconda opzione.

Il punto in discussione, che evidentemente oltrepassa di molto il caso in questione, è se la scelta compiuta da Apple di massimizzare la protezione sia o meno legittima allorché essa possa avere un impatto negativo sull'attività di prevenzione e di repressione di crimini, anche gravissimi come nel caso della strage di San Bernardino, svolta dalle autorità preposte alla pubblica sicurezza e alla sicurezza nazionale

Molto spesso, ed è accaduto anche nel caso qui in esame, sia da parte di *Apple* sia da parte del FBI nell'audizione del Direttore James Comey presso l'*House Judiciary*

---

<sup>14</sup> V. la dichiarazione di Apple, che pur negando di essere a conoscenza di tale programma di sorveglianza ammette di aver dato corso, valutando caso per caso, a richieste di accesso provenienti sia da parte di autorità giudiziarie sia da parte di autorità federali competenti in materia di *national security*. Il testo è disponibile all'indirizzo: <http://www.apple.com/apples-commitment-to-customer-privacy/>

*Committee* del Congresso<sup>15</sup>, la questione è stata semplificata nella contrapposizione, ormai tanto utilizzata da apparire abusata, tra *privacy* e sicurezza.

Questa tensione tra esigenze di *privacy* ed esigenze di sicurezza collettiva che pure innegabilmente sussiste, coglie però solo una parte del problema e rischia di essere, infine, fuorviante.

La crittografia, infatti, non serve solo ed esclusivamente a proteggere la *privacy* delle persone, ma mira soprattutto a proteggere la loro libertà e la loro sicurezza individuale. Essa non è, quindi, solo un “ostacolo” all’attività investigativa, volta ad evitare un reato o ad assicurare il colpevole alla giustizia, ma rappresenta una protezione in sé alla messa in essere di condotte criminose sul web. Per questo essa concorre a rafforzare la libertà delle persone di utilizzare i nuovi servizi che, in modo incessante, il web 2.0 continua a rendere disponibili.

D’altra parte, occorre dire che i c.d. *cyber crimes* sfruttano talvolta le falle presenti nei sistemi operativi adottati dai produttori di *device* e dai fornitori di servizi e possono essere evitati attraverso il loro rafforzamento. Anche la realizzazione di un *cyber terroristic attack* può richiedere la violazione di una chiave crittografica per l’accesso da remoto a dispositivi militari, come in un attualissimo *remake* del celebre e visionario film *War Games* di John Badham, oppure a dispositivi e strumenti civili capaci, nel caso di un malfunzionamento indotto di mettere a rischio, e su larga scala, la sicurezza delle persone.

Gli esempi fatti non servono a negare quanto è evidente, e cioè che sussista una tensione latente tra sicurezza e *privacy*, in particolar modo laddove si ragiona sui poteri da attribuire alle autorità di sicurezza e sui limiti formali e sostanziali entro cui essi possono essere esercitati, ma servono a mostrare quanto sia riduttivo pensare che la sicurezza delle persone possa essere garantita solo massimizzando i poteri di controllo delle autorità. L’adozione di sistemi crittografici sempre più sicuri concorre, a tutta evidenza, a garantire la sicurezza delle persone e di conseguenza la loro libertà.

Per questa ragione, l’idea che possa essere richiesto dalle autorità di *law enforcement* “l’indebolimento” di un sistema operativo per il sol fatto che il medesimo sia in grado non solo di ostacolare eventuali malintenzionati, ma anche di opporre resistenza ad

---

<sup>15</sup> Cfr. *Statement Before the House Judiciary Committee*, Washington D.C., 1<sup>st</sup> March 2016. L’audizione è integralmente disponibile in *streaming* sul sito del Congresso degli Stati Uniti.

una forzatura legittimamente compiuta dalle autorità preposte solleva non poche perplessità. Esse aumentano se si immagina, *de iure condendo*, di imporre ai produttori la creazione di una *backdoor* di sistema. Sarebbe come dire, se è consentita la provocazione, che sono vietate le porte blindate perché rendono difficile l'accesso della polizia oppure come prevedere, legislativamente, che in ogni casa sia lasciato aperto un pertugio utilizzabile all'occorrenza.

La prospettiva criticata non è affatto ipotetica, ma molto reale se si pensa che il Direttore del FBI James Comey ha domandato, proprio nell'ambito dell'audizione del 1 marzo 2016 di fronte all'*House Judiciary Committee*, se una volta che tutti i limiti formali e sostanziali previsti dalla Costituzione e dalla legge fossero stati rispettati, sarebbe accettabile per il Congresso, una tecnologia che ponesse ostacoli nell'assunzione delle prove di un crimine<sup>16</sup>.

In questa direzione, si stavano muovendo, peraltro, alcuni Parlamenti statali, ad esempio quello dello Stato della California e quello dello Stato di New York. Le proposte in discussione mirano a dare nuovi poteri, in quegli Stati, alle autorità di polizia e, soprattutto, ad imporre ai produttori di *smartphone* proprio l'obbligo di prevedere una *backdoor* nei loro sistemi operativi<sup>17</sup>.

In senso opposto, occorre segnalare che al Congresso è stata presentata una proposta di legge volta a definire unitariamente, a livello federale, la materia. La proposta presentata (*The Act for Ensuring National Constitutional Rights for Your Private Telecommunications, cd. Encrypt Act of 2016*) ha il duplice scopo di evitare il *patchwork* che potrebbe derivare da legislazioni diverse da Stato a Stato e di prevenire gli Stati dal richiedere ai fabbricatori di *device* ed ai fornitori di servizi di alterare i loro prodotti o servizi per creare *backdoor* utili nella ricerca di prove<sup>18</sup>.

Il dibattito sulla disciplina della crittografia è quindi apertissimo. È auspicabile, ed anche presumibile, che esso andrà molto oltre la dicotomia *privacy-sicurezza* e

<sup>16</sup> *Statement Before the House Judiciary Committee*, cit.

<sup>17</sup> Le proposte cui ci si riferisce nel testo sono “An Act to amend the general business law, in relation to the manufacture and sale of smartphones that are capable of being decrypted and unlocked by the manufacturer” presentata all'Assemblea dello Stato di New York l'8 giugno 2015 e “An act to add Section 22762 to the Business and Profession Code, relating to smartphones”, AB 1681, presentata all'Assemblea californiana il 20 gennaio 2016.

<sup>18</sup> La proposta di legge è bipartisan, nel senso che essa è stata presentata da Ted Lieu (Deputato democratico della California) e Blake Farenthold (repubblicano eletto in Texas). Suzan DelBene (democratica di Washington) and Mike Bishop (repubblicano del Michigan) hanno inoltre firmato la proposta come *supporter*.

toccherà altre questioni, assai sensibili nel dibattito americano, quali la libertà personale, da intendersi anche come il diritto a garantirsi la propria sicurezza individuale, la libertà d'impresa e di commercio.

3. – La seconda questione che si intende affrontare riguarda la controversa legittimità del *All Writs Act*, 28 U.S.C. § 1651(a) come base legale dell'ordine impartito ad Apple, il 16 febbraio 2016, dal giudice distrettuale Sheri Pym. Anche in questo caso, il tema è assai più ampio e tocca il delicato problema della collaborazione attiva (in particolare consistente in un *facere*) che individui o, come nel caso in questione, aziende possono essere chiamati a prestare alle autorità di *law enforcement*, anche laddove essi non siano direttamente coinvolti nella questione giudiziaria o nel fatto che ne è all'origine.

La previsione normativa statunitense di cui al 28 U.S. Code § 1651a è assai risalente nel tempo e prevede oggi, dopo alcune modifiche, che “the Supreme Court and all Courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principle of law”<sup>19</sup>.

Nonostante il suo tenore letterale, la norma non ha, come chiarito dalla Corte Suprema americana in *Pennsylvania Bureau of Correction v. United States Marshals Services*<sup>20</sup>, una portata generale, ma solo una applicazione residuale, nel senso che essa è utilizzabile dal giudice per emettere un ordine a carico di un determinato soggetto terzo solo qualora non vi sia un'altra fonte legale che disciplini la specifica questione o lo specifico comportamento richiesto.

L'indubbia originale flessibilità del *writ* in questione, derivante dal fatto di non essere inquadrato in uno schema legale tipizzato, è stata controbilanciata dai requisiti per la sua adozione che sono stati individuati con precisione dalla sentenza *United States v. New York Telephone Co* del 1977<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> L'atto, nella sua forma originaria, era parte integrante dello *Judiciary Act of 1789*. La versione odierna approvata nel 1911 è stata successivamente oggetto di modifiche legislative che non hanno inciso sulla sua portata sostanziale.

<sup>20</sup> V. N. Pa. Bureau of Corr. V. U.S. Marshals, 474 U.S. 34, 43 (1985)

<sup>21</sup> V. *United States v. N.Y. Tel. Co.*, 434 U.S. 159, 172-3 (1977).

I fatti di causa sono risalenti, ma meritano di essere brevemente ricostruiti per la loro somiglianza con il caso in questione. Gli agenti del FBI, sospettando che alcuni individui gestissero un'attività illegale di scommesse clandestine, chiesero ed ottennero dalla *District Court* di New York l'autorizzazione ad installare e utilizzare, su due telefoni utilizzati dai sospettati, due dispositivi (c.d. *pen register*) capaci di registrare i numeri selezionati. Sulla base di una richiesta avanzata ai sensi del *All Writs Act*, 28 U.S.C. § 1651(a), il giudice ordinava alla compagnia telefonica *New York Telephone Co*, proprietaria delle due linee telefoniche, di fornire all'FBI l'assistenza necessaria – intesa come informazioni, servizi ed assistenza tecnica – per installare i dispositivi e registrare i numeri selezionati.

La compagnia telefonica si oppose alla richiesta di fornire assistenza tecnica argomentando, in particolare, che tale ordine avrebbe potuto essere imposto solo in collegamento con un ordine di intercettazione adottato dal giudice ai sensi del *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*.

Questa obiezione non fu accolta in alcun grado di giudizio e la Corte Suprema, confermando che la registrazione dei numeri chiamati non è attività di intercettazione in senso proprio, poiché non consiste nell'ascolto di una chiamata e che, dunque, non può essere ricondotta alle norme specificamente previste per tale attività, specificò che per questa ragione, il giudice poteva legittimamente fare ricorso al potere residuale di cui al *All Writs Act*.

Tuttavia, la Corte Suprema precisò che il potere delle Corti federali di imporre obbligazioni a carico di terze parti, ai sensi del *All Writs Act*, non è affatto da considerarsi come illimitato e che il giudice deve accertare, come condizioni *sine qua non*, che: i) il soggetto terzo a cui viene imposta una obbligazione sia, anche solo in ragione dei servizi che esso offre, coinvolto nella questione<sup>22</sup>; ii) l'intervento del

---

<sup>22</sup> Non è in discussione il fatto che il potere conferito dal *All Writ Act* si estenda, a determinate condizioni, a soggetti che pur non essendo parti dell'azione originale, non essendo connesse con essa, non essendo in alcun modo sospettate di alcun illecito, si trovano in una posizione tale da poter frustrare l'esecuzione di un ordine della Corte o l'amministrazione propria della giustizia come in *Mississippi Valley Barge Line Co. v. United States*, 389 U.S. 579 (1968); *Board of Education v. York*, 401 U.S. 954 (1971). Allo stesso modo si estende anche ad ordini nei confronti di persone che non abbiano compiuto alcuna azione affermativa per ostacolarla come nei casi *United States v. McHie*, 196 F. 586 (ND Ill.1912); *Field v. United States*, 342 U.S. 894 (1951).

soggetto terzo sia assolutamente necessario; iii) il comportamento richiesto non si traduca in un onere irragionevole.

La Corte Suprema decise che l'ordine imposto alla compagnia telefonica *New York Telephone Co* rispettava tutte e tre le condizioni. La prima condizione, ossia l'esistenza di una connessione tra il soggetto terzo e la fattispecie, era per la Corte Suprema rispettata perché i servizi della compagnia telefonica erano utilizzati su base continuativa per commettere un reato; perché la compagnia svolgeva un servizio pubblico altamente regolato per cui era difficile sostenere che essa avesse un interesse sostanziale a non collaborare; perché la medesima compagnia aveva ammesso di impiegare regolarmente tali dispositivi senza ordine del tribunale ai fini del controllo delle operazioni di fatturazione, individuazione delle frodi, e prevenzione di violazioni di legge. La seconda condizione, ossia il requisito della necessità dell'intervento della compagnia telefonica, risultava provato dal fatto che gli agenti federali, dopo un'accurata ricerca, non erano riusciti ad installare i propri *pen register*. Pertanto, la cooperazione della compagnia era essenziale per il raggiungimento degli obiettivi e per scoprire l'identità delle persone coinvolte con il gioco d'azzardo e, soprattutto, “non c'era modo concepibile attraverso cui l'attività di sorveglianza potesse essere diversamente e con successo realizzata”. La terza condizione, vale a dire la non eccessiva gravosità dell'ordine era, infine, facilmente dimostrata secondo la Corte Suprema dal fatto che la compagnia telefonica, nel caso di specie, avrebbe ricevuto un indennizzo per la sua attività e per le linee temporaneamente affittate al FBI.

Nel caso oggetto di questo contributo, *FBI v. Apple*, erano in discussione, nel senso che le parti avevano prodotto memorie di segno opposto, sia l'applicabilità del *All Writs Act* sia la sussistenza delle tre condizioni individuate dalla Corte Suprema.

Per quanto riguarda l'applicabilità in sé del *All Writs Act*, 28 U.S.C. § 1651(a), la questione passa necessariamente dalla verifica della sussistenza o meno di un'altra normativa federale che incida in materia.

La norma “più vicina” in materia è il *Communications Assistance to Law Enforcement Act of 1994* (CALEA) che ha ad oggetto specificamente il potere delle autorità di *law enforcement*, in seguito ad un ordine di un giudice, di intercettare le comunicazioni attraverso l'utilizzo di tecnologie avanzate e di richiedere l'assistenza degli operatori di telecomunicazione. Non è in discussione, nel senso che né Apple né il Governo

hanno sostenuto il contrario, che tale normativa sia dedicata essenzialmente ai fornitori di reti e di servizi e non imponga, quindi, ai produttori di *smartphone* di bypassare le proprie misure di sicurezza per consentire l'accesso ad uno specifico *device*. Il punto discriminante è se tale esclusione sia il frutto di una scelta consapevole orientata dalla volontà di non sottoporre i produttori a tali obblighi, il che impedirebbe l'utilizzo del *All Writs Act*, oppure se essa non sia una scelta, ma una semplice lacuna nell'ambito della legislazione federale che, quindi, aprirebbe la strada all'utilizzo legittimo della normativa residuale<sup>23</sup>.

Il punto si presta indubbiamente ad entrambe le letture. Nel “caso gemello” in cui il Giudice Orenstein del Distretto di New York ha negato il *writ*, l'argomentazione principale è stata che il Congresso aveva specificamente considerato la possibilità di estendere anche ai produttori di terminali, gli obblighi legali previsti per i fornitori di servizi dal CALEA, senza però giungere all'adozione degli emendamenti allo scopo presentati<sup>24</sup>. Dunque non si trattava, per il giudice Orenstein, di una lacuna, ma di una scelta precisa del Congresso che impediva il ricorso alla normativa residuale di cui al *All Writs Act*. Non c'è dubbio che questa interpretazione valorizzi assai i lavori parlamentari. Questo non solo, come è nella tradizione americana, per ricostruire la volontà storica del legislatore ai fini dell'interpretazione della disposizione, ma anche, come nel caso di specie, per giustificare l'assenza di una previsione legislativa *ad hoc* sulla volontà del legislatore di non disciplinare la materia.

In *U.S. v. New York Tel. Co.*, la Corte Suprema non si era spinta come il giudice Orenstein del Distretto di New York fino a questo punto, limitandosi a verificare, in quel caso, che la normativa in materia di intercettazioni telefoniche non disciplinasse anche la registrazione dei numeri chiamati.

In ogni modo, anche qualora si fosse risolto positivamente il problema interpretativo a monte sull'applicabilità del *All Writs Act*, occorrerebbe comunque sottolineare che la posizione di Apple appare piuttosto diversa da quella della *New York Telephone Company* con riferimento ad ognuno delle tre condizioni poste dalla Corte Suprema nel caso *United States v. New York Telephone Co.*

<sup>23</sup> G. Reda, *Two Side to Security*, cit., par. 3.

<sup>24</sup> *In Re Order Requiring Apple, Inc. To Assist in the Execution of a Search Warrant Issued By This Court*, No. 15-MC-1902 (JO), 29 February 2016.

Con riferimento alla connessione di *Apple* con il caso in essere, bisogna considerare che la società di Cupertino è, innanzitutto, un produttore di *device* e di sistemi operativi e, solo secondariamente, anche un fornitore di servizi<sup>25</sup>. Il nesso con l'attività criminosa svolta dai terroristi è, quindi, assai tenue e limitato al fatto che essi avrebbero potuto servirsi di quello specifico *smartphone* per pianificare la strage. Di certo, c'è però che l'attività di Apple non può essere in alcun modo equiparata a quella svolta da una compagnia telefonica che eroga un servizio pubblico regolamentato.

La sussistenza della seconda condizione, che in principio sembrava teoricamente soddisfatta, posta la dichiarazione in cui l'FBI affermava di non poter aggirare il sistema di protezione e, dunque, l'ineludibile necessità di assistenza da parte di Apple, è divenuta assai dubbia nel momento in cui il Governo ha dichiarato, sia pubblicamente sia succintamente nell'atto depositato in giudizio, che il *Federal Bureau* era essere riuscito a fare a meno dell'assistenza di Apple e a decrittare il contenuto dell'*i-Phone*.

Questo proverebbe, a posteriori, che la richiesta non rispettava il criterio della necessità, essendosi poi concretamente giunti al medesimo risultato, che si era dichiarato irraggiungibile, senza l'assistenza di *Apple*. È evidente che la dichiarazione di rinuncia, così come è stata espressa, sembra poter divenire assai controproducente, quasi al pari di un autogol, in casi analoghi, tuttora o in futuro pendenti davanti ad altre corti e riferiti al medesimo sistema operativo iOS 08.

La sussistenza della terza condizione, ossia la non eccessiva onerosità dell'azione, è altrettanto discutibile. Non tanto, o almeno non in modo decisivo, perché l'attività richiesta ad Apple, in buona sostanza la modifica del proprio *software* con la creazione di una *backdoor* di sistema, sia in sé eccessivamente onerosa da realizzare per una società che vanta un fatturato nel solo primo trimestre 2016 pari a 50,6 miliardi di dollari oppure perché non sia prevista compensazione.

L'eccessiva onerosità della richiesta sembra derivare piuttosto dal fatto che essa incide pesantemente sulle scelte d'impresa e di sviluppo dei prodotti aziendali e può generare ricadute economiche assai negative sia in termini di immagine rispetto alla promessa fatta da Apple ai consumatori di rendere i loro dati sempre più sicuri, sia in

---

<sup>25</sup> Non è in discussione che in quanto fornitore del servizio *i-cloud*, l'Apple sia anche fornitore di un servizio, ma occorre ribadire che, in tale veste, l'azienda ha immediatamente cooperato con l'FBI e dato seguito all'ordine del giudice.

termini di concorrenza rispetto agli altri produttori di *device* e di sistemi operativi, sia in termini giudiziari nell'ipotesi, non così peregrina, che gli acquirenti di un *i-Phone* con sistema operativo *iOS 08*, preoccupati dall'indebolimento del sistema a seguito dell'azione del produttore, volessero intentare un'azione giudiziaria o una *class action*.

L'abbandono della causa da parte del Governo americano ha evidentemente la conseguenza che il giudice non si pronuncerà su questi dubbi né essa potrà arrivare innanzi alla Corte Suprema. Tuttavia sembrano sussistere buone ragioni per ritenere che, almeno sulla base del precedente *United States v. New York Telephone Co*, il Governo americano abbia intrapreso una strada assai ricca di ostacoli e anche che, alcune decisioni adottate nel corso della vicenda abbiano finito con renderla ancora più irta ed accidentata.

4. – I due temi scelti, tra i molti che il caso sollevava, e cioè la questione della legittimità di sistemi di sicurezza, come quelli crittografici approntati da Apple, nel caso in cui essi possano essere di ostacolo alla giustizia e la questione degli obblighi che possono essere imposti ai produttori di *device* per coadiuvare le autorità di *law enforcement*, sono evidentemente centrali non solo per gli Stati Uniti, ma per ogni altro Paese<sup>26</sup>.

Per quanto riguarda la questione della crittografia, è importante che il dibattito si sposti in sede internazionale e, in quella sede, si arricchisca del contributo europeo. Non è, infatti, immaginabile né auspicabile che ogni Stato proceda a definire regole nazionali in un settore che appare ormai fortemente globalizzato. L'Unione europea vanta in proposito una ormai storica attenzione al tema della sicurezza dei terminali e dei servizi di trasmissione sia nella legislazione in materia di comunicazioni elettroniche, sia in quella in materia di protezione dei dati personali.

Già l'articolo 3, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 1999/5/CE prevedeva che la Commissione europea potesse stabilire che i dispositivi degli utenti finali fossero “costruiti in modo da contenere elementi di salvaguardia per garantire la protezione

---

<sup>26</sup> Questo è chiarissimo, innanzitutto, ad Apple che, pur avendo sede nella Contea di Santa Clara in California, potrebbe trovarsi tanto a fronteggiare differenti legislazioni statali che obbligano produttori di *device* e di sistemi operativi a prevedere delle *backdoor* quanto a rispondere ad una richiesta, simile a quella avanzata dal governo americano, da parte di un qualsiasi altro governo nazionale.

dei dati personali e della vita privata dell'utente e dell'abbonato”<sup>27</sup>. In questa previsione era già presente, ancorché non esplicitato il concetto di *privacy by design*, o *privacy* nella progettazione, che è stato successivamente ripreso nell’art. 14, par. 3, della direttiva 58/2002, cd. direttiva e-privacy<sup>28</sup>.

Il recente Regolamento europeo compie un passo ulteriore in questo senso.

Da un lato, prevede che il titolare del trattamento debba dimostrare la conformità del medesimo rispetto al nuovo quadro normativo e che per far questo debba adottare politiche interne e attuare misure che soddisfino in particolare i principi della protezione dei dati fin dalla progettazione e della protezione dei dati by *default*<sup>29</sup>.

Da un altro lato, il Regolamento indica espressamente la cifratura tra gli strumenti essenziali per proteggere le persone e tra le misura tecniche idonee a garantire un livello adeguato di sicurezza nel trattamento dati<sup>30</sup>.

Questi obblighi sembrano doversi applicare anche ai produttori di dispositivi e di sistemi operativi, i quali, come già specificato dal *Gruppo articolo 29*<sup>31</sup>, nel *Parere 02/2013 sulle applicazioni per dispositivi intelligenti* “devono essere considerati responsabili del trattamento di eventuali dati personali trattati per finalità proprie, di dati generati dall'utente (ad esempio informazioni sull'utente durante la registrazione), di dati generati automaticamente dal dispositivo o di dati personali trattati da produttori di OS o dispositivi in seguito all'installazione o all'utilizzo di applicazioni”. Inoltre, nel caso in cui “i produttori di OS o dispositivi offrono funzionalità aggiuntive, quali una funzione di back-up o localizzazione remota, diventano responsabili del trattamento dei dati personali trattati per tale scopo”.

<sup>27</sup> V. anche in proposito l’art. 8, par. 4., lett. f) e l’art. 13a della direttiva 21/2002/EU sugli obblighi a carico delle imprese che offrono reti e servizi di comunicazione elettronica di adottare misure adeguate di tipo tecnico ed organizzativo per gestire e minimizzare i rischi. Sulla portata di tali obblighi nel settore delle comunicazioni elettroniche sia consentito rinviare a M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, 135 ss.

<sup>28</sup> V. sul punto, F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, *passim* e spec. 132-133.

<sup>29</sup> V. in generale l’art. 25 ed il considerando 78 e con riferimento ai requisiti richiesti per il trasferimento dati e l’art. 47 sulle “Norme vincolanti d’impresa” ed il considerando 108. Cfr. F. Pizzetti, *op.ult.cit.*, 287-289.

<sup>30</sup> V. considerando 83 ed art. 32 del Regolamento 3/2006.

<sup>31</sup> Si tratta del Gruppo di lavoro, istituito dall’art. 29 della direttiva 95/46, di cui fa parte un rappresentante di ogni Autorità di controllo degli Stati membri, un rappresentante della Commissione ed il Presidente dell’Autorità di supervisione sui trattamenti dati dell’ordinamento UE. Tale Gruppo ha la funzione assai rilevante di assicurare un’interpretazione comune da parte delle singole autorità nazionali della normativa europea in materia di protezione dati. Cfr. F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit., 33-35.

Per quanto riguarda, invece, il delicato problema della collaborazione attiva (in particolare consistente in un *facere*) che soggetti terzi, individui o aziende, possono essere chiamati a prestare alle autorità incaricate di compiti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria (di cd. *law enforcement*), esso dipende, in maggior misura, dalle garanzie costituzionali e dalle leggi nazionali. Pertanto, una esaustiva trattazione di questo punto richiederebbe un sviluppo dell'indagine, anche in chiave comparata, che appare incompatibile con la brevità di questo contributo.

Con riferimento all'ordinamento costituzionale italiano, occorre, però, almeno ricordare i limiti posti dall'art. 23 Cost. che, come noto prevede, che “nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”. La norma introduce una riserva di legge che, ancorché sia da considerare come relativa, è rispettata, come specificato dalla Corte costituzionale nella sentenza 115 del 2011, solo se la legge in questione è sufficientemente dettagliata<sup>32</sup>. Ne consegue che il mero richiamo formale ad una prescrizione legislativa generale, orientata ad un principio valore – come è, invece, il *Writs Act*, 28 U.S.C. § 1651(a) – sembrerebbe di dubbia compatibilità con il nostro ordinamento costituzionale.

Infine, anche nell'ipotesi che, *de iure condendo*, fosse la legge ad imporre ai produttori di *device* e di sistemi operativi obblighi specifici di collaborazione, occorrerebbe in concreto verificare sia la loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale sia con l'ordinamento europeo. Con riferimento a quest'ultimo, la decisione della Corte di Giustizia nel caso *Scarlet v. Sabam*<sup>33</sup>, che ha dichiarato illegittimo l'obbligo di introdurre un filtro tecnologico a carico degli *Internet Service Provider*, in grado di prevenire scaricamenti illegali di materiale sottoposto a *copyright* perché viola, tra gli altri parametri considerati, il diritto alla protezione dei dati e la libertà d'impresa, è assolutamente paradigmatica<sup>34</sup>.

Fatte le debite proporzioni e tenuto conto dalla diversità degli interessi in gioco si può affermare che un obbligo legislativo generalizzato, volto a imporre la previsione

---

<sup>32</sup> V. par. 5 in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2011. La decisione della Corte riprende la precedente giurisprudenza di cui alla sentenza n. 4 del 1957, 190 del 2007 e, in riferimento agli obblighi coattivi, della sentenza n. 290 del 1987. Quest'ultima decisione è di particolare interesse, anche nel caso di specie, perché offre una lettura congiunta del divieto di imporre prestazioni personali o patrimoniali, di cui all'art. 23 Cost., e dei limiti alla proprietà privata di cui all'art. 42, comma 3, Cost.

<sup>33</sup> Corte giust., sent. 24-11-2011, c-70/10, *Scarlet v. Sabam*.

<sup>34</sup> V. in proposito F. Pizzetti, *Il caso del diritto d'autore*, Torino, 2ed. 2013, ed ivi in particolare i saggi di L. Ferola, O. Pollicino e M. Siano.

di una *backdoor* nei sistemi operativi, potrebbe essere oggetto di analogo valutazione, nel contesto europeo, rispetto alla sua compatibilità con le norme in materia di sicurezza dei terminali e di protezione dati nonché rispetto alla sua capacità di incidere in modo sproporzionato sulla libertà d'impresa dei produttori di *device* e di sistemi operativi.





ISSN 2037-6677

2016/2

**Apple v. FBI: i valori costituzionali in gioco**  
**Apple v. FBI: constitutional values at stake**

**G.E. Vigevani**

## Abstract

The paper focuses on legal dispute between Apple and the FBI due to Apple's opposition to the order to unlock iPhone used by one of the shooters in the San Bernardino terrorist attack. In particular, the Author examines the difficult balance between security and privacy.

Tag : FBI, Apple, privacy, security, terrorism



## Apple v. FBI: i valori costituzionali in gioco

di Giulio Enea Vigevani

1. – Molto rumore per nulla? Nel febbraio 2016, un frastuono di voci si era alzato dopo che l'amministratore delegato di Apple Tim Cook aveva reagito - con una lettera aperta ai propri clienti<sup>1</sup>- all'ordine di un giudice del Distretto Centrale della California, che aveva imposto all'azienda di Cupertino di aiutare l'FBI a decrittare lo smartphone di un terrorista<sup>2</sup>.

Si preannunciava una battaglia giudiziaria campale, destinata a finire sul tavolo della Corte Suprema, tra le istituzioni politiche e la più nota e celebrata tra le *tech companies*, con in gioco una posta particolarmente alta: la sicurezza della Nazione per il Governo, l'integrità dei sistemi informatici che proteggono la privacy dei consumatori per Apple.

Due squadre sembravano già formarsi nel mondo della politica, del diritto e degli informatici, nonché nella stessa società, non solo in America: da un lato, chi riteneva che l'interesse, di rilievo costituzionale, alla prevenzione e alla repressione di

---

<sup>1</sup> T. Cook, *A Message to Our Customers*, consultabile all'indirizzo <[www.apple.com/customer-letter/](http://www.apple.com/customer-letter/)> (16 febbraio 2016)>.

<sup>2</sup> Il provvedimento del giudice Sheri Pym del 16 febbraio 2016, *In the Matter of the Search of an Apple iPhone*, n. ED 15-0451M, U.S. D.C., Centr. D. Ca. Feb. 16, 2016, è consultabile all'indirizzo <[www.documentcloud.org/documents/2714001-SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Assst-iPhone.html](http://www.documentcloud.org/documents/2714001-SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Assst-iPhone.html)>.

reati gravissimi dovesse in sé prevalere su interessi di natura prevalentemente commerciale; dall'altro chi avvertiva che si sarebbe creato un pericoloso precedente, che estendeva a dismisura i poteri dell'amministrazione nei confronti di cittadini e imprese.

Dopo circa un mese, il 28 marzo 2016, la questione si è risolta quasi nell'ombra, quando alcuni funzionari del Governo federale dichiararono di essere riusciti, con l'aiuto di una società specializzata, a decrittare il dispositivo. Di conseguenza, il Dipartimento della Giustizia degli Stati Uniti decise di abbandonare la causa<sup>3</sup>.

La vicenda, pur nota, merita una breve sintesi: nelle indagini successive alla strage di San Bernardino del dicembre 2015, gli inquirenti rinvennero un iPhone 5-C di un attentatore, il cui contenuto era protetto da una password di quattro cifre. Tale versione è programmata per distruggere automaticamente i dati che custodisce, dopo alcuni tentativi andati a vuoto di accedere al dispositivo. Per evitare tale eventualità, che avrebbe privato la polizia di una possibile fonte di spunti investigativi circa i movimenti e i contatti precedenti e successivi alla strage, l'FBI chiese a Apple di disabilitare le misure di sicurezza installate sul telefono e, in particolare, la funzione di auto-distruzione dei dati.

La società dichiarò di non essere in grado di collaborare, come pure avvenuto in casi non dissimili in passato. Infatti, anche a seguito delle rivelazioni di Edward Snowden, che fecero conoscere l'esistenza di programmi governativi segreti di sorveglianza e di intercettazioni di massa<sup>4</sup>, Apple aveva introdotto nei propri sistemi operativi più recenti nuove misure di sicurezza, che essa stessa non poteva eludere o violare. Dunque, ogni ipotesi di collaborazione informale con l'FBI era impedita dallo sviluppo tecnologico, che rendeva "unreasonably burdensome" il comportamento richiesto.

---

<sup>3</sup> Per un dettagliato resoconto si rinvia a <[www.digitaltrends.com/mobile/apple-encryption-court-order-news/#ixzz4B5m8QWLK](http://www.digitaltrends.com/mobile/apple-encryption-court-order-news/#ixzz4B5m8QWLK)>; nonché a M. Bonini, *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: o dei diritti "violabili" in nome della lotta al terrorismo e ad altri pericoli, nell'esperienza statunitense ed europea*, in corso di pubblicazione in F. Pizzolato, P. Costa, (a cura di), *Quaderni di diritto dell'economia* del Dipartimento di sc. ec.-az. e diritto per l'economia dell'Università degli studi di Milano-Bicocca, Milano, Giuffrè, 2016.

<sup>4</sup> Su tale vicenda si rinvia a F. Pizzetti, *Datagate, Prism, caso Snowden: il mondo tra nuova grande guerra cibernetica e controllo globale*, in *Federalismi.it* (26 giugno 2013) e a L. P. Vanoni, *Il Quarto emendamento della Costituzione americana tra terrorismo internazionale e datagate: Security v. Privacy*, in *Federalismi.it* (27 febbraio 2015).

Di fronte al rifiuto di cooperazione dell'azienda californiana, il Dipartimento di Giustizia ottenne dal *U.S. Magistrate Judge* della *U.S. District Court del Central District* della California Sheri Pym l'emissione *ex parte*, ovvero in assenza di contraddittorio, di un *Order* che imponeva ad Apple un "facere", ossia creare un *software* che consentisse l'accesso alla memoria dell'iPhone in questione. In pratica, si trattava di realizzare una "porta di servizio" che neutralizzasse il meccanismo di cancellazione dei dati e consentisse alla polizia federale di cercare senza limiti la password.

L'ordinanza fu emessa sulla base dell'*All Writs Act* del 1789, una antica legge federale che autorizza le corti federali a emettere «tutti i provvedimenti necessari o appropriati in ausilio delle rispettive giurisdizioni e conformi agli usi e ai principi generali del diritto»<sup>5</sup>. Tale normativa attribuisce al giudice ampi poteri per assicurare che le sue decisioni siano adempiute, tra cui *inter alia*, secondo l'interpretazione della Corte Suprema, quello di chiedere l'assistenza tecnica di terzi, purché vi sia una relazione tra la materia e il destinatario dell'atto e l'intervento sia necessario e non si risolva in un sacrificio eccessivamente gravoso<sup>6</sup>.

La lettera di Tim Cook è, come accennato, la reazione a questa ordinanza. Secondo Apple, allo stato della tecnica non esiste la possibilità di fornire un sistema che "apra" un solo apparecchio; ciò che essa potrebbe fornire è una sorta di *pass-partout* per l'accesso a tutti i dispositivi in commercio. E questo non vuole farlo<sup>7</sup>. L'azienda, che sta andando nella direzione opposta, ovvero quella di realizzare strumenti dotati di impostazioni sulla privacy che nemmeno il produttore possa eludere, non intende creare un *software* che permetta di spiare ogni attività effettuata, ogni comunicazione inviata e ricevuta e ogni movimento di ogni singolo possessore di iPhone. Tale *pass-partout* sarebbe massimamente pericoloso se finisse in possesso

---

<sup>5</sup> Sulla portata e i limiti di tale rimedio, si rinvia a D.D. Portnoi, *Resorting to Extraordinary Writs: How the All Writ Act Rises to Fill the Gaps in the Right of Enemy Combatants*, in *NY Law Rev.*, vol. n. 83, 2008, pp. 293 ss. e a G. Resta, *Il caso USA v. Apple e il dilemma dei diritti nella società della sorveglianza*, in <[www.eticaeconomia.it/il-caso-usa-v-apple-e-il-dilemma-dei-diritti-nella-societa-della-sorveglianza/](http://www.eticaeconomia.it/il-caso-usa-v-apple-e-il-dilemma-dei-diritti-nella-societa-della-sorveglianza/)> (29 febbraio 2016), il quale ultimo sottolinea che «L'indeterminatezza del dettato legislativo ne ha reso particolarmente problematica l'attuazione pratica ed ha richiesto vari interventi chiarificatori delle corti». In particolare, Giorgio Resta ricorda che «si è stabilito che a tale disposizione non potrebbe farsi ricorso per arricchire in via interpretativa una disciplina legislativa, introducendo in maniera surrettizia un rimedio che il Congresso aveva intenzionalmente omissso di prevedere [Pennsylvania Bureau of Correction v. US Marshal Services, 474 U.S. 34, 43 (1985)]».

<sup>6</sup> *United States v. N.Y. Tel. Co.*, 434 U.S. 159, 172-3 (1977), per la quale si rinvia alla approfondita analisi di Marco Orofino in questa stessa *Rivista*.

<sup>7</sup> Un ingegnere di Apple ha paragonato tale ordine a quello rivolto a un costruttore di case a cui si chiedi la chiave per entrare nell'abitazione del proprietario all'insaputa di questi.

di Stati autoritari o di criminali. Ma anche nelle mani della democratica amministrazione americana, conclude Cook, la chiave anti-privacy costituirebbe una minaccia «a quelle stesse libertà che il nostro governo ha il compito e il dovere di proteggere». Dunque, secondo l'amministratore di Apple, è più che mai necessario aprire un pubblico dibattito per far comprendere ai cittadini le conseguenze sulla sfera dei diritti individuali che un precedente di tal genere potrebbe determinare.

Sul piano giudiziario, Apple, supportata dalle maggiori società informatiche, che intervennero in qualità di *amici curiae*, presentò il 25 febbraio un atto<sup>8</sup> con il quale richiedeva di revocare l'ordinanza del giudice Sheri Pym<sup>9</sup>. L'udienza, fissata per il 22 marzo, fu rinviata su richiesta del Governo che, qualche giorno dopo, annunciò che il sistema di sicurezza era stato superato e che dunque rinunciava all'azione.

Forse non estranea alla scelta dell'amministrazione di abbandonare il caso è stata la decisione di un altro giudice, James Orenstein della *District Court* dell'*Eastern District* di New York, che il 29 febbraio 2016, dunque nel mezzo della battaglia legale che si svolgeva in California, ha respinto un'analogha richiesta governativa di concessione di un ordine *ex parte*, sempre nei confronti di Apple, di decrittazione di un cellulare di un soggetto implicato in un'indagine sul traffico di droga. Il giudice Orenstein ha ritenuto infatti che la misura richiesta violasse il principio di separazione dei poteri, sottolineando come il Congresso avesse in passato preso in esame proposte di legge che avrebbero consentito la concessione dell'*Order*, ma non le avesse mai approvate; dunque l'*All Writs Act* «cannot be a means for the executive branch to achieve a legislative goal that Congress has considered and rejected»<sup>10</sup>.

Tale decisione fu impugnata dal Dipartimento della Giustizia, ma anche tale caso fu infine abbandonato, dopo che si riuscì a sbloccare altrimenti il dispositivo.

<sup>8</sup> *Apple Inc's Motion To Vacate Order Compelling Apple Inc. To Assist Agents In Search, and Opposition to Government's Motion to Compel Assistance* (C.D. Cal. Feb. 25, 2016), consultabile in <https://epic.org/amicus/crypto/apple/In-re-Apple-Motion-to-Vacate.pdf>.

<sup>9</sup> Per una ampia analisi di tale atto difensivo, cfr. A. Serena, *Apple v. FBI, or the Role of Technology on the Functioning of the Law*, in <[www.medialaws.eu/apple-v-fbi-or-the-role-of-technology-on-the-functioning-of-the-law/](http://www.medialaws.eu/apple-v-fbi-or-the-role-of-technology-on-the-functioning-of-the-law/)> (Law and Media Working Paper Series no. 3/2016), pp. 2 ss.

<sup>10</sup> *In Re Order requiring Apple Inc. to assist in the execution of a search warrant issued by the court, Memorandum and Order*, James Orenstein, Magistrate Judge, U.S. District Court, Eastern District of New York (Brooklyn), 1:15-mc-1902 (JO), February 29, 2016, p. 26. Su tale controversia, si v. A. Serena, *Apple v. FBI, or the Role of Technology on the Functioning of the Law*, cit., pp. 3-4 e M. Bonini, *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: o dei diritti "violabili" in nome della lotta al terrorismo e ad altri pericoli, nell'esperienza statunitense ed europea*, cit.

2. – La questione alla base del caso *Apple v. FBI* era se ed entro quali limiti una Corte federale potesse imporre ai fabbricanti di cellulari di aiutare la polizia a sbloccare dispositivi il cui contenuto è protetto attraverso la crittografia. Tale questione, a prima vista tutta interna all'ordinamento statunitense, affascina e turba lo studioso delle Costituzioni, anche europeo, per più di un motivo.

*In primis*, *Apple v. FBI* è un caso che concerne l'equilibrio tra sicurezza e sfera privata delle persone.

Il dilemma “sicurezza v. privacy” è noto. La tecnologia oggi ha la possibilità di fornire al potere strumenti che consentono un controllo davvero capillare delle “vite degli altri”. Dunque, la misura della sorveglianza sugli individui non è più una questione tecnica ma in primo luogo politica e costituzionale. Da un lato, vi è uno Stato che, invocando le esigenze di lotta alla criminalità e specie al terrorismo internazionale, in modo quasi paternalistico chiede a tutti i “cittadini onesti”, di sacrificare la segretezza dei propri dati per un bene superiore. Dall'altra, vi è una accresciuta consapevolezza che una progressiva estensione di forme di controllo generalizzate, attraverso il “*data mining*”, finisce con il mortificare la libertà e la dignità dei cittadini. Dunque, lo scontro tra giustizia americana e Apple può inquadrarsi nel secolare conflitto ideale e politico tra la tendenza degli inquirenti a superare ogni impedimento che ostacoli l'individuazione dei colpevoli dei reati più gravi e l'esigenza di protezione della sfera di libertà della persona, fisica e giuridica<sup>11</sup>.

Al contempo, costituisce un assaggio di una battaglia che si combatterà nelle aule di giustizia, all'interno del conflitto che forse sta maggiormente connotando il XXI secolo, quello appunto tra privacy e sicurezza o, forse meglio, tra sicurezza e libertà dell'individuo da un lato e sicurezza collettiva dall'altro. E l'esito di tale conflitto finirà con l'incidere non solo sulla relazione tra Stato e individuo, ma altresì sul rapporto di forza tra il sovrano del XX secolo, lo Stato nazionale, e i soggetti che

---

<sup>11</sup> Sul tema, si rinvia al bel saggio di L. P. Vanoni, *Il Quarto emendamento della Costituzione americana tra terrorismo internazionale e datagate: Security v. Privacy*, cit. L'Autore, interrogandosi sul possibile giusto equilibrio tra *privacy* e *security* nell'era del terrorismo digitale, osserva che: «Come testimonia la storia americana, la risposta a queste domande non è univoca, e segue un andamento costante che vede ampliarsi considerevolmente i poteri del Governo ogni volta che la minaccia terroristica è più pressante, per comprimersi a vantaggio della *privacy* una volta che essa diventa meno attuale», p. 34.

più sembrano insidiare tale predominio, ovvero i giganti delle comunicazioni della West Coast americana<sup>12</sup>.

Il caso *Apple v. FBI* sembra confermare l'emergere di un conflitto sempre più palese tra gli interessi dell'amministrazione pubblica e quelli dei giganti della comunicazione; questi ultimi, infatti, hanno ormai acquisito la consapevolezza che la collaborazione con l'*intelligence* nella lotta al terrorismo tecnologico ha un costo non irrisorio sul piano dell'immagine. Infatti, la reputazione delle *tech companies* si fonda sempre più «sull'elevato livello di sicurezza dei propri sistemi informatici e sulla promessa di rispetto della privacy degli utenti»<sup>13</sup>, che attraverso lo smartphone compiono buona parte delle loro attività quotidiane, dalle operazioni bancarie alla gestione dei file personali. In questo quadro, non appare irrealistico ritenere che i grandi società dell'elettronica avranno un ruolo nel decidere quali diritti umani siano effettivamente meritevoli di protezione e che saranno anche le contrattazioni tra Stati e queste ultime a definire paese per paese l'intensità della tutela dei diritti fondamentali.

Il caso suggerisce altre riflessioni sul rapporto tra i poteri e tra questi e i cittadini.

*Apple v. FBI* pone in luce il tema del bilanciamento tra *national security* e *cybersecurity*, tra l'interesse degli investigatori ad accedere ai sistemi informatici, anche attraverso la collaborazione di terzi, e la legittima aspettativa dei singoli che le misure di sicurezza che proteggono i loro dati personali non siano violate sistematicamente<sup>14</sup>.

Il caso solleva poi più di un dubbio circa il rispetto del I Emendamento della Costituzione americana che, *inter alia*, impedisce ai pubblici poteri di costringere a

---

<sup>12</sup> Andrea Serena sottolinea acutamente come «*this trial can be seen as a manifestation of the endless fight between East Coast code (legal regulatory design) and West Coast Code (environmental regulatory design), between the governmental agencies from Washington, D.C. and the tech companies from Silicon Valley, in a battle that will shape our fundamental rights in the future*»; A. Serena, *Apple v. FBI, or the Role of Technology on the Functioning of the Law*, cit., p. 6.

<sup>13</sup> G. Resta, *Il caso USA v. Apple e il dilemma dei diritti nella società della sorveglianza*, cit., p. 1.

<sup>14</sup> Così Peter Swire, che in un'intervista pubblicata su [techpolicy.com](http://techpolicy.com) (<[www.techpolicy.com/Blog/February-2016/Peter-Swire-Says-It-s-a-Case-of-National-Security.aspx](http://www.techpolicy.com/Blog/February-2016/Peter-Swire-Says-It-s-a-Case-of-National-Security.aspx)>) definisce esplicitamente la questione una «*security issue, not a privacy issue*», aggiungendo altresì che «*The ethical concern is we use phones the way we use laptops; we use them for our banking, we use them for our most important activities in life. And our laptops now can routinely be encrypted by default. And Apple and Google now do phones encrypted by default. And if we break that, then we're breaking the fundamental security of our banking system, of our corporate secrets, of our personal security around all our communications*».

parlare chi non vuole. Secondo la giurisprudenza<sup>15</sup>, anche i *software* rientrano nella sfera protetta dalla libertà di espressione e dunque l'obbligo a carico di Apple di crearne uno nuovo che neutralizzi il suo protocollo di crittazione costituisce «a compelled speech and viewpoint discrimination in violation of the First Amendment»<sup>16</sup>.

*Apple v. FBI* coinvolge poi anche il profilo della divisione dei poteri tra legislativo e giudiziario<sup>17</sup>. Nel caso in esame non pare priva di senso l'opinione di chi ha sostenuto che il giudice abbia quasi voluto rinvenire a tutti i costi, frugando nelle pieghe più nascoste della legislazione, strumenti che consentissero di rispondere all'emergenza terroristica, dilatando l'ambito di applicazione dell'*All Writs Act* e ampliando le competenze delle corti federali. Si assiste, in altri termini, a una sorta di supplenza del potere giudiziario, che si sostituisce a un Congresso che discute da tempo, senza decidere, sull'estensione del potere dei giudici di ordinare a terzi di collaborare alla decrittazione di dati.

In questa prospettiva, qualora la posizione del giudice Orenstein del *New York District* finisca con l'affermarsi, dovrà essere il legislatore ad assumersi la responsabilità di individuare le regole in materia di decrittazione coattiva, tenendo in conto anche i diritti di cittadini e imprese, senza lasciare alle corti la risoluzione di una questione che è ad alto contenuto politico<sup>18</sup>. Come bene osserva Monica Bonini, «non modificare l'AWA esclude il legislatore federale da ogni decisione relativa, senza risolvere il problema a monte dell'intera questione: la sicurezza (intesa come bene giuridico che, non entrando nel bilanciamento perfetto con i diritti costituzionali, in modo solo limitato può limitarli) può essere garantita esclusivamente nel rispetto della separazione dei poteri»<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> D. J. Bernstein et al., v. U.S. Department of State et al. 176 F.3d 1132 (9th Cir. May 6, 1999), citato in A. Serena, *Apple v. FBI, or the Role of Technology on the Functioning of the Law*, cit., pp. 4-5.

<sup>16</sup> Cfr. A. Serena, *Apple v. FBI, or the Role of Technology on the Functioning of the Law*, cit., pp. 4-5.

<sup>17</sup> Sulla questione, si vedano le articolate riflessioni di M. Bonini, *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: o dei diritti "violabili" in nome della lotta al terrorismo e ad altri pericoli, nell'esperienza statunitense ed europea*, cit., la quale pone il dubbio che «il Governo degli Stati Uniti si sia rivolto alla magistratura per evitare il confronto democratico e l'eventuale legge federale adottata nel pieno rispetto delle garanzie procedurali fornite dall'iter parlamentare».

<sup>18</sup> Per il dibattito federale e statale su una nuova legislazione in materia di crittografia, si rinvia al già menzionato saggio di Marco Orofino in questa *Rivista*.

<sup>19</sup> M. Bonini, *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: o dei diritti "violabili" in nome della lotta al terrorismo e ad altri pericoli, nell'esperienza statunitense ed europea*, cit.

*Apple v. FBI* è, infine, un caso che riguarda la legittimazione del potere. Un noto studioso del diritto della rete, Yochai Benkler, ha osservato che: «The showdown between Apple and the FBI is not, as many now claim, a conflict between privacy and security. It is a conflict about legitimacy». Egli ritiene, infatti che «Apple’s design of an operating system impervious even to its own efforts to crack it was a response to a global loss of trust in the institutions of surveillance oversight. It embodied an ethic that said: “You don’t have to trust us; you don’t have to trust the democratic oversight processes of our government. You simply have to have confidence in our math”»<sup>20</sup>. In altri termini, senza un chiaro impegno delle istituzioni democratiche a realizzare un sistema di potere trasparente e a rendere conto dei propri comportamenti, i cittadini troveranno rifugio nelle tecnologie.

E tale crisi di fiducia negli organi di governo non pare certo una questione solo americana. Anche in Europa vi sono segnali di crisi dell’ideale del “governo del potere pubblico in pubblico” che connota la democrazia moderna<sup>21</sup>. Lo sviluppo della rete aveva illuso molti che si sarebbero determinate una sempre maggiore trasparenza e *accountability* nell’azione dei pubblici poteri. Le emergenze securitarie tendono invece, da un lato, a favorire il ritorno degli *arcana imperii* e, dall’altro, a giustificare intrusioni nella sfera privata proprio attraverso l’uso delle tecnologie.

Di qui l’impressione – forse non ingiustificata – di un controllo pervasivo, da parte di uno Stato percepito come ostile, di comunicazioni, movimenti, contatti e più in generale di tutti i dati ricavabili dai cellulari di ultima generazione. In altri termini, cittadini insicuri dell’effettività della protezione costituzionale della loro privacy e della loro proprietà, confidano maggiormente nella tecnologia che nelle leggi e nelle istituzioni preposte al rispetto delle stesse e chiedono ai colossi informatici di tutelare la loro sfera personale contro il loro stesso Stato.

E di qui l’obbligo per gli Stati democratici di garantire quantomeno il diritto dei cittadini di conoscere l’entità dei sacrifici ai diritti individuali richiesti a ciascuno a garanzia della sicurezza collettiva, senza che i cittadini vivano nel timore di essere sorvegliati in ogni attività quotidiana. In assenza di trasparenza, non sembra

---

<sup>20</sup> Y. Benkler, *We cannot trust our government, so we must trust the technology*, in <[www.theguardian.com/us-news/2016/feb/22/snowden-government-trust-encryption-apple-fbi](http://www.theguardian.com/us-news/2016/feb/22/snowden-government-trust-encryption-apple-fbi)> (22 febbraio 2016).

<sup>21</sup> N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, pp. 86 ss.

inverosimile che le *tech companies* diverranno sempre più i soggetti cui si rivolgeranno gli utenti in cerca di protezione.

3. – Apple v. FBI resta senza dubbio, con le parole di Giorgio Resta, un *hard case*<sup>22</sup>, sul piano legale e tecnologico, con in gioco una pluralità di interessi di rilievo costituzionale.

Ma la novità più rilevante è costituita, forse, dai protagonisti di questo scontro: non lo Stato e i suoi cittadini ma il potere statale e un altro potere non meno forte, ovvero una grande multinazionale che gestisce dati a livello globale. Ed è probabile che il comportamento di Apple nella vicenda non sia stato ispirato solo da aneliti libertari: la protezione degli iPhone dalle possibili intrusioni di un governo appare finalizzata principalmente a rafforzare il *brand* e il rapporto fiduciario con i clienti, a cui Cook non a caso si rivolge.

In ogni caso, che sia voluto o che sia una eterogenesi dei fini, gli interessi commerciali dell'azienda hanno finito con il costituire un baluardo per la sfera privata del cittadino contro la naturale invadenza dello Stato. E confermano, dopo due secoli e mezzo, la validità dell'intuizione di Montesquieu che più il potere è diviso, più la libertà dei singoli è salvaguardata<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> G. Resta, *Il caso USA v. Apple e il dilemma dei diritti nella società della sorveglianza*, cit., p. 1. Sul rilievo del caso, si veda anche l'editoriale di Guido Rossi, *Un «nuovo» Stato per tutelare la privacy*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 febbraio 2016, p. 1.

<sup>23</sup> Così C. Melzi d'Eril - G.E. Vigevani, *In gioco c'è la libertà dei singoli*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 febbraio 2016, p. 19.





ISSN 2037-6677

2016/2

**Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione  
volontaria di gravidanza, tra divieto di  
discriminazioni e diritto al lavoro**

**Voluntary termination of pregnancy: the right to work  
without discrimination**

L. Busatta

Tag :European Committee of Social Rights, Voluntary termination of pregnancy, Italy





**Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016.**

di Lucia Busatta

1. – Con una decisione pubblicata in data 11 aprile 2016, il Comitato Europeo dei Diritti Sociali (di seguito CEDS) ha rilevato una violazione, da parte dell'Italia, di alcune disposizioni della Carta Sociale Europea, con riguardo all'applicazione della legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza. La pronuncia nel reclamo collettivo n. 91/2013 (*CGIL c. Italy*) segue un analogo intervento del medesimo Comitato pubblicato nel marzo 2014 (*IPPF EN c. Italy*, reclamo n. 87/2014), con il quale era stata rilevata la violazione delle previsioni della Carta Sociale Europea che tutelano il diritto alla salute delle donne e il loro diritto ad accedere ai servizi per l'interruzione volontaria di gravidanza in condizioni di parità sul territorio nazionale e senza restrizioni o discriminazioni.

In entrambi i casi, il *focus* della decisione del CEDS concerne non il dato normativo strettamente inteso (il quale non viene, peraltro, messo in discussione dal Comitato), bensì l'applicazione concreta dello stesso e la mancanza di effettività dei diritti garantiti dalla legge sull'interruzione volontaria di gravidanza (di seguito IVG),

in relazione all'alta percentuale di obiezione di coscienza da parte del personale sanitario.

Ciò che è di maggiore interesse, riguardo la decisione emessa nel reclamo collettivo *CGIL c. Italy*, concerne un elemento che rappresenta – forse in termini assoluti – una nuova prospettiva nel dibattito sull'obiezione di coscienza all'interruzione di gravidanza: le violazioni lamentate nel ricorso riguardano non soltanto il diritto alla salute delle donne e il principio di non discriminazione, ma anche la tutela del diritto al lavoro per il personale sanitario non obiettore. È quest'ultimo profilo, del quale il CEDS rileva la violazione, a rendere la decisione particolarmente interessante, soprattutto con riguardo alle possibili ricadute che l'accertamento del mancato rispetto delle disposizioni della Carta Sociale Europea potrebbe avere a livello interno.

2. – Il reclamo collettivo era stato presentato al CEDS da parte della CGIL nel 2013, secondo la procedura introdotta dal protocollo addizionale alla Carta Sociale Europea del 1995 (ETS n. 158, articolo 3), che attribuisce tale facoltà in capo alle organizzazioni internazionali e nazionali non governative, per lamentare la violazione dei diritti tutelati dalla Carta da parte degli Stati contraenti. Le doglianze possono riguardare o il contrasto tra una disposizione di diritto interno e gli obblighi assunti dallo Stato con l'adesione alla Carta Sociale, oppure – come nel caso di specie – l'inadeguata e l'inefficace applicazione del quadro giuridico vigente nel diritto interno, che reca come conseguenza la violazione dei diritti tutelati dalla Carta (cfr. M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013).

Nel reclamo collettivo che ha condotto alla decisione in commento, l'organizzazione reclamante lamentava il fatto che la previsione di cui all'art. 9 della legge n. 194 del 1978, che regola l'obiezione di coscienza all'IVG del personale sanitario, non incontri una corretta applicazione nell'ordinamento interno. Tale situazione comporterebbe una duplice violazione della Carta Sociale Europea: da un lato, sarebbe riscontrabile la mancata tutela del diritto alla salute delle donne (art. 11 CSE), letto autonomamente o in combinato disposto con l'articolo E, relativo al divieto di discriminazioni, e dall'altro lato, vi sarebbe una lesione delle previsioni

concernenti il diritto alla lavoro (art. 1), il diritto ad eque condizioni lavorative (art. 2), il diritto alla sicurezza e all'igiene sul lavoro (art. 3) e il diritto alla dignità sul lavoro (art. 26) nei confronti del personale sanitario non obiettore. Le doglianze possono essere quindi distinte in due principali filoni, dei quali il primo riguarda l'effettività dei diritti per le donne che desiderano avere accesso ai servizi pubblici per l'interruzione della gravidanza, mentre il secondo concerne la situazione lavorativa dei medici non obiettori e la tutela delle loro condizioni lavorative, a condizione di parità con il resto del personale sanitario.

Con riguardo al primo profilo, è bene porre in evidenza – come peraltro sottolineato dal CEDS stesso – che i motivi evidenziati nel reclamo collettivo sostanzialmente non si discostano da quelli palesati nel precedente reclamo presentato dalla International Planned Parenthood Federation e già rilevati dal Comitato nella decisione del marzo 2014 (su cui cfr. A. Carminati, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, 2, p. 1-21). Se, da un lato, viene riconosciuto il fatto che la legge italiana sull'IVG riesca a realizzare un ponderato bilanciamento tra i diritti delle donne (alla vita, alla salute e all'autodeterminazione nelle scelte riproduttive) e la libertà di coscienza del personale sanitario di sollevare obiezione, la CGIL indica che è proprio un eccessivo ricorso a tale istituto ed un'applicazione non efficace della disposizione da parte delle strutture sanitarie a mettere a repentaglio quei diritti che la legge si propone di proteggere (par. 89-95). A tale proposito, il CEDS rileva che, nel corso dei due anni che si frappongono tra la decisione in *IPPF EN c. Italy* e quella *de qua*, il Ministero della Salute sostiene di aver adottato alcune misure specificamente volte a superare i problemi che l'alta percentuale di obiezioni di coscienza da parte del personale sanitario solleva rispetto alla garanzia di effettività del diritto delle donne ad accedere all'interruzione di gravidanza. Ciononostante, e a dispetto di quanto espresso anche nelle più recenti relazioni che il Ministero è tenuto (in base all'art. 16 della legge n. 194) a presentare annualmente al Parlamento, il Comitato ritiene che i dati relativi alla riduzione del numero delle IVG e che gli incentivi alla mobilità del personale non siano sufficienti a dimostrare in concreto la garanzia di effettività della legge e ad assicurare l'accesso alle prestazioni in modo omogeneo sul territorio nazionale. Inoltre, benché venga riconosciuto che l'istituzione da parte del Ministero di un tavolo tecnico per

monitorare le attività relative alla legge n. 194 rappresenti certamente un primo passo per una migliore attuazione del dettato normativo, viene comunque osservato che molte delle problematiche già rilevate nella decisione del 2014 sono rimaste sostanzialmente irrisolte (par. 189-193).

Congiuntamente a tale profilo, viene rilevata anche una duplice violazione del combinato disposto tra il divieto di discriminazioni (art. E) e il diritto alla salute delle donne (art. 11). In primo luogo, si rileva una disparità di trattamento di natura territoriale ed economica fra le donne che desiderano accedere ai trattamenti per l'IVG: in tale prospettiva, la frammentazione dei servizi abortivi determinata dall'alta percentuale di medici obiettori e le conseguenti disfunzioni organizzative determinano una sorta di *postcode lottery* per donne che, pur trovandosi nella medesima situazione (la necessità o la volontà di interrompere una gravidanza), vivono in zone diverse del Paese (per una definizione di *postcode lottery* nell'accesso alle prestazioni sanitarie sia consentito rinviare a L. Busatta, *Il cd. super ticket e la Corte costituzionale: solo una questione di competenze?*, in *Le Regioni*, 2013, 5-6, 1059-1076, 1069). Subiscono le conseguenze negative di questa situazione proprio le donne in condizione di maggiore fragilità, che non possono spostarsi in un'altra Regione o addirittura all'estero per accedere al trattamento poiché non dispongono di sufficienti risorse economiche, oppure perché si trovano in particolari situazioni di disagio, anche dal punto di vista sociale (sul punto cfr. anche M. D'Amico, *Le problematiche relative alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 44).

Un ulteriore profilo di discriminazione, ad avviso del CEDS, riguarda poi il differente trattamento riservato alle donne che desiderino avere accesso all'IVG e le altre donne che, invece, abbiano accesso ad un altro trattamento sanitario garantito dal SSN. Anche in questo caso, il Comitato riprende in modo sostanzialmente letterale le osservazioni già sviluppate in *IPPF EN c. Italy*, sottolineando la mancata adozione – nei due anni che si frappongono tra le due decisioni – di adeguate misure correttive, anche a livello organizzativo, da parte del Governo resistente (par. 204-213; circa questi profili cfr. B. Liberali, *Prime osservazioni a margine della decisione sul*

*merito del reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia) adottata dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, 2016, 2, in corso di pubblicazione).*

3. – L’aspetto probabilmente più innovativo del reclamo e della decisione in commento riguarda, però, l’aggiunta di una nuova prospettiva al dibattito giuridico e la necessità di riconoscere un’adeguata tutela *anche* ai medici e al personale ausiliario che non sollevano obiezione di coscienza e che garantiscono in concreto l’attuazione della legge n. 194. Come rilevato (e sostenuto da copiosa documentazione, cfr. par. 243 della decisione) nel reclamo presentato dalla CGIL, infatti, il diffuso e sproporzionato ricorso all’istituto dell’obiezione di coscienza da parte dei sanitari (fenomeno cui la dottrina ha fatto efficacemente riferimento in termini di «obiezione di coscienza di massa», cfr. L. Viola, *Obiezione di coscienza “di massa” e diritto amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2014, 10, 1-12; M. Saporiti, *Se fossero tutti obiettori? Paradossi e fraintendimenti dell’obiezione di coscienza all’aborto in Italia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, 2, 477-488) reca quale conseguenza una violazione del diritto al lavoro, soprattutto in termini di suddivisione delle mansioni e di prospettive di carriera, per i medici che effettuano gli interventi.

Sono numerose le disposizioni della Carta Sociale Europea che tutelano i lavoratori, la loro dignità, la tutela da molestie e soprusi, nonché la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro; esse vengono tutte invocate nel reclamo e sono in larga parte accolte dal CEDS. Con specifico riguardo alla situazione dei medici non obiettori, viene posto in evidenza il fatto che la necessità di garantire la corretta applicazione delle disposizioni legislative nelle strutture sanitarie e di effettuare un trattamento medico previsto e regolato dalla legge comporta notevoli svantaggi professionali, che non trovano alcuna giustificazione né rimedio nel tessuto normativo interno e che cagionano, in definitiva, una irragionevole discriminazione tra due gruppi omogenei di lavoratori (i medici obiettori e i medici non obiettori).

A tale riguardo, è necessario sottolineare che il CEDS rileva la violazione, in particolare, dell’articolo della Carta che tutela il diritto del lavoratore a guadagnarsi la vita per mezzo di un’attività liberamente intrapresa, disposizione che si declina in termini di riconoscimento di un’obbligazione positiva in capo agli Stati ad eliminare

ogni forma di discriminazione tra lavoratori (parte II, art. I, par. 2, sub par. 235-246), e del diritto alla dignità sul lavoro (art. 26), che comprende la tutela del lavoratore dagli atti ostili e dai comportamenti offensivi cui può essere sottoposto nell'ambiente lavorativo o per l'attività professionale svolta. Sotto questo profilo, il Comitato rileva che, attraverso l'adesione alla Carta, gli Stati si sono obbligati ad adottare adeguate misure per prevenire ed evitare che i lavoratori possano subire atti denigratori sul lavoro (o molestie morali comunque connesse alla loro attività professionale). Ad avviso del CEDS, inoltre, l'impegno assunto dagli Stati è configurabile quale obbligazione positiva che consente uno spostamento dell'onere della prova a favore del lavoratore: in questi termini, la documentazione prodotta dalla CGIL a sostegno del proprio reclamo, sebbene largamente aneddotta, viene ritenuta sufficiente a dimostrare la violazione della Carta Sociale Europea da parte dell'ordinamento italiano, dal momento che il Governo resistente non ha portato a sostegno della propria difesa alcuna prova utile a dimostrare uno sforzo volto alla protezione della delicata situazione lavorativa dei medici non obiettori (par.289-298).

Per quanto, invece, attiene alle ulteriori disposizioni della Carta delle quali era stata invocata la violazione, il CEDS non ritiene sufficientemente provate le doglianze relative al mancato rispetto del divieto di lavoro forzato (un corollario che deriva dall'interpretazione dello stesso art. I, co. 2, del quale era già stata accertata la violazione) e dell'art. 2, co. 1 (diritto ad eque condizione lavorative: «Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad eque condizioni di lavoro, le Parti s'impegnano: 1 - a fissare una durata ragionevole per il lavoro giornaliero e settimanale [...]). In questi termini, il problema dell'eccessivo e mal distribuito carico di mansioni lavorative per il personale non obiettore era già stato preso in considerazione per accertare la violazione dell'articolo 1, co. 2, della Carta e il CEDS ritiene che non sussistano elementi probatori aggiuntivi tali da condurre anche all'accertamento del mancato rispetto di tale diritto. Per mezzo delle medesime motivazioni viene, poi, esclusa anche la violazione del diritto alla tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro (art.3, co.3).

Quanto interessa, comunque, rilevare in questa sede, concerne – come si è già anticipato – l'ingresso di un nuovo elemento nel dibattito giuridico sull'interruzione volontaria di gravidanza e sull'istituto dell'obiezione di coscienza: non è da

escludersi che tali argomenti possano, in futuro, trovare diretta applicazione dinanzi a giudici e tribunali interni, anche per mezzo dell'utilizzo dell'interpretazione offerta in questa occasione dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali.

4. – In questa prospettiva, dunque, la decisione in commento pone in evidenza il fatto che i termini giuridici del dibattito sull'IVG hanno subito, nel corso degli oltre quarant'anni intercorsi dalla pronuncia della Corte Suprema statunitense in *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) e dalla sentenza della Corte costituzionale italiana n. 27/1975, un'evoluzione non trascurabile. Se, tradizionalmente, gli elementi rilevanti della questione contrapponevano la tutela del diritto alla salute della donna (secondo l'accezione italiana ed europea) o del suo diritto all'autodeterminazione (conformemente al linguaggio costituzionale statunitense) rispetto alla posizione giuridica del feto e alla protezione ad esso garantita da parte del potere statale, gli ultimi approdi della riflessione giuridica dimostrano la necessità di prendere in considerazione anche le modalità attraverso le quali tali bilanciamenti vengono realizzati in concreto. In particolare, l'istituto dell'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario richiede una riflessione circa i limiti della facoltà prevista dalla legge al fine di risolvere *ex ante* un complesso conflitto tra la dimensione morale individuale e l'attività professionale (sul punto v. L. Busatta, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 151-183; C. Piciocchi, *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, 1, 115-130). Sui confini del diritto a sollevare obiezione di coscienza da parte del personale sanitario la giurisprudenza, in prospettiva comparata, appare essere tendenzialmente orientata a circoscrivere tale possibilità solamente alle attività specificamente connesse all'intervento, come previsto, ad esempio, dallo stesso art. 9, co. 3, della legge n. 194 e dalle omologhe previsioni dell'Abortion Act 1967 che regola l'IVG nel Regno Unito e sul quale ha avuto recentemente occasione di pronunciarsi la Corte Suprema britannica nel caso *Doogan (Greater Glasgow Health Board v Doogan & Anor* [2014] UKSC 68, 17 dicembre 2014).

Nel nostro ordinamento, la crescente percentuale di medici obiettori nelle strutture pubbliche sta contribuendo a spostare il *focus* del dibattito sull'IVG dall'individuazione di un ragionevole punto di bilanciamento tra la garanzia del diritto alla salute della donna e la tutela delle aspettative del feto verso una riflessione circa un contrasto tra la libertà di coscienza del personale sanitario e il diritto ad accedere, in condizioni d'eguaglianza, ad un trattamento medico regolato e disciplinato da una legge statale. La diffusa adesione da parte dei professionisti della salute all'istituto dell'obiezione di coscienza, che – in base a quanto si evince dalle relazioni annuali che il Ministero della Salute presenta al Parlamento – si attesta su una media nazionale del 70 % (con punte sino al 90 % in alcune Regioni), è stata letta da alcuni quale tecnica di «depotenziamento» del portato normativo della l. n. 194/1978, tale da condurre, in alcune situazioni, ad un vero e proprio «sabotaggio» della legge (G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, vol. III, Jovene, Napoli, 2009, 841 ss, P. 823; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2007, 141).

Le problematiche poste in luce nella decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali qui commentata richiedono, a livello interno, la posa in opera di adeguati strumenti organizzativi (soprattutto in termini di riserva di posti nei concorsi pubblici, migliore suddivisione delle mansioni lavorative e individuazione di prestazioni aggiuntive da affidare ai medici obiettori, come sostenuto da A. Pioggia, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2015, 1, 121-139 D. Paris, *Medici obiettori e consultori pubblici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011, 1-14; D. Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli Editore, Bagno a Ripoli, 2011). Questi accorgimenti varrebbero al fine di evitare che da una non adeguata applicazione di una legge che la Corte costituzionale ha significativamente definito «a contenuto costituzionalmente vincolato» (sentenza n. 35/1997) derivi l'ineffettività dei diritti in essa garantiti.

5. – Il sistema previsto dalla Carta Sociale Europea, a far data dalla revisione del 1995 con la quale sono stati introdotti i reclami collettivi, ha faticato negli anni ad affermarsi, soprattutto a causa della inferiore incidenza che le decisioni del CEDS hanno – per loro propria natura – a livello nazionale, soprattutto in raffronto al valore delle sentenze della Corte di Strasburgo. Cionondimeno, dal punto di vista interno, l'accertamento della violazione della Carta da parte del nostro ordinamento, come avvenuto nelle due decisioni relative alla legge n. 194/1978, corrisponde ad un mancato rispetto degli obblighi che l'Italia ha assunto in sede internazionale e si configura, pertanto, quale lesione del primo comma dell'art. 117 Cost. (cfr. M. D'Amico, *Le problematiche relative alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 43). Inoltre, secondo quanto previsto dalla procedura dei reclami collettivi, alle decisioni del CEDS fa seguito una presa di posizione da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che, per mezzo di una risoluzione o di una raccomandazione invita lo Stato ad adottare le misure necessarie a rimuovere la violazione che è stata accertata. In seguito alla decisione in *IPPF EN c. Italy*, con una risoluzione del 30 aprile 2014, il Comitato dei Ministri ha esortato il nostro ordinamento a porre in essere strumenti adeguati a rimuovere la violazione del diritto alla salute delle donne. Come si evince dalla lettura della decisione in commento, tuttavia, la risposta interna a tale invito non è stata ritenuta sufficiente a rimuovere gli ostacoli riscontrati; al contrario, in *CGIL c. Italy*, il CEDS ha riscontrato la lesione del diritto al lavoro dei medici non obiettori, quale dimensione del tutto innovativa che – è lecito ritenere – potrà trovare seguito anche nel diritto interno.

Le due prospettive sulle quali si concentra la decisione in commento – ossia la garanzia del diritto alla salute, anche in termini di non discriminazione, delle donne e la tutela del diritto al lavoro del personale sanitario – pongono in evidenza il fatto che, non di rado, la realizzazione dei diritti fondamentali e (in questo caso) degli impegni assunti dagli Stati a livello internazionale transita attraverso una concreta ed efficace garanzia anche dei diritti sociali. In questo particolare contesto, poi, è possibile apprezzare quanto un'adeguata organizzazione dei servizi possa tradursi, di fatto, nello strumento che riempie di contenuto i diritti che l'ordinamento si impegna a tutelare. Il controllo da parte del CEDS, così, può essere letto sia quale canale per la lenta, ma progressiva costruzione di uno standard comune europeo

nella tutela dei diritti sociali, analogamente al ruolo che la Corte di Strasburgo svolge per la tutela dei diritti fondamentali (v. G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato Europeo dei Diritti Sociali al tempo della crisi economica*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 1-22).



ISSN 2037-6677

2016/2

**Quando la forma è sostanza: sovranità e “diritto a decidere” nell’ *Estado autonómico* spagnolo. La STC 259/2015**

**When the form is substance: sovereignty and the “right to decide” in the Spanish Autonomous State. The STC 259/2015**

**S. Cocchi**

Tag : Spanish Constitutional Court, Catalonia, independence

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





## Quando la forma è sostanza: sovranità e “diritto a decidere” nell’Estado autonómico spagnolo. La STC 259/2015.

di Sara Cocchi

SOMMARIO: 1. – Premessa. I caratteri essenziali dell’*Estado compuesto* spagnolo. 2. – Risoluzione 1/XI e STC 259/2015 sullo sfondo del processo *sobiranista* catalano. Uno sguardo al triennio 2013-2015. 2.1. – La Risoluzione 5/X e la STC 42/2014. 2.2. – La *lleis* 10/2014, la consultazione del 9 novembre 2014 e la STC 31/2015. 2.3. – La Risoluzione 1/XI del 9 novembre 2015, la sua impugnazione da parte del Governo e le questioni all’attenzione del Tribunal Constitucional. 3. – La STC 259/2015. 3.1. – Politicità vs. giuridicità della Risoluzione 1/XI. 3.2. – La titolarità della sovranità ed il suo rapporto con l’autonomia. 3.3. – La forza cogente della Costituzione come effetto dell’esercizio della sovranità da parte del popolo spagnolo tutto. Le conseguenze sul *procès sobiranista*. 4. – L’*Estado autonómico* al cospetto del Tribunal Constitucional, fra *mega-politics* e *countermajoritarian difficulty*. Spunti conclusivi.

### 1. – Premessa. I caratteri essenziali dell’*Estado compuesto* spagnolo

Con sentenza 259/2015, pronunciata il 2 dicembre 2015<sup>1</sup>, il Tribunal Constitucional spagnolo ha dichiarato incostituzionale la Risoluzione 1/XI “sobre el inicio del proceso político en Cataluña”, approvata dal Parlamento catalano il 9 novembre 2015. Con il presente contributo, ci si prefigge di analizzare questa

---

<sup>1</sup> Il testo integrale della decisione è consultabile a partire dall’apposito motore di ricerca per le decisioni del Tribunal Constitucional (<http://hj.tribunalconstitucional.es/es>)

pronuncia quale ultimo, ma certamente non definitivo, passaggio di un tema complesso come quello relativo al diritto del popolo catalano a decidere della propria permanenza o meno (e in caso affermativo, con quali modalità) nel quadro costituzionale e istituzionale spagnolo (il cd. “*dret a decidir*”). Per fare ciò, è necessario non soltanto ripercorrere i più recenti sviluppi della questione catalana, ma inquadrare la stessa sullo sfondo di alcune nozioni fondamentali relative alla configurazione e all’evoluzione dello Stato autonomico spagnolo, al fine di evidenziarne la vocazione costituzionale alla dinamicità.

Fin dalla sua approvazione infatti, la Carta Fondamentale del 1978 traccia le coordinate essenziali dell’*Estado autonómico* strutturando i rapporti “centro-periferia” secondo una geometria variabile aperta a più soluzioni sincroniche e diacroniche: tutte le Comunità Autonome (CCAA) che andranno ad integrare lo Stato spagnolo hanno infatti un identico *status* costituzionale, sebbene non ne godano fin dall’inizio in ugual misura. Il Titolo VIII CE configura così uno Stato composto «transitoriamente disomogeneo, ma costituzionalmente simmetrico<sup>2</sup>», la cui chiave di volta è rappresentata dal concetto di autonomia. Rinviando alle pagine che seguono ogni approfondimento sul tema, basti per il momento ricordarne i caratteri essenziali, ravvisati nella volontarietà del suo esercizio (rimesso infatti dall’art. 143.1 CE all’iniziativa di province e territori insulari dotati di caratteristiche storiche e socio-economiche comuni), nella generalità della sua attribuzione e nell’uguaglianza del suo contenuto, pur nel riconoscimento della progressività del suo sviluppo e della diversità dei percorsi e delle scelte di ciascuna CA. Entrambe queste ultime caratteristiche sono conseguenza, da un lato, del cd. principio dispositivo e, dall’altro, della nota previsione di due diverse modalità di accesso all’autonomia. In base al primo, ciascuna CA può selezionare le competenze che intende assumere, contribuendo alla configurazione di una geometria autonómica variabile. La seconda consente invece (*ex disp. trans. II CE*) alle CCAA che avessero in passato approvato uno statuto di autonomia, o che nella fase della transizione democratica avessero beneficiato di un regime di “pre-autonomia”, di definire il proprio regime competenziale all’interno degli ampi confini ricavabili *a contrario* dall’art. 149.1 CE, che elenca infatti, con riferimento a specifiche materie o settori di esse, le

---

<sup>2</sup> R. L. Blanco Valdés, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, 2<sup>a</sup> ed. (a cura di M. Iacometti), Torino, Giappichelli, 2009, p. 149.

competenze esclusive statali (numerate). Nella fase iniziale del processo autonomico, le restanti CCAA hanno invece potuto selezionare le competenze da includere nel proprio statuto fra quelle elencate nel solo art. 148 comma 1 CE, per procedere poi all'ampliamento *ex art. 149.1 CE* una volta trascorsi cinque anni dall'approvazione di esso (art. 148.2 CE). La differente regolamentazione del regime competenziale e della procedura per l'elaborazione dello Statuto (comunque sempre da promulgarsi per mezzo di una legge organica, *ex art. 81 CE*) hanno comportato così il consolidamento della distinzione tra Comunità Autonome “della *vía rápida*” e “della *vía lenta*”. Alla prima categoria sono ascrivibili Catalogna e Paese Basco nonché Galizia e Andalusia (che per motivi storici e geografici, nonché per differenti decisioni politiche, elaborarono il proprio Statuto secondo la procedura “aggravata” prevista dall'art. 151 comma 2 CE, che consente di assumere immediatamente il regime competenziale più ampio *ex art. 149 CE*). Tutte le altre CCAA hanno invece seguito la cd. “*vía lenta*”, approvando il proprio statuto attraverso la procedura ordinaria di cui all'art. 143 CE. Rappresentano parziali eccezioni a tale bipartizione Comunità Valenziana e Isole Canarie, che si collocano in posizione intermedia, per aver ottenuto, contemporaneamente all'approvazione con procedura ordinaria dei rispettivi Statuti (1982), il trasferimento *ex art. 150 CE* di competenze ulteriori rispetto a quelle strettamente previste nell'art. 148 CE, nonché della Navarra, che ottenne un regime apposito a protezione del proprio territorio storico forale, *ex disp. add. I CE*<sup>3</sup>. Il quadro si completa infine con la previsione di una competenza residuale delle CCAA su tutte quelle materie non espressamente attribuite allo Stato dall'elenco di cui all'art. 149.1 CE (149.3 CE): anch'essa è in ogni caso soggetta al principio dispositivo, potendo ciascuna CA scegliere quali competenze assumere all'interno dei propri Statuti e su quali materie o settori materiali. Occorrerà poi verificare quali sono i termini in cui il riparto di competenze si concretizza con riferimento a ciascuna CA<sup>4</sup> attraverso l'analisi dei rispettivi Statuti di autonomia<sup>5</sup>. Lo

<sup>3</sup> Cfr. R. Scarciglia, D. Del Ben, *Spagna*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 48. Per una sintesi storica sull'avvio del processo autonomistico, C. Adagio, A. Botto, *Storia della Spagna democratica. Da Franco a Zapatero*, Milano, Bruno Mondadori, 2006, pp. 50 ss.. Sul regime preautonomico, si rimanda al fondamentale studio di L. Vandelli, *L'ordinamento regionale spagnolo*, *op. cit.*, pp. 81 ss..

<sup>4</sup> Ciò è sottolineato da E. García de Enterría, *La Constitución y las autonomías territoriales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 2, ene.-abr. 1989, p. 26. Questo fatto ha spinto una parte della dottrina a parlare di “decostituzionalizzazione” della struttura territoriale del potere, stante la rilevanza del riflesso del principio dispositivo sui poteri dello Stato; E. Aja, C. Viver Pi-Sunyer, *Valoración de 25 años de autonomía*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 69,

sviluppo storico dei rapporti fra Stato e CCAA, marcato nel 1981 e nel 1992 dalla conclusione di fondamentali accordi politici (i *pactos autonómicos*) fra i due principali partiti politici spagnoli, PSOE e UCD (poi PP), ha condotto in seguito ad un progressivo quanto altalenante avvicinamento del regime organizzativo e competenziale delle due categorie di CCAA, portando al definitivo superamento della distinzione fra le due tipologie di CCAA solo nel 2002, al termine del processo di trasferimento delle residue competenze statali non esclusive in materia di assistenza sanitaria. Tutte le CCAA possono oggi esercitare il principio dispositivo nel perimetro dell'art. 149.1 CE, risultando ormai l'elenco dell'art. 148 CE privo di qualsiasi efficacia. Rimangono, come uniche asimmetrie sostanziali connaturate alle specificità linguistiche, istituzionali, geografiche, forali ed economiche di alcune CCAA e delle loro popolazioni<sup>6</sup>. Con la conseguente approvazione dei nuovi statuti di autonomia da parte di numerose CCAA, fra il 2006 e il 2007, si aprirà dunque una stagione nuova per l'*Estado compuesto* spagnolo, nella quale pienamente si inscrivono i più recenti sviluppi della questione dell'indipendenza dalla Catalogna dalla Spagna.

## 2. – Risoluzione 1/XI e STC 259/2015 sullo sfondo del processo *sobiranista* catalano. Uno sguardo al triennio 2013-2015

La STC 259/2015 torna sul tema del “*dret a decidir*” ad un anno e mezzo circa dalla precedente STC 42/2014, relativa alla Risoluzione 5/X, che aveva affermato il

---

sept.-dic. 2003, p. 73; la paternità dell'espressione è da attribuirsi a P. Cruz Villalón, *La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 4, 1981, pp. 53 ss.

<sup>5</sup> Da approvarsi comunque a cura del *Congreso* mediante legge organica (art. 81 comma 1 CE), indipendentemente dal fatto che la procedura seguita per la sua redazione sia quella ordinaria ex art. 146 CE o quella eccezionale delineata dall'art. 151 CE. Insieme alle disposizioni del Titolo VIII, alle leggi quadro ed alle leggi organiche di trasferimento di competenze e di armonizzazione di cui all'art. 150 CE, gli Statuti di autonomia vanno ad integrare quel *bloque de constitucionalidad* che funge da parametro per il giudizio di legittimità sulle leggi ordinarie da parte del Tribunal Constitucional (art. 28, *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, LOTC). Sul punto, si veda il fondamentale studio di F. Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad*, in *Revista Española del Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, sept.-dic. 1989, pp. 9-37; si vedano in particolare le pp. 24 ss., nelle quali l'Autore, distaccandosi dalla concezione kelseniana della “*costituzione totale*” in ragione delle peculiarità dell'ordinamento spagnolo, traccia una nuova definizione di *bloque de constitucionalidad*, comprensivo di norme costituzionali (in particolare, quelle del Titolo VIII), Statuti di autonomia ed altre norme di rango infracostituzionale e destinato a fungere, nel suo complesso, da parametro del controllo di legittimità costituzionale operato dal Tribunal Constitucional.

<sup>6</sup> Sono questi i cd. *facti differenziali*, su cui si veda diffusamente E. Aja, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.

“diritto a decidere del popolo catalano” dichiarandone la sovranità. La pronuncia del 2015 conferma e rafforza la *doctrina* del Tribunal Constitucional a riguardo e ribadisce le indicazioni del giudice delle leggi circa una eventuale ridefinizione delle relazioni fra Catalogna e Spagna nella direzione dell’indipendenza della prima dalla seconda. Le questioni affrontate, sostanzialmente riconducibili all’intreccio fra titolarità della sovranità, rapporto fra unità e autonomia e selezione degli strumenti costituzionalmente adeguati al conseguimento dell’indipendenza, non sono certo nuove. Esse erano già emerse infatti in maniera più o meno esplicita nella complessa vicenda legata all’approvazione dello Statuto di Autonomia catalano del 2006 e alla successiva verifica di costituzionalità avvenuta con STC 31/2010<sup>7</sup>. Non è dunque un caso che tanto la dottrina quanto gli stessi protagonisti politici individuino in tale sentenza lo snodo fondamentale di un dibattito già intensamente modulato sui toni di una forte spinta centrifuga.

Nel quadro di un progressivo inasprimento dei rapporti politici fra Catalogna e Spagna, la STC 31/2010 rappresenta un *casus belli* più prettamente istituzionale,

---

<sup>7</sup> Si ricordano in proposito solo alcune delle numerosissime tematiche affrontate dalla STC 31/2010: le ambizioni “quasi-costituzionali” dello Statuto, perseguite attraverso i numerosi riferimenti al “popolo di Catalogna” e al suo diritto all’autogoverno (FF.JJ. 6-9) e tramite la presenza di un esteso catalogo statutario di “diritti, doveri e principi rettori” nel Titolo I EAC (FF.JJ. 16 ss.); l’intenzione di conseguire una più ampia autonomia normativa che superasse la consolidata *doctrina* del TC in materia di rapporti fra *legislación básica, desarrollo ed ejecución* (F.J. 60 in particolare), e la definizione di un nuovo meccanismo di finanziamento (F.J. 134). Esula dallo scopo di questa nota l’approfondimento di una sentenza tanto complessa quanto commentata. Fra i numerosissimi contributi dottrinali, si segnala l’opera collettanea a cura di E. Álvarez Conde, C. Rosado Villaverde, F. J. Sanjuán Andrés, *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, 2011; nonché i numeri monografici delle seguenti riviste: *Revista General de Derecho Constitucional*, n. Extra 13, 2011; *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 27, 2011; *Revista Catalana de Dret Públic, Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatut d’autonomia de Catalunya de 2006*, 2010, consultabile in versione integrale presso l’url <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/23>; *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 15, Octubre 2010; in lingua italiana, si rinvia ai numerosi contributi raccolti nel *Forum: Statuto catalano e giurisprudenza costituzionale* della Rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2011 (R. Blanco Valdés, *La Sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre el Estatuto catalán: un resumen de urgencia* (pp. 4-12); M. J. Terol Becerra, *Vademecum para juristas italianos de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 31/2010, de 28 de junio* (pp. 13-23); M. Iacometti, *La sentenza n. 31 del 2010 sullo Statuto catalano: dal blindaje competencial al blindaje del Tribunal Constitucional?* (pp. 24-41); G. Poggeschi, *I diritti linguistici nella sentenza sullo Statuto catalano n. 31 del 28 giugno 2010 del Tribunal Constitucional*, (pp. 42-49); A. Mastromarino, *Il Consejo de Garantías Estatutarias catalano alla luce della sentenza n. 31/2010 del Tribunal Constitucional spagnolo* (pp. 50-54); R. Ibrido, *Il rebus dell’interpretazione conforme alla luce della recente sentenza sullo Statuto catalano*, pp. (54-67).

legato alle tipiche dinamiche evolutive di una forma di stato neo-policentrica<sup>8</sup> ed al ruolo del giudice costituzionale quale arbitro dei conflitti fra gli attori che su tale scena si muovono. Non si può tuttavia dimenticare la decisa accelerazione impressa al processo indipendentista catalano da circostanze storiche (quantomeno *anche*) contingenti. In dottrina, autorevoli voci<sup>9</sup> hanno infatti più volte sottolineato le connessioni esistenti fra crisi economica e inasprimento del dibattito *sobiranista*. Di queste sarebbe indicativa l'intenzione manifestata fin dal 2010 dal neo eletto Presidente della *Generalitat* Artur Mas di voler negoziare bilateralmente una modifica del meccanismo di finanziamento della CA catalana sul modello del *convenio* che regola i rapporti fiscali fra Stato centrale e CCAA di Paesi Baschi e Navarra<sup>10</sup>, oggetto non solo di dichiarazioni politiche, ma anche di una formale affermazione nella Risoluzione 737/IX approvata dal *Parlament* il 25 luglio 2012.

È proprio il 2012, infine, a segnare una svolta importante nella direzione di una ormai definitiva “giuridicizzazione” della questione catalana: con l’approvazione della Risoluzione 742/IX (27 settembre 2012), l’assemblea legislativa catalana esprime la volontà della CA di iniziare un processo di transizione che la conduca a costituirsi “nuovo Stato d’Europa”, proseguendo con decisione verso la propria organizzazione in “entità statale”, rafforzando e difendendo quelle strutture - già in parte esistenti - che ne sono emblematiche (amministrazione pubblica, sistema di welfare, sistema di istruzione, ecc...)<sup>11</sup>. Le elezioni autonome anticipate svoltesi

<sup>8</sup> Sul punto, per tutti, E Griglio, *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Padova, CEDAM, 2008.

<sup>9</sup> Evidenziate da E. Aja, J. García Roca, J. A. Montilla, *Valoración general del Estado Autonomico en 2014*, in *Informe Comunidades Autónomas 2014*, Barcelona, Institut de Dret Públic, 2015, p. 26; e da J. M<sup>a</sup> Castellà Andreu, *La secessione catalana tra politica e diritto*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, a. 45, n. 177-178, 3°-4° trimestre 2012 [pubb. 2015], p. 13.

<sup>10</sup> Sul punto, si può vedere l'estesa trattazione di M. Iacometti, *L'accidentato cammino dello Stato autonomico spagnolo tra crisi economica e deriva soberanista*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. III, 2013, pp. 859-860. La chiara propensione interpretativa “accentratrice” espressa dalla Corte a favore dei meccanismi di solidarietà finanziaria “verticale” trova riscontro già nella STC 31/2010, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 206.3 dello Statuto catalano del 2006 nella parte in cui consentiva modifiche al bilancio della CA in funzione redistributiva solo a condizione che altre CCAA sostenessero uno sforzo fiscale simile a quello richiesto alla Catalogna. Il Tribunal Constitucional ha sottolineato con vigore (F.J. 134) che determinare lo sforzo fiscale che ciascuna CA è chiamata a sostenere è responsabilità esclusiva dello Stato, nella sua qualità di «garante ultimo della solidarietà interterritoriale economica e finanziaria». Di conseguenza, l'attuazione dei principi costituzionali di solidarietà attraverso l'esercizio di competenze statali esclusive (quali quelle indicate dagli artt. 149.1.14, 138 e 157.3 CE), non può essere soggetto ad alcun condizionamento da parte delle fonti statutarie.

<sup>11</sup> Cfr. Risoluzione 742/IX, Parte III, punti 1 e 2.

nel novembre 2012 chiuderanno quindi il primo atto di un dibattito inizialmente incentrato sulla collocazione della CA catalana all'interno del quadro offerto dall'*Estado autonómico*, traghettandolo verso una fase nuova. Come si avrà modo di vedere fra breve, è infatti innegabile che il triennio 2013-2015 abbia fatto registrare un ulteriore innalzamento dell'asticella rappresentata dagli obiettivi perseguiti dalla dirigenza catalana ed una progressiva radicalizzazione delle posizioni degli attori coinvolti. È proprio in questo contesto che si inserisce l'intenso "colloquio" fra *Parlament* e Tribunal Constitucional del quale ci si appresta qui ad enucleare tre tappe fondamentali, prima di passare all'analisi della STC 259/2015.

### 2.1. – La Risoluzione 5/X e la STC 42/2014

Il 23 gennaio 2013 il *Parlament* approva la Risoluzione 5/X<sup>12</sup>, dando così seguito al punto primo dell'Annesso 1 all'accordo politico con il quale *Convergència i Unió* e *Esquerra Republicana de Catalunya* hanno sigillato il patto di coalizione a sostegno del Governo autonomico sorto dopo le elezioni del 25 novembre 2012 e guidato da Artur Mas<sup>13</sup>. La risoluzione rappresenta il passo iniziale di un articolato percorso destinato a concludersi con la celebrazione di una consultazione popolare avente ad oggetto la creazione di uno Stato catalano indipendente. Significativamente, essa sarà seguita a stretto giro dalla istituzione di un *Consell Assessor per a la Transició Nacional* (decreto n. 113 del 12 febbraio 2013), composto da illustri studiosi di differenti settori delle scienze giuridiche, economiche e politiche ed incaricato di coadiuvare il Governo catalano formulando proposte ed esprimendo valutazioni tecniche sulla transizione verso l'indipendenza della Catalogna mediante propri *informes* tematici<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Questa e le altre Risoluzioni che qui si commentano sono consultabili alla pagina web [www.parlament.cat/web/documentacio/altres-versions/resolucions-versions/index.html](http://www.parlament.cat/web/documentacio/altres-versions/resolucions-versions/index.html).

<sup>13</sup> Per un'attenta disamina del contesto politico e delle complessità post-elettorali che hanno circondato l'adozione della Risoluzione 5/X, si rimanda alla ricostruzione di G. Ferraiuolo, *La via catalana. Vicende dello Stato plurinazionale spagnolo*, in *Federalismi.it*, 11 settembre 2013, pp. 1-14 in particolare, e alla dettagliatissima analisi di M. Iacometti, *L'accidentato cammino dello Stato autonómico spagnolo tra crisi economica e deriva soberanista*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, cit..

<sup>14</sup> Secondo l'art. 4 del decreto 113/2013, il Consell è ascripto al dipartimento della Presidenza della Generalitat ed è coordinato dal titolare di detta posizione, in accordo con il vicepresidente della CA catalana. Maggiori informazioni, nonché i testi integrali degli *informes* pubblicati dal Consell, possono reperirsi presso la pagina web [http://presidencia.gencat.cat/ca/ambits\\_d\\_actuacio/consells-assessors/consell\\_assessor\\_per\\_a\\_la\\_transicio\\_nacional\\_catn/](http://presidencia.gencat.cat/ca/ambits_d_actuacio/consells-assessors/consell_assessor_per_a_la_transicio_nacional_catn/).

La Risoluzione 5/X afferma nel preambolo il diritto all'autogoverno del popolo catalano. La continuità di intenti, ma al tempo stesso la volontà di far compiere al processo *sobiranista* un "salto di qualità" rispetto agli scopi già individuati con l'approvazione del nuovo Statuto di autonomia, sono resi evidenti dal riferimento alla STC 31/2010 quale esempio preminente dell'ostilità dello Stato spagnolo nei confronti delle legittime aspirazioni del popolo catalano<sup>15</sup>. Di quest'ultimo, la Risoluzione afferma infatti "la sovranità" e "il diritto a decidere" del proprio futuro politico in conformità a principi quali sovranità, legittimità democratica, trasparenza, dialogo con lo Stato spagnolo, coesione sociale, europeismo, legalità, ruolo fondamentale del *Parlament* in qualità di organo rappresentativo del popolo catalano, partecipazione. Impugnata immediatamente dal Governo, il 25 marzo 2014 la risoluzione è dichiarata incostituzionale dalla STC 42/2014 nella parte in cui afferma la sovranità del popolo catalano (principio primo). Non solo infatti tale dichiarazione lede l'art. 1.2 CE, secondo il quale la sovranità nazionale risiede nel popolo spagnolo, ma contravviene anche all'art. 2 CE. Attribuire infatti la qualificazione di "sovrano" alla porzione del popolo spagnolo rappresentata dal popolo catalano significa attribuire ad esso, in maniera del tutto unilaterale, il potere di intervenire proprio su quella indissolubile unità della nazione spagnola che l'art 2 CE - pur riconoscendo il diritto all'autonomia delle nazionalità e regioni che la compongono - pone a fondamento della Costituzione stessa (F.J. 3). Il TC "salva" invece gli altri principi, depotenziandone sostanzialmente la portata *rupturista* attraverso la sperimentata tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione (FF.JJ. 3 e 4). Il giudice delle leggi "disattiva" così anche gli scivolosi riferimenti al "diritto a decidere" contenuti nella risoluzione: letti alla luce dell'interpretazione conforme dei principi da essa enumerati (in particolare, legittimità democratica, legalità e dialogo), essi esprimerebbero infatti «un'aspirazione politica suscettibile di essere difesa nel quadro della Costituzione» (F.J. 4), e dunque anche, e soprattutto, secondo il procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 168 CE.

---

<sup>15</sup> «Le difficoltà e le opposizioni provenienti dalle istituzioni dello Stato spagnolo, fra le quali è opportuno evidenziare la sentenza del Tribunal Constitucional 31/2010, comportano un rifiuto radicale dell'evoluzione democratica delle volontà collettive del popolo catalano all'interno dello Stato spagnolo e creano le basi per un'involuzione nell'autogoverno, che oggi si esprime con piena chiarezza negli aspetti politici, competenziali, finanziari, sociali, culturali e linguistici». Se non espressamente indicato altrimenti, tutte le traduzioni dal castigliano e dal catalano sono opera dell'Autrice.

## 2.2. – La llei 10/2014, la consultazione del 9 novembre 2014 e la STC 31/2015

L'8 aprile 2014 il *Congreso de los Diputados* rigetta con amplissima maggioranza la proposta di legge organica con la quale il *Parlament* chiedeva<sup>16</sup> fosse delegata alla *Generalitat* - ex art. 150.2 CE - la competenza a convocare consultazioni popolari non referendarie diverse per tipologia ed argomento rispetto a quelle espressamente menzionate dall'art. 122 EAC<sup>17</sup>, ferme restando le competenze esclusive statali in materia di convocazione di referendum. Nella prima metà del 2014, gli sforzi delle istituzioni catalane si concentrano dunque sulla redazione della *Lei de consultes populars no referendàries i d'altres formes de participació ciutadana*, destinata a fungere da quadro giuridico di riferimento per lo svolgimento della consultazione sul futuro politico della Catalogna prevista dall'accordo CiU-ERC del 2102 come momento culminante del processo *sobiranista*. Licenziata dalla Commissione Affari Istituzionali del

---

<sup>16</sup> La proposta di legge organica è consultabile nel *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, n. 158-1, Série B, 24 gennaio 2014, pp. 1-4 ([www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-158-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-158-1.PDF)). Per un'analisi della decisione del *Congreso* alla luce della STC 42/2014, si rinvia a L. Frosina, *Il c.d. "derecho a decidir" nella sentenza n. 42/2014 del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Federalismi.it*, 14 maggio 2014, pp. 12 ss. in particolare.

<sup>17</sup> L'art. 122 EAC afferma la competenza esclusiva della *Generalitat* in merito al regime giuridico, alle modalità, al procedimento, alla realizzazione e alla convocazione di «sondaggi, pubbliche audizioni, spazi di partecipazione e qualunque altro strumento di consultazione popolare», nell'ambito delle competenze ad essa attribuite e nel rispetto delle competenze statali esclusive in materia ex art. 149.1.32 CE (fra le quali, si ricordano la convocazione dei referendum di ratifica delle riforme costituzionali ex artt. 167.3 e 168.3 CE). Con la STC 31/2010, il Tribunal Constitucional ha offerto un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 122 EAC, sottolineando (F.J. 69) la differenza tra veri e propri referendum, sottratti all'ambito competenzaale autonomico e collocati in via esclusiva in quello statale, e consultazioni popolari non referendarie, secondo una distinzione già ampiamente esaminata nella STC 103/2008. Ricordando inoltre che lo stesso art. 122 EAC si riferisce esclusivamente a consultazioni che abbiano ad oggetto materie riservate alla competenza esclusiva della CA, il TC salva quindi la norma in esame, purché l'espressione «qualunque altro strumento di consultazione popolare» non sia intesa come comprensiva di consultazioni *strictu sensu* referendarie. La soluzione della delega di competenze ex art. 150.2 CE era stata suggerita dal *Consell Assessor per a la Transició Nacional*, fin dal suo primissimo *informe*, come una delle cinque vie praticabili per una transizione verso l'indipendenza che fosse «costituzionalmente conforme», insieme alla celebrazione di un referendum autonomico ex art. 90.2 CE, l'indizione di una consultazione referendaria disciplinata dalla *lleis* 4/2010, la celebrazione di una consultazione non referendaria (il cui quadro normativo, all'epoca in elaborazione, sarebbe poi confluito nella *lleis* 10/2014 *de consultes no referendàries*) e la riforma della Costituzione (cfr. *Consell Assessor per a la Transició Nacional, La consulta sobre el futur polític de Catalunya. Informe n. 1*, pp. 51 ss., consultabile in [http://presidencia.gencat.cat/web/.content/ambits\\_actuacio/consells\\_assessors/catn/informes\\_publicats/inf\\_1\\_castella.pdf](http://presidencia.gencat.cat/web/.content/ambits_actuacio/consells_assessors/catn/informes_publicats/inf_1_castella.pdf)

Parlamento catalano il 16 luglio 2014 e ritenuta conforme all'EAC dal *Consell de Garanties Estatutàries* con *dictamen* n. 19/2014, comprensivo di ben quattro opinioni dissenzienti su nove componenti il *Consell*<sup>18</sup>, la *lleis* 10/2014 è stata quindi approvata dal *Parlament* il 26 settembre 2014<sup>19</sup> ed immediatamente impugnata dal Governo di fronte al Tribunal Constitucional.

Sulla base delle norme della *lleis* 10/2014 non previamente sospese dal Tribunal Constitucional<sup>20</sup> e in attesa della decisione di quest'ultimo, il 9 novembre 2014 si svolge comunque la consultazione popolare espressione del *dret a decidir*, già convocata dal Presidente della *Generalitat* Artur Mas nel dicembre 2013. I residenti in Catalogna (anche stranieri), i cittadini di uno Stato membro dell'Unione Europea e i cittadini di uno Stato appartenente allo Spazio Economico Europeo, maggiori di sedici anni, nonché i catalani residenti all'estero sono chiamati ad esprimere il proprio voto su due quesiti concatenati: “Vuoi che la Catalogna diventi uno Stato? Se sì, vuoi che questo Stato sia indipendente?” Prendono parte alla consultazione 2.305.290 votanti (circa il 37% degli aventi diritto); l'80.76% di essi si esprime affermativamente con riferimento ad entrambi i quesiti<sup>21</sup>.

La risposta del *Constitucional* arriva il 25 febbraio 2015. Con la sentenza 31/2015, il giudice delle leggi spagnolo dichiara l'incostituzionalità dell'art. 3.3 della *lleis* 10/2014, nella parte in cui istituisce e definisce la consultazione di carattere generale - pur etichettata come “non referendaria”- sostanzialmente costruendola come «una vera e propria consultazione referendaria, strutturata come appello al corpo elettorale per mezzo del voto» (F.J. 9), senza tener conto delle competenze esclusive statali in materia, derivabili dal combinato disposto degli artt. 23.1, 149.1.1, 81.1 e 92.3, 149.1.32 CE. Finiscono così travolte dalla pronuncia di incostituzionalità

<sup>18</sup> Il testo del *dictamen* è consultabile all'url [www.cge.cat/admin/uploads/docs/20160211113717-1.pdf](http://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20160211113717-1.pdf).

<sup>19</sup> La *lleis* 10/2014 è consultabile nella sua versione vigente alla pagina web [http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur\\_ocults/pjur\\_resultats\\_fitxa/?documentId=671069&action=fitxa](http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?documentId=671069&action=fitxa). Per un commento al testo in vigore prima della STC 31/2015, si rimanda a E. Martí, *Un comentari d'urgència a la Lei de consultes populars no referendàries*, in *Blog de la Revista catalana de dret públic*, 15 ottobre 2014, disponibile alla pagina web <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/10/15/un-comentari-durgencia-a-la-llei-de-consultes-populars-no-referendàries-esther-martin-cates>.

<sup>20</sup> Con decisione di conferma del 29 settembre 2014 (STC 31/2015, *antecedente* 2), ex. art 161.2 CE.

<sup>21</sup> I dati ufficiali sono disponibili alla pagina web [www.participa2014.cat/resultats/dades/ca/escr-tot.html](http://www.participa2014.cat/resultats/dades/ca/escr-tot.html).

anche tutte quelle norme (nella fattispecie, i nn. 4-9 dell'art. 16 della legge autonoma impugnata) che stabiliscono la composizione delle commissioni incaricate di vigilare sul corretto svolgimento delle consultazioni non referendarie generali. Tutti gli altri precetti impugnati sono dichiarati conformi a Costituzione, purché interpretati come riferiti esclusivamente alle consultazioni settoriali non referendarie (pure previste dalla *llel* 10/2014), indirizzate specificamente a determinati collettivi di persone in ragione dell'oggetto della consultazione stessa.

In seguito, il Tribunal Constitucional dichiarerà (tardivamente) incostituzionale il decreto n. 129 del 27 settembre 2014, con il quale si convocava la consultazione del 9 novembre (STC 32/2015), e i successivi “comportamenti concludenti” (quali la preparazione di un sito internet dedicato alla consultazione, l'istituzione di un registro dei votanti, la regolamentazione del voto e l'organizzazione dei volontari coinvolti nell'evento e la predisposizione di locali pubblici atti allo scopo) messi in atto al fine di effettuare la medesima (STC 138/2015<sup>22</sup>). Valorizzando al massimo il legame intercorrente fra il decreto 129/2014 e gli atti che ne costituiscono l'esecuzione, in quanto preparatori della consultazione o ad essa comunque vincolati, il giudice delle leggi ne dichiarerà l'incostituzionalità per incompetenza, non spettando alle CCAA «la convocazione di consultazioni riguardanti questioni che incidono ... sul fondamento stesso dell'ordine costituzionale» (STC 138/2015, F.J. 4).

### **2.3. – La Risoluzione 1/XI del 9 novembre 2015, la sua impugnazione da parte del Governo e le questioni all'attenzione del Tribunal Constitucional**

L'approvazione della Risoluzione 1/XI segue a stretto giro la tornata elettorale autonoma cd. “plebiscitaria<sup>23</sup>” del 27 settembre 2015. Constatato al punto primo il

---

<sup>22</sup> Per un breve commento a questa pronuncia, si veda A. Mastromarino, Il Tribunale Costituzionale torna a dire no alla Catalogna, in Centro Studi sul Federalismo, *Commenti*, n. 57, 22 giugno 2015, disponibile in <http://www.csfederalismo.it/>

<sup>23</sup> Connotate fin dall'inizio della campagna elettorale dal Presidente uscente Mas come le “elezioni plebiscitarie” che avrebbero dovuto rappresentare la definitiva consacrazione dell'opinione pubblica catalana a favore dell'opzione indipendentista, le elezioni del 27 settembre 2015 hanno visto la vittoria della coalizione *Junts pel Sí* (formata da *Convergència Democràtica de Catalunya*, *Esquerra Republicana de Catalunya*, *Demòcrates de Catalunya*, *Moviment d'Esquerrres*) con il 39,54% dei consensi, ma senza che dalle urne uscisse una netta maggioranza in grado di riconfermare lo stesso Mas alla guida della *Generalitat*. Solo il 10 gennaio 2016, alla terza votazione, Carles Puigdemont (*Junts pel Sí*) ha

conseguimento della stragrande maggioranza dei seggi da parte di forze politiche apertamente schierate a favore dell'indipendentismo, il *Parlament* articola nelle successive otto proposizioni della Risoluzione una serie di dichiarazioni e mandati rivolti al futuro Governo catalano attraverso i quali si manifesta la volontà di creare uno «Stato catalano indipendente dotato della forma di repubblica» (punto secondo). Si proclama dunque l'apertura di un “processo costituente” finalizzato alla preparazione delle “basi per la futura costituzione catalana” (punto terzo) e l'intenzione del *Parlament*, nella sua qualità di «depositario della sovranità ed espressione del potere costituente» di non sottostare «alle decisioni delle istituzioni dello Stato spagnolo» e del Tribunal Constitucional in particolare. Tra le ragioni di quella che la Risoluzione presenta come una inevitabile delegittimazione, spicca ancora una volta la sentenza del 2010 sull'EAC: lo stesso punto sesto ricorda infatti come la STC 31/2010 sia intervenuta su un atto previamente votato dal popolo tramite referendum e dunque caratterizzato da un amplissimo sostegno del corpo elettorale. Dichiarate infine (punto settimo) la necessità di adottare tutte le misure indispensabili affinché il “*proceso de desconexión*” dallo Stato spagnolo possa avvenire in maniera democratica e pacifica e la volontà di intraprendere un negoziato per l'attuazione del “mandato democratico di creazione di uno Stato catalano indipendente con forma di repubblica” (punto nono), la Risoluzione 1/XI si chiude con un lungo allegato. In esso si ricapitolano, riconducendole a differenti settori di intervento, le azioni politiche e normative che il Governo catalano dovrà intraprendere al fine di proteggere (*blindar*) i diritti fondamentali che possano essere oggetto di intervento da parte dello Stato spagnolo<sup>24</sup>.

---

ottenuto l'investitura come Presidente della CA, grazie all'apporto determinante della forza indipendentista di sinistra *Candidatura d'Unitat Popular-Crida Constituent*. I risultati ufficiali delle elezioni del 27 settembre 2015 sono consultabili all'url [http://resultats.parlament2015.cat/09AU/DAU09999CM\\_L1.htm](http://resultats.parlament2015.cat/09AU/DAU09999CM_L1.htm). Per un'analisi del voto nella prospettiva della prosecuzione del processo *sobiranista*, si veda A. Mastromarino, *La Catalogna se desconecte, la Spagna risponde*, in *DPCE online*, n. 3, 2015.

<sup>24</sup> In particolare, la Risoluzione 1/XI, enuclea le seguenti aree di intervento: accesso alle risorse energetiche e ai servizi ad esse correlati (acqua, gas, elettricità); diritto all'abitazione; accesso alle cure sanitarie; istruzione; garanzia delle libertà pubbliche; autonomia delle amministrazioni locali, in opposizione al quadro normativo tracciato dalla legge statale di riforma 27/2013; accoglienza dei rifugiati oltre il limite e al di là degli accordi già stabiliti dal governo spagnolo; diritto all'aborto; gestione e riduzione del debito pubblico al fine di finanziare un piano di “*choque social*” (laddove il termine *choque* è da intendersi come *impulso*, *stimolo* alla ripresa economico-sociale catalana).

Due giorni dopo la sua approvazione, la Risoluzione è impugnata dal Governo. Inquadrandola all'interno di una serie ben individuata di iniziative intraprese dalle istituzioni catalane e corroborando le proprie argomentazioni con numerosi riferimenti alla *doctrina* del TC sul "diritto a decidere", il ricorso dell'avvocatura dello Stato ne sostiene la manifesta incostituzionalità. Preliminarmente, tornando sulla controversa questione della natura delle risoluzioni parlamentari come quella in esame, se ne sottolinea la piena idoneità all'impugnazione di fronte al TC in ragione della sua indiscutibile piena giuridicità, rendendo di conseguenza indispensabile una considerazione (e una pronuncia di incostituzionalità) della Risoluzione come "*conjunto sistemático*". Inoltre, non soltanto l'attribuzione della *sovranià* al popolo catalano violerebbe l'art. 1.2 CE (che attribuisce la sovranità al popolo spagnolo)<sup>25</sup>, ma anche l'indissolubile unità della nazione spagnola proclamata dall'art. 2 CE. Di conseguenza, ed oltre a comprimere illegittimamente il diritto di partecipazione al *procès sobiranista* dei cittadini spagnoli non catalani (art. 23 CE), l'attribuzione al solo popolo catalano del potere sostanzialmente costituente di dissolvere unilateralmente tale unione contravverrebbe alla procedura di revisione costituzionale sancita dall'art. 168 CE, attivabile anche su iniziativa delle assemblee delle CCAA (art. 87.1 CE). Infine, il rifiuto di subordinare il perseguimento dell'indipendenza alle decisioni delle istituzioni dello Stato spagnolo, rafforzato dalla serie di mandati rivolti al futuro governo autonomico nell'allegato alla Risoluzione<sup>26</sup>, sarebbe da interpretarsi come un inaccettabile atto di insubordinazione, contrario tanto al cardinale principio dello Stato democratico di diritto (art. 1.1 CE) quanto al dettato dell'art. 9.1 CE, per il quale cittadini e pubblici poteri tutti sono soggetti alla Costituzione. Rappresenterebbe del resto una variante di tale atteggiamento l'espreso rigetto dell'efficacia vincolante delle decisioni emesse dal Tribunal Constitucional, in evidente contrasto con l'art. 164 CE. La Risoluzione 1/XI violerebbe quindi quel principio di lealtà costituzionale e quel dovere di fedeltà alla Costituzione costruiti dal *Constitucional* fin dalle sue primissime pronunce come «assoggettamento alla

<sup>25</sup> Ed anche gli artt. 2.4 e 4 EAC come interpretati nella STC 31/2010; sul punto, si tornerà in seguito.

<sup>26</sup> Secondo l'Avvocatura dello Stato, nell'imporre al Governo della *Generalitat* il perseguimento dei determinati obiettivi, essi violerebbero anche il riparto di competenze fra Stato e CCAA costituzionalmente stabilito, attribuendo di fatto alle istituzioni autonome poteri normativi su materie e settori riservati alla potestà legislativa statale (il punto è sviluppato alla lettera l) dell'*antecedente* n. 2.

supremazia della Costituzione» e «rispetto delle regole del gioco politico e dell'ordine giuridico esistente», del quale è fatto divieto di tentare la trasformazione con mezzi illegali.

La risposta del *Parlament* al ricorso governativo è sostanzialmente fondata sull'unica, assorbente controdeduzione secondo la quale la natura strettamente politica della Risoluzione, espressione di legittime volontà e aspirazioni della Camera rappresentativa del popolo catalano, ne precluderebbe in radice ogni scrutinio di legittimità. Coerentemente con la logica plebiscitaria che anima la nuova fase del progetto indipendentista catalano, si riprende inoltre *a fortiori* il classico argomento della *countermajoritarian difficulty*, chiedendo che il TC, in un esercizio di *self-restraint*, dichiari inammissibile il ricorso governativo contro una Risoluzione genuinamente politica discendente proprio dall'organo rappresentativo del corpo elettorale.

### 3. – La STC 259/2015

I motivi di impugnazione che sorreggono il ricorso governativo e la replica con la quale il *Parlament* catalano punta ad ottenere il rigetto del medesimo *in limine litis* consentono a questo punto di esaminare la decisione del Tribunal Constitucional, prendendo le mosse da due brevi osservazioni introduttive. In primo luogo, è facile notare che la questione “preliminare di rito” relativa alla possibilità o meno di sottoporre a controllo di costituzionalità la Risoluzione 1/XI non assume un rilievo meramente processuale. Costringendo il giudice delle leggi a muoversi sul crinale che separa due versanti di un medesimo problema, tale interrogativo conduce piuttosto ad investigare la qualificazione di un atto che, nel far uso di termini quali *sovranità*, *Stato* e *processo costituente* dimostra quantomeno di voler lanciare un segnale squisitamente politico attraverso uno strumentario tutto giuridico. In secondo luogo, la sentenza si articola su tre nuclei problematici strettamente correlati, attorno ai quali gravitano i motivi di impugnazione e conseguentemente le risposte del *Constitucional*. Accertata infatti la natura pienamente giuridica di una risoluzione parlamentare autonoma che attribuisce la qualifica di soggetto sovrano ad una porzione limitata del popolo spagnolo, il Tribunal Constitucional esaminerà infatti a chi spetti la titolarità della sovranità in rapporto al diritto all'autonomia che pure la Costituzione riconosce alle nazionalità e regioni che compongono la nazione

spagnola. La pronuncia si conclude quindi con una riaffermazione dei vincoli - inscindibilmente sostanziali e procedurali - che la Costituzione impone ai soggetti che agiscono all'interno dello Stato *democrático y de derecho*, istituito a seguito dell'esercizio originario della sovranità da parte dell'unico soggetto titolare di essa.

### 3.1. – Politicità vs. giuridicità della Risoluzione 1/XI

La corretta qualificazione della risoluzione impugnata come atto meramente politico o, al contrario, come atto suscettibile di produrre effetti giuridici e pertanto sottoponibile a sindacato di costituzionalità ex art. 76 LOTC<sup>27</sup>, è affrontata dal giudice delle leggi spagnolo con la sinteticità che si riserva alle questioni già risolte in precedenti pronunce con un orientamento considerato ormai consolidato. È la precedente STC 42/2014 a offrire infatti tutti gli strumenti necessari alla risoluzione dell'interrogativo, enucleando i criteri essenziali a fronte dei quali verificare la giuridicità di un atto non legislativo autonomo come la risoluzione impugnata. Affrontando infatti il medesimo quesito con riferimento alla Risoluzione 5/X, la pronuncia alla quale il TC si richiama aveva sì sottolineato l'intrinseca politicità della medesima, ma non ne aveva escluso la piena *giuridicità*. La Risoluzione infatti, formalizzata in un documento approvato secondo le procedure previste dal regolamento parlamentare catalano, si sostanzia in una manifestazione compiuta della volontà istituzionale dell'organo dalla quale la risoluzione procede, producendo l'effetto di esortare i cittadini catalani e le istituzioni autonome all'azione politica (STC 42/2014, F.J. 2). Poco importa che tale effetto non sia vincolante, tanto con riferimento al "se" quanto al "come" esercitare tale "abilitazione ad agire", poiché «lo jurídico no se agota [non si esaurisce] en lo vinculante». La sola attribuzione della sovranità al popolo catalano è infatti di per sé sufficiente a sostenere la piena giuridicità della risoluzione, ben potendo produrre effetti giuridici (quali che siano) all'interno di un processo (ancora non definito ma comunque) finalizzato a rendere effettivo il "diritto a decidere" del proprio futuro politico (STC 42/2014, F.J. 2).

---

<sup>27</sup> Secondo l'art. 76 della *Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional* (LOTIC), il Governo può impugnare di fronte al TC le disposizioni normative non aventi forza di legge che siano state emanate da qualsiasi organo delle CCAA, entro due mesi dalla pubblicazione o dalla data in cui esso ne ha avuto notizia. Il procedimento è regolato dalle norme sui conflitti positivi di competenze (art. 77 LOTIC, che rimanda agli artt. 62 ss.).

In piena continuità con il *reasoning* che sorregge il precedente citato, anche la STC 259/2015 (F.J. 2) conclude per la piena giuridicità della Risoluzione 1/XI, ricordando come la dichiarazione di apertura di un processo costituente catalano quale momento preminente del progressivo distacco della futura repubblica di Catalogna dallo Stato spagnolo possa produrre effetti giuridici proprio in ragione del riconoscimento alla CA di attribuzioni superiori a quelle che le derivano *ex art. 2 CE*. Il *Constitucional* risolve dunque in senso affermativo la questione della idoneità della Risoluzione 1/XI (e della 5/X prima di essa) a formare oggetto di controllo di costituzionalità enucleando una serie di criteri che permettono di verificare la piena giuridicità di un atto dalla indiscutibile connotazione politica, ma dalla innegabile portata *anche* giuridica.

Nonostante la sinteticità che lo caratterizza, il *fundamento jurídico* 2 non chiarisce (o quantomeno, non tratta) semplicemente una questione preliminare, ma scopre immediatamente le carte con le quali si giocherà l'intera partita relativa alla costituzionalità o meno della risoluzione impugnata. Come nella STC 42/2014, anche nella STC 259/2015 il cuore argomentativo del TC ruoterà infatti intorno alla titolarità della sovranità e all'esercizio della medesima finalizzato ad attivare un processo sostanzialmente costituente. Senza che a nulla rilevino in questa fase le modalità di svolgimento del processo indipendentista al quale l'esercizio di tale "sovranità" darà luogo, a far emergere la piena giuridicità della risoluzione basta questa *abilitazione* di un soggetto che sovrano non è (il popolo catalano) all'utilizzo di un potere costituente di esclusiva pertinenza del legittimo titolare della sovranità (la nazione spagnola tutta)<sup>28</sup>. Non è un caso infatti che la STC 259/2015 ripeta

---

<sup>28</sup> Si veda in proposito J.J. Solozábal Echavarría, *La sentencia sobre la declaración soberanista y el derecho a decidir del pueblo catalán*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 50, Feb. 2015, pp. 47-48, con riferimento alla STC 42/2014. In tal senso, anche M. Fondevila Marón, *Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la STC 42/2014, de 24 de marzo*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 34, 2014, p. 589-592. Non sono mancate tuttavia aspre critiche alla *doctrina* del TC che qui si commenta. Particolarmente interessante sul punto, l'osservazione di E. Fossas Espadaler, che sottolinea innanzitutto il brusco scarto della STC 42/2014 rispetto alla ATC 135/2004, con la quale il TC aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione da parte del Governo dell'accordo del governo basco contenente la proposta per un nuovo Statuto di autonomia della CA, affermandone la inidoneità a produrre effetti giuridici definitivi in quanto atto non perfetto che rappresenta solo un passaggio all'interno di un ben più complesso procedimento parlamentare finalizzato all'adozione di un nuovo statuto. Ad opinione del medesimo Autore, inoltre, la decisione della STC 42/2014 circa l'idoneità della Risoluzione 5/X a produrre effetti giuridicamente rilevanti non sarebbe del tutto convincente: la semplice attribuzione della sovranità al popolo catalano non andrebbe infatti automaticamente a modificare situazioni giuridiche preesistenti, racchiudendo piuttosto in sé la

letteralmente quanto già espresso nella STC 42/2014 con riferimento all'attribuzione della sovranità al popolo catalano, stavolta in relazione alla proclamazione dell'avvio di un processo costituente.

Piano formale e piano sostanziale mostrano qui i primi segni di una contiguità (se non di una vera e propria) sovrapposizione) che tocca le fondamenta stesse dell'*Estado constitucional y democrático de Derecho*. Le conseguenze di tale impostazione risulteranno ancor più evidenti nel prosieguo della sentenza, laddove il giudice delle leggi si troverà ad analizzare il contenuto della Risoluzione 1/XI nella sua totalità, quale atto caratterizzato da un obiettivo univoco e da una «indiscutibile unità di significato». Emergerà così in tutta la sua rilevanza – stavolta tutta sostanziale - il tema della sovranità e della titolarità della medesima.

### 3.2. – La titolarità della sovranità ed il suo rapporto con l'autonomia

Constatato l'utilizzo di un linguaggio “materialmente costituzionale” da parte della risoluzione impugnata, il giudice delle leggi non può fare a meno di confrontare le scelte terminologiche effettuate dal *Parlament* con quelle compiute nel 1978 in sede di redazione della Carta Fondamentale, evidenziandone, al di là della sovrapposibilità formale del lessico impiegato dai due documenti, una portata sostanziale radicalmente differente. Richiamandosi alla propria giurisprudenza “storica” dei primi anni ‘80, il *Constitucional* ricorda infatti che la Costituzione del 1978 è il frutto dell'esercizio della sovranità da parte di un unico soggetto legittimamente titolare della medesima, ovvero il popolo spagnolo unitariamente considerato, al quale solo spettano le scelte fondamentali in merito

---

mera *potenzialità* che ciò accada. Ciò condiziona di conseguenza la debolezza argomentativa con la quale il TC si troverà ad interpretare, ora in modo costituzionalmente conforme, ora rilevandone l'incostituzionalità, una dichiarazione meramente politica, della quale semplicemente l'opportunità politica potrebbero rappresentare oggetto di verifica, e certamente non da parte del giudice delle leggi (come da quest'ultimo ricordato proprio nella ATC 135/2004, F.J. 6). E. Fossas Espadaler, *Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 101, mayo-agosto 2014, pp. 282-284. Sul punto, si veda inoltre J. Vintrot, *El Tribunal Constitucional y el derecho a decidir de Cataluña: una reflexión sobre la STC de 25 de marzo de 2014*, in *Blog de la RDPC*, 2 aprile 2014, disponibile in <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2014/04/02/el-tribunal-constitucional-y-el-derecho-a-decidir-de-cataluna-una-reflexion-sobre-la-stc-de-25-de-marzo-de-2014-joan-vintrot/>, che sottolinea proprio come la mancanza di conseguenze certe derivabili dalla Risoluzione in oggetto, in merito alla prosecuzione del processo di transizione verso l'indipendenza della Catalogna, la renda assolutamente inidonea a formare oggetto di controllo di costituzionalità.

all'organizzazione dello Stato e alla sua configurazione concreta. Come è noto, il combinato disposto degli artt. 1.2 e 2 CE non esclude certo un'articolazione *compuesta* dello Stato. Ciò tuttavia avviene non in ragione di un "patto" fra differenti «istanze territoriali storiche che conservino diritti preesistenti», ma in virtù del riconoscimento costituzionale, da parte della nazione spagnola dalla quale emana il potere costituente che essa esercita in qualità di titolare unico della sovranità, delle autonomie territoriali e delle nazionalità e regioni che la integrano. Appoggiandosi nuovamente alla precedente STC 42/2014, il TC può dunque solo concludere che l'attribuzione della sovranità ad un soggetto diverso dal *pueblo español*, in questo caso il popolo di una CA, comporta necessariamente la «simultanea negazione della sovranità nazionale» (F.J. 4).

*Nihil sub sole novi*, dunque: la conclusione a cui giunge il TC non sorprende. Non passa tuttavia inosservata l'intenzione di voler ulteriormente consolidare la propria *doctrina* relativa al particolare atteggiarsi della relazione autonomia-sovranià all'interno dell'*Estado autonómico* spagnolo. Attraverso una serie di precisi richiami testuali alle più rilevanti sentenze recenti e numerosi riferimenti ai *grands arrêts* del primissimo periodo della propria attività, il *Constitucional* affronta un tema classico tracciando una linea che parte idealmente dalla celeberrima affermazione contenuta nella sentenza 4/1981, F.J. 3, secondo la quale «autonomía no es soberanía<sup>29</sup>» per arrivare al dibattito odierno avviatosi con la STC 31/2010. Già in quest'ultima il riferimento contenuto nel Preambolo dello Statuto al «diritto inalienabile della Catalogna all'autogoverno» era stato interpretato dal Tribunal Constitucional come mera riaffermazione del diritto costituzionale all'autonomia riconosciuto e garantito dall'art. 2 CE (F.J. 8). Coerentemente con tale premessa, anche i riferimenti statutari al "popolo di Catalogna" come soggetto dal quale emanano i poteri della *Generalitat* (art. 2.4 EAC) erano stati poi "disattivati" attraverso un'interpretazione conforme all'art. 1 EAC quale "norma interposta", e dunque, in ultima analisi, all'art. 2 CE<sup>30</sup>. È

<sup>29</sup> Alla STC 4/1981 farà eco successivamente la STC 76/1988, F.J. 3, non per caso ripresa letteralmente dalla STC 259/2015 nel suo F.J. 4.B: «La Costituzione non è il risultato di un patto fra istanze territoriali storiche che conservano diritti precedenti alla Costituzione e superiori ad essa, bensì una norma che procede dal potere costituente e che si impone con forza vincolante generale nel proprio ambito, senza che ne rimangano escluse situazioni «storiche» anteriori. In questo senso, e di conseguenza, l'attuazione dei diritti storici suppone la soppressione, o il non riconoscimento, di quelli che contraddicano i principi costituzionali».

<sup>30</sup> La formulazione dell'art. 1 EAC secondo la quale «la Catalogna, in quanto *nacionalidad*, esercita il proprio autogoverno costituita in Comunità Autonoma in accordo con la Costituzione e con questo

poi la STC 42/2014 a traghettare definitivamente nel confronto contemporaneo la giurisprudenza elaborata durante primissima fase di costruzione dello Stato autonomico, aggiornandone la sistematizzazione alla luce delle principali pronunce emanate sul tema nel nuovo millennio (SSTC 247/2007, 103/2008, 31/2010 in particolare). La conclusione sarà ancora una volta inappellabile: il riconoscimento della sovranità in capo al popolo catalano è incompatibile con l'art. 2 CE, poiché comporterebbe l'attribuzione a un "soggetto parziale" del potere di dissolvere mediante il solo esercizio della propria volontà quella "indissolubile unità della nazione" proclamata da tale disposizione costituzionale (STC 42/2014, F.J. 3)<sup>31</sup>.

Da queste argomentazioni, la STC 259/2015 trae quindi, rafforzandole, due conseguenze fondamentali: la *desconexión* dallo Stato spagnolo non può essere proclamata *unilateralmente*, né può essere perseguita in violazione dei meccanismi

---

Statuto di Autonomia, che è la sua norma istituzionale fondamentale», è definita dallo stesso TC come "costituzionalmente impeccabile" (F.J. 8). Infatti, «[l]a inequivoca dichiarazione di principio espressa nell'art. 1 EAC ... implica naturalmente la presupposizione dell'intero universo giuridico creato dalla Costituzione, l'unico nel quale la Comunità Autonoma di Catalogna trova, giuridicamente, il proprio significato. In particolare, presuppone l'ovvietà secondo la quale il suo Statuto di Autonomia, basato sulla Costituzione spagnola, fa proprio, per logica derivazione, il fondamento stesso che la Costituzione proclama per se stessa, ovvero «l'indissolubile unità della Nazione spagnola» (art. 2 CE), riconoscendo contemporaneamente il popolo spagnolo quale titolare della sovranità nazionale (art. 1.2 CE), la cui volontà di formalizza nei precetti positivi emanati dal potere costituente». Proprio per questo, secondo il TC, è logicamente inconcepibile una competizione fra popolo di Catalogna e popolo spagnolo per la titolarità della sovranità nazionale (F.J. 9).

<sup>31</sup> Fortemente critico rispetto a tale impostazione, nella dottrina italiana, R. Ibrido, *Il "derecho a decidir" e il tabù della sovranità catalana. A proposito di una recente sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Federalismi.it*, 9 luglio 2014 (si vedano in particolare le pp. 13-16). L'Autore sottolinea infatti come nella STC 42/2014 il *Constitucional* abbia interpretato il concetto di sovranità in maniera persino più rigida di quanto già non avesse fatto con la STC 31/2010 sullo Statuto catalano, finendo col perdere un'occasione per una sua ridefinizione in senso maggiormente adeguato alla sensibilità politica e giuridica contemporanea. Infatti, identificando il "popolo catalano" menzionato nella Risoluzione 5/X con le *istituzioni* della Comunità Autonoma di Catalogna, il Tribunale Constitucional selezionerebbe deliberatamente «nell'ambito di una rosa di possibili opzioni ermeneutiche ..., quel preciso significato che presenta le maggiori possibilità di essere dichiarato incostituzionale», superando l'interpretazione conforme di tale espressione offerta nella STC 31/2010 con riferimento all'art. 2, c. 4 EAC. Il TC aveva qui esplicitamente affermato – seguendo la più volte ricordata tecnica di «interpretazione conforme disattivatrice» – che il concetto di "popolo catalano" costituisce un frammento qualificato del popolo spagnolo, coincidente con «quel gruppo di cittadini spagnoli che sono destinatari delle decisioni degli organi istituzionali i cui poteri trovano fondamento nello Statuto di autonomia», e – ci sia permesso di aggiungere, seguendo il *reasoning* del TC – a ritroso, dalla Costituzione stessa quale unica fonte dalla quale tali poteri promanano. Secondo l'Autore che qui si cita, il concetto di sovranità espresso dalla Risoluzione 5/X poteva ben essere "salvato" attraverso un'interpretazione adeguatrice – che si è invece preferito riservare non senza ambiguità al "diritto a decidere" – che lo circoscrivesse all'esercizio delle competenze attribuite alla CA.

costituzionalmente previsti. La Costituzione, infatti, prodotto dell'esercizio della sovranità da parte del popolo spagnolo tutto, quale unico legittimo titolare di essa, è "norma *incondizionata e condizionante*" qualsiasi altra norma dell'ordinamento (F.J. 4.B): ogni rifiuto espresso o tacito della sua forza cogente, da un punto di vista sostanziale quanto procedimentale, è destinato ad essere inevitabilmente sanzionato. È questo il terzo nucleo problematico che la STC 259/2015 si appresta ad affrontare.

### **3.3. – La forza cogente della Costituzione come effetto dell'esercizio della sovranità da parte del popolo spagnolo tutto. Le conseguenze sul *procès sobiranista***

Che la Costituzione rappresenti la *supreme law of the land* è esplicitato dal suo art. 9.1, che ricorda come tanto i cittadini quanto i pubblici poteri siano soggetti ad essa e all'ordinamento giuridico che dalla Carta Fondamentale trae validamente causa. Sottolinea tuttavia il *Constitucional* che la forza cogente della Costituzione non comporta di per sé una automatica adesione ideologica al suo contenuto, secondo un modello di "democrazia militante" già fermamente rigettato dalla STC 42/2014<sup>32</sup>. Piuttosto, essa richiede ai pubblici poteri e ai cittadini un impegno a svolgere le proprie funzioni in conformità a quanto la Costituzione stessa prescrive. E' questa l'essenza dello Stato «costituzionale di diritto» proclamato dall'art. 1.1 CE. Certo, lo Stato spagnolo è anche definito dal medesimo articolo come "*democratico*" (oltre che "*socialé*"). Tuttavia, l'interpretazione oggi nettamente prevalente tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza costituzionale, esclude in radice ogni possibile gerarchia (o contrapposizione) fra le tre qualificazioni<sup>33</sup>, preferendo piuttosto valorizzare le

---

<sup>32</sup> «Così, dunque, la supremazia della Costituzione non deve confondersi con una esigenza di adesione positiva alla norma fondamentale, poiché nel nostro ordinamento costituzionale non trova collocazione un modello di «democrazia militante», ovvero «un modello nel quale si imponga, non già il rispetto, ma l'adesione positiva all'ordinamento e, in primo luogo, alla Costituzione» (STC 48/2003, FJ 7; *doctrina* ribadita, fra le altre, nelle SSTC 5/2004, del 16 gennaio, FJ 17; 235/2007, FJ 4; 12/2008, FJ 6, y 31/2009, del 29 gennaio, FJ 13)" (STC 42/2014, F.J. 4.c). Questo Tribunale ha riconosciuto che nel nostro ordinamento costituzionale c'è spazio per tutte le idee che si intendano difendere e che «non esiste un nucleo normativo inaccessibile ai procedimenti di riforma costituzionale».

<sup>33</sup> Per un'analisi più approfondita delle quali, si rinvia, *ex multis*, al classico studio di Á. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, nonché ai contributi di M. Aragón Reyes, *Artículo 1*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo

intersezioni esistenti fra i tre termini e, conseguentemente, il loro reciproco arricchimento<sup>34</sup> in una relazione di dinamica complementarietà<sup>35</sup>.

In linea con tale impostazione, il *Constitucional* ricorda quindi che il principio democratico non può non essere soggetto alla “supremazia incondizionata della Costituzione” (STC 259/2015, F.J. 4.B), contrariamente a quanto presuppongono (F.J. 5) i numerosi riferimenti al “mandato democratico” che la Risoluzione 1/XI pone a fondamento della propria volontà di avviare un vero e proprio processo costituente catalano che non intende sottomettersi alle decisioni delle istituzioni centrali. L’ordinamento spagnolo - ribadisce il *Constitucional* – tutela e valorizza il pluralismo politico e territoriale quale espressione fondamentale del principio democratico. Non si può tuttavia dimenticare che la Costituzione trae la propria legittimazione dalla volontà del potere costituente, presentandosi così come massima espressione di quel principio democratico che si propone di garantire attraverso una serie di «regole del gioco insostituibili» (STC 259/2015, F.J. 5.b), nel rispetto delle quali è ben possibile perseguire le più che legittime aspirazioni di riforma costituzionale (F.J. 7). In quest’ottica dunque, il principio democratico risulta sì *disciplinato* (non *limitato!*), ma anche *garantito* dal principio dello Stato costituzionale di diritto (F.J. 5.c). Opponendo alla supremazia incondizionata della Costituzione una «presunta legittimazione democratica», e pretendendo, in ragione di questa sola, l’instaurazione di un nuovo ordine politico senza alcun rispetto delle procedure di revisione previste negli artt. 167 e 168 CE, la Risoluzione 1/XI dimostra di rifiutare la forza cogente della Costituzione (F.J. 6), insieme a tutti i presupposti su cui essa si fonda (ovvero, unità della nazione spagnola e sovranità come suo attributo irrinunciabile).

Così, nel dichiarare l’incostituzionalità della Risoluzione 1/XI per violazione degli artt. 1.1, 1.2., 2, 9.1 e 168 CE, nonché degli artt. 1 e 2.4 EAC, il Tribunal

---

Ferrer (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Las Rozas, Madrid, Fundación Wolters-Kluwer España, 2009, pp. 25-52; R. L. Blanco Valdés, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, 2a ed. a cura di M. Iacometti, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 31 ss.; L. Villacorta Mancebo, *La construcción del Estado democrático español: algunas perspectivas*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 109, jul.-sept. 2000, pp. 73-102.

<sup>34</sup> Si vedano a questo proposito le considerazioni svolte da M. García-Pelayo nel saggio *El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española*, in M. García-Pelayo, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, pp. 92-104.

<sup>35</sup> E. Á. Conde, V. Garrido Mayol, R. Tur Ausina, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 60.

Constitutional evidenzia ancora una volta la strettissima connessione intercorrente fra profili sostanziali e profili (solo apparentemente) formali del proprio *reasoning*. La Risoluzione in oggetto non è incostituzionale per mera violazione del procedimento *ex artt.* 168 CE. Al contrario, il rifiuto espresso del procedimento prescritto dalla Carta Fondamentale per affrontare un tema - l'esercizio del cd. "*dret a decidir*" - che indubbiamente ricade nell'alveo della revisione costituzionale, ha presupposti e conseguenze tutti sostanziali, imperniati sul rifiuto dell'attribuzione della sovranità al popolo spagnolo nel suo complesso e sulla contemporanea identificazione del *Parlament* come unico soggetto che, in virtù della sola legittimazione democratica, possa validamente iniziare un processo costituente. Tuttavia, «[l]a Camera autonoma non può erigersi a fonte di legittimazione giuridica e politica, fino ad arrogarsi la potestà di violare l'ordine costituzionale che sostiene la sua stessa autorità». Così facendo, il Parlamento catalano sovvertirebbe il proprio fondamento costituzionale e statutario (artt. 1 y 2.4 EAC), sottraendosi a qualunque vincolo nei confronti della Costituzione e dell'intero ordinamento giuridico (STC 259/2015, F.J. 7).

La contravvenzione alle procedure di revisione costituzionalmente previste si traduce dunque inevitabilmente nella negazione delle fondamenta dello Stato costituzionale e democratico di diritto. Risulta così evidente lo scarto rispetto alla *ratio decidendi* della STC 42/2104, che aveva "salvato" mediante una interpretazione costituzionalmente orientata i riferimenti al *dret a decidir* contenuti nella Risoluzione 5/X, ritenendo che essi non fossero da intendersi come manifestazioni di un ipotetico diritto alla autodeterminazione del popolo catalano (che la Carta Fondamentale non riconosce<sup>36</sup>), quanto piuttosto come legittima espressione di un pluralismo politico proprio di una democrazia, appunto "non militante", nella quale esso può certamente trovare spazio, ma solo se inserito e sviluppato all'interno dei canali della legalità costituzionale<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Sul punto, si vedano J. J. Solozábal Echavarría, *Autodeterminación y Constitución*, in J. J. Solozábal Echavarría, *Nación y constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 316-330; M. Aragón Reyes, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 54-63.

<sup>37</sup> "Proporre concezioni che intendano modificare il fondamento stesso dell'ordine costituzionale è possibile, nel nostro ordinamento, sempreché ciò non si predisponga o si difenda attraverso un'attività che violi i principi democratici, i diritti costituzionali o il resto dei mandati costituzionali, e che l'intento del suo effettivo conseguimento si realizzi nel quadro dei procedimenti di riforma della

In questo senso, è interessante notare come, dopo avervi ripetutamente attinto con l'intento di rafforzare la continuità argomentativa della propria *doctrina*, il Tribunal Constitucional utilizzi *a contrario* la STC 42/2014, quasi che quest'ultima fosse uno specchio in grado di riflettere, oltre ai profili comuni, anche le differenze fra il giudizio in corso e quello relativo alla Risoluzione 5/X. Se infatti essa lasciava intravedere possibili sviluppi del *procès sobiranista* anche in senso costituzionalmente conforme, la Risoluzione 1/XI propone un approccio radicalmente diverso, che giustifica il diverso esito del giudizio di costituzionalità. Del resto, già nella STC 103/2008, con la quale il TC ha dichiarato l'incostituzionalità della legge basca 9/2008 relativa alla convocazione di una consultazione popolare finalizzata a conoscere l'opinione della cittadinanza in merito all'inizio di un negoziato con il governo di Madrid per il raggiungimento di un accordo sul «diritto a decidere del popolo basco», il giudice delle leggi aveva rimarcato con forza che il quesito in oggetto «[è] una materia il cui trattamento istituzionale è riservato al procedimento *ex art.* 168 CE», in quanto progetto di revisione dell'ordine costituito che incide direttamente sul «fondamento dell'identità del titolare unico della sovranità» (STC 103/2008, F.J. 4). Il procedimento *ex art.* 168 CE viene così presentato come l'unico percorso di riforma applicabile nel perseguimento di una eventuale riconfigurazione dei rapporti politico-istituzionali fra Stato e CCAA. Definito dalla stessa «decisione costituente» del popolo spagnolo, unico soggetto abilitato ad intervenire sulla riorganizzazione di quell'ordine costituzionale che sulla sua sovranità si fonda, il procedimento di revisione costituzionale è infatti il solo a poter garantire la piena ed effettiva democraticità dell'esercizio del *dret a decidir*.

#### **4. – L'Estado autonómico al cospetto del Tribunal Constitucional, fra *mega-politics* e *countermajoritarian difficulty*. Spunti conclusivi**

Nelle pagine precedenti, si è avuto modo di analizzare la STC 259/2015 dapprima contestualizzandola all'interno dei più recenti sviluppi del dibattito sul *procès sobiranista* catalano e in seguito evidenziando la continuità del *reasoning* del TC rispetto alle proprie precedenti pronunce, con riferimento alle principali questioni di

---

Costituzione, poiché il rispetto di essi è, sempre e in qualunque caso, imprescindibile» (STC 42/2014, F.J. 4).

costituzionalità sollevate in relazione alla Risoluzione 1/XI. A parere di chi scrive, una riflessione conclusiva sulla sentenza in esame prevede quantomeno due livelli di indagine distinti, a seconda che si voglia mettere a fuoco il merito della decisione stessa oppure lo sfondo sul quale essa si colloca, ed in particolare alcune tendenze del costituzionalismo contemporaneo.

In primo piano, spicca indubbiamente, quale chiave di volta dell'intera pronuncia, il rapporto tra il carattere unitario dello Stato spagnolo e quella «autonomia delle nazionalità e regioni che lo compongono» che in esso trova la propria ragion d'essere e – come pare evidente dalla ricostruzione offerta nelle pagine precedenti - la propria legittimazione. Un'attenta lettura della STC 259/2015 e della folta giurisprudenza da essa adottata a sostegno delle proprie argomentazioni, pare infatti consolidare una *doctrina* che, prendendo le mosse da un dettato costituzionale già in tal senso orientato, fin da subito colloca i principi di unità e autonomia su due piani ben diversi. L'art. 2 CE infatti da un lato individua quale fondamento della Costituzione il principio di indissolubile unità e indivisibilità della nazione spagnola. Dall'altro, *ricosce* e *garantisce* il diritto all'autonomia, quasi che quest'ultimo fosse un *quid pluris* non preesistente al momento costituente (da qui il riferimento insistito alla giurisprudenza del TC che rifiuta di concepire la Costituzione come «risultato di un patto fra istanze territoriali che conservino dei diritti anteriori ad essa»), bensì *octroyé* proprio ad opera della volontà costituente espressa dal titolare della sovranità. Unità e autonomia dunque, pur definiti entrambi come principi strutturali dell'ordinamento<sup>38</sup> che organizzano la ritrovata complessità della Spagna post-franchista<sup>39</sup>, vivono fin da subito una relazione diseguale<sup>40</sup>. La correlazione più volte evidenziata dalla STC in commento, che lega art. 1.2 CE e prima parte dell'art. 2 CE, mette in luce infatti il carattere originario, unitario ed

---

<sup>38</sup> La prima da E. Fossas, *Il principio unitario come riserva di competenza allo Stato centrale secondo la giurisprudenza costituzionale*, in G. Rolla (a cura di), *La definizione dell'unità negli ordinamenti decentrati, Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Pontignano, Università degli Studi di Siena, 10-11 maggio 2002*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 134; la seconda da L. Villacorta Mancebo, Á. L. Sanz Pérez, *Sobre el principio estructural de autonomía en la Constitución española y su desarrollo*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 34/35, 2001, p. 58.

<sup>39</sup> I. Molas, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 73, parla espressamente di “*pluralismo nacional*” come espressione del pluralismo sociale che rappresenta il substrato del nuovo corso costituzionale.

<sup>40</sup> La “diversità di status” che caratterizza i due principi è rimarcata da J. Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 5ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 202.

antecedente del potere costituente rispetto al diritto all'autonomia delle «nazionalità e regioni»<sup>41</sup>, cosicché questo non può che risolversi in un complesso di poteri e facoltà derivate<sup>42</sup> e dunque necessariamente limitate<sup>43</sup>. Per questo, la scelta aggregatrice<sup>44</sup> della Costituzione spagnola del 1978 esclude con decisione che l'autonomia possa essere identificata con la sovranità, facendo così dell'unità della nazione il presupposto per l'esercizio del diritto all'autonomia. Quest'ultimo, quale concetto di relazione, non si oppone al primo, ma trova invece la propria piena realizzazione solo all'interno di esso (ancora nelle parole della più volte ricordata STC 4/1981, F.J. 3). Anche l'unità acquisisce così un significato dinamico<sup>45</sup>, che si sostanzia nel mutevole equilibrio fra omogeneità e diversità<sup>46</sup>, storicamente determinato dall'esercizio tanto delle competenze e dei poteri riservati allo Stato quale garante dell'unità dell'ordinamento, quanto delle prerogative autonome costituzionalmente attribuite<sup>47</sup>. Tale impostazione si presta naturalmente ad essere discussa sotto molteplici aspetti, ma è innegabile che essa rappresenti ad oggi una sorta di “versione consolidata” della ricostruzione dei rapporti fra Stato e CCAA, inevitabile punto di partenza per ogni contestazione e per ogni proposta di ridefinizione di tali rapporti.

---

<sup>41</sup> J. J. Solozábal Echavarría, *Nación y constitución*, in J. J. Solozábal Echavarría, *Nación y constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, p. 220. Ricorda inoltre la STC 58/1982 che le *Comunidades Autónomas* non preesistono allo Stato, ma piuttosto *esistono* all'interno di esso (F.J. 2). Per quanto riguarda la controversa distinzione fra nazionalità e regioni, questa è da ricondursi non tanto alla volontà di una preventiva valutazione costituzionale di due diverse intensità del diritto all'autonomia, quanto piuttosto alla individuazione di due diverse tipologie di percezione della coesione delle comunità territoriali in base a fattori storici, linguistici e in senso lato culturali; si vedano a riguardo le approfondite suggestioni di L. Vandelli, *cit.*, pp. 183-193.

<sup>42</sup> J. J. Solozábal Echavarría, *Artículo 2*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (coords.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Las Rozas, Madrid, Fundación Wolters-Kluwer España, 2009, p. 58.

<sup>43</sup> R. Entrena Cuesta, *Artículo 2*, in F. Garrido Falla (coord.), *Comentarios a la Constitución*, 2<sup>nd</sup> ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 49.

<sup>44</sup> J. J. Solozábal Echavarría, *Nación y constitución*, *cit.*, pp. 219-220.

<sup>45</sup> L. López Guerra, *De la organización territorial del Estado*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (coords.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Wolters-Kluwer España, 2009, p. 2071.

<sup>46</sup> Cfr. a riguardo F. Fernández Segado, *La construcción jurisprudencial del Estado autonómico*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 27, 1990, p. 56 e le sentenze del TC ivi citate.

<sup>47</sup> E' questo il significato che la *doctrina* elaborata ad opera del Tribunal Constitucional attribuisce alla “*forma compuesta del Estado*”, alla luce della quale devono essere interpretati tutti i precetti della Costituzione (STC 32/1985, F.J. 2).

L'evidente coinvolgimento del Tribunal Constitucional in tale vicenda, fosse anche solo nella veste di "custode" di una interpretazione che anzi esso stesso mira a stabilizzare, consente poi di spostare l'attenzione sul secondo piano di lettura menzionato in premessa. Già da alcuni anni, una attenta dottrina<sup>48</sup> ha avuto modo di esplorare la tendenza del costituzionalismo contemporaneo ad un sempre maggior coinvolgimento della giustizia costituzionale in processi genuinamente politici. Tuttavia, se ad esserne oggetto erano inizialmente - ed in maniera quasi esclusiva - le grandi questioni relative all'interpretazione dei diritti fondamentali, numerosi esempi recenti hanno mostrato un ampliamento dei confini di tale intervento fino a toccare *core issues* in passato sottratte all'intervento dei giudici costituzionali. A questa *judicialization of mega-politics* non si sottrarrebbero neppure i processi elettorali, le trasformazioni relative al regime politico-istituzionale che organizza una data collettività, la formazione e la percezione della propria identità da parte di essa e la costruzione di nuove entità nazionali, con il non trascurabile effetto collaterale di riportare in auge, aggiornandola, la più classica delle obiezioni da sempre mosse alla giustizia costituzionale, la *countermajoritarian difficulty*<sup>49</sup>. Numerosi indizi sembrerebbero confermare come il caso del processo indipendentista catalano si inserisca perfettamente in questo scenario. I riferimenti espliciti o velati contenuti nelle Risoluzioni 5/X e 1/XI alla STC 31/2010 come *casus belli* di uno scontro istituzionale fra autorità catalane e Tribunal Constitucional; l'espresso disconoscimento dell'autorità di quest'ultimo da parte della Risoluzione 1/XI, che lo definisce «privo di legittimazione e competenza»; l'esercizio di *self-restraint* che lo scritto difensivo presentato dal Parlamento catalano richiede al Tribunal Constitucional nel giudicare la legittimità della Risoluzione 1/XI, sorretta da un solidissimo e pressoché unanime consenso popolare post-elettorale e dunque non suscettibile di scrutinio di costituzionalità; la risposta del Tribunal Constitucional, che nella STC 259/2015 ricorda come il principio democratico non possa esistere separatamente dalla supremazia incondizionata della Costituzione, della quale esso stesso è il custode per volere del Costituente stesso: argomento tutt'altro che desueto nella discorso contemporaneo sulla *judicial review*, la *countermajoritarian difficulty* permea così l'intera trama delle relazioni fra autorità catalane e giudice delle leggi e si

<sup>48</sup> R. Hirschl, *The judicialization of mega-politics and the rise of political courts*, in *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 2008, pp. 93-118.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 98-99.

sovrappone alla magmaticità dei rapporti “centro-periferia”, favorendo l’acuirsi di quel nervosismo istituzionale che tutti gli ordinamenti contemporanei sono destinati a sperimentare nell’affrontare la giuridicizzazione di temi politicamente sensibili. Che nel contesto spagnolo attuale quest’ultima sia poi da attribuirsi alla “incapacità degli attori politici coinvolti di giungere ad un accordo” sulla collocazione (“*encaje*”) della Catalogna all’interno dello Stato autonomico<sup>50</sup>, o che essa sia da ricondursi al ben più intricato “concorso di crisi” (del sistema economico-finanziario, dei meccanismi della rappresentanza politica a livello nazionale come autonomico, e dell’*Estado compuesto* stesso, come modello necessariamente da aggiornare) evidenziato da un’accorta dottrina<sup>51</sup>, suggerisce in ogni caso la natura tutt’altro che transitoria del fenomeno.

Alla luce di queste pur brevi osservazioni, la STC 259/2015 appare dunque un ulteriore e certamente non definitivo capitolo nell’inquieta storia dell’*Estado compuesto* spagnolo: intrinsecamente restio a cristallizzare una volta per tutte le proprie geometrie, esso è oggi più che mai immerso in nuove sfide, politiche e giuridico-costituzionali insieme, rivelandosi ancora una volta una delle più interessanti ed originali esperienze del panorama europeo continentale.

---

<sup>50</sup> Così afferma, senza mezzi termini, A. Galán Galán, *Del derecho a decidir a la independencia: la peculiaridad del proceso secesionista en Cataluña*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 4, 2014, p. 902.

<sup>51</sup> Secondo l’analisi di J. Ma-Castellà Andreu, *The proposal for Catalan Secession and the crisis of the Spanish Autonomous State*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2015, pp. 429-432.





ISSN 2037-6677

2016/2

**Ancora sull'esclusione dei cittadini dell'Unione europea economicamente inattivi dalla concessione di prestazioni di assistenza sociale: la legittimità delle restrizioni al principio di parità di trattamento sulla scia delle pronunce Dano e Alimanovic**

**The exclusion of EU citizens from social assistance during the first three months of residence in the host Member State: the principal of equal treatment from Dano and Alimovic to García-Nieto**

**G. Pelacani**

Tag : García-Nieto , Equal treatment, European court of justice

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





Ancora sull'esclusione dei cittadini dell'Unione europea economicamente inattivi dalla concessione di prestazioni di assistenza sociale: la legittimità delle restrizioni al principio di parità di trattamento sulla scia delle pronunce *Dano e Alimanovic* – Nota a commento, Corte di Giustizia dell'Unione europea (prima sezione). Sentenza del 25 febbraio 2016, causa C-299/14. *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. Jovanna García-Nieto e altri*.

di Gracy Pelacani

1. – In data 25 febbraio 2016 la Corte di Giustizia dell'Unione europea (prima sezione) è tornata a pronunciarsi sulla controversa questione riguardante la legittimità delle restrizioni poste dagli Stati membri al principio di parità di trattamento nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale da parte di cittadini dell'Unione non economicamente attivi che esercitano il loro diritto alla libera circolazione e soggiorno.

La sentenza qui in esame si colloca sulla scia di precedenti pronunce della medesima Corte aventi sempre a oggetto questioni pregiudiziali poste da giudici tedeschi nell'ambito di controversie che vedevano i centri per l'impiego rifiutare o annullare la concessione di prestazioni di assistenza sociale a cittadini dell'Unione europea non economicamente attivi risiedenti in territorio tedesco. Questa più recente decisione viene quindi a confermare quanto già stabilito dalla Corte nella

causa *Dano* (Corte giust., sent. 11-11-2014, causa C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358) e successivamente confermato nella decisione del caso *Alimanovic* (Corte giust., sent. 15-09-2015, causa C-67/14, *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597), e si differenzia parzialmente con quanto previamente statuito nella sentenza *Brey* (Corte giust., sent. 19-09-2013, causa C-140/12, *Brey*, ECLI:EU:C:2013:565). Tuttavia, è opportuno precisare che ognuna di queste pronunce ha riguardato diverse tipologie di cittadini dell'Unione non economicamente attivi. Nello specifico, il caso qui in esame riguarda coloro che risiedono nello Stato membro da un lasso di tempo inferiore a tre mesi.

Questa linea di casi si inserisce all'interno del più ampio dibattito che ha visto la Corte di giustizia impegnata nella ricerca di un bilanciamento tra il diritto alla libera circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione non economicamente attivi, e la volontà degli Stati membri di evitare che costoro diventino un onere eccessivo per i sistemi nazionali di assistenza sociale, e di prevenire abusi degli stessi. Trattasi, in breve, della dibattuta questione del c.d. turismo sociale.

2. – La domanda di pronuncia pregiudiziale sorge nell'ambito di una controversia tra il *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen* e la famiglia *Peña-García* avverso il rifiuto del centro per l'impiego di concedere al solo signor *Peña* e a suo figlio minore una prestazione di sussistenza. Il diniego si giustificava sulla base di quanto previsto dalla normativa nazionale in materia, la quale esclude da tale beneficio per i primi tre mesi di soggiorno i cittadini dell'Unione che risiedono in Germania che non hanno o non hanno conservato lo status di lavoratore.

Il signor *Peña* e suo figlio avevano fatto ingresso in territorio tedesco il 23 giugno del 2012 al fine di raggiungere la signora *García* e la figlia in comune della coppia, le quali si erano recate in Germania già nel mese di aprile 2012. I ricorrenti sono tutti cittadini spagnoli, non sono sposati né hanno contratto un'unione registrata pur vivendo da vari anni in coppia in Spagna. La signora *García* svolge un'attività lavorativa in Germania a partire dal giugno 2012, e la coppia riceve assegni familiari per i relativi figli a partire dal luglio 2012. Inoltre, il signor *Peña*, a partire dal mese di novembre 2012, alterna periodi di occupazione temporanea ad altri in cui riceve un'indennità di disoccupazione.

Risulta dai fatti di causa che la domanda posta il 30 luglio 2012 dalla famiglia *Peña-García* richiedente la concessione di prestazioni di sussistenza venisse rifiutata solo in relazione al signor *Peña* e a suo figlio per i mesi di agosto e settembre 2012. Il beneficio in oggetto veniva poi concesso a partire dal mese di ottobre dello stesso anno. Avverso il diniego i ricorrenti proponevano ricorso, ricevendo una pronuncia a loro favore da parte del tribunale per il contenzioso in materia sociale di Gelsenkirchen. Tale decisione veniva successivamente impugnata dal centro per l'impiego dinnanzi al tribunale per il contenzioso in materia sociale del Land Renania settentrionale-Vestfalia. Sarà quest'ultima autorità giurisdizionale a nutrire dubbi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione dell'esclusione dei ricorrenti dal beneficio in questione così come stabilito dalla normativa nazionale. Sospenderà quindi il procedimento per sottoporre alla Corte tre questioni pregiudiziali.

In primo luogo, il giudice del rinvio chiede se sia da applicarsi il principio di parità di trattamento stabilito all'art. 4 del regolamento (CE) n. 883/2004 (regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in G.U.U.E. L 166, 30-4-2004, 1) anche a quelle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo disciplinate all'art. 70 c. 1 e 2 dello stesso regolamento. In caso di risposta affermativa, se osta al diritto dell'Unione la normativa nazionale che attua l'art. 24 c. 2 della direttiva 2004/38/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in G.U.U.E. L 299, 29-6-2004, 1) nel prevedere che la parità di trattamento sia limitata, nel senso di non garantire l'accesso alle suddette prestazioni per i primi tre mesi di soggiorno a coloro che non siano lavoratori in Germania né conservino tale status.

Avendo la Corte risposto in modo affermativo alla prima domanda nella sentenza *Dano* (Corte giust., sent. 11-11-2014, causa C-333/13, cit., punto 55), nell'ambito di questa causa si occuperà solo della seconda questione, dal momento che il terzo quesito presupponeva una risposta negativa alla prima domanda posta.

3. – La Corte dichiarerà che né l'art. 24 c. 2 della dir. 04/38 (deroga, in particolari circostanze, alla parità di trattamento nell'accesso a determinate

prestazioni) né l'art. 4 del reg. 883/04 (principio di parità di trattamento) ostano a una normativa nazionale che escluda dal beneficio delle prestazioni in oggetto durante i primi tre mesi di soggiorno coloro che non abbiano o non mantengano lo status di lavoratore (cfr. punti 51-53 della sentenza in commento).

L'argomentazione della Corte si costruisce in controcanto rispetto alla sua precedente giurisprudenza su simili questioni, attraverso il progressivo riferimento alle precedenti sentenze nominate qui in apertura o, al contrario, escludendo che quanto stabilito in esse si applichi al caso considerato.

In primo luogo, la Corte precisa che le prestazioni qui in esame non possono classificarsi come aventi ad oggetto il facilitare l'accesso al mercato del lavoro dello Stato di residenza. Al contrario, queste vanno considerate come «prestazioni d'assistenza sociale» ex art. 24 c. 2 dir. 04/38, così come già stabilito nella sentenza *Alimanovic* (Corte giust., sent. 15-09-2015, causa C-67/14, cit., punti 44 a 46). Rileva che nella sentenza *Dano* (Corte giust., sent. 11-11-2014, causa C-333/13, cit., punto 63), si connette il ricorrere a queste stesse prestazioni - il cui scopo è «garantire i mezzi minimi di sussistenza necessari a condurre un'esistenza conforme alla dignità umana» - alla circostanza che il soggetto, non disponendo delle risorse economiche sufficienti per far fronte alle proprie esigenze e a quelle della sua famiglia, rischia per ciò stesso di divenire un onere per le finanze pubbliche dello Stato di residenza. Si ricorda che, ai sensi della dir. 04/38, divenire un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro di residenza è motivo di l'allontanamento dal territorio dello stesso, sebbene questo non possa derivare dal solo ricorso al sistema stesso, rendendo necessario un esame delle circostanze individuali (*cons.* 16). Ciò nondimeno il ricorrervi è indice di rischio (cfr. D. Thym, *The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens*, in *C. Mkt. L. Rev.*, 2015, 42).

È di rilievo poi notare che una tale classificazione del beneficio permette alla Corte di escludere a priori l'applicazione di quella sua giurisprudenza, previa all'entrata in vigore della dir. 04/38, che ex art. 18 TFUE, aveva di volta in volta richiesto che il ricorrente dimostrasse un «nesso reale con il mercato del lavoro dello Stato interessato» (Corte giust., sent. 23-04-2004, causa C-38/02, *Collins*, in *Racc. I-02703 ss.*, in particolare punti da 67 a 69) o «un certo grado di integrazione nello

Stato di residenza» (Corte giust., sent. 15-03-2005, causa C-209/03, *Bidar*, in *Racc.* I-02119 ss., punto 57) perché potesse reclamare l'accesso a determinate prestazioni in condizioni di parità. Come si confermerà in seguito, la Corte ritiene che nel caso in esame non sia necessario procedere a un esame delle circostanze individuali del ricorrente, essendo l'unico elemento rilevante la durata del suo soggiorno.

Così definita la prestazione in oggetto, la Corte applica a questo caso quanto già stabilito nella sentenza *Dano* (sent. 11-11-2014, causa C-333/13), e poi confermato nel caso *Alimanovic* (sent. 15-09-2015, causa C-67/14). Si ricorda che le sentenze *Dano*, *Alimanovic* e *García-Nieto* riguardano tutte il rifiuto o l'annullamento da parte di centri per l'impiego tedeschi della concessione di prestazioni di assistenza sociale a cittadini dell'Unione europea non economicamente attivi ivi risiedenti. Questi, però, si trovano in posizioni differenti in relazione a quanto stabilito dalla direttiva 04/38 in merito al diritto di soggiorno.

Nella sentenza *Dano*, la ricorrente risiede in territorio tedesco da più di tre mesi ma da meno di cinque anni, non adempie al requisito di avere risorse proprie sufficienti e risulta aver fatto ingresso nel territorio dello Stato di residenza al solo scopo di poter beneficiare della prestazione richiesta. Non potendo la stessa vantare in primo luogo un diritto di soggiorno legittimo ai sensi dell'art. 7 c. 1 lett. b) della dir. 04/38, non può di conseguenza beneficiare dell'applicazione del principio di parità di trattamento nell'accesso alle prestazioni d'assistenza sociale richieste (sent. 11-11-2014, causa C-333/13, cit., punto 84; per un esteso commento v., H. Vershueren, *Preventing «Benefit Tourism» in the EU: A Narrow or Broad Interpretation of the Possibilities Offered by the ECJ in Dano?*, in *C. Mkt. L. Rev.*, 2015, 363-390).

Nel decidere il caso *Alimanovic*, la Corte statuisce che avendo i ricorrenti perso lo status di lavoratori, ed essendo risiedenti nello Stato membro come persone in cerca di lavoro, la deroga al principio di parità di trattamento nell'accesso alle prestazioni d'assistenza sociale stabilita dalla normativa nazionale non osta al diritto dell'Unione in quanto espressamente prevista all'art. 24 c. 2, dir. 04/38 per coloro che vantino un diritto di soggiorno *ex art.* 14, c. 4, lett. b), della dir. 04/38 (sent. 15-09-2015, causa C-67/14, cit., punti 57 e 63).

Riprendendo tali argomentazioni, la Corte afferma nella sentenza in commento che possono richiedere l'applicazione del principio di parità di trattamento

nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale solo coloro il cui soggiorno nello Stato membro sia legittimo (da leggersi: conforme ai requisiti stabiliti dalla dir. 04/38). Se, al contrario, si applicasse la parità nell'accesso alle prestazioni sociali a quei cittadini che non godono di suddetto diritto, ci si porrebbe in contrasto con uno degli obiettivi della dir. 04/38: evitare che i medesimi «diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante» (*cons.* 10). Pertanto, la legittimità del soggiorno diviene condizione propedeutica alla richiesta di poter beneficiare delle prestazioni qui considerate in condizione di parità.

Risulta che, per il periodo in cui il beneficio viene rifiutato il ricorrente godeva di un diritto di soggiorno *ex art.* 6 c. 1 dir. 04/38 in quanto risiedeva in Germania da un lasso di tempo inferiore a tre mesi. Diritto questo che la direttiva non sottopone a nessuna condizione se non quella di essere in possesso di un valido documento di identità o passaporto, e che si conserva fino a quando il cittadino non diventa un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro di residenza *ex art.* 14 c. 1, dir. 04/38.

Come estensivamente argomenta l'avvocato generale nelle sue conclusioni (cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, 4-06-2015, causa C-299/14, *García-Nieto e al.*, punti 54 e 57) la direttiva 04/38 prevede all'art. 24 c. 2 una deroga espressa al principio di non discriminazione *ex art.* 18 TFUE. Nello specifico, in relazione a coloro che godono di un diritto al soggiorno per un tempo inferiore a tre mesi, si ammette espressamente che lo Stato membro possa derogare al principio di parità di trattamento nell'accesso a prestazioni di assistenza sociale.

La disparità di trattamento che ne deriva, dirà lo stesso avvocato generale nelle conclusioni della causa *Dano*, è «conseguenza inevitabile della direttiva 2004/38», e risponde alla logica del *do ut des*: dal momento che il diritto al soggiorno concesso per il periodo in questione è incondizionato, è parimenti legittimo che gli Stati membri di residenza decidano di non farsi carico dei cittadini dell'Unione economicamente inattivi durante il medesimo (cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, 20-05-2014, causa C-333/13, *Dano*, punto 77). L'obiettivo della deroga e la sua legittimità, infatti, risiedono nella volontà di preservare l'equilibrio finanziario del sistema d'assistenza nazionale *ex cons.* 10, dir. 04/38. Il rischio che si prospetta altrimenti è il prodursi di un carico irragionevole

sugli stessi sistemi d'assistenza provocato da «spostamenti di massa» (cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, 4-06-2015, causa C-299/14, cit., punto 71).

Tanto stabilito, la Corte torna a considerare la circostanza per la quale un cittadino economicamente inattivo conserva il suo diritto al soggiorno fino al momento in cui non diviene un onere eccessivo per il sistema d'assistenza nazionale dello Stato membro di residenza *ex art. 14 c. 1, dir. 04/38*.

A questo riguardo, la Corte si distanzia da quanto precedentemente affermato nella sentenza *Brey*, ossia che le condizioni di esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno debbano essere interpretate estensivamente *ex art. 21 TFUE*, e al fine di preservare l'effetto utile della *dir. 04/38*: facilitare la libera circolazione e soggiorno. Si era inoltre affermato che il ricorso al sistema d'assistenza nazionale non potesse automaticamente privare il cittadino dell'Unione economicamente inattivo del suo diritto di soggiorno, dovendosi, al contrario, applicare un test di proporzionalità. In dettaglio, andavano considerate le circostanze individuali dei ricorrenti e l'impatto globale sul sistema d'assistenza nazionale del beneficio richiesto allo scopo di determinare se la richiesta individuale costituiva un onere eccessivo per lo stesso (sent. 19-09-2013, causa C-140/12, cit., punti 70-72).

Al contrario, la Corte qui decide per analogia con quanto già statuito nella sentenza *Alimanovic* (sent. 15-09-2015, causa C-67/14, cit.). Non occorrerà considerare le caratteristiche individuali del richiedente al fine di determinare la condizione di onere eccessivo, in quanto la tutela graduale del diritto di soggiorno e accesso alle prestazioni sociali stabilito dalla *dir. 04/38* già consente una valutazione della situazione individuale del ricorrente. Ragiona la Corte che se l'esame delle circostanze personali non è stato necessario nella causa *Alimanovic* - ossia riguardo a cittadini dell'Unione in cerca di impiego e che avevano perduto lo status di lavoratore - tanto meno suddetto esame è necessario in questo caso (cfr. punti 47 e 48 della sentenza in commento).

A chiusura, la Corte torna a rimarcare due tra i punti fondamentali del filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Dano*, riprendendo letteralmente quanto affermato in chiusura della sentenza *Alimanovic* (cfr. punti 61 e 62), a rimarcare la stretta connessione esistente tra queste pronunce. In primo luogo, la

disposizione nazionale che prevede la deroga al principio di parità di trattamento per i primi tre mesi nell'accesso alle prestazioni sociali, così come l'art. 24 c. 2 della dir. 04/38, permettono «agli interessati di conoscere senza ambiguità i loro diritti e doveri» garantendo così un «livello elevato di certezza del diritto e di trasparenza» e rispettando il principio di proporzionalità. In secondo luogo, nel giudicare l'eccessività dell'onere per il sistema nazionale di assistenza sociale, non è la singola domanda che si deve considerare, bensì l'onere che deriverebbe dalla loro somma (punti 49 e 50).

4. – È di rilievo notare l'importante cambio di tono e di linguaggio da parte della Corte avutosi in questa linea di sentenze. L'enfasi a lungo posta sulla cittadinanza dell'Unione come status fondamentale (cfr., tra altri, Corte giust., sent. 20-09-2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, in *Racc.* I-06193, 31) e sui principi corollari della parità di trattamento e non discriminazione in base alla nazionalità come affermati dai trattati, si è ora spostata su quelle legittime restrizioni e limiti che gli Stati membri possono apporre al diritto alla libera circolazione e soggiorno così come al principio di parità di trattamento al fine di tutelare l'equilibrio finanziario dei propri sistemi di assistenza nazionale (S. Peers, *Benefits for EU Citizens: a U-Turn by the Court of Justice?*, in *Cambridge Law Review*, 2015, 196). Pertanto, se prima la Corte aveva ampliato la tutela dei cittadini economicamente inattivi facendo perno sui diritti conferiti ai cittadini dell'Unione dagli art. 18, 20 e 21 del TFUE, ora si serve «dell'elevato grado di chiarezza e di trasparenza nell'ambito della concessione delle prestazioni di assistenza sociale» del diritto secondario, e in particolare dell' art. 24 c. 2 della direttiva 04/38 e della normativa nazionale tedesca, per affermare la legittimità delle restrizioni alla parità di trattamento.

In questi ultimi anni si è fatta sempre più pressante la richiesta da parte degli Stati membri affinché la Corte stabilisse criteri che permettessero di ovviare all'ambiguità di termini come «risorse sufficienti» e «onere eccessivo». Criteri tali da fornire un orientamento chiaro a fronte di una giurisprudenza che negli anni aveva, invece, favorito la tutela del diritto alla libera circolazione e soggiorno, e la presa in considerazione delle circostanze individuali del cittadino dell'Unione. Questo era andato a discapito della chiarezza e della prevedibilità delle decisioni della Corte in

materia di accesso alle prestazioni di assistenza sociale, sicurezza sociale o destinate a facilitare l'accesso al mercato del lavoro (D. Thym, *op. cit.*, 25).

È peraltro evidente come queste pronunce rispondano alla crescente preoccupazione degli Stati in merito all'abuso dei loro sistemi di assistenza nazionale (T. Boeri, *Immigration to the Land of Redistribution*, in *Economica*, 2010, 652), e a una logica preventiva del c.d. turismo sociale, pur a fronte di dati che dimostrano la sostanziale irrilevanza per l'esercizio del diritto alla libera circolazione e soggiorno dei motivi legati all'accesso al sistema d'assistenza sociale rispetto a ragioni di lavoro o familiari (cfr. K. Zimmermann, A. Barrett, M. Kahanec, K. Guilietti, M. Guzi, B. Maitre, *Study on Active Inclusion of Migrants: Final Report IZA/ESRI*, 2001, 64).

In conclusione, il supposto percorso di emancipazione della cittadinanza dell'Unione dal paradigma del cittadino di mercato pare, se non essersi arrestato, aver subito un importante rallentamento.





ISSN 2037-6677

2016/2

**“Fischia il vento?” Il *fitness check* delle Direttive  
“uccelli” e “habitat” alla prova dell’energia eolica  
Fitness Check of EU Birds and Habitats Directives  
under the challenge of wind energy**

**M. Petri**

Tag : Conservation of wild birds, Kaliakra, European court of justice





**“Fischia il vento?” *Il fitness check* delle Direttive “uccelli” e “habitat” alla prova dell’energia eolica – Nota a Corte di Giustizia dell’Unione Europea (Terza Sezione), C-141/14, 14 gennaio 2016.**

di Marina Petri

1. – La sentenza in commento presenta molteplici profili di interesse, poiché plurime sono le linee direttrici che informano l’operato del giudice europeo, sfruttando sia una prospettiva sostanziale che una prospettiva procedurale. Notevolmente complesso è, peraltro, il nodo fattuale da cui prende spunto la controversia, e che in questa sede si cercherà sommariamente di riproporre in chiave ragionata, così da poter sottolineare gli elementi di maggiore interesse per il comparatista, anche utilizzando una prospettiva evolutiva, attenta agli sviluppi e alle possibili implicazioni della decisione in commento per gli scenari futuri del diritto ambientale e, più in generale, del diritto amministrativo europeo. Sia concesso pertanto, preliminarmente, di evidenziare i tratti salienti del contesto normativo e strutturale in cui si inserisce la pronuncia in commento (Commissione c. Bulgaria, Causa C-141/14, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Terza Sezione, 14 gennaio 2016).

Il ricorso in esame, proposto dalla Commissione contro la Repubblica di Bulgaria nel marzo 2014, verte *lato sensu* sulla conflittualità tra la protezione di particolari specie ornitologiche e lo sfruttamento dell’energia proveniente da fonti

rinnovabili, ed in particolare eolica. Come noto, infatti, se entrambi questi obiettivi sono riconducibili ad una più generale necessità di preservare l'ambiente, inteso allo stesso tempo come habitat naturale e come contesto in cui possa proficuamente espletarsi l'attività dell'uomo in maniera "sostenibile", emerge in ogni caso prepotente una possibile divergenza, e finanche uno scontro, tra queste due strategie tese ad un unico fine. È dunque evidente come, in tali situazioni di stridente confronto, l'intervento del Giudice europeo si imponga quale metro fondamentale, peculiarmente utile anche nella definizione delle linee guida che il legislatore nazionale possa utilizzare al fine di comprendere quale sia, se non una gerarchia, quantomeno il complesso di criteri da seguire per operare un corretto giudizio di proporzionalità tra questi poli confliggenti.

In effetti, ancora maggiore risulta essere la rilevanza della questione se si considera l'interesse dal punto di vista ornitologico dell'area oggetto della pronuncia, come sottolineato, a partire dai primi anni Duemila, da alcuni *report* del comitato permanente istituito con la convenzione relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa (Decisione del Consiglio del 3 Dicembre 1981, concernente la conclusione della convenzione relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa, GU 1982, L 38; Raccomandazione n. 130/2007 dello Standing Committee on the windfarms planned near Balchik and Kaliakra, and other wind farm developments on the Via Pontica route, Bulgaria, del 29 Novembre 2007; cfr. Conclusioni della sentenza in esame da parte dell'Avvocato Generale Kokott, punti 23 ss.). È proprio evidenziando la rilevanza di tali considerazioni che è possibile apprezzare la portata, ampia e dunque peculiarmente rilevante, della questione, la quale può essere utilizzata quale *case study* nello sviluppo del diritto ambientale europeo, paradigmatica delle conflittualità intrinseche che sorgono qualora strategie divergenti siano adottate per la realizzazione di un unico obiettivo programmatico.

Nel caso di specie, la Commissione contesta alla Repubblica di Bulgaria la violazione di tre distinti corpi normativi: alcune disposizioni della Direttiva "uccelli" (Direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 Novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, GU 2010, L 20, alcune disposizioni della Direttiva "habitat" (Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21

Maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, GU L 206, nella versione della Direttiva 2006/105/CE del Consiglio, del 20 Novembre 2006, che adegua le Direttive 72/239/CEE, 74/557/CEE e 2002/83/CE in materia di ambiente, a motivo dell'adesione della Bulgaria e della Romania, GU L 363) e, infine, alcune disposizioni della direttiva relativa alla Valutazione di Impatto Ambientale, c. d. Direttiva VIA, (Direttiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 Dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, GU 2012, L 26). Come anticipato, tali violazioni sarebbero connesse, nella prospettiva della Commissione, all'autorizzazione e alla esecuzione di una serie di progetti di natura eterogenea (principalmente di generazione di energia eolica, ma non solo), comportanti il deterioramento di aree designate come particolarmente rilevanti ai fini della protezione delle zone di nidificazione e migrazione di alcuni uccelli selvatici. La problematica ulteriore trattata dalla Corte concerne poi l'applicabilità *ratione temporis* delle Direttive al caso bulgaro, piuttosto controversa se si considera la data di adesione della Repubblica di Bulgaria all'Unione Europea, posteriore rispetto alla concessione dell'autorizzazione per la realizzazione dei progetti contestati.

2. – Come accennato, il nodo fattuale da cui prende spunto la questione in commento è piuttosto intricato: sarà brevemente riassunto come segue.

L'area del territorio bulgaro l'utilizzo della quale si trova al centro della pronuncia in commento è la penisola di Kaliakra, protesa sul Mar Nero, che si qualifica come zona particolarmente di pregio sotto un punto di vista ambientalistico, poiché è sulla penisola di Kaliakra che nidificano alcune specie ornitologiche protette (si tratta, ad esempio, dell'unica area al mondo in cui sverna l'oca dal collo rosso), e lo spazio aereo sovrastante la penisola ricopre un tratto significativo delle rotte migratorie di altre specie di uccelli (tra cui alcune cicogne e rapaci rari). Peraltro, la rilevanza faunistica della zona, e la necessità di una sua specifica tutela giuridica, non sono contestate neanche dagli studi, presentati nel controricorso della Repubblica di Bulgaria, che negano, a fronte di osservazioni meramente "sporadiche" degli stormi di volatili, l'esistenza di un "collo di bottiglia

migratorio” sulla penisola di Kaliakra (Van de Bossche, *Eastern European White stork populations: Migration studies and elaboration of conservation measures*, BfN scripten 66, 2002; GASH, *Review of the ornithological importance of the “Kaliakra” IBN/SPA and Saint Nikola wind farm*, 2012).

Un’area di circa 16,000 ettari della penisola è stata classificata Zona Importante per la Conservazione degli Uccelli (di qui, ZICO) dalla sezione bulgara dell’organizzazione non governativa *BirdLife International*, e, su circa due terzi dell’area coinvolta, è stata creata dalla Repubblica di Bulgaria, nel 2007, la Zona di Protezione Speciale (di qui, ZPS) “Kaliakra”, conformemente alla Direttiva “uccelli”. In una zona adiacente, non compresa nella ZICO Kaliakra, è stata inoltre costituita la ZPS “Belite skali”. Giova in questa sede sottolineare che l’istituzione delle ZPS da parte degli Stati membri è lineare e non avviene in dialogo con la Commissione europea: il riferimento alla ZICO identificata da *BirdLife International* è infatti ritenuto sufficiente qualificatore per la determinazione dell’area. La ZPS “Kaliakra” e la ZPS “Belite skali” sono state in una seconda fase incluse quasi interamente nel Sito di Interesse Comunitario (di qui, SIC) “Kompleks Kaliakra”, che la Repubblica di Bulgaria ha richiesto alla Commissione Europea di costituire, nel quadro della Direttiva “habitat”, nel dicembre dello stesso anno. Contrariamente alla definizione delle ZPS, i SIC sono infatti designati dalla Commissione, in seguito alla qualifica delle aree interessate come Zone Speciali di Conservazione (di qui, ZSC) e all’elaborazione di un progetto di Sito di Interesse Comunitario (pSIC). Il “Kompleks Kaliakra” è stato inserito dalla Commissione nell’elenco SIC nel dicembre 2008: nell’area sono ricompresi 2,300 ettari di habitat prioritario (steppa ponto-sarmatica), inserito nella strategia Rete Natura 2000, istituita dalla stessa Direttiva “habitat”.

Tre livelli di qualificazione giuridica, a tutela crescente e legittimazione differenziata, si sono trovati dunque a coesistere su porzioni non totalmente sovrapponibili della penisola di Kaliakra: la ZICO “Kaliakra”, individuata da una ONG e pertanto soggetta a possibili interpretazioni divergenti circa l’effettiva estensione dell’area tutelata, le ZPS “Kaliakra” e “Belite skali”, istituite dallo Stato Membro conformemente alla Direttiva “uccelli”, e il SIC “Kompleks Kaliakra”, designato dalla Commissione Europea conformemente alla Direttiva “habitat”.

Individuare e delimitare il differenziato regime giuridico applicabile alle zone coinvolte è evidentemente di basilare importanza nella valutazione della fondatezza del ricorso promosso dalla Commissione nei confronti della Bulgaria. Tale esigenza è emersa in modo pregnante con l'autorizzazione da parte della Repubblica di Bulgaria di progetti di attività economiche sugli habitat naturali e sugli habitat di specie ornitologiche. In particolare, se da un lato si contesta alla Repubblica di Bulgaria il non aver sufficientemente esteso la ZPS "Kaliakra" fino a ivi ricomprendere la ZICO nella sua interezza, dall'altra e in maniera precipua si ritiene che l'autorizzazione alla realizzazione di numerosi impianti eolici, nonché di complessi turistici, violi l'obbligo di non perturbazione e non danneggiamento degli habitat naturali facente capo alla Bulgaria. L'estensione e il contenuto specifico di tale obbligo costituiscono pertanto, unitamente alle valutazioni dei requisiti di VIA, nonché alla possibile considerazione degli effetti generati cumulativamente dalla realizzazione degli impianti sopracitati, il nodo centrale della pronuncia in commento.

Le principali questioni sono conseguentemente articolate in quattro punti focali: asserita illegittimità della delimitazione delle ZPS "Kaliakra" e "Belite sakali" nella misura in cui questa non ricomprende l'interezza dell'area definita come ZICO da *BirdLife International*, e cioè la violazione dei paragrafi 1 e 2 dell'Articolo 4 della Direttiva "uccelli", in quanto non sarebbero state designate come ZPS le porzioni di territorio che, nella loro interezza, consentono la protezione degli uccelli selvatici e delle specie migratrici; violazione del paragrafo 4 del già citato Articolo 4 della Direttiva "uccelli", avendo la Bulgaria approvato sull'area ZICO erroneamente non ricompresa nella ZPS "Kaliakra" l'esecuzione di sei impianti di generazione di energia eolica; la violazione dell'Articolo 6 della Direttiva "habitat" per la realizzazione di ulteriori tre impianti eolici e due complessi turistici nell'area qualificata come SIC "Kompleks Kaliakra", nonché nella ZPS "Belite skali"; la violazione degli Articoli 2 e 4 della Direttiva "VIA", non avendo la Repubblica di Bulgaria effettuato una valutazione degli effetti cumulativi risultanti dalla realizzazione dei progetti autorizzati nell'ambito della porzione della ZICO "Kaliakra" erroneamente non ricompresa all'interno delle ZPS.

3. – L’esito della pronuncia è chiaro: la Corte ammette il ricorso della Commissione condannando la Repubblica di Bulgaria in merito ai quattro capi in cui è articolata la decisione. In questo senso, particolare rilevanza assume la sistematizzazione del quadro giuridico applicabile ai diversi livelli di protezione ambientale (ZICO, ZPS/ZCS, SIC) operata dalla Corte, che, rispetto alla precedente giurisprudenza sul punto (Commissione c. Francia, C-202/01, EU:C:713; Commissione c. Finlandia, C-240/00, EU:C:2003:126; Commissione c. Italia, C-378/01, EU:C:2003:176; Commissione c. Spagna, C-235/04, EU:C:2007:386, Commissione c. Spagna, C-186/06, EU:C:107:813), propone una classificazione comprensiva e articolata, di sicuro interesse per il legislatore nazionale. Il quadro complessivo che emerge dalla sentenza in commento è, come anticipato, un reticolo di tutele crescenti interconnesse. Schematicamente, è possibile ricostruirlo come segue.

In primo luogo, alle Zone Importanti per la Conservazione degli Uccelli è applicato il regime di tutela definito dall’Articolo 4, paragrafo 4, della Direttiva “uccelli”, anche qualora queste non siano state qualificate dallo Stato membro come ZPS. Questa considerazione, in linea con la giurisprudenza della Corte (Commissione c. Francia, C-96/98, EU:C:1999:580; Commissione c. Francia, C-374/98, EU:C:2000:670), implica che ZICO e ZPS sono equiparate [cfr. paragrafo 66 della sentenza in commento] quanto a obbligo in capo allo Stato membro di adottare misure idonee a prevenire il deterioramento degli habitat, nonché ad astenersi da quelle attività che possano comportare conseguenze negative sulla popolazione ornitologica dell’area coinvolta. Questo obbligo si applica *a fortiori* (Commissione c. Spagna, C-186/06, cit.) alle aree della ZICO (erroneamente) non qualificate come ZPS. Peraltro, come sottolineato dall’Avvocato Generale Kokott al punto 115 delle sue Conclusioni, l’inadempimento della summenzionata norma della Direttiva “uccelli” deve essere letto in complemento con la rilevante giurisprudenza relativa all’Articolo 6, paragrafo 2, della Direttiva “habitat” (Commissione c. Irlanda, C-117/00, EU:C:2002:366), considerando la sovrapponibilità contenutistica delle due disposizioni. Sfuma in questo modo l’unica differenza tangibile tra ZICO e ZPS, originariamente differenziate primariamente dalla divergente applicazione delle due Direttive.

L'”obbligo di conservazione” che sussiste in capo allo Stato membro, dunque, è complesso e quasi monolitico: un qualche margine di bilanciamento è definito dal Giudice europeo al fine di consentire l'espletamento di attività economiche nella ZICO/ZPS, indipendentemente dalla finalità delle stesse. Sul punto, ai paragrafi 59 e 75 della sentenza in commento, si evidenzia come l'impatto negativo degli impianti di generazione di energia eolica sull'habitat naturale sia incontrovertibile; non è peraltro necessaria (cfr. Commissione c. Spagna, C-186/06, cit.) l'effettiva diminuzione delle specie di uccelli presenti sul territorio perché sussista una violazione di questo pesante obbligo di protezione in capo allo Stato membro. In linea con la giurisprudenza (Commissione c. Spagna, C-404/09, EU:C:2011:768) relativa alla violazione dell'Articolo 6, paragrafo 2, della Direttiva “habitat”, infatti, la Corte sottolinea, al paragrafo 58, come non sia richiesta la presenza di un nesso causale tra l'attività autorizzata dallo Stato membro, ma sia sufficiente «l'esistenza di una probabilità o rischio che (o sfruttamento degli impianti derivanti da un progetto autorizzato) provochi perturbazioni (alle specie ornitologiche interessate)».

In questo contesto, è evidente come l'unica significativa nicchia di autonomia per lo Stato membro risieda nella possibilità di limitare la qualificazione di un'area come ZICO/ZPS: il caso bulgaro, relativamente alla contestata estensione della ZPS a ricomprendere l'intera ZICO “Kaliakra”, è paradigmatico, in quanto è in questo contesto che una serie di comportamenti concludenti da parte dell'amministrazione statale sono stati ritenuti [cfr. paragrafi 29 e 30 delle Conclusioni dell'AG Kokott] dotati di una valenza probatoria tale da ribaltare il rapporto tra designazione della superficie rilevante e onere della prova. Infatti, se nel procedimento per inadempimento spetta di norma alla Commissione (Commissione c. Francia, C-237/12, EU:C:2014:2152) provare le ragioni per le quali una determinata superficie sia da qualificarsi come ZICO/ZPS, la Commissione può anche avvalersi di riconoscimenti parziali o successivi effettuati dallo Stato membro tramite comportamenti da ritenersi concludenti (nel caso di specie, rientra in questa categoria una decisione del Consiglio bulgaro per la Biodiversità, in linea con la posizione di *Bird Life International*), e spetterebbe in questo caso allo Stato membro sovvertire tali esternazioni. Le dichiarazioni bulgare concernenti il riconoscimento della ZICO e la possibile estensione della ZPS non si qualificano dunque come “leale cooperazione” ma come tangibili manifestazioni della volontà di avallare la

posizione scientifica della Commissione circa la necessità di rafforzare la protezione di determinate porzioni di territorio.

In sintesi, è possibile affermare che dalla pronuncia in esame emerge un regime rafforzato di tutela delle aree protette dalle Direttive “uccelli” e “habitat”: le differenze tra ZICO e ZPS risultano sfumate (in modo particolare per quanto riguarda le aree della ZICO erroneamente non comprese nella ZPS) grazie all’applicazione della giurisprudenza relativa all’inadempimento dell’obbligo di conservazione di cui all’Articolo 6 della Direttiva “habitat” alla violazione dell’Articolo 4 della Direttiva “uccelli”. Tale obbligo impedisce l’esecuzione di qualsiasi progetto che, anche solo potenzialmente, possa nuocere all’habitat naturale e alle specie ornitologiche che ivi nidificano o migrano, indipendentemente dalla sua finalità, e la discrezionalità dello Stato nella delimitazione delle aree protette è ulteriormente limitata da un regime probatorio peculiare.

Per quanto riguarda i SIC, per la designazione dei quali, come anticipato, è previsto un esplicito coinvolgimento della Commissione, è necessario precisare come il regime giuridico sia differenziato da un rilevante spartiacque temporale. In effetti, se ai SIC risulta applicabile la già menzionata disciplina di protezione prevista dalla Direttiva “habitat”, alla fase intermedia, tra la classificazione del pSIC nell’elenco nazionale e l’iscrizione del sito nell’elenco SIC europeo, è ascrivibile la tutela provvisoria definita dalle sentenze *Dragaggi* (C-117/03, EU:C:2005:16) e *Bund Naturschutz in Bayern* (C-244/05, EU:C:2006:579), nelle quali viene tratteggiato un quadro *grossomodo* analogo a quello previsto nella Direttiva “uccelli”. L’elemento rilevante, in questo contesto, non è tanto riconducibile al contenuto della tutela dell’”interesse ecologico” relativamente ai siti in questione (cfr. paragrafo 41 della sentenza in commento), quanto piuttosto al profilo temporale di applicabilità della disciplina. Sul punto, è interessante notare come la Corte evidenzi che, anche nel contesto bulgaro, nel quale un evidente iato temporale divide il momento di autorizzazione dei progetti incriminati e quello di adesione della Bulgaria all’Unione Europea, l’elemento chiave nel determinare l’inadempimento dello Stato membro non sia costituito dall’autorizzazione del progetto, quanto piuttosto dalla sua esecuzione. Quello di protezione dell’habitat e delle specie ornitologiche che vi risiedono non è dunque un obbligo puntuale ed esauribile *ex ante*, quanto piuttosto

un fascio di obbligazioni che informano l'operato dello Stato membro anche nell'esecuzione del progetto.

È peraltro possibile leggere in questa ottica olistica anche la questione relativa all'obbligo di VIA trattata nella sentenza in commento. Sul punto, la Corte precisa come la discrezionalità degli Stati membri nello stabilire soglie e criteri inerenti la necessità di una valutazione di impatto ambientale per, *inter alia*, gli impianti di produzione di energia eolica (cfr. Allegato 3 della Direttiva "VIA") incontri un fondamentale limite nell'obbligo di cui all'Articolo 2 della rilevante Direttiva, dove si precisa la necessità di effettuare VIA "per i progetti per i quali si prevede un notevole impatto, in particolare per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione" [cfr. paragrafo 92, sentenza in commento]. Questo elemento non è assolutamente innovativo, relativamente alla giurisprudenza della Corte (*Salzburger Flughafen*, C-244/12, EU:C:2013:203, *Marktgemeinde Strasswalchen*, C-531/13, EU:C:2015:79), ma, in aggiunta alla necessità, precisata dalla Corte, di valutare gli effetti cumulativi dei progetti che insistono sulla ZICO "Kaliakra", rappresenta sicuramente un ulteriore tassello nella definizione del quadro di tutela delle aree di particolare rilevanza ambientale che per la prima volta viene sistematizzato dalla Corte, nella sentenza in commento.

4. – Nei paragrafi precedenti si è tentato di ritracciare in modo ragionato il percorso suggerito dalla Corte nella definizione della tutela delle zone di particolare rilievo ambientale e ornitologico. L'intersecarsi delle disposizioni rilevanti all'interno delle Direttive "habitat", "uccelli", e VIA, contestualmente all'applicazione incrociata della giurisprudenza rilevante, genera un reticolo di obbligazioni in capo allo Stato membro che, nell'autorizzazione ma anche e soprattutto nell'esecuzione di progetti e attività economiche che insistono sull'area tutelata, è vincolato ad impedire qualsiasi attività che possa anche solo potenzialmente turbarne gli equilibri ecologici e la biodiversità.

Pare interessante menzionare, in questo contesto, come la Corte utilizzi monoliticamente il solo criterio della tutela ambientale nella valutazione dell'inadempimento dello Stato membro, e non prenda in considerazione, a nessun livello dell'analisi condotta, le finalità del progetto autorizzato all'interno delle aree

tutelate dalle Direttive summenzionate. Così, lungi dal definire un quadro coerente di criteri di bilanciamento tra tutela ambientale e sviluppo energetico, la Corte contribuisce a definire un impianto piuttosto rigido e gerarchico, dove il ruolo dominante è ricoperto dalla protezione ambientale. Questo approccio è stato ribadito anche nel rinvio pregiudiziale deciso dalla stessa Corte ancora nel gennaio 2016 (C-399/14), nel quale tuttavia pare restare aperta la questione relativa all'implementazione di una maggiore competitività nel settore della generazione dell'energia eolica, comportante la frammentazione degli attori in gioco. In questo caso, il “*fitness check*” delle Direttive “uccelli” ed “habitat” potrebbe essere utilizzato come grimaldello per incentivare, attraverso un rigido controllo della sostenibilità ambientale, sensibili progressi in ambito di struttura di mercato e innovazione.



ISSN 2037-6677

2016/2.

## **Il caso Breivik: il Giudice di Oslo “veste i panni” della Corte di Strasburgo**

### **Breivik case: the Court of Strasbourg replaced by Oslo District Court**

**R. Cabazzi**

Tag : Breivik, Oslo District Court, human rights





**Caso Breivik: Il Giudice di Oslo “veste i panni” della Corte di Strasburgo – Nota a Court of Oslo, Anders *Behring Breivik c. Ministry of Justice and Public Security*, 20-04-2016**

di Riccardo Cabazzi

1. – La pronuncia della Corte di Oslo in esame si connota per un aspetto di particolare interesse giuridico: nonostante infatti la Norvegia sia storicamente segnata da una tradizione dualistica quanto ai rapporti tra diritto interno e diritto internazionale (In tal senso vedasi: B. Thorson, “*Damages for the Infringement of Human Rights Under Norwegian Law*”, in E. Baginska, *Damages for Violation of Human Rights*, Springer, 2016, p. 260) vi è stata una sorta di “processo osmotico” tale per cui, per la risoluzione del caso di specie, sono state adottate due disposizioni normative di diritto europeo, l’art. 3 e 8 CEDU, senza riferimento alcuno alla disciplina nazionale. Detto altrimenti, il Giudice domestico ha fatto “vivere” all’interno del proprio sistema la CEDU, adottandone le norme al pari di quanto avrebbe fatto la Corte di Strasburgo dinanzi alla medesima fattispecie.

Tale affermazione trova riscontro anche dalla piena adesione, da parte della Corte di Oslo, ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte EDU – come seguitamente illustrato – in *subiecta materia*; pertanto, alla luce delle esposte considerazioni, oggetto di trattazione, se ne può derivare che il Giudice domestico abbia, quanto al *decisum*, “indossato i panni” della Corte di Strasburgo.

In quest'ottica, il caso di specie mette quindi in luce come i confini tra l'ordinamento norvegese e quello europeo tendano all'erosione, così divenendo piuttosto "porosi".

Ciò posto, si cercherà pertanto, in questa sede, di esplicitare i fatti e le ragioni alla base della decisione in esame.

2. – In data 20 Aprile 2016, il giudice Helen Andenaes Sekulic della Corte di Oslo, accogliendo la domanda del detenuto Anders Breivik, ha condannato il Ministero della Giustizia e della Pubblica Sicurezza della Norvegia al risarcimento di 331.000 Corone (circa 35.000 euro) in suo favore, per accertata violazione dell'art. 3 CEDU secondo cui: "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". Tale giudice ha infatti ritenuto che l'attore avesse subito, nel corso del suo periodo in carcere, determinati trattamenti contrari al senso di umanità, in aperto contrasto con i principi a presidio della dignità della persona, da applicarsi anche qualora ci si trovi di fronte ad un omicida o ad un terrorista.

Detta pronuncia ha quindi suscitato un elevato clamore mediatico per un duplice ordine di ragioni. La prima attiene strettamente alla persona dell'attore, noto alle cronache come pericoloso filonazista, nonché alla gravità della strage da lui perpetrata. È stato infatti accertato che Breivik uccise, il 22 Luglio 2011, 77 persone, 8 mediante un attacco dinamitardo al di fuori di un edificio governativo ad Oslo e 66 a colpi di arma da fuoco nell'isola di Utoya.

Per tali fatti, Breivik, condannato a 21 anni di carcere (il massimo della sanzione irrogabile secondo quanto previsto dall'ordinamento norvegese), sta scontando il periodo di detenzione – prorogabile in caso di accertata sussistenza del pericolo di recidiva – nell'istituto penitenziario di Skien, in regime di massima sicurezza ed isolamento. La descritta strage costituisce l'evento terroristico più significativo che la Norvegia abbia conosciuto dai tempi della Seconda Guerra Mondiale ed è tanto grave da aver suscitato diverse perplessità, da parte dell'opinione pubblica, sulla sufficienza del sistema repressivo norvegese a contrastare questo tipo di crimini. Tali considerazioni sono ulteriormente incentivate dal fatto che Breivik ha più volte ribadito pubblicamente di non provare alcun rammarico per quanto commesso e, anzi, che sarebbe disposto a ripeterlo, continuando altresì a rivolgersi alla Corte con il saluto nazista.

La seconda attiene invece a considerazioni sul sistema penitenziario norvegese, incentrato su un'idea fortemente rieducativa della pena e quindi, anche strutturalmente, molto attrezzato a tale fine. Le condizioni dei detenuti nelle carceri della Norvegia sembrano essere infatti piuttosto apprezzabili in termini di rispetto dei diritti umani; lo stesso Breivik è confinato in una cella di 31 m<sup>2</sup>, formata da tre locali (uno utilizzato come soggiorno, uno destinato agli studi, ed uno all'esercizio fisico) e può usufruire di TV, lettore DVD, videogiochi e console, oltre che di giornali, libri e macchina da scrivere. Non può pertanto che destare perplessità una decisione di condanna nei confronti di uno Stato che ha speso molte risorse per garantire un sistema penitenziario tendenzialmente compatibile con i diritti fondamentali dei detenuti, tanto più se lo si paragona a quello decisamente più critico di altri Stati come l'Italia, condannata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo perché non garantiva ai condannati nemmeno uno spazio maggiore di 3m<sup>2</sup> (si veda, a riguardo, *Torreggiani et autres c. Italie*, 43517/09, 8-1-2013).

3. – Al netto di questo clamore mediatico, occorre tuttavia analizzare criticamente le ragioni poste dalla Corte a fondamento di tale decisione, onde evitare che considerazioni di natura extra giuridica o legate a logiche esclusivamente retributive della pena oscurino la portata di una di rilevante pronuncia quanto ai diritti del detenuto e, in generale, della persona.

Nel caso di specie, la Corte ha osservato che Breivik è un detenuto cui occorre prestare particolari attenzioni, alla luce di molteplici fattori: egli può infatti costituire un evidente pericolo per la pubblica sicurezza, sia in quanto rimane un riferimento (addirittura “un eroe”) per un'ala di estremisti di destra che supporta e condivide le sue azioni, sia perché potrebbe verosimilmente intraprendere nuovi attentati terroristici ove non opportunamente controllato. Inoltre, i vari medici psichiatri che ne hanno valutato le condizioni mentali hanno rilevato che egli, pur essendo lucido al momento della commissione del fatto di reato, è comunque indubbiamente affetto da diversi disturbi psichici, quali disturbo istrionico e antisociale di personalità. Da ciò ne deriva quindi, secondo l'iter logico della Corte, che occorre ponderare attentamente la necessità di tutela della pubblica sicurezza, da una parte, con il divieto di trattamenti inumani degradanti, dall'altra, posto che quest'ultimo costituisce «fondamentale valore in una società democratica, ... che vale

indipendentemente anche nel caso dei terroristi». Pertanto, ciò che la Corte ha precipuamente analizzato è se sussistessero o meno concrete giustificazioni quanto alle particolari restrizioni detentive cui Breivik era sottoposto, in particolare per quanto concerne la sua condizione di isolamento.

4. – A tale riguardo, la Corte, ricostruendo il trascorso detentivo di Breivik, ha posto in evidenza come questi sia vissuto in una reale condizione di totale isolamento («una prigione nella prigione») in quanto il suo contatto umano, da quasi 5 anni, si è limitato a conversazioni con il personale carcerario, il prete, gli operatori sanitari e l'avvocato – quindi con professionisti qualificati – senza che egli abbia avuto alcuna occasione di contatto con altri detenuti, essendo peraltro l'unico nel suo reparto («un mondo chiuso»). Le uniche occasioni di rapporto con la realtà esterna, sempre attraverso una parete di vetro con funzione di separazione, le ha avute con la madre, ora deceduta, senza che alcun altro familiare, amico o conoscente abbia richiesto di incontrarlo. La Corte ha messo altresì in luce che non è stato fatto nessun tentativo, da parte dei c.d. servizi correzionali, di inserire Breivik nella comunità dell'istituto, nonostante la sua condotta in carcere sia stata descritta come tranquilla, educata e accomodante. Ancora, gli psichiatri, nella valutazione del suo *status* psico-fisico in chiave comportamentale, hanno rilevato dei segni di cambiamento collegabili a problemi di isolamento quali: difficoltà a ricordare giorno e ora, difficoltà a ricordare persone, cose, informazioni oltre che forti mal di testa accompagnati da vertigini e difficoltà nel concentrarsi negli studi. Conseguentemente, sulla base di tali circostanze, la Corte di Oslo non ha potuto che constatare una situazione di vera e propria solitudine di Breivik, isolato all'interno del vano cella per la totalità del giorno, salva l'ora d'aria nel separato *paddock* esterno.

Si noti che la giurisprudenza CEDU, a proposito, ha chiarito che l'isolamento carcerario non costituisce, di per sé stesso, violazione della disposizione *ex art. 3* della Carta, qualora questo sia giustificato da oggettive esigenze di sicurezza, disciplina e difesa sociale. Tuttavia, se tale misura restrittiva viene applicata senza limiti temporali, ci si trova evidentemente in una situazione in grado di umiliare il detenuto (ECHR, *Ocalan c. Turkey*, 46221/99, 12-03-2003). Inoltre si noti che, sempre secondo quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, la valutazione dell'isolamento di un reo quale trattamento degradante viene a dipendere da

condizioni specifiche quali il rigore della misura, la sua durata, l'obiettivo perseguito, (ECHR, *Babar Ahmad et autres c. UK*, 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09, 24-09-2012) pur rimanendo sempre fermo il principio per cui lo Stato deve, in ogni caso, avere cura che la salute ed il benessere della persona reclusa siano adeguatamente assicurate (ECHR, *Kudla c. Poland*, 30210/96, § 92-96, 26-10-2000).

In aderenza a tale consolidato orientamento, il Giudice di Oslo ha quindi concluso che l'isolamento del reo deve essere riservato a circostanze eccezionali e applicato solo ove ogni altra possibile misura coercitiva risulti inefficace, richiedendo altresì precise giustificazioni, da accrescersi nel tempo mano a mano che si protrae la restrizione. Si può pertanto osservare come la decisione sull'applicazione dell'isolamento debba essere basata su motivi originari non solo *ab initio*, ma anche, ed in particolar modo, quando la durata di questo è estesa.

Quanto al caso di specie, la Corte ha ritenuto che le misure restrittive siano state imposte a Breivik sulla scorta di un assunto privo di concreta e reale giustificabilità, ovvero quello per cui alla pericolosità del soggetto, connessa alla gravità del fatto compiuto, vadano sempre associate le misure più coercitive possibili. Non si ravvisano infatti particolari ragioni, anche di ordine pubblico, per continuare a relegare Breivik in condizioni di isolamento nella comunità carceraria; tale considerazione sull'inopportunità del trattamento è altresì rafforzata dalla mancata previsione, da parte delle competenti autorità, di un piano concreto per la riabilitazione del reo, nonostante questi debba scontare una lunga (e forse interminabile) pena detentiva. Né tantomeno – ha ritenuto la Corte – la scelta della descritta misura detentiva è stata oggetto di una specifica, completa e motivata decisione.

5. – Il Giudice di Oslo ha altresì affermato che anche determinati controlli cui Breivik era costantemente sottoposto, durante il suo periodo di detenzione, costituiscono trattamenti inumani e degradanti. In particolare, il riferimento è al fatto che il reo fosse ammanettato durante tutti i suoi spostamenti nelle varie unità del carcere e, ogniqualvolta dovesse uscire all'esterno di tale struttura – nel caso, ad esempio, di un'interrogazione o di udienza nel procedimento penale – venisse spogliato dei suoi abiti, al fine di essere ispezionato, anche da parte di guardie carcerarie di sesso femminile. Tali forme di controllo, estremamente invasive della

sfera personale del detenuto, nonché potenzialmente umilianti nei confronti di chi le subisce, non sarebbero state affatto necessarie, in quanto le altre restrizioni cui Breivik era sottoposto – argomenta la Corte – erano già più che sufficienti ad esercitare un completo controllo su di lui.

In definitiva, alla luce delle esposte considerazioni, la Corte non ha ravvisato alcuna correlazione tra le valutazioni di rischio fatte sul reo, la sua buona condotta in carcere, ed il regime estremamente rigoroso cui egli è stato, in maniera non giustificata, soggetto. Ha concluso pertanto nel senso di ritenere che il decritto regime di espiazione costituisce trattamento inumano, in violazione dell'art. 3 CEDU.

6. – L'attore ha altresì lamentato violazione dell'art. 8 CEDU, secondo cui “Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”. In particolare Breivik ha contestato il controllo del personale addetto sulla sua numerosa corrispondenza – durante il periodo di detenzione egli ha infatti spedito e ricevuto quasi 3000 lettere – adducendo che questo ha costituito ostacolo alla sua libertà di comunicazione.

La Corte ha tuttavia ritenuto non fondata questa censura sulla base di una duplice considerazione: *in primis*, le comunicazioni di Breivik erano indirizzate prevalentemente a suoi sostenitori di estrema destra – quindi a soggetti potenzialmente pericolosi per l'ordine pubblico – *in secundis* vi erano fondati motivi per ritenere che egli fosse capace di progettare, realizzare o incoraggiare, anche indirettamente, reati di estrema gravità. Conseguentemente, l'ingerenza del personale addetto è apparsa più che giustificata da ragioni di sicurezza pubblica, considerato altresì che «quando lo scopo del procedimento è la lotta contro il terrorismo, il governo ha un ampio margine, anche in relazione a particolari diritti dei detenuti». Conseguentemente, il controllo della corrispondenza di Breivik da parte delle autorità competenti non integra, secondo la Corte, violazione di alcun diritto sancito dalla CEDU.

7. – Venendo quindi alle conclusioni, ad avviso di chi scrive, la sentenza in commento si basa su motivazioni coerenti e ragionevoli. Infatti la Corte, non limitandosi a considerazioni di carattere “strutturale” sulle unità carcerarie e sui

“benefit” di cui Breivik dispone, ha valutato talune restrizioni imposte sulla sua persona come ultronee rispetto ai perseguiti fini di sicurezza pubblica, coerentemente con quanto affermato dalla giurisprudenza europea, secondo cui: «discendono in capo a ciascun Paese obblighi positivi di intervento: e, in particolare, per quel che interessa, l’obbligo di proteggere l’individuo da indebite ingerenze nella libertà personale dell’individuo» (ECHR, *Storck c. Germania*, 61603/00, 16-06-2005).

Tuttavia, nel pensiero del *quivis de populo*, ancorato all’idea retributiva della pena, da intendersi come “*malum pro malo*”, ossia come punizione da infliggere ad una persona semplicemente quale mera vendetta rispetto ad un fatto di reato da questi compiuto [vedasi al riguardo in dottrina, ex multis, M. Donini, “*Per una concezione post-riparatoria della pena, contro la pena come raddoppio del male*”, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1218 ss.] è “risuonato” come profondamente contrario al senso di giustizia che uno Stato quale la Norvegia – ove peraltro storicamente si è assistito ad un numero piuttosto esiguo di casi di violazioni di diritti umani – sia stato condannato a risarcire un detenuto colpevole di un tragico, sconvolgente e gravissimo omicidio di massa.

La pronuncia in esame fa quindi riemergere il vasto tema, a sfondo giuridico filosofico, del difficile rapporto tra il diritto in senso formale e le valutazioni di giustizia materiale, cui solo si accenna in questa sede (per maggiori approfondimenti al riguardo vedasi: G. Zagrebelsky, *La Legge e la sua giustizia*, il Mulino, 2008 e A. Cantaro, *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Giappichelli, 2011)

Infatti, nel caso di specie, le critiche mosse alla Corte di Oslo da parte dell’opinione pubblica muovono dall’assunto che il giudice debba farsi carico, nel decidere, di quelli che sono, secondo il comune sentire, i valori di giustizia. Tuttavia, come sottolineato da autorevole dottrina, (M. Montorzi, *Giustizia, consenso, omologazione*, Alfredo Guida Editore, 1998) il sistema giustizia, da intendersi in ottica funzionale, non deve divenire portatore di valori propri o del comune sentire, pena la perdita di indipendenza nonché l’invasione della sfera riservata al potere del legislatore – in Norvegia lo *Storting* – unico legittimato, quale organo di rappresentanza democratica, a determinare *quid sit iustum*. Detto altrimenti, la collettività – e non solo quella norvegese, considerato “l’eco” della pronuncia – avrebbe voluto che il Tribunale di Oslo non tanto giudicasse, quanto piuttosto rendesse giustizia.

Diversamente, la decisione in esame si fonda, a mio avviso, su un equilibrato e motivato bilanciamento tra i riconosciuti fondamentali diritti dell'individuo detenuto e le esigenze di pubblica sicurezza della collettività, in considerazione del principio di proporzionalità, caro alla giurisprudenza europea, secondo cui la restrizione ad un diritto della Convenzione deve essere considerata, in *primis*, necessaria in una società democratica ed, in *secundis*, proporzionata all'obiettivo perseguito (A tal riguardo, per maggiori approfondimenti vedasi: J. Sweeney, “*A margin of appreciation in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*”, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, pp. 30).



## La dottrina tedesca in tema di forma di Stato

di Annika Kress e Alice Valdesalici\*

1. – Nel presente contributo si accoglie un concetto ampio di “forma di Stato”, come comprensivo della tutela dei diritti fondamentali, dello Stato sociale e democratico, della struttura federale dell’ordinamento, dei rapporti con l’Unione europea. D’altronde, i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale vengono a coincidere con i caratteri della Repubblica federale tedesca sanciti all’art. 20 c. 1 LF, considerati alla stregua di veri e propri “principi super-costituzionali” (F. Palermo, *La forma di Stato dell’Unione europea*, cit., 54) ed in quanto tali sottratti a revisione costituzionale (art. 79 c. 3 LF); imposti mediante la clausola di omogeneità (art. 28 LF) agli ordinamenti dei *Länder*, ed elevati dall’art. 23 c. 1 LF a “controlimiti”, a garanzia dell’identità costituzionale nei confronti del processo d’integrazione europea.

Ciò premesso nella presente rassegna ci si soffermerà sulla dottrina tedesca pubblicata nel biennio 2014-2015, partendo *in primis* dalle opere di carattere generale relative all’ordinamento costituzionale (2); per poi compendiare il dibattito scientifico in materia di diritti fondamentali – con particolare riferimento alle linee evolutive tratteggiate dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e delle Corti

---

\* Pur nella concezione e nella redazione comune, i paragrafi 1, 2, 5, 8 sono da attribuire ad Annika Kress; i paragrafi 3, 4, 6, 7, 9 ad Alice Valdesalici.

europee, coniugando una prospettiva di sistema (3) con l'analisi dei singoli diritti (4). Successivamente si passerà in rassegna la letteratura che ha esaminato i caratteri “sociale” e “democratico” della Repubblica federale, (5), nonché la dottrina sui rapporti tra ordinamento tedesco ed europeo, con riferimento – prima - alle dinamiche relative ai meccanismi di stabilità (6) e - poi - nell'ottica più generale dell'integrazione europea (7). Infine l'attenzione si sposterà sui contributi dottrinali dedicati alle relazioni tra Federazione e *Länder* (8) – ed in particolare a quelle finanziarie (9).

2. – Tra le opere generali apparse nel biennio con riferimento alla *Grundgesetz* preme menzionare la nuova edizione del trattato di diritto pubblico-costituzionale di P. Badura, *Staatsrecht - Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*, VI ed., München, C.H. Beck, 2015, insieme alle nuove edizioni di alcuni commentari alla Legge Fondamentale. Tra queste: B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann, H.-G. Henneke (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, XIII ed., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2014; H. D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG - Kommentar*, XIII ed., München, C.H. Beck, 2014; M. Sachs, *Grundgesetz: GG*, VII ed., München, C.H. Beck, 2014.

Su un piano teorico-filosofico si riscontrano alcuni contributi in cui si guarda al diritto costituzionale in prospettiva evolutiva: W. Leisner, *Die Prognose im Staatsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, si interroga sulla reale possibilità del diritto costituzionale di garantirsi una certa stabilità temporale attraverso “*la previsione del futuro*”; J- F- Lindner, *Desiderate an die deutsche Staatsrechtslehre*, in: *Juristenzeitung (JZ)*, vol. 70, 12/2015, 589 ss., rappresenta la duplice dicotomia degli studi recenti di diritto costituzionale tra apertura e chiusura, integrazione e frammentazione. La necessità di apertura risalta anche in J. A. Kämmerer, *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, in: *NVwZ*, vol. 34, 19/2015, 1321 ss., in cui si considera la Legge Fondamentale come il patto fondativo solo di una parte del tutto, costituito quest'ultimo dall'unione costituzionale europea. Si interrogano sulla tenuta dell'ordine costituzionale alla luce delle evoluzioni socio-economiche più recenti, H. Hill et al. (Hrsg.), *Brauchen wir eine neue Verfassung?: Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014. Dalla prospettiva delle scienze

politiche si richiamano inoltre R. C. van Ooyen, M. H. W. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Heidelberg, Springer, 2015; ed anche, R. C. van Ooyen, *Bundesverfassungsgericht und politische Theorie: Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Heidelberg, Springer, 2015 – che si focalizza sul binomio teorie politiche e giurisdizione costituzionale, per comprendere quali sono le teorie alla base di alcuni concetti chiave dell'ordinamento.

Si segnala infine la pubblicazione di un manuale sulla costituzione finanziaria: M. Kloepfer, *Finanzverfassungsrecht*, München, C.H. Beck, 2014, nonché il volume di C. Hoffman et al., *Die digitale Dimension der Grundrechte: Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter*, Baden-Baden, Nomos, 2015, in cui i diritti fondamentali sono letti alla luce della rivoluzione informatica, per cogliere l'impatto di quest'ultima sui diritti, nonché – viceversa – l'influenza di questi sulla disciplina delle nuove tecnologie informatiche.

3. – Nel biennio in esame la letteratura giuridica tedesca consolida ulteriormente il proprio interesse per la tutela dei diritti fondamentali nella loro “*dimensione europea*”. Da un lato, la prospettiva puramente domestica non è più sufficiente per comprendere il grado di tutela degli individui, dall'altro, l'evoluzione dei meccanismi di salvaguardia dei diritti registrata nel contesto dell'Unione europea rafforza il sistema, ma al tempo stesso fa emergere istanze di coordinamento e porta la dottrina ad interrogarsi su questioni teoriche e di rilievo generale, nonché sulle relazioni tra i diversi livelli di tutela. In questo contesto si colloca il saggio di D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte!*, in: JZ, vol. 70, 2/2015, 53 ss. L'opera di B. Limperg et al., *Recht im Wandel deutscher und europäischer Rechtspolitik*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2015, si occupa invece del tema accostando un'analisi del sistema nel suo complesso a contributi che trattano dei singoli diritti, dalla duplice prospettiva interna ed europea. D'altronde, l'espansione della giurisprudenza CEDU e della tutela garantita dall'UE mettono in discussione la tenuta di un modello separato di tutela dei diritti fondamentali, favorendo la stessa internazionalizzazione del diritto costituzionale. Su una linea di sviluppo analoga si colloca J. Masing, *Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes*, in: JZ, vol. 70, 10/2015, 477 ss., che sottolinea la necessità di garantire un adeguato bilanciamento tra unità e differenziazione

federale. In una prospettiva di relazione si indica altresì il saggio di J. Callewaert, *Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, in: ZEuS, 1/2014, 79 ss. Del “dialogo tra le Corti” trattano invece R. Krämer, J. J. Märten, *Der Dialog der Gerichte - die Fortentwicklung des Persönlichkeitsschutzes im europäischen Mehrebenenrechtsverbund*, in: Europarecht, 2/2015, 169 ss., cercando di definire la funzione e le condizioni entro cui tale scambio si svolge. Criticamente, F. Kirchhof, *National Grundrechte und Unionsgrundrechte*, in: NVwZ, vol. 33, 23/2014, 1537 ss., riscontra negli sviluppi registrati sul piano sovranazionale-europeo anche la necessità di operare una verifica della tenuta in questo ambito del principio del primato del diritto dell’UE su quello nazionale. Infine, una rappresentazione di sintesi delle dinamiche della tutela “triangolare” (nazionale, unionale ed europea) dei diritti fondamentali si rinviene in A. Epiney, *Außenbeziehungen von EU und Mitgliedstaaten: Kompetenzverteilung, Zusammenwirken und wechselseitige Pflichten am Beispiel des Datenschutzes*, in: ZaöRV, 74, 2014, 465 ss. Sulla stessa linea, ma con un’indagine ad ampio spettro, si veda l’opera a cura di M. Kment, *Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem Öffentlichem Recht*, München, C.H. Beck, 2015.

4. – Muovendo alle trattazioni che si occupano della tutela dei singoli diritti, diverse sono le tematiche che hanno catalizzato l’attenzione della dottrina in conseguenza di modifiche legislative o di pronunce giurisprudenziali.

Tra queste si segnala la protezione dei dati, la quale risveglia l’interesse dottrinale anche in ragione del processo di riforma avviato a livello europeo nel 2012 e conclusosi nel maggio 2016. Un’analisi della normativa vigente alla luce del quadro di riferimento nazionale ed europeo, insieme ad alcune proposte di riforma, è svolta da S. Thomé, *Reform der Datenschutzaufsicht: Effektiver Datenschutz durch verselbstständigte Aufsichtsbehörden*, Heidelberg, Springer, 2015. Mentre A.-M. Zell, *Data Protection in the Federal Republic of Germany and the European Union: An Unequal Playing Field*, in: German Law Journal (GLJ), vol. 15, 3/2014, 461 ss., appronta una disamina del nuovo quadro normativo europeo in comparazione con quello precedentemente vigente, mettendone in luce punti di contatto e di conflitto con la normativa tedesca.

Un altro tema ricorrente riguarda il diritto all'oblio. Da un lato, la rivoluzione informatica promuove la più ampia diffusione dei dati personali tramite internet, dall'altro, gli individui rivendicano la libertà di determinare gli sviluppi della propria vita, senza che il proprio passato debba necessariamente rappresentare un condizionamento o una stigmatizzazione in tal senso. Nel bilanciamento, il diritto all'informazione - rispetto al quale internet ha ormai assunto un'importanza imprescindibile per un ordinamento democratico - si contrappone all'interesse di ogni individuo all'auto-determinazione per quanto concerne le informazioni che lo riguardano. G. Buchholtz, *Das "Recht auf Vergessen" im Internet - eine Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat*, in: AöR, vol. 140, 2015, 121 ss., ricomponne il conflitto facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle forme di tutela dei dati, interrogandosi sul ruolo e sui limiti dello Stato in materia. Sulla questione si è pronunciata la Corte di Giustizia dell'UE – CGUE, sentenza del 13 maggio 2014, causa C-131/12, Google Spain) - riconoscendo il diritto all'oblio, pur con delle limitazioni. Sul contenuto e i limiti di questo diritto, nella duplice prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo*, si veda: V. Boehme-Neßler, *Das Recht auf Vergessenwerden - Ein neues Internet-Grundrecht im Europäischen Recht*, in: NVwZ, vol. 33, 13/2014, 825 ss.

Un altro ambito di particolare rilievo concerne la tutela dei figli delle coppie dello stesso sesso. Il BVerfG era già intervenuto sulla parità di trattamento fra famiglia e coppie dello stesso sesso nel 2010 (BVerfGE 126, 400), affermando che un trattamento differenziato fra famiglia e convivenza (anche omosessuale) fosse lesivo del principio di uguaglianza. Nella decisione del 19 febbraio 2013 (BVerfGE 133, 59) il Tribunale conferma a favore del minore l'esistenza di un diritto fondamentale a ricevere cure ed educazione da parte dei genitori. Il tema è trattato con un duplice approccio – di sistema e casistico – da parte di G. Britz, *Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflicht und Erziehung - jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: JZ, vol. 69, 22/2014, 1069 ss. Sono più critici C. Gröpl, Y. Georg, *Die Begriffe "Eltern" und "Familie" in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus methodischer und verfassungstheoretischer Sicht: Zu den Grenzen zwischen Verfassungsauslegung und Verfassungsrevision*, in: AöR, vol. 139, 2014, 125 ss., i quali ritengono che la decisione ecceda i limiti consentiti in chiave esegetica per approdare sul terreno della revisione costituzionale.

Non stupisce riscontrare un vivace seguito dottrinale anche in materia di libertà religiosa. La risonanza della tematica nel biennio 2014/2015 è accentuata dalla sentenza del *BVerfG* del 27 gennaio 2015 (1 BvR 471/10), il quale - tornando su un tema già affrontato nel 2003 (BVerfGE 108, 282) - ha emesso una pronuncia di incostituzionalità, ritenendo che un divieto assoluto per gli insegnanti di indossare simboli religiosi nelle scuole pubbliche violi il diritto fondamentale a professare liberamente la propria confessione religiosa (EX art. 4 LF). Per il Tribunale il fatto che queste espressioni possano in astratto minacciare la neutralità dello Stato, o il pacifico svolgimento dell'attività scolastica, non è sufficiente a giustificare una limitazione della libertà, in quanto tali misure devono essere fatto oggetto di un giudizio di proporzionalità. La decisione ha suscitato una ragguardevole eco dottrinale. Tra i molti commenti alla sentenza si menzionano: G. Beaucamp, J. Beaucamp, *In dubio pro libertate: Überlegungen zur Kopftuch- und Burkaverbotsdebatte*, in: *DöV*, 5/2015, 174 ss.; M. Mahlmann, *Religious Symbolism and the Resilience of Liberal Constitutionalism: On the Federal German Constitutional Court's Second Head Scarf Decision*, in: *GLJ*, vol. 16, 4/2015, 887 ss.; T. Klein, *Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr? - Zum Kopftuchbeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in: *DöV*, 11/2015, 464 ss., che si concentra sugli aspetti della pronuncia che appaiono più significativi in relazione con il precedente del 2003. Connesso alla tematica si veda anche il saggio di J. R. Leiss, *One Court, Two Voices: Case Note on the First Senate's Order on the Ban on Headscarves for Teachers from 27 January 2015*, in: *GLJ*, vol. 16, 4/2015, 901 ss. Per l'A. la sentenza costituisce un segnale di apertura dell'ordinamento tedesco all'inclusione di una pluralità di religioni e di visioni del mondo, che va oltre la mera assunzione della laicità dell'ordinamento.

5. – L'art. 20 c. 1 GG include tra i principi che tratteggiano la “forma di Stato” quelli che qualificano la Germania come uno Stato sociale e democratico.

Si occupa del carattere sociale dello Stato l'opera di S. Broß, *Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche in der “sozialen Demokratie”: Probleme, Risiken, verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Bindungen, Folgerungen für die Mitbestimmung und strategische Überlegungen*, Baden-Baden, Nomos, 2015, sottolineando l'importanza che l'economia torni ad essere vincolata dalla natura democratica e sociale dello Stato.

Guarda invece alla duplice dimensione – sociale e democratica – il saggio di P. Badura, *Die Wirtschafts- und Arbeitsordnung der Verfassung: Gesetzgebung, verfassungsgerichtliche Rechtsfindung und verfassungsrechtliche Dogmatik*, in: AÖR, vol 140, 2015, 33 ss., in cui il sistema economico e del lavoro fissato dal *Grundgesetz* viene riletto alla luce del carattere sociale e democratico dell'ordinamento tedesco ed europeo.

Quanto principio democratico viene in rilievo il diritto di voto come forma “classica” di manifestazione della volontà popolare. A tal proposito si segnala il filone dottrinale che si occupa della decisione del *BVerfG* del 26 febbraio 2014 (BVerfGE 135, 259), con cui si dichiara la nullità della clausola di sbarramento al 3% prevista dalla legge per le elezioni del Parlamento europeo, in analogia a quanto già disposto nel precedente del 2011. La previsione costituisce una violazione non giustificata dei principi fondamentali dell'uguaglianza del diritto di voto (art. 3 c. 1 LF) e delle pari opportunità tra i partiti politici (art. 21 c. 1 LF) –(BVerfGE 129, 300). Numerosi sono evidentemente i contributi riferibili a quest'ultima pronuncia. Tra questi: R. Wernsmann, *Verfassungsfragen der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht*, in: JZ, vol .69, 1/2014, 23 ss.; M. Will, *Nichtigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen*, in: NJW, vol. 20, 2014, 1421 ss.; M. Kotzur, F. Heidrich, *Ein (Bären-)Dienst an der Europäischen Demokratie?: Zur Aufhebung der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht*, in: ZEuS, 3/2014, 259 ss., i quali offrono una dettagliata ricostruzione dei principi costituzionali in gioco; nonché T. Felten, *Durfte das Bundesverfassungsgericht die Drei-Prozent-Hürde bei der Europawahl überprüfen? - Eine Bestimmung des Kooperationsverhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof in Bezug auf die Überprüfung von Sperrklauseln bei der Europawahl*, in: *Europarecht*, 3/2014, 298 ss., che sottolinea criticamente l'opportunità per il *BVerfG* di addivenire ad una decisione sul punto solo a seguito di un rinvio pregiudiziale alla CGUE. Infine, H. Lang, *Wahlrecht und Bundesverfassungsgericht: Eine Skizze aktueller wahlrechtlicher Entscheidungen und Probleme*, Baden-Baden, Nomos, 2014, propone una compiuta ricostruzione del sistema elettorale alla luce delle diverse pronunce intervenute *medio tempore*.

6. – Anche la dimensione sovranazionale e le interazioni tra ordinamento europeo e nazionale concorrono a plasmare il concetto di “forma di Stato”. Ciò è accentuato, tra il resto, dal ruolo che la Germania continua a rivestire nel tracciare le linee e i tempi di progressione dell’interazione europea, rispetto al quale il Tribunale costituzionale federale viene a fissare progressivamente i paletti dell’intero processo. Peraltro nell’attuale contesto di crisi la dimensione finanziaria ha assunto il monopolio nel dibattito politico e dottrinale in materia. Nel biennio 2014/2015 l’occasione di occuparsi dell’argomento è stata fornita – tra il resto – dalla dichiarazione della BCE del 2012, con cui si annunciavano le c.d. OMT (*Outrights Monetary Transactions*), con cui sostanzialmente si riconosce alla BCE la possibilità di acquistare titoli di Stato di Paesi in difficoltà macroeconomica grave e conclamata. Lo strumento è analizzato nel dettaglio da C. Calliess, *Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken: Europa- und verfassungsrechtliche Fragen*, in: JZ, vol. 70, 3/2015, 113 ss.

La vicenda ha poi avuto un seguito particolarmente importante, poiché la decisione della BCE è stata portata avanti al *BVerfG* il quale si è pronunciato il 14 gennaio 2014 (BVerfGE 134, 366), sollevando - peraltro il primo - rinvio pregiudiziale alla CGUE, ritenendo l’atto in questione *ultra vires* e lesivo dell’identità costituzionale tedesca. Denota la risonanza della decisione *de qua*, nonché la pressione posta sulla stessa CGUE, il numero ingente di trattazioni sul punto. La rivista “German Law Journal” vi ha dedicato un numero speciale - *The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court*, in: GLJ, vol. 15, 2/2014, in cui viene passata sotto la lente d’ingrandimento la vicenda OMT, scandagliandone gli aspetti più svariati di natura sostanziale e procedurale, di diritto interno ed europeo, combinando l’analisi giuridica con trattazioni di natura economica. Per un approccio interdisciplinare, si vedano altresì: S. Wätzel, *Grenzen der europäischen Rettungspolitik: Wie ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus finanzpolitischer Sicht zu beurteilen?*, in DöV, 16/2014, 702 ss.; R. Ismer, D. Wiesner, *Die OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts: Eine dogmatische Kritik auf Grundlage juristisch-ökonomischer Analyse*, in: DöV, 3/2015, 81 ss. Una posizione critica rispetto ai profili sostanziali e procedurali che destano maggiori perplessità è compendiata nel saggio di H. Gött, *Die ultra vires-Rüge nach dem OMT-Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in: Europarecht, 5/2014, 514 ss. Invece, L. Lammers, *Die Politik der EZB an den Grenzen*

*ibres Mandats: Zur Vereinbarkeit unkonventioneller Maßnahmen mit dem europäischen Recht*, in: EuZW, 6/2015, 212 ss., analizza le politiche monetarie della BCE, anche alla luce del programma ampliato di acquisto di attività finanziarie annunciato il 22 gennaio 2015, interrogandosi sulla reale estensione della competenza della BCE in materia. Anche R. Schmidt, *Die entfesselte EZB*, in: JZ, vol. 70, 7/2015, 317 ss., analizza nel dettaglio l'oggetto del contendere e prospetta le diverse opzioni che si rappresentano alla CGUE nel momento di decidere sul rinvio pregiudiziale. Contribuisce invece ad analizzare il rinvio pregiudiziale nell'ottica del dialogo tra le Corti, F. C. Mayer, *Rebels without a case? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgericht*, in: Europarecht, 5/2014, 473 ss.

Con la sentenza del 16 giugno 2015 (causa C-62/14) la CGUE ha dichiarato che le disposizioni dei Trattati «devono essere interpretate nel senso che autorizzano ... ad adottare un programma» quale l'OMT e la vicenda giudiziaria è quindi passata alla fase successiva. A tal proposito, H. Sauer, *Doubtful it Stood...: Competence and Power in European Monetary and Constitutional Law in the Aftermath of the CJEU's OMT Judgement*; in: GLJ, vol. 16, 4/2015, 971 ss., ritiene che il mandato della BCE fosse stato inteso dal *BVerfG* in senso troppo limitativo e sottolinea altresì la mancanza di una violazione grave e manifesta delle competenze dell'UE, necessaria per ritenere che un atto sia *ultra vires*. È particolarmente critico anche W. Heun, *Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung - der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14.1.2014*, in JZ, vol. 69, 7/2014, 331 ss., il quale evidenzia come le argomentazioni a sostegno della pronuncia del 2014 non siano per nulla convincenti. Sul ruolo e sui limiti del *BVerfG*, nonché sulle sue possibili reazioni alla decisione della CGUE: S. Simon, *Direct Cooperation Has Begun: Some Remarks on the Judgment of the ECJ on the OMT Decision of the ECB in Response to the German Federal Constitutional Court's First Request for a Preliminary Ruling*, in: GLJ, vol. 16, 4/2015, 1025 ss.

Partendo da quella che l'A. definisce “la saga OMT”, il saggio di M. A. Wilkinson, *The Euro Is Irreversible! ... Or Is It?: On OMT, Austerity and the Threat of “Grexit”*, in: GLJ, vol. 16, 4/2015, 1049 ss., prende in considerazione la governance economica nel suo complesso ed osserva come la vicenda riveli l'esistenza di un equilibrio tra assistenza e austerità che appare molto precario, anche per il fatto che l'OMT sembra spostare la sede decisionale dagli Stati alle Istituzioni europee.

7. – La “saga OMT” conferma la sua centralità anche muovendo dalla dimensione finanziaria a quella generale dell’integrazione europea, considerato che la dottrina si concentra in via prevalente su tre profili che da essa emergono, ma che rivestono una portata di sistema: il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG alla CGUE, il controllo *ultra vires* e il limite dell’identità costituzionale.

Quanto al primo aspetto, E.J. Lohse, *The German Constitutional Court and Preliminary References - Still a Match not Made in Heaven?*, in: GLJ, vol. 16, 6/2015, 1491 ss., ricostruisce il quadro giuridico che legittima il Tribunale costituzionale a sollevare un rinvio pregiudiziale alla CGUE, mentre M. Schönemeyer, *Die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts zu Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2014, si interroga su quali potrebbero essere le questioni interpretative o di validità del diritto UE capaci di fondare un obbligo di rinvio in capo al BVerfG.

Ricostruisce il meccanismo del controllo *ultra vires*, M. Ludwigs, *Der Ultra-vires-Vorbehalt des BVerfG - Judikative Kompetenzanmaßung oder legitimes Korrektiv?*, in: NVwZ, vol. 34, 9/2015, 537 ss.; mentre M. Wendel, *Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH*, in: ZaöRV, vol. 74, 2014, 615 ss., lo analizza dalla duplice prospettiva costituzionale ed europea (con particolare riferimento al margine di discrezionalità della BCE).

La linea di confine tra l’identità costituzionale e l’identità nazionale *ex art. 4 TUE* è delineata da M. Claes, J.-H. Reestman, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case*, in: German Law Journal, vol. 16, 4/2015, 917 ss.; mentre A. Ingold, *Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland: Karriere - Konzept - Kritik*, in: AöR, vol. 140, 2015, 1 ss., tratteggia i vari significati con cui viene utilizzata l’espressione. Infine, T. Wischmeyer, *Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven*, in: AöR, vol. 140, 2015, 415 ss., sostiene che il concetto di identità possa divenire un vero e proprio “*Verfassungsverbundbegriff*”, così da rendere possibile una comunicazione privilegiata tra l’ordinamento giuridico europeo e i sistemi costituzionali nazionali, nonché le rispettive corti.

Tra i tentativi di razionalizzazione, in cui si cerca di ricomporre ad insieme i singoli elementi, si segnalano i seguenti contributi: A. Schwerdtfeger, *Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenen-system*, in: *Europarecht*, 3/2015, 290 ss.; H.-G. Dederer, *Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts - Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle*, in: *Juristenzeitung*, vol. 69, 7/2014, 313 ss., nei quali si ricostruiscono i limiti al primato del diritto UE. Si occupa invece del tema dei limiti, partendo da una prospettiva rovesciata, H. H. Klein, *Integration und Verfassung*, in: *AöR*, vol. 139, 2014, 165 ss. Per l'A. il modello di riparto delle competenze fissato dai Trattati conferisce all'UE la *Kompetenz-Kompetenz* a disporre delle proprie competenze, sottraendo di fatto tale decisione alla discrezionalità degli Stati. Contribuisce infine a tracciare la rotta dell'intero processo il volume di R.C. van Ooyen, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa: von Solange über Maastricht zu Lissabon - und zurück mit Mangold/Honeywell?*, Baden-Baden, Nomos, 2014, in cui si rinviene un'approfondita disamina della "saga europea", per comprendere il legame tra le singole pronunce e l'evoluzione dell'integrazione europea.

8. – Nell'ordinamento costituzionale tedesco Il principio federale - enunciato all'art. 20 c. 1 LF e ricompreso sotto l'ala protettiva della clausola di eternità di cui all'art. 79 c. 3 LF - viene ad integrare il concetto di "forma di Stato". Evidentemente la dottrina continua a concentrarsi sui tratti salienti dell'ordine federale e sulle criticità che emergono al mutare dei parametri storici e sociali, economici e culturali che connotano il contesto di riferimento, in virtù del carattere naturalmente dinamico dei sistemi federali, tuttavia si è nel complesso attenuato l'interesse specifico per le modifiche apportate dalla *Föderalismusreform I* del 2006.

Ciò nonostante, sul sistema federale tedesco si possono segnalare alcune pubblicazioni di sicuro interesse. *In primis* l'annuario EZFF (Hrgs.), *Jahrbuch des Föderalismus 2014*, Baden-Baden, Nomos, 2014, che celebra il 25mo anniversario della Riunificazione tedesca. Diversi sono i contributi che trattano delle problematiche emerse in seguito all'adesione dei Länder orientali. Tra questi: Ute Müller, *Eine Herausforderung für den deutschen Föderalismus: wie die neuen Länder in den*

*Bundesrat integriert wurden*, 31 ss., sulle modalità con cui si è data soluzione alla questione della rappresentanza dei nuovi Länder nel Consiglio federale; R. Sturm, T. Winkelmann, *Symmetrie und Asymmetrie im deutschen Föderalismus – übliche Missverständnisse und übersehene Folgen*, 46 ss., sull'esistenza di asimmetrie, con particolare riferimento alle confuse rappresentazioni della questione ed alla errata comprensione delle conseguenze che ne possono derivare; Thomas Wobben, *Die Vertretungen ostdeutscher Länder in Brüssel 25 Jahre nach der deutschen Einheit – 10 Thesen über Erfahrungen und Eindrücke*, 142 ss., sui diritti di partecipazione dei nuovi Länder alle decisioni da adottarsi in seno all'UE.

In secondo luogo si riscontrano contributi che - pur trattando temi tra loro eterogenei - hanno il pregio di toccare profili essenziali e controversi dell'ordinamento federale. Delle sfide che si presentano ai legislatori nel disegnare i sistemi elettorali negli ordinamenti composti si occupa J. Faber, *Föderalismus und Binnenföderalismus im Wahlrecht zu den deutschen Volksvertretungen und zum Europäischen Parlament*, Baden-Baden, Nomos, 2015, evidenziando la necessità di ricercare un giusto compromesso tra la rappresentanza delle entità in quanto tali e il principio di uguaglianza del voto. Sulla rappresentanza dei Länder nel processo decisionale federale - grazie ad una ricostruzione dettagliata del funzionamento del Consiglio federale - si veda: J. Lennartz, G. Kiefer, *Föderale Willensbildung auf Bundesebene: Die Koordinierung von Länderinteressen im Bundesrat*, in DöV, 5/2014, 181 ss. Muovendo dal coordinamento alla cooperazione J. Wolff, *Der neue Artikel 91 b GG: Erweiterte Kooperation im Wissenschaftsföderalismus*, in: DöV, 18/2015, 771 ss., esamina la modifica all'art. 91b c. 1 LF (compiti comuni) in vigore dal 1 gennaio 2015, analizzandola in relazione con la disposizione previgente e riscontrandovi un ampliamento del relativo margine d'azione. W. Schwanengel, *Integrationsverantwortung im Bundesstaat*, in: DöV, 3/2014, 93 ss., tratta invece della deriva verso un federalismo di dominio degli esecutivi.

Meritano infine un richiamo i numerosi contributi in materia di riparto delle competenze. Il tema è di rilievo primario in tutti gli ordinamenti composti, ma in Germania l'interesse è ulteriormente accentuato dall'obiettivo perseguito con la *Föderalismusreform I* - ovvero intervenire sull'intreccio di competenze *Bund-Länder* cercando, ove possibile, di scioglierlo. Nel complesso si riscontrano numerose

trattazioni dedicate a competenze specifiche, anche se l'analisi ricomprende nella maggior parte dei casi anche valutazioni di ordine generale. Tra tutti si segnalano: S. Leunig, *Zur Neuverteilung von Kompetenzen bei bundesstaatlichen Verfassungsänderungen am Beispiel der deutschen Föderalismusreform I (2006)*, in: EZFF (Hrgs.), *Jahrbuch des Föderalismus 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 135 ss.; M. Seckelmann, „Föderalismusreform III“ im Wissenschaftsbereich?: *Zur aktuellen Neuordnung der föderalen Kooperation*, in: NVwZ, vol. 34, 5/2015, 248 ss.; P. Wiater, *Föderalismus „hoch zwei“: Zur Rolle der deutschen Länder bei der Ausgestaltung der gemeinsamen Handelspolitik der EU*, in: AöR, vol. 139, 2014, 497 ss.; I. Härtel, *Der Föderalismus in der Bewährungsprobe des landwirtschaftlichen Bodenrechts*, in: EZFF (Hrgs.), *Jahrbuch des Föderalismus 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 228 ss.; nonché J. Bauerschmidt, *Das Bundesverfassungsgericht wagt mehr Föderalismus: Zur Entscheidung des Ersten Senates zum Thüringer Ladenöffnungsgesetz*, in: DöV, 15/2015, 656 ff., il quale analizza l'impatto in termini di potestà legislativa concorrente derivato dalla decisione del BVerfG del 14 gennaio 2015 (1 BvR 931/12). Inoltre l'annuario EZFF (Hrgs.), *Jahrbuch des Föderalismus 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, contiene diversi contributi sul tema dell'immigrazione e dei rifugiati in un'ottica multilivello. Partendo dall'analisi delle politiche europee (P.-C. Müller-Graff, *Zuwanderungs- und Flüchtlingspolitik im Unionsrecht: Eine rechtliche Bestandsaufnahme*, 27 ss.), si passa al livello federale (J. Raschka, *Zuwanderung nach Deutschland – Anmerkungen zu aktuellen Entwicklungen und Herausforderungen aus der Perspektive des Bundes*, 43 ss.), per poi delineare il problema dalla prospettiva del livello comunale (S. Articus, *Kommunale Asyl- und Flüchtlingspolitik – rechtliche Grundlagen und aktuelle Herausforderungen*, 78 ss.). Infine, B. Öney, *Föderalismus lebt von Freiheit und Verantwortung – Asylsystem braucht klar definierte Aufgabenbereiche*, 69 ss., affronta la questione del riparto verticale di competenze in materia di asilo, osservando come in materia i margini di azione siano poco definiti a scapito della ripartizione delle responsabilità.

9. – Nonostante siano passati ormai alcuni anni dall'entrata in vigore della *Föderalismusreform II* del 2009, la tematica del “freno all'indebitamento” continua non a caso a riscontrare un forte seguito dottrinale, complice il perpetrarsi della situazione di crisi economico-finanziaria in Europa, nonché la circostanza che la

relativa disciplina entrerà in vigore nel 2016 per il *Bund* e nel 2020 per i *Länder*. Una prima valutazione della resa dello strumento si rinviene in M. E. Klepzig, *Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz - ein Erfolgsmodell?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015. L'A. vaglia i profili giuridici più significativi, valutandone l'efficacia alla luce di parametri economici e formulando alcune proposte di modifica in merito.

Muovendo dal livello federale a quello intermedio, sono numerosi i *Länder* (8) che hanno dato attuazione alla “Schuldenbremse”, fissandone la disciplina nella propria costituzione. Tra questi il Land Sachsen con una disposizione in vigore dal 2014, di cui si occupa C. Gröpl, *Die „Schuldenbremse“ im Freistaat Sachsen*, Baden-Baden, Nomos, 2014, comparandola con le previsioni della Legge Fondamentale. Tra i *Länder* che non hanno ancora ottemperato si rinviene il Nordrhein-Westfalen. Si interessano del caso, in considerazione della centralità economica rivestita dall'ente, C. Waldhoff, M. Roßbach, *Eine Schuldenbremse für Nordrhein-Westfalen: Grundgesetzliche Vorgaben und Gestaltungsmöglichkeiten in der Landesverfassung*, Baden-Baden, Nomos, 2015. In particolare, gli A. analizza i requisiti imposti dalla legge federale, nonché il margine di discrezionalità che residua in capo ai *Länder* nel momento di darvi attuazione.

Con l'avvicinarsi della scadenza (2019) dell'attuale sistema di perequazione finanziaria, il dibattito politico in materia si fa più vivace, vedendo contrapposte le posizioni dei *Länder* pagatori (*Geberländer*) e quelle di coloro che invece beneficiano della perequazione finanziaria (*Nehmerländer*). In questo quadro torna a crescere il numero di studi che approfondiscono l'argomento. Tra questi si segnala il saggio di J. Wieland, *Eigenständigkeit und Solidarität - Aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen*, in: JZ, vol. 69, 17/2014, 829 ss., che analizza il sistema dalla prospettiva giuridica con riferimento ai tre livelli di governo, nonché il volume collettaneo a cura di R. Geißler et al., *Das Teilen beherrschen: Analysen zur Reform des Finanzausgleichs 2019*, Baden-Baden, Nomos, 2015, in cui sono pubblicati contributi di autorevole dottrina (non solo tedesca). Nel volume si affrontano le questioni più spinose dell'attuale modello dalla prospettiva politologica, finanziaria e costituzionale e vengono formulate delle opzioni di riforma. Spostando l'indagine sul livello comunale, le necessità di riforma della perequazione sono illustrate da parte di H.-G. Henneke, *Anforderungen an die Reform der föderalen Finanzbeziehungen ab 2020 aus*

*kommunaler Sicht*, in: EZFF (Hrgs.), *Jahrbuch des Föderalismus 2014*, Baden-Baden, Nomos, 2014, 238 ss.; mentre G. Färber, *(Fast) 20 Jahre Integration der neuen Länder in den Länderfinanzausgleich: Eine finanzwissenschaftliche Perspektive*, in: EZFF (Hrgs.), *Jahrbuch des Föderalismus 2014*, Baden-Baden, Nomos, 2014, 112 ss., tratta dell'annosa questione della perequazione orizzontale dalla prospettiva della scienza delle finanze, con particolare riferimento al divario tra Länder orientali e occidentali.





## La dottrina britannica in tema di forma di Stato

di Giacomo Tagiuri

1. – Il Regno Unito ha vissuto, nell'ultimo biennio (2014-2016), una serie di eventi importantissimi per la propria storia costituzionale, vale a dire il Referendum per l'indipendenza scozzese del settembre 2014 e quello per la permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea del 23 giugno 2016. Come noto, se il referendum del 2014 aveva prodotto un esito conservativo, con gli scozzesi che decidevano di restare nel Regno Unito, il recentissimo referendum sull'Unione Europea ha visto i britannici optare per la *Brexit*, ponendo così le basi per una terminazione della *membership* del Regno Unito in Europa. Per alcuni commenti a caldo sull'esito di questo secondo Referendum si segnala il blog del costituzionalista di Cambridge, Mark Elliott, *Public Law for Everyone*, che, nell'incertezza ancora dominante, schiarisce le idee sul valore politico e costituzionale del Referendum. Si preannuncia inoltre per l'ottobre 2016, l'uscita di una monografia di Steve Peers, *Brexit: The Legal Framework for Withdrawal from the EU or Renegotiation of EU Membership*, (Oxford, Hart, 2016), esercizio che indaga le questioni giuridiche che emergeranno nelle negoziazioni per l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea.

È specificamente dedicato al Referendum sull'indipendenza scozzese *The Scottish Independence Referendum: Constitutional and Political Implications*, a cura di A. McHarg, T. Mullen, A. Page e N. Walker (Oxford, Oxford University Press, 2016).

Il volume ricostruisce la strada che ha portato al referendum, le regole per il voto, il dibattito che ha generato, e si chiude con una sezione dal titolo *Territorial Politics and the UK Constitution after the Independence Referendum*. Di particolare interesse il saggio conclusivo di A. Tickell, dall'eloquente titolo *A Neverendum?* – è infatti ragionevole prevedere che, in seguito anche ai risultati del Referendum sull'Unione Europea (in cui la Scozia ha votato convintamente *Remain*) la permanenza della Scozia nel Regno venga nuovamente messa in discussione. Sul referendum scozzese si menziona anche una raccolta della dottrina italiana, a cura di A. Torre, *Il Regno è Ancora Unito?* (in corso di pubblicazione; Maggioli, 2016).

Più in generale, data l'assoluta predominanza dei due referendum nel dibattito, le questioni dell'assetto territoriale del Regno Unito e dei suoi rapporti con l'Unione Europea rimangono centrali aree di interesse per la dottrina costituzionalistica britannica. Questa rassegna darà nota delle principali novità che riguardano l'assetto costituzionale del Regno Unito per poi estendersi a contributi che adottano un approccio comparato ed altri ancora maggiormente volti alla teoria.

2. – Nella manualistica si segnalano il nuovo *Cambridge Companion to Public Law*, a cura di M. Elliott e D. Feldman (Oxford, Oxford University Press, 2015); *Public Law: Text, Cases and Materials*, di A. Le Sueus, M. Sunkin, J. E. K. Murkens (Oxford, Oxford University Press, 2016); la nona edizione di N. Parpworth, *Constitutional & Administrative Law*, (Oxford, Oxford University Press, 2016); la terza edizione di L. Webley, H. Samuels, *Complete Public Law: Text, Cases and Materials*, (Oxford, Oxford University Press, 2015); la settima edizione di *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights, a Critical Introduction* (Oxford, Oxford University Press, 2015). I nuovi manuali danno ampio spazio alle vicende del referendum scozzese ed al dibattito da esso innescato sulla riorganizzazione degli assetti territoriali del Regno, come pure degli incerti rapporti fra Regno Unito ed Unione Europea.

Ancora per comprendere le evoluzioni sopra accennate nel più ampio quadro costituzionale britannico è l'ottava edizione di *The Changing Constitution* (Oxford, Oxford University Press, 2015), a cura di J. Jowell, D. Oliver e C. O'Conneide che si conferma dal 1985 come una concisa ed importante guida agli sviluppi del diritto costituzionale britannico. Il volume include nuovi capitoli di Mark Elliott in tema di

sovranità del parlamento, di Colm O’Cinneide in tema di diritti umani e di Brice Dickson in tema di *Devolution*. Al rapporto fra Regno Unito ed Unione Europea è dedicato un articolo di Mark Elliott, *Constitutional Legislation, European Union Law and the Nature of the United Kingdom’s Contemporary Constitution*, su “*European Constitutional Law Review*” (Vol. 10, Issue 03, 2014) che individua in una recente decisione della Corte Suprema del Regno Unito (*HS2 Action Alliance Ltd v. Secretary of State for Transport*) importanti implicazioni di natura costituzionale. Il caso esplicita come la Costituzione del Regno distingua ormai fra legislazione costituzionale, incarnata in primo luogo dallo *European Communities Act (ECA) 1972*, e legislazione ordinaria. Ma il caso HS2 concerne un potenziale conflitto fra ECA e un precedente atto legislativo anch’esso di natura costituzionale come il *Bill of Rights 1689*: nel discutere questa questione la corte introduce una teoria per la quale esiste una graduazione del livello di “fondamentalità costituzionale” che una legge può possedere.

Si segnala inoltre *Parliament: Legislation and Accountability*, a cura di A. Horne, A. Le Sueur (Oxford, Hart, 2016) che offre una panoramica sul ruolo e l’evoluzione del Parlamento britannico. La raccolta distingue due ruoli chiave per il parlamento, quello legislativo e quello di controllo del governo. Particolare attenzione è dedicata al ruolo della *House of Lords*. Ancora edito da Hart è *Lord Sumption and the Limits of the Law*, a cura di N. W. Barber, R. Ekins e P. Yowell (Oxford, Hart, 2016). Di interesse per il comparatista è la raccolta a cura di J. Bell, M. Elliott J. N. E. Varuhas e P. Murray, *Public Law Adjudication in Common Law Systems*, (Oxford, Hart, 2015). All’interno del volume 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 offre come mappatura dei vari filoni di ricerca in materia di *public accountability*, l’*Oxford Handbook of Public Accountability*, a cura di M. Bovens, R. E. Goodin, e T. Schillemans (Oxford, Oxford University Press, 2016).

In tema di *devolution* e decentramento si menziona la raccolta di A. Handerson, A. Jeffrey, D. Wincott, *Citizenship after the Nation State: Regionalism, Nationalism and Public Attitudes in Europe*, (Palgrave Macmillan UK, 2014). Di particolare interesse il capitolo sul Regno Unito *Citizenship after Devolution in the United Kingdom: Public Attitudes in Scotland and Wales*. Si muove su territori analoghi l’innovativa monografia

di N. Skoutaris, *Territorial Pluralism in Europe: Federalism, Regionalism and Decentralisation in the EU and its Member States*, (Oxford, Hart, 2016), un'esplorazione di come vari Stati Membri organizzino il governo del proprio territorio suddividendo le competenze fra le entità sub-statali e il centro.

3. – Fra i contributi a più forte impronta teorica e metodologica, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, di R. Hirschl (Oxford, Oxford University Press, 2016), frutto di un lodevole sforzo multidisciplinare che combina teoria sociale, politica comparata, storia, religione e diritto pubblico, per tracciare una genealogia e una storia del diritto costituzionale comparato ed isolarne le metodologie maggiormente impiegate. Il volume chiarisce come la comparazione sia oggi strumento essenziale non solo per l'accademico studioso del diritto pubblico, ma anche per il giudice che con crescente frequenza cita decisioni di corti straniere. Nonostante questo incremento di importanza, le implicazioni teoriche e pratiche dell'elemento di comparazione della disciplina sono poco studiate; il volume rappresenta un contributo positivo in questo senso.

Di estremo interesse è la raccolta a cura di D. Dyzenhaus e M. Thorburn, *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016) che chiama a raccolta esperti di diritto costituzionale di vari ordinamenti per indagare i fondamenti filosofici del costituzionalismo, rispondendo alla domanda fondamentale sul perché abbiamo bisogno di una costituzione, con contributi fra gli altri di Trevor Allan, Aileen Kavanagh e Thomas Poole. Uno sforzo analogo, ma che guarda alle dinamiche politiche e sociali alla base delle costituzioni è *Social and Political Foundations of Constitutions*, a cura di D. J. Galligan e M. Versteeg (Cambridge, Cambridge University Press, 2015). Il volume, nella sua prima parte, offre una serie di prospettive teoriche sui diversi ruoli che una costituzione può svolgere (*coordination device, mission statement, contract, product of domestic power play, transnational document*); nella seconda parte testa poi queste teorie con riferimento a 19 casi studio. Indaga invece le dinamiche sociologiche alla base delle trans-nazionalizzazione del diritto costituzionale *A Sociology of Transnational Constitutions: Social Foundations of the Transnational Legal Structure*, a cura di C. Thornhill (Cambridge, Cambridge University Press, 2016) – uno studio di quelle trasformazioni sociali che hanno portato gli stati

nazione ad operare in una rete di vincoli transnazionali che si possono definire di natura costituzionale.

4. – Si segnalano infine tre interessanti monografie di teoria costituzionale. È di Kai Moller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2016), che isola un modello prevalente nella protezione dei diritti costituzionali in corso di affermazione a livello globale. Tale modello è caratterizzato dall'ampio raggio dei diritti protetti (c.d. *rights inflation*), dal riconoscimento degli effetti orizzontali dei diritti umani, dal ruolo crescente dei diritti socio-economici e dell'utilizzo del principio di proporzionalità. Nella stessa collana *Oxford Constitutional Theory* è pubblicata l'ultima monografia di Alexander Somek, teorico austriaco ma che partecipa al dibattito internazionale e particolarmente angloamericano: *The Cosmopolitan Constitution* (Oxford, Oxford University Press, 2014) indaga le possibilità di fondare un cosmopolitismo politico in cui le istituzioni si impegnino a combattere discriminazioni basate sulla nazionalità, al rispetto dei diritti umani e più in generale a inserire la propria azione in un contesto internazionale che vincoli le possibilità dello stato nazione, obbligando le sue istituzioni a incorporare gli interessi e i punti di vista degli *outsiders*. *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, di A. O'Donoghue (Cambridge, Cambridge University Press, 2014) sostiene che il dibattito sull'emersione di una costituzione globale ha ignorato il costituzionalismo come teoria normativa. Attraverso una più attenta definizione del contenuto normativo del costituzionalismo, l'autrice cerca di porre su più solide basi il dibattito circa l'affermazione di ordini costituzionali transnazionali o globali.





## La dottrina statunitense in tema di forma di Stato

di Giancarlo Rando

1. – Il biennio oggetto di questa rassegna si caratterizza per il consueto buon numero di opere dedicate a ricostruzioni d’insieme del documento costituzionale americano e per alcuni saggi che ricostruiscono il pensiero costituzionale dei giudici della Corte suprema in carica (si v. il n. 2). Poco spazio, in continuità con una linea di tendenza già rilevata da qualche anno, è dedicato alle opere sui rapporti tra Stato federale e Stati federati mentre si segnalano ancora alcuni studi di rilievo sul Primo Emendamento (n. 3).

2. – Steven Mazie, corrispondente dell’*Economist* sui temi della giurisprudenza della Corte suprema, traccia una sintesi del *Term* appena trascorso, il decimo dell’era del *Chief Justice* Roberts nel saggio *American Justice 2015. The Dramatic Tenth Term of the Roberts Court*, Philadelphia, Pa., University of Pennsylvania Press, 2015, pp. 180. L’idea di fondo dell’autore è quella per cui la Corte suprema è meno nettamente orientata secondo le propensioni politiche dei suoi membri di quanto si creda. Prova ne è la disamina di alcune decisioni importanti del *Term* (Mazie ne analizza 14), nelle quali la Corte ha deciso in maniera unanime, che prevalgono rispetto a quelle nelle quali si è verificata una spaccatura di 5 a 4. In particolare, i giudici conservatori si sono

discostati da quelle che apparentemente sarebbero state le loro “naturali” posizioni ideologiche per decidere assieme ai giudici *liberal*. Gli esempi sono diversi: Roberts che vota con i colleghi dell’ala “sinistra” nella decisione sul c.d. *Obamacare* (*King v. Burwell*) o in quella in cui vengono confermate le restrizioni alle richieste di fondi a sostegno delle campagne per l’elezione dei giudici (*Williams-Yulee v. Florida*); Alito e Roberts che votano con i *liberals* per accrescere le tutele delle donne in cinta sui luoghi di lavoro (*Young v. United Parcel Service, Inc.*); Clarence Thomas che decide in favore della legge texana che ha vietato di stampare una targa speciale raffigurante la bandiera degli Stati confederati d’America (*Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans*). Il libro si segnala certamente anche per la sua accessibilità ad un pubblico non specialistico ma grazie all’accuratezza della descrizione dei casi ritenuti più significativi del *Term* e alla introduzione nella quale l’autore difende l’importanza dell’istituzione Corte suprema il saggio è d’interesse anche per lo studioso.

Akhil Reed Amar, Sterling Professor a Yale, prosegue nella sua prolifica opera di ricostruzione delle visioni sottese alla Costituzione statunitense, con il suo terzo libro del più ampio progetto dedicato alla Carta costituzionale. Molto interessante l’approccio geografico di *The Law of the Land: A Grand Tour of Our Constitutional Republic*, New York, N.Y., Basic Books, 2015, pp. 376. Ognuno dei 12 capitoli che compongono il saggio esamina la Costituzione dalla prospettiva degli Stati costitutivi. Si viene così a delineare un mosaico formato da un angolo prospettico, per così dire, “regionale” degli Stati Uniti. Amar esplora una gran varietà interpreti, casi e principi costituzionali tratti da ogni era della Repubblica. Tale approccio conduce l’autore a spiegare come le peculiarità territoriali delle diverse aree degli Stati Uniti che egli prende in considerazione abbiano contribuito a formare il panorama complessivo dei principi costituzionali e, in definitiva, a plasmare la Costituzione dei multiformi Stati Uniti d’America. L’opera di Amar, sotto questo profilo, si pone in continuità con i suoi lavori precedenti e fornisce altri notevoli spunti sull’interpretazione dei documenti costituzionali.

Ancora in tema di ermeneutica costituzionale si segnala il saggio di James E. Fleming, *Fidelity to Our Imperfect Constitution. Form Moral Readings and Against Originalisms*, New York, N.Y., Oxford University Press, 2015, pp. 264, che propone, come già si evince dal sottotitolo, un’altra interpretazione della Costituzione che si

contrapponga a quelle originaliste. Fleming cerca di differenziarsi dalle due correnti più eminenti, quella del c.d. “living constitutionalism” e quella dell’“originalism”, proponendo una visione, un approccio filosofico, che egli ritiene superiore a entrambe. Fleming concepisce la Costituzione come un contenitore di principi morali e politici che richiede successivamente una traduzione in norme. La sua lettura rappresenterebbe meglio la Costituzione perché sarebbe più aderente ad una visione di essa come un insieme di principi generali e ispiratori. Il saggio, oltre alla presentazione del pensiero dell’autore, ricostruisce l’originalismo nelle sue molteplici forme e prosegue con una serrata critica nei suoi confronti. Fleming conclude rigettando le argomentazioni a favore di una riscrittura della Costituzione, sostenendo, invece, l’opportunità di applicare una Costituzione certamente perfetibile ma con un approccio fedele alla sua natura di carta di principi.

*The Constitution: An Introduction*, di Michael Stokes Paulsen e Luke Paulsen, New York, N.Y., Basic Books, 2015, pp. 352, ripercorre le origini del documento costituzionale intervallando la dissertazione erudita con la descrizione di alcuni personaggi significativi della storia costituzionale, talvolta persone comuni entrate nella storia grazie a decisioni *landmark* della Corte suprema. Gli autori, padre e figlio, non si sottraggono nella loro ricostruzione dall’affrontare spinose analisi su giudici, decisioni, scuole di interpretazione costituzionale che essi considerano fuorvianti. L’approccio degli autori si caratterizza per coniugare approfondimento e volontà di comunicare ad un pubblico più vasto i tratti salienti della storia costituzionale americana.

Nello stesso filone di ricerca si inseriscono le opere che analizzano le figure dei giudici costituzionali in carica. Tra i giudici che più hanno attirato l’attenzione dei commentatori, sicuramente dopo Scalia, c’è *Justice* Clarence Thomas. Ralph Rossum, nel suo *Understanding Clarence Thomas: The Jurisprudence of Constitutional Restoration*, Lawrence, Kan., University Press of Kansas, 2014, pp. 304, analizza partitamente le *opinions* di Thomas per individuare la teoria costituzionale alla base del pensiero del giudice e a tal fine si avvale anche di discorsi, memorie e altri scritti. L’opera di Rossum è stimolante poiché accuratamente distingue l’originalismo di Clarence Thomas da quello di Antonin Scalia, chiarendo come, a dispetto della sua immagine

silenziosa e quasi dimessa a confronto con il più appariscente collega italoamericano, egli abbia sviluppato una chiara e anche autonoma visione della Costituzione.

Garret Epps nel suo *American Justice 2014: Nine Clashing Visions on the Supreme Court*, Philadelphia, Pa., University of Pennsylvania Press, 2014, pp. 192 disegna un ritratto di tutti i nove giudici attraverso l'analisi delle decisioni del *Term* 2013-14. Epps analizza una *opinion* per ogni giudice nel *Term* considerato, arricchendo le valutazioni giuridiche con aneddoti e osservazioni personali e apre uno spaccato sulla visione del mondo di ogni giudice. Interessante la riflessione di Epps quando afferma che forse per la prima volta nella storia della Corte suprema i giudici sono divenuti «red and blue», ossia per la prima volta, a suo avviso, le decisioni dei giudici possono essere lette sulla base delle loro convinzioni politiche.

Scott Dodson fa un omaggio alla carriera del giudice Ruth Bader Ginsburg nella curatela dell'opera *The Legacy of Ruth Bader Ginsburg*, New York, N.Y., Cambridge University Press, 2015, pp. 326, raccogliendo sedici saggi da eminenti studiosi di diritto, storia e scienze politiche. La parte I dell'opera è dedicata alla carriera di *Justice* Ginsburg nell'accademia e presso la American Civil Liberties Union (ACLU), le rimanenti due parti del saggio sono dedicate ad alcune delle *opinions* chiave del giudice. In particolare vengono ripercorsi i suoi lavori in tema di procedura civile, di rapporti tra ordinamenti e sul federalismo.

Come suggerisce piuttosto chiaramente il titolo del saggio, *Peopling the Constitution*, Lawrence, Kan., University Press of Kansas, pp. 350, l'idea dell'autore, John E. Finn, è quella di “umanizzare” la Costituzione e di non leggerla, almeno non esclusivamente, con l'occhio del giurista. Secondo l'autore i cittadini dovrebbero adottare una visione del documento come “*Civic Constitution*”, ossia come un documento che fornisca ai cittadini un riferimento di comportamento come comunità politica. Nell'impostazione di Finn la Costituzione diviene dunque non solo un insieme di regole ma una sorta di trama per un dialogo che è necessario mantenere incessante tra i cittadini. Secondo Finn, invece, negli Stati Uniti si sta vivendo una crisi della cittadinanza – egli parla di «constitutional rot» – nel senso che molte questioni costituzionali sono risolte dai giuristi con un approccio puramente positivista ma senza considerare nell'insieme la visione ideale della

Costituzione nei confronti della quale, invece, l'autore invita tutti a rinnovare l'impegno.

Pamela S. Karlan, nel suo *A Constitution for All Times*, Cambridge, Mass., The MIT Press., 2013, pp. 208, attraverso un resoconto del *Term* 2011 della Corte suprema, ci presenta una vasta critica della giurisprudenza della Corte. Dal momento che i contributi originali che compongono il saggio provengono dallo spazio che Karlan tiene sulla *Boston Review* (*Karlan's Court*) i casi salienti del *Term* sono illustrati con linguaggio accessibile anche ad un pubblico di lettori non giuristi. La linea portante del lavoro di Karlan è la critica ad un originalismo definito «slippery and misleading», contrario, sostiene l'autrice, alle istanze progressiste ed egualitarie che ella riconosce presenti nella Costituzione statunitense. Pamela Karlan, giurista dichiaratamente progressista, interpreta la Costituzione come un'istituzione in evoluzione, animata dai valori fondanti di libertà, eguaglianza, opportunità e inclusione.

La Costituzione breve degli Stati Uniti d'America del 1787 lascia, per sua stessa natura, molte questioni di governo irrisolte. È questo il punto di partenza di Harold H. Bruff che nel suo *Untrodden Ground: How Presidents Interpret the Constitution*, Chicago, Ill., The University of Chicago Press, 2015, pp. 550, sostiene che ogni presidente degli Stati Uniti d'America ha lasciato la sua impronta sul documento costituzionale nell'interpretare il suo ruolo. I comportamenti dei presidenti, secondo Bruff, hanno plasmato in maniera duratura, permanente, la Costituzione. Ad esempio i *Framers* mai avrebbero immaginato la moderna interpretazione del ruolo di *Commander in Chief* o il ruolo del Presidente nei confronti delle agenzie dell'esecutivo. Nella storia, prosegue ancora l'autore, l'interpretazione presidenziale è stata comunque condizionata dal Congresso, dall'opinione pubblica e dall'intervento giudiziale. I presidenti, comunque, hanno giocato e continuano a giocare un ruolo fondamentale nel progresso del significato della Costituzione.

Nel suo *A Mere Machine: the Supreme Court, Congress, and American Democracy*, New Heaven, Conn., Yale University Press, 2013, pp. 384, Anna Harvey mette in dubbio l'assunto dell'indipendenza del giudiziario statunitense suggerendo, invece, che la Corte suprema potrebbe non essere così indipendente dai vari rami di governo. L'autrice ipotizza innanzitutto una sistematica deferenza alle maggioranze del

Congresso. Al contrario di quanto generalmente è stato fin qui sostenuto, l'autrice intende dimostrare che sia la Corte Warren che quella di Rehnquist si sono rivelate propense ad appoggiare le scelte della maggioranza del Congresso. Ciò non è un male: l'autrice sostiene, infatti, che la protezione di cui godono i diritti negli Stati Uniti, ma anche in altri Paesi, è, paradossalmente, maggiore in ragione del fatto che la Corte suprema non sia poi così indipendente rispetto alle scelte maggioritarie. Sono stati lungimiranti i costituenti, secondo la lettura di Harvey, a dare ascolto alle parole di Jefferson: «Let mercy be the character of the law-giver, but let the judge be a mere machine».

Nel suo *The Cosmopolitan Constitution*, New York, N.Y., Oxford University Press, 2014, pp. 304, Alexander Somek traccia la storia del documento costituzionale americano descrivendo due svolte fondamentali lungo la sua storia bicentenaria. La prima è avvenuta alla fine della Seconda guerra mondiale con la trasformazione della visione della Costituzione da documento che privilegia la libertà individuale basata sul contratto sociale a documento che valorizza la dignità attraverso il riconoscimento di nuovi diritti umani (si veda l'analoga ricostruzione nella dottrina italiana nel classico di G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. vol II. La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 366). L'autore riflette sul fatto che con questo cambiamento la protezione dei diritti umani è diventata un tema che trascende i confini nazionali, generando una sorta di competizione tra le nazioni. V'è dunque un terzo cambiamento di paradigma, secondo l'autore, ossia la trasformazione della Costituzione in una carta cosmopolita («the cosmopolitan constitution»). Gaze esamina pertanto la Costituzione con questo approccio che giustifica alcune caratteristiche salienti dell'attuale ordinamento statunitense come, nota l'autore, la presenza di un solido e ramificato apparato amministrativo.

Erwin Chemerinsky, *Dean* della School of Law della University of California, Irvine, propone un saggio provocatorio dal titolo *The Case Against the Supreme Court*, New York, N.Y., Viking Penguin, 2014, pp. 386, intervenendo nel dibattito sul ruolo della Corte suprema nella storia delle istituzioni. Nel testo l'autore analizza due secoli di decisioni salienti della Corte e prova a rispondere alla domanda: la Corte suprema ha adempiuto al suo compito costituzionale? Chemerinsky riporta alcune delle decisioni più controverse – come *Korematsu* o *Dred Scott* – per sostenere come la

Corte abbia sostanzialmente fallito durante alcuni momenti critici della storia costituzionale statunitense e sia venuta meno al suo compito di proteggere le minoranze. Anzi, provocatoriamente, Chemerinsky conclude che sia la Corte Warren che la Corte Roberts si sono schierate sostanzialmente a favore di poteri maggioritari, il governo e il «business», a scapito della protezione di categorie più deboli. Nel capitolo conclusivo l'autore propone alcuni cambiamenti sul modo di elezione dei giudici, sull'audizione delle argomentazioni, sulla comunicazione delle decisioni e sulla fine del mandato.

Nel volume *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, New York, N.Y., Oxford University Press, 2014, pp. 240, Daniel R. Ernst racconta del rifiuto dei tentativi di Ernst Freund di trapiantare negli Stati Uniti la tradizione del *Rechtsstaat* e gli sforzi di Felix Frankfurter, Charles Evan Hughes e Roscoe Pound nel ritagliare un preciso ruolo alle corti nelle decisioni affidate alle agenzie dell'esecutivo. Con il New Deal in corso questi giuristi si impegnarono affinché le agenzie utilizzassero il procedimento giurisdizionale e le corti non fossero costrette a decidere nuovamente i loro provvedimenti. L'opera costituisce una sorta di risposta alla paura del movimento del *Tea Party*, secondo il quale l'America oggi è il risultato di influenze addirittura socialiste. L'autore spiega come non si tratti della realizzazione, come suggerito nel titolo, delle paure di Tocqueville, ma che nella costruzione dello Stato amministrativo americano è stata comunque impiegata la tradizione della *rule of law* che valorizza lo *smaller government* e l'esaltazione dei diritti individuali.

*On Democracy's Doorstep: The Inside Story of How the Supreme Court Brought "One Person, One Vote" to the United States*, di J. Douglas Smith, New York, N.Y., Hill and Wang, 2014, pp. 370, ricostruisce minutamente la storia delle decisioni di *reapportionment* della Corte Warren, tra le cui note *Baker v. Carr* (1962) e *Reynolds v. Sims* (1964), che hanno inaugurato l'applicazione del principio "*one person, one vote*". Attraverso queste storiche decisioni la Corte Warren fece un grande sforzo per assicurare una migliore rappresentazione dei voti degli elettori; fino ad allora, infatti, gli abitanti delle contee rurali erano sovra rappresentati rispetto agli abitanti dei centri urbani. Le decisioni della Corte, oggi ritenute un pilastro fondamentale della

democrazia statunitense, furono osteggiate e addirittura provocarono la presentazione di un emendamento costituzionale diretto a renderle inefficaci.

Nel suo *Revoking Citizenship: Expatriation in America from the Colonial Era to the War on Terror*, New York, N.Y., New York University Press, 2015, pp. 216, Ben Herzog esplora il significato sociologico del concetto di cittadinanza negli Stati Uniti, in particolare dedicandosi ai casi in cui tale rapporto tra lo Stato e il suo cittadino è stato revocato. La concezione statunitense della cittadinanza è una concezione che l'autore definisce «voluntary and contractual», e in questo contesto egli tratta i casi nei quali il governo ha unilateralmente revocato la cittadinanza, dalla *Revolutionary War* alla *War on Terror*, esaminando legislazione, trattati internazionali, questioni consolari e decisioni della Corte suprema che nella storia hanno sancito la perdita della cittadinanza americana. Il caso più recente trattato nel saggio è quello di Yaser Esam Hamdi, che condusse alla sentenza della Corte suprema *Hamdi v. Rumsfeld* (2004). Hamdi, cittadino americano catturato in Afghanistan nel novembre del 2001, fu portato prima a Guantánamo e poi in South Carolina e detenuto senza processo fino al 2004, quando il Dipartimento di giustizia statunitense lo consegnò all'Arabia Saudita a condizione che egli rinunciasse alla cittadinanza americana.

Il saggio di Anne M. Kornhauser, *Debating The American State: Liberal Anxieties and the New Leviathan, 1930-1970*, Philadelphia, Pa., University of Pennsylvania Press, 2015, pp. 336, analizza il periodo di nascita e sviluppo di quella nuova forma di organizzazione degli Stati Uniti che fu il *New Deal*, suggestivamente definito un nuovo “Leviatano”, uno Stato amministrativo con un forte esecutivo come testa e un folto stuolo di funzionari e fare da corpo. Il saggio esplora i punti salienti di un dibattito che coinvolse diversi pensatori liberali i quali, proprio mentre si dava vita a questa nuova forma di organizzazione degli Stati Uniti, si interrogavano sulla maniera ottimale per conciliare i vantaggi dello Stato amministrativo con le “minacce”, per così dire, all'autonomia individuale tipica della concezione liberale. Il lavoro di Kornhauser, docente di storia al City College di New York, porta un apprezzabile contributo ad un dibattito ancora importante non solo negli Stati Uniti, quello relativo alla tensione tra valori democratico-sociali e l'aspirazione ad un governo “leggero” ed efficiente.

Rispetto agli anni passati sembra essere diminuito l'interesse per il rapporto tra guerra e diritto. Testimonianza ne è lo scarso numero di opere rilevanti sul tema. Si segnala, tuttavia, il lavoro a cura di Austin Sarat, Lawrence Douglas e Martha Merrill Umphrey, *Law and War*, Stanford, Cal., Stanford University Press, 2014, pp. 248. Il saggio pone sin dall'inizio in questione l'assunto di base di ogni legislazione sulla guerra: l'umanizzazione della guerra stessa. L'opera vede la partecipazione di numerosi studiosi del tema – Sarah Sewall, Gabriella Blum, Laura K. Donohue, Samuel Moyn, Larry May – che esaminano i punti più spinosi della regolamentazione in materia. Il lettore, alla fine, sembra restare con la sensazione per cui la legislazione in tema di guerra abbia in qualche modo regolamentato le vicende della guerra, certo, ma che l'abbia in qualche modo anche “autorizzata” e resa legittima (per tutti questi aspetti nella dottrina italiana cfr. il lavoro di A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 610). Le leggi in tema di guerra sono in equilibrio, perennemente mutevole, tra la legittimazione e la limitazione e il volume costituisce una vasta raccolta di punti di vista differenti, di sicuro interesse per chi si voglia accostare allo studio del tema.

3. – Meno rilevante che nella precedente rassegna (sia consentito rinviare al n. 2 del 2014 di questa *Rivista*) è il tema del rapporto tra religione e laicità nell'evoluzione della forma di Stato statunitense. Solo due opere paiono degne di menzione. Il volume a cura di Boris I. Bittker, Scott C. Idlemann e Frank S. Ravitch, *Religion and the State in American Law*, New York, N.Y., Cambridge University Press, 2015, pp. 992, può definirsi monumentale. In quasi mille pagine, frutto di anni di ricerca, l'opera indaga a tutto tondo il rapporto tra religione e Stato nell'esperienza statunitense. L'analisi è condotta sia a livello dei singoli Stati che a livello federale, senza limitarsi all'approfondimento del Primo Emendamento ma anche con una disamina storica che dalle Colonie arriva fino ai giorni nostri. Viene indagata nelle sue molteplici sfaccettature una tensione legale che fa parte integrante della costruzione costituzionale degli Stati Uniti d'America.

*Secular Government, Religious People*, di Ira C. Lupu e Robert W. Tuttle, Grand Rapids, Mich., William B. Eerdmans Publishing Co., 2014, pp. 279, affronta il tema

della libertà di religione secondo il consueto schema del bilanciamento tra libertà di manifestazione del proprio credo religioso, molto sentita nella popolazione statunitense, e laicità dello Stato, altrettanto generalmente difesa. Attraverso la trattazione, sia sotto il profilo storico che sotto quello della stretta attualità giurisprudenziale, della *Free Exercise Clause*, gli autori definiscono e difendono il carattere laico della forma di Stato statunitense.



## La dottrina spagnola in tema di forma di Stato

di Rosario Tur Ausina

1. – Los planteamientos en torno a la forma de Estado en el ordenamiento español continúan, durante el bienio 2014-2015, supeditados a los vaivenes de la crisis económico-sistémica en que el sistema político se encuentra desde 2008 (vertiente jurídico-económica sobradamente conocida, por inscribirse en un contexto, en cierta forma globalizado), y desde la etapa 2005-2006 (vertiente jurídico-política), a raíz del fracasado intento de reforma constitucional y casi simultáneo proceso de reforma de diversos Estatutos de Autonomía (y, en concreto por su conflictividad posterior, del catalán). Desde la perspectiva que afecta al presente trabajo, la crisis ha ido ligada sin lugar a dudas al fenómeno de la forma de Estado -auténtica gran reforma pendiente en nuestro constitucionalismo-, que se ha visto recrudescido, no obstante, a raíz del proceso soberanista catalán.

En tal sentido, la doctrina constitucionalista ha respondido a este contexto de muy diversas formas. Para empezar, con la aparición de algunas obras de carácter general sobre el Estado autonómico pues, cabe recordar, la doctrina constitucional española ha sido poco profusa en este ámbito en los más de 37 años de democracia –desde la aparición de la Constitución del 78-. Así, A. Pérez Calvo, *El Estado constitucional español*, Madrid, Reus, 2014; P. González Trevijano, J.M.C. Núñez Rivero, J.M. Goig Martínez, *El Estado Autonómico español*, Madrid, Dykinson,

2014ES; y R. Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional*, Madrid, Dykinson, 2014. Desde una perspectiva más concreta, pero no menos relevante, aborda el “Estado jurisprudencial autonómico” J.M. Goiz Martínez, *La organización del poder en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Madrid, Ed. Universitas, 2014. Por lo demás, también la forma de Estado es objeto de atención particular en las obras más generales de A. Garrorena Morales, *Escritos sobre la democracia*, Madrid, CEPC, 2015; y J.J. Solozabal Echavarría, *Ideas y nombres. La mirada de un constitucionalista*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2015.

Desde una perspectiva histórico-constitucional, y aunque la obra se inserta en una serie de análisis más amplios, destacamos el capítulo dedicado a la cuestión territorial en la obra de Joaquín Varela, que constituye una edición corregida y ampliada, de la originaria *Política y Constitución en España (1908-1978)*, Madrid, CEPC, 2014.

2. – La emergencia constitucional derivada de la crisis ha tenido un reflejo importante en el adelgazamiento de las estructuras administrativas territoriales plasmado en el Informe Cora, y en particular, en diversos ámbitos temáticos como la reducción del funcionariado, la simplificación de la estructura institucional de algunas Comunidades Autónomas, la recentralización del poder (utilizando la teoría contraria a la naturaleza de nuestro modelo autonómico sobre la idea de una Administración una competencia), la reivindicación del papel central del Estado a través de los títulos competenciales horizontales, o el escaso papel de los organismos reguladores (que ahonda en el centralismo del Gobierno central). Sobre todo ello, y desde diferentes enfoques, se han publicado diversas obras: C. Ramió Matas, *Administración pública y crisis institucional. Estrategias de reforma e innovación*, Madrid, Tecnos, 2015; VVAA, *España: de la reforma de la administración a la mejora continua*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014; R. Tur Ausina (Dtora), F. Sanjuán Andrés, M.A. Calabuig Puig, *Problemas actuales de Derecho constitucional en un contexto de crisis*, Granada, Comares, 2015; M. Kölling, J. Tudela Aranda, *Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis. El caso español*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2015. Todo ello, en una dinámica de reconversión de los entes territoriales que trae causa de la globalización misma (F. Balaguer Callejón, *La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la*

*globalización*, Navarra, Aranzadi, 2015), y que ha sacrificado a importantes instituciones y entes particularmente débiles o vulnerables como el Parlamento mismo (J. Tudela Aranda, *Los parlamentos autonómicos en tiempos de crisis*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2015), o la Administración Local, especialmente afectada tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (M. Almeida Cerredá, *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana, y portuguesa*, Madrid, Civitas, 2015). En particular, en torno a estas debilidades territoriales autonómica y local, hacemos un análisis concreto en las siguientes páginas.

3. – El contexto de crisis a que venimos aludiendo ha huido de una reforma constitucional federalista en profundidad para adentrarse en un movimiento diverso y en cierta forma peligroso para el futuro del modelo de Estado: con movimientos descentralizadores, aunque no para incrementar el acervo competencial, sino para profundizar en el distanciamiento entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, lejos de las ideas cooperativas que presiden cualquier modelo con vocación federalista. Por esta razón, las obras en torno a las técnicas territoriales cooperativas siguen siendo absolutamente necesarias en nuestro modelo de Estado (J. Mondragón Ruiz de Lezana, A. Elizondo, A. de la Pena Varona), «Análisis de las conferencias sectoriales (2001-2012): valores y percepciones de los agentes políticos y técnicos», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva época*, nº 14, Madrid, INAP; S. Lago Peñas y otros, *Fondo de Compensación Interterritorial: análisis y propuestas de reforma*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015).

Ello no obstante, esta dinámica de déficit cooperativo se ha focalizado –aunque no agota todo el problema- en el conocido episodio soberanista de Cataluña, donde ha faltado –y previsiblemente sigue y seguirá faltando- la necesaria voluntad negociadora propia de los Estados complejos. La más que conocida Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña (31/2010), abrió una etapa sin precedentes en la historia española. Ante la incapacidad posterior para articular vías de encuentro entre los diversos gobiernos, el conflicto tendrá un punto clave en la «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña», aprobada por el Parlamento catalán en fecha 23 de enero de 2013, con la que se

abrió el espinoso proceso de la secesión catalana. De este modo, frente a los deseables encuentros Estado-Comunidades Autónomas se generó, pues, todo un amplio debate doctrinal en torno al denominado “derecho a decidir” y la consecuente o última fase dirigida a articular la independencia de Cataluña (en tal sentido, M. Barceló i Serramalera, M. Corretja, A. González Bondía, J. López Hernández, J.M. Vilajosana Rubio, *El derecho a decidir*, Madrid, Atelier, 2015, G. Oriño Ortiz, *La independencia de Cataluña*, Navarra, Aranzadi, 2015; M. Fondevila, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal*, Madrid, Reus, 2014; J. Ridao Martín, “La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, nº 91, 2014). Y como no podía ser de otra forma, el debate no escaparía del más amplio, ligado al ámbito europeo y al internacional y a estudios en esta última disciplina, sobre el derecho de autodeterminación de los pueblos (por todos, A. Martínez Jiménez, *El derecho de autodeterminación de los pueblos en el S. XXI*, Navarra, Aranzadi, 2015; X. Pons Rafols, *Cataluña. Derecho a decidir y Derecho Internacional*, Madrid, Reus, 2015; M. Medina Ortega, *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2014; F. De Carreras Serra, “Unión Europea y secesión de Estados miembros ¿Deben intervenir las instituciones Europeas?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 33, 2014). Todo ello teniendo en cuenta que el secesionismo se encuentra ligado, en cierto modo, a la necesidad de profundizar en la proyección internacional de aquellos territorios que inician su proceso de desvinculación (sobre la dimensión internacional de las entidades territoriales, A.D. Arrufat Cárdua, *La proyección internacional de las Comunidades Autónomas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014).

Los episodios de Cataluña pondrían en evidencia, en resumidas cuentas, la convulsión del modelo territorial de Estado, teniendo en cuenta que el momento para el cambio hubieran debido ser las elecciones autonómicas de Cataluña de 27 de septiembre de 2015 que, planteadas como un proceso electoral “plebiscitario” (un imposible jurídico), tampoco han servido para iniciar negociaciones y abordar un Pacto territorial de Estado. Aunque ha existido algún conato de apertura de negociaciones por parte del Gobierno con otras fuerzas políticas estatales a fin de consensuar una política de Estado en la materia (movimiento que se paraliza con las elecciones generales de diciembre de 2015 y la formación de nuevo Gobierno en

Cataluña en 2016), quizá un punto álgido en esta ruptura ha sido la declaración del Parlamento catalán a finales de 2015 proclamando el inicio del proceso de creación del Estado catalán en forma de República, previendo una “desconexión democrática” que implica abrir la “ruta secesionista” y que se inicia con el acuerdo de no supeditarse a las decisiones de las instituciones del Estado y, en particular, al Tribunal Constitucional.

Asimismo, el recurso a la voluntad ciudadana en el proceso soberanista y ante el conflicto territorial, ha llevado en estos años al incremento de la doctrina relativa a las consultas populares, lo que se inscribe en una dinámica ya importante desde años atrás, en torno a la necesidad de proceder a una regeneración democrática y a paliar la desafección ciudadana a través de la denominada “democracia participativa”. En el caso catalán, y mientras la democracia participativa es objeto de impulso también en otras Comunidades Autónomas, se trataría así, en cierta forma y ante los evidentes desencuentros territoriales, de buscar normas sustitutivas de aquellas otras que se les suspenden o se les declaran inconstitucionales, pues con ello se alargaba el proceso y se encontraban vías alternativas que no contradicen *per se* el ordenamiento constitucional, pero que suponen una actuación al margen del mismo. En tal sentido, diversas obras abordan la cuestión: A.L. Alonso de Antonio, *Análisis constitucional de la Ley catalana de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana*, Navarra, Aranzadi, 2015. Y desde un contexto más general, I. Gutiérrez Gutiérrez, *La democracia indignada*, Granada, Comares, 2014; M. Criado de Diego, *Participar. La Ciudadanía Activa en las relaciones Estado-Sociedad*, Madrid, Dykinson, 2015. Asimismo, aunando la participación con la vertiente social, la obra de C. Ruiz-Rico Ruiz, *Participación política y derechos sociales en el Siglo XXI*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2014. Desde una perspectiva amplia, finalmente, P. González-Trevijano, E. Arnaldo Alcubilla, *En pro de la regeneración política de España*, Navarra, Aranzadi, 2015.

Por lo demás, mientras fallan los planteamientos territoriales centrípetos del sistema, una nueva reforma legislativa, sobre la que son de esperar inminentes comentarios doctrinales, traslada a la jurisdicción constitucional lo que no es sino un problema de resolución política al disponer la posibilidad de sanción a quienes no cumplan sus resoluciones o incluso la suspensión de autoridades y funcionarios: Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, para la ejecución de las resoluciones del

Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. Se produce de este modo, no sólo una politización del propio Tribunal, trasladándole decisiones que se deben adoptar en otros ámbitos, sino también una alteración sustancial del modelo de justicia constitucional existente, convirtiendo al Tribunal Constitucional en una nueva instancia penal, cuando éste carece de medios para ejecutar por sí mismo sus propias decisiones (no hay una policía judicial propia del Tribunal, sino que debe hacerlo a través de la Administración o de los propios órganos judiciales).

4. – Ha sido una tónica dominante en el sistema político español, la escasa reflexión desde el punto de vista político – no podemos decir lo mismo desde el punto de vista doctrinal –, del marco constitucional, su reforma, y el papel que la Constitución está llamada a cumplir. Sin embargo, a pesar de ello, la crisis y el debate soberanista han reavivado las pretensiones de reforma constitucional, con importantes implicaciones, pues, sobre el modelo territorial de Estado (véase, en tal sentido, J. Tornos Más, *De Escocia a Cataluña. Referéndum y reforma constitucional*, Madrid, Iustel, 2015; M.R. Pérez Alberdi, “La admisibilidad de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 104, 2015; J.A. Montilla Martos, *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*, Navarra, Aranzadi, 2015; J. Martínez Calvo, *Los límites de la Nación y la Reforma constitucional en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; J.L. Meilán Gil, *El itinerario desviado del Estado autonómico y su futuro*, Navarra, Aranzadi, 2015; E. Sáenz Royo, *Desmontando mitos sobre el Estado Autonómico. Para una reforma constitucional en serio*, Madrid, Marcial Pons, 2014). Todo ello ha llevado, asimismo, a que la doctrina española haya enfocado su trabajo hacia análisis generales en torno a los estudios federalistas y las posibilidades de evolución en un contexto comparado (J. Tajadura Tejada, J. de Miguel Bárcena, *Federalismos del Siglo XXI*, Madrid, CEPC, 2014; J.A. Piqueras, *El federalismo. La libertad protegida. La convivencia pactada*, Madrid, Cátedra, 2014; J. Oliver Araujo, *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014).

Desde la perspectiva política, pues, ha sido importante el contexto: la desafección ciudadana hacia el sistema y hacia el propio marco constitucional que se arrastra, la fragmentación política observada desde las elecciones al Parlamento Europeo de 2014, y el año electoral de 2015 (han coincidido comicios locales,

autonómicos y generales, desde marzo hasta diciembre), han dado lugar a diversos movimientos políticos en torno a la reforma. Lo que ha ido acompañado de una labor doctrinal intensa – y más o menos constante desde años atrás – en torno a las posibilidades de reforma de la Carta Magna. Así, el PSOE creó un Comité de “sabios” para una reforma profunda, cuyo punto estrella fue la reforma federal; “Ciudadanos” hizo también una serie de propuestas puntuales más débiles desde el punto de vista territorial; el PP anunció en el mes de agosto de 2015 una posible reforma optando, finalmente, en el mes de septiembre, por desecharla de su futuro programa electoral; y Podemos se acogió a los planteamientos de la teoría de un poder constituyente originario y creador de un nuevo orden jurídico (postura luego matizada tras las elecciones de diciembre de 2015). Los posibles acuerdos políticos para formar gobierno nos traen en este fin de bienio 2014-2015, reflexiones interesantes en torno a la reforma, pues también la reforma constitucional ha formado parte de aquellos, si bien diluyéndose finalmente la cuestión ante la convocatoria de elecciones para junio de 2016. Por todo este contexto es posible advertir en esta última etapa, junto a una cierta ilusión por la reforma, también un cierto ambiente pesimista sobre las posibilidades de cambio en la Carta Magna española (J. Pérez Rojo, *La reforma constitucional inviable*, Madrid, Catarata, 2015; J. De Esteban, *Nafragio del Estado autonómico*, Madrid, Iustel, 2015; F. Rubio Llorente, *Una propuesta de federalización*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014; J. García Roca, *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Navarra, Aranzadi, 2014; J. Tajadura Tejada, *Diez propuestas para mejorar la calidad de la democracia en España: informe FUNCIVA*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2015). Pero ello ha llevado también, auspiciado por el discurso de alguna formación política y con contornos jurídico-constitucionales ciertamente problemáticos, al planteamiento ya citado en el actual contexto, de propuestas revitalizadoras de un nuevo ejercicio del poder constituyente, partiendo de cero y aprobando una nueva Constitución (la Constitución de 2018, dando por fenecida la Constitución del 78) (G. Pisarello, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014; R. Martínez Dalmau, *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; J. Ruipérez-Alamillo, *Reforma versus revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, México, Porrúa, 2014).

5. – Por otro lado, una norma de referencia en esta etapa a los efectos políticos y doctrinales, ha sido la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, actualmente recurrida ante el Tribunal Constitucional. Así, son de referencia diversas obras que centran su atención específicamente en esta norma y en los efectos que genera, evidenciando cómo la doctrina ha sido especialmente profusa en este ámbito: AAVV, *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, Navarra, Aranzadi, 2015; M. Cebrián Abellán, *El régimen local tras la reforma de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad*, Barcelona, Bosch, 2014; T. Quintana López, *La reforma del régimen local*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; M. Medina Guerrero, *La reforma del régimen local*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; M.J. Domingo Zaballos, *Reforma del régimen local. La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, Navarra, Aranzadi, 2014; J.A. Carrillo Donaire, *La reforma del régimen jurídico de la Administración local*, Madrid, La Ley, 2014; J.M. Campos Daroca, *La reforma de la Ley de Bases de Régimen Local*, Barcelona, Bosch, 2014; A. Domínguez Vila, *La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; J.A. Fuentetaja Pastor, *La función pública local. Del estatuto básico a la Ley de Reforma Local de 2013*, Navarra, Aranzadi, 2014; T. Font i Llovet, *Anuario del Gobierno Local 2013, ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014; P. Acosta, *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las Entidades locales*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015; F.M. Silva Ardanuy, *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*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; O. Salazar Benítez, “La autonomía local devaluada: la dudosa “racionalidad” de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 34, 2014; J. Rodríguez Arana Muñoz, *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Granada, Comares, 2014.

En tal sentido, parece que la crisis sirve de excusa para llevar a cabo un cambio interesado en el significado de la autonomía local, optando por una relativa privatización de los servicios públicos locales que, además, justamente no eran deficitarios (en tan sentido, ahondan en este contexto de crisis las siguientes obras:

M.P. Canedo Arrillaga, L.I. Gordillo Pérez, *La autonomía local en tiempos de crisis*, Navarra, Pamplona, 2015; R. Rivero Ortega, V. Merino Estrada, *Innovación y gobiernos locales: estrategias innovadoras de ayuntamientos y diputaciones en un contexto de crisis*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015; L. Mochón López, *La financiación de las Entidades Locales en tiempos de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015).

Con ello late un problema de fondo: la pretensión de obtener nuevos recursos para los poderes públicos al objeto de superar el déficit, se convierte en el único parámetro de actuación. Es decir, lo que se pretende es privar de significado político a la autonomía local, para reducirla a una pura descentralización administrativa impidiéndole realizar políticas públicas propias, cuando se trataba con anterioridad de unos servicios públicos económicamente rentables. Y paradójicamente, al mismo tiempo, se llega a la contradicción de mantener superestructuras administrativas costosas, como son las Diputaciones provinciales, encargadas de prestar servicios públicos a los entes locales que ahora se pretenden privatizar (en tal sentido, son interesantes –y todavía se requieren mayores esfuerzos doctrinales al respecto-, las obras sobre las Diputaciones provinciales: M.A. González Bustos (Coord.), *Nuevas diputaciones provinciales de régimen común: asistencia, prestación y coordinación de servicios municipales*, Granada, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2015). En resumidas cuentas, asistimos a un constante alejamiento de planteamientos cooperativos territoriales que redundan en la ya mencionada práctica de la paralización del Estado Social y Democrático autonómico. Todo lo cual vuelve a poner sobre la mesa los estudios dirigidos a reformular la autonomía local (S. Aranda, *La autonomía local en la Constitución de 1978*, Madrid, Dykinson, 2015; J.F. Sánchez González, *La reconstrucción de la autonomía local*, Madrid, Reus, 2015), así como a observar las tendencias en derecho comparado (J.M. Díaz Lema, *Sostenibilidad financiera y Administración local. Un estudio comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; F. García Rubio, *Las reformas locales en el entorno comparado*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2015).

El ámbito local, siguiendo la tónica de la Ley de sostenibilidad presupuestaria, que exigía a las Corporaciones locales un déficit cero, aparece como el especialmente sacrificado en los momentos de crisis económica. Ello se debe a una pluralidad de causas: la posibilidad de intervención del Estado, en virtud de sus títulos competenciales, en el ámbito local y no en el ámbito autonómico. Con ello, además,

se preserva a la administración del Estado, que sí puede seguir manteniendo un déficit importante. Es decir, lo que se exige a los municipios y a las CCAA no se exige al Estado. Y por otro lado, se entiende, acertada o erróneamente, que es en el ámbito local donde se producen mayores problemas de corrupción, cuando sin embargo lo que sucede es que con la privatización de los servicios públicos locales se corre el riesgo de que aumenten los posibles supuestos de corrupción política.

6. – Finalmente, durante este bienio las aportaciones doctrinales han sido más escasas cuando del análisis particular de algunas Comunidades o de instituciones concretas se trata.

No obstante, se han ido produciendo modificaciones de carácter particular y/o sectorial, que afectan a algunas Comunidades Autónomas (Castilla La Mancha, Madrid, La Rioja...), reduciendo o haciendo desaparecer sus instituciones y el número de sus parlamentarios, y con aspectos especialmente polémicos como los que afectan al sector audiovisual (B. Andrés Segovia, *Las transformaciones de la Televisión Pública Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015).

Pero lo importante es señalar que la crisis económica ha sido una causa para desconfigurar nuestro sistema de derechos fundamentales desde el punto de vista territorial, afectando singularmente a los derechos sociales e impidiendo y/o dificultando a las Comunidades Autónomas la realización de políticas públicas propias en estas materias (resulta interesante en esta temática la obra de E. Belda Pérez-Pedrero, *Los derechos de las personas y las funciones del Estado como límite a la supresión de instituciones: la crisis económica y la reforma del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014; asimismo, y con un carácter más concreto, F.M. Silva Ardanuy, *Protección estatutaria de las Políticas públicas de inclusión social en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; A. Anguita Susi, *Derechos estatutarios y Defensores del Pueblo. Teoría y Práctica en España e Italia*, Barcelona, Atelier, 2015).

Durante este periodo también se ha puesto en tela de juicio la articulación entre la normativa estatal y la normativa autonómica. Y ello se ha realizado cuestionando el propio encaje constitucional de esta problemática con la finalidad de impedir que las Comunidades Autónomas pudiesen ejercer sus potestades normativas en un sentido radicalmente diferente al realizado por el Estado. Parece como si la crisis

económica también sirviese de justificación a una determinada concepción del sistema de las fuentes del Derecho. Al respecto, en cuestiones concretas, I. Durbán Martín, *El derecho civil valenciano en el marco estatutario y constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; L.I. Gordillo Pérez, *El poder normativo foral en la encrucijada. Encaje constitucional, modelo fiscal y crisis económica*, Navarra, Aranzadi, 2014; O. Triguero Ortiz, *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*, Madrid, Dykinson, 2014; R. Juan Sánchez, *Legislación procesal y Comunidades Autónomas (análisis crítico del art. 149.1.6º CE y las leyes autonómicas de casación civil)*, Navarra, Pamplona, 2014).

Finalmente, la crisis económica ha puesto también en jaque, si se quiere de forma mucho mas sibilina, el propio sistema de democracia local. En efecto, junto al intento de la elección directa de los alcaldes, constitucionalmente posible, pero utilizada para desparlamentarizar la configuración de los mismos y proporcionar unos resultados mas favorables a determinadas fuerzas políticas, la legislación y la doctrina prácticamente ignoran la posible incorporación de nuevas formas de democracia mas participativa en el ámbito local. Así, son puntuales pero importantes las obras al respecto: L. de la Torre Martínez, *El estatuto jurídico de los concejales no adscritos*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014; M. Arenilla Sáez (Coord.), *La elección directa del alcalde. Reflexiones, efectos y alternativas*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2015; R. Álvarez Gil, *El principio constitucional de proporcionalidad en el sistema electoral canario*, Navarra, Aranzadi, 2015; J.M. Reniu, *Los gobiernos de coalición de las Comunidades Autónomas españolas*, Barcelona, Atelier, 2014.

Y todo ello sin olvidar la necesidad de proceder a una articulación seria del sistema educativo español, lo cual está ligado a una profundización en una democracia de calidad, aspectos estos que son una de las grandes cuentas pendientes del sistema político español (R. Caballero Sánchez, *Sistema educativo y descentralización territorial*, Madrid, Iustel, 2015).





## UNITED KINGDOM – La Corte suprema si pronuncia sul concetto di residenza abituale del minore nei casi di child abduction

di Marco Antonio Simonelli

Con sentenza resa il 3 febbraio 2016, i giudici della Corte Suprema del Regno Unito, hanno proposto un’interessante riflessione sul tema della *child abduction*, evidenziando le principali problematiche relative all’individuazione del foro dotato di giurisdizione sulla materia.

Il background fattuale della controversia è il seguente: la madre biologica di una bambina di 5 anni - da lei concepita tramite una procedura di inseminazione artificiale con seme proveniente da donatore ignoto - il 3 febbraio 2014 si trasferisce con la figlia in Pakistan. Il trasferimento, tuttavia, avviene senza che ne venga data notizia alla ex-partner della madre la quale, stando alle risultanze processuali, veniva parimenti considerata come una madre dalla bambina, avendo tra l'altro vissuto con quest’ultima per i primi tre anni della sua vita, fino all’intervenuta separazione della coppia.

La madre “sociale” dunque, adisce, la *High Court of Justice* affinché ponga la minore sotto la tutela della Corte e conseguenzialmente ne ordini il rientro nel Regno Unito. Per contro, la *High Court*, così come la *Court of Appeal*, che ha ricevuto

l'appello della soccombente in primo grado, hanno negato la giurisdizione delle Corti britanniche nella controversia sulla base del fatto che la minore non si trovasse più sul suolo britannico.

La Corte Suprema, anche attraverso una minuziosa analisi del quadro normativo internazionale ma soprattutto europeo, giunge alla conclusione diametralmente opposta.

Nell'*opinion* di Lord Wilson, che ha ottenuto il voto favorevole di altre due giudici del *panel* (composto da un totale di 5 giudici), si legge che l'intera questione possa essere risolta fornendo la corretta interpretazione del concetto di "residenza abituale" così come elaborato in ambito europeo.

Ai sensi dell'articolo 87 del Regolamento no 2201/2003 del Consiglio Europeo, infatti, le corti di uno Stato membro dell'UE hanno giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale su un minore, se quest'ultimo ha la sua residenza abituale nel territorio dello Stato al momento in cui la corte viene adita. In via residuale, l'art. 13 del medesimo testo prevede che qualora non possa essere stabilito il luogo di residenza abituale del minore, la giurisdizione spetta ai giudici dello Stato dove si trova il minore. Questa normativa, peraltro, si applica indipendentemente dalla circostanza che l'altro Paese, potenzialmente titolare della giurisdizione, sia o meno membro dell'Unione Europea.

La rilevanza della normativa appena citata nel caso di specie consiste nel fatto che, il *Family Law Act* 1986, alla novellata sec. 2(1), afferma che gli ordini giurisdizionali emanati *ex sec. 8* del *Children Act 1989*, ossia la tipologia di provvedimento giudiziale richiesta dalla ricorrente, possono essere emanati solo se il giudice adito è giurisdizionalmente competente secondo i criteri sanciti dalla normativa europea sopra richiamata. Lord Wilson ingaggia quindi un'analisi serrata del "*modern concept of habitual residence*"; infatti, dato che il trasferimento all'estero del minore è avvenuto legalmente - a causa della mancanza di potestà genitoriale del ricorrente - la circostanza che la bambina abbia avuto, al momento in cui l'azione è stata proposta, la propria residenza abituale nel Regno Unito costituisce l'unico fattore di connessione in grado di radicare la giurisdizione sul caso presso la Corte a cui Lord Wilson appartiene.

Nell'*opinion* si analizza la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, e in particolare tuttavia la vicenda processuale del caso *Mercredi v. Chaffe* discusso nel 2010 dalla prima sezione della CGUE. Nella sentenza del 22 dicembre 2010, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Court of Appeal*, si fornisce una nozione di residenza abituale come quel luogo che riflette “*some degree of integration by the child in a social and family environment*”. Si prosegue poi, richiamando le conclusioni per il caso presentate dall'Avvocato General J. Kokott, cercando di dedurre se, alla luce dei principi europei, la perdita della residenza abituale presupponga lo stabilimento della stessa in un altro luogo. Secondo il ragionamento della Corte suprema, dovendosi orientare l'interpretazione di tutta la normativa rilevante alla tutela del *best interest* del minore, sarebbe irragionevole ritenere che il minore possa perdere la residenza abituale in un luogo senza che lo stesso si sia sufficientemente integrato in un altro. Questo, infatti, porrebbe il minore in una sorta di limbo giuridico, in quanto verrebbe privato dell'accesso alla tutela giurisdizionale ed esposto alla volontà del genitore in carico della sua custodia, il quale potrebbe trasferirsi di nazione in nazione con il solo scopo di sfuggire all'applicazione della norma. L'impossibilità di stabilire una residenza abituale per il minore sarebbe dunque una circostanza che, per quanto concepibile, dovrebbe restare confinata a ipotesi del tutto eccezionali.

Nell'*opinion* dissenziente, scritta da Lord Sumption, si attacca proprio questo passaggio argomentativo: non sussisterebbe, infatti, alcun limbo giuridico in quanto, ai sensi dell'art. 13 della Regulation 2201/2003, la giurisdizione sarebbe radicata nello Stato dove il minore si trova, nel caso di specie il Pakistan.

Tuttavia, proprio la circostanza che la minore si trovi in Pakistan, sembra essere stata determinante nella deliberazione dei giudici supremi. Al paragrafo 24 della sentenza si sottolinea come le coppie omosessuali (di ambo i sessi), in Pakistan, oltre ad essere oggetto di pesanti forme di discriminazione da parte della popolazione, siano anche prive di qualsiasi forma di protezione giuridica, il che porta i giudici inglesi a ritenere che difficilmente un'azione presso le corti di questo paese possa essere considerata un rimedio effettivo per la ricorrente. Tuttavia, come d'altronde sottolineato dallo stesso Lord Sumption, pur costituendo “*a source of legitimate concern to the English courts, [...] this is not a basis on which they are entitled to claim jurisdiction*”.

Lord Wilson, comunque, dopo aver ritenuto essere possibile, nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, stabilire dove il minore avesse la sua residenza abituale al momento della proposizione dell'azione - ossia 10 giorni dopo l'arrivo in Pakistan della convenuta con la bambina - procede a vagliare gli elementi fattuali a supporto dell'una e dell'altra ipotesi, arrivando, infine, alla conclusione che la minore avesse la propria residenza ancora nel Regno Unito.

Consequenzialmente i giudici inglesi possono essere ritenuti titolari di giurisdizione ai sensi della Regolamento del 2003 Consiglio Europeo e il caso viene quindi rinviato a il giudice di prima istanza perché riesamini nel merito la domanda.

In conclusione, la decisione della suprema Corte britannica, sebbene senza dubbio orientata alla tutela del migliore interesse del minore, appare in grado di innescare non pochi conflitti di giurisdizione tra Stati sovrani, giacché non sembra tenere in minimo conto l'eventuale sussistenza di una giurisdizione delle corti pakistane sul caso. Se, dunque, da un lato costituisce un innegabile avanzamento da un punto di vista del riconoscimento del diritto alla vita familiare anche per le unioni non legalmente sanzionate nonché, come già detto un'affermazione netta della prevalenza del principio del *best interest* del minore; non sembra, d'altro canto, aver considerato con la dovuta cautela il problema della sovrapposizione tra differenti diritti nazionali, rendendone problematica una ricostruzione coerente con un sistema di diritto internazionale che aspiri ad essere maggiormente "*workable*".



## UNITED KINGDOM – Pubblicata la *Strathclyde Review*: verso un ridimensionamento del potere dei Lord?

di Nausica Palazzo

Lo scorso dicembre 2015 è stata pubblicata la *Strathclyde Review*, un'indagine destinata ad incidere sul funzionamento della Camera dei Lord, se il Governo deciderà di dar seguito alle raccomandazioni conclusive. Più in dettaglio, il report è stato commissionato dal Primo ministro a Sir Strathclyde con l'intento di esaminare il potere di scrutinio riconosciuto alla Camera dei Lord sulle "leggi delegate" (*sic*), i c.d. *Statutory Instruments*, al fine di proporre eventuali modifiche al procedimento di adozione.

Il tema dell'"eccessivo potere" riconosciuto ai Lord si è posto all'indomani del veto esercitato il 26 ottobre 2015 da questi sul *Tax Credits Regulation Act* 2015 del Governo, a norma del quale si introduceva una riduzione della soglia di reddito massima per accedere ai benefici del *Working Tax Credit* (WTC) e del *Child Tax Credit* (CTC) – rispettivamente a £3,850 e £12,125.

Il procedimento di adozione degli *Statutory Instruments* si distingue dal procedimento di adozione delle leggi del Parlamento in ciò: che, mentre i Lord possono solo sospendere – e al massimo per un anno – il procedimento di adozione di un Bill, nel caso degli *Statutory Instruments* è consentito loro di bloccare

definitivamente il relativo procedimento di adozione (v. *Statutory Instruments Act* 1946).

Quanto all'adozione di uno *Statutory Instrument* (d'ora in poi "SI" o "SIs") si danno principalmente due ipotesi: i) l'*affirmative resolution procedure*, richiedente l'approvazione di ciascuna camera (ipotesi più ricorrente); ii) la *negative resolution procedure*, in base alla quale l'atto non acquista effetti giuridici o cessa di produrne in caso di emanazione di una mozione di annullamento da parte di una delle due camere.

Lo scrutinio, assai più modesto, in verità, di questi strumenti deriva principalmente dalla mole di SIs presentati di fronte il Parlamento – 1999 nel 2015, a fronte di soltanto 34 atti di normazione primaria –; se da una parte, quindi, soltanto un numero limitato di SIs "cattura" l'attenzione del Parlamento, dall'altra un'eventuale scrutinio dei Lord può essere fatale, poiché questi ultimi sono in grado di esercitare un vero e proprio veto.

Si è però taciuto un aspetto dirimente: il potere di scrutinio della Camera dei Lord è retto da una convenzione costituzionale, la convenzione dei Lord sui SIs del 1968. La fonte convenzionale ("cornerstone of our Constitution") disciplina, per dirla con Marshall, l'uso della discrezione costituzionale nell'area del *government* e riveste un ruolo davvero centrale in tema di funzionamento delle camere. Si tratta, tuttavia, di una fonte per sua stessa natura priva del carattere della giustiziabilità nel Regno Unito – mentre sappiamo che tale *justiciability* comincia timidamente ad affermarsi altrove (ad esempio in Canada e in Israele).

Secondo la convenzione sui SIs del 1968, la Camera dei Lord si impegna a non respingere strumenti di questo tipo o a bloccarne l'adozione esclusivamente in situazioni eccezionali. La convenzione è stata accettata con difficoltà da molti membri della Camera alta e soggetta negli anni alle più disparate interpretazioni. Sta di fatto che dal 1968 le occasioni in cui dei SIs sono stati rigettati sono soltanto cinque: nel 1968 il *Southern Rhodesia (UN Sanctions) Order*; nel 2000 i *Greater London Authority (Election Expenses) Order* e *Greater London Authority Elections Rules Order*; nel 2007 il *draft Gambling (Geographical Distribution of Casino Premises Licences) Order*; nel 2012 il *draft Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 (Amendment of*

*Schedule 1) Order*; e, infine, come si è già avuto modo di dire, nel 2015 il *Tax Credits Regulation Act 2015*.

Da quanto qui affermato emergono due aspetti: la convenzione è stata in passato formalmente rispettata, tant'è che soltanto in cinque occasioni la Camera dei Pari ha impedito l'adozione di uno *Statutory Instrument*; lo scrutinio della Camera è diventato più penetrante nell'ultimo decennio, a partire 2000, e ha raggiunto il suo acme proprio in occasione della presentazione del *Tax Credits Regulation Act 2015*. Difatti, i Bill disciplinanti le c.d. *financial matters* sono tradizionalmente prerogativa della Camera dei Comuni – ciò dal lontano 1671, quando una delibera dei Comuni stabilì che non era consentito ai Lord modificare l'importo di un'imposta. In maniera simile, anche alcuni specifici SIs in materia finanziaria ed economica sono soggetti alla sola approvazione/non reiezione (a seconda che la procedura sia affermativa o negativa) dei Comuni.

La reiezione del *Tax Credits Regulation Act 2015* è stata percepita come una forzatura oltre ogni ragionevole limite della convenzione esistente. La forzatura è ancor più evidente se si considera che la materia trattata si situa nella penombra delle *financial matters*.

Per risolvere il problema generato da un uso disinvolto del potere di scrutinio, il report avanza tre proposte di azione: i) sottrarre ai Lord tale potere, rendendo unicamerale il procedimento di adozione dei SIs; ii) formalizzare, con linguaggio chiaro e non ambiguo, i limiti dello scrutinio dei Lord all'interno di una risoluzione o regolamento di procedura della Camera dei Lord; iii) introdurre con legge un nuovo procedimento di adozione dei SIs, in base al quale, in caso di disaccordo, i Lord possono invitare i Comuni a “ripensare” la propria posizione, senza che vi sia possibilità di esercitare un veto. La terza opzione ha il pregio della chiarezza e si propone di riallineare il procedimento di adozione della *secondary legislation* (di cui i SIs sono la categoria principale) al procedimento previsto per la *primary legislation*.

Il report si schiera apertamente a favore della terza opzione, richiedendo, poi, un supplemento di chiarezza al legislatore affinché non vi siano spazi eccessivi lasciati in sede di attuazione. L'idea è dunque quella di una camera di raffreddamento, in grado di costringere i Comuni a riflettere sulle proprie posizioni

e a deliberare nuovamente sul punto – «to rethink» –, ma non di bloccare l'adozione di uno *Statutory Instrument*.

Più che una questione di pura geometria istituzionale, appare in realtà evidente il gioco di forza tra Governo e Lord e, particolarmente, tra Governo e opposizioni. I primi segnali di tensione risalgono alle nomine di agosto di David Cameron. Le nomine a membro della Camera dei Lord, crescenti in numero negli ultimi anni, hanno nuovamente portato alla ribalta il problema della “dimensione” della Camera dei Lord (attualmente composta da ben 812 membri).

La Camera è attenzionata dall'opinione pubblica e dagli studiosi da ormai decenni. La riforma della Camera dei Pari, dopo le importanti innovazioni di cui al *Parliament Act* 1911, così come modificato nel 1958, e di cui al *Peerages Act* 1958 e 1963, tornò al centro dell'attenzione durante il Governo labourista di Blair e Gordon Brown. Ricevette rinnovato vigore alle elezioni del 2010, dove ciascun partito politico propose nel proprio programma elettorale una qualche proposta di modifica dell'istituzione; e fu, infine, oggetto di una recentissima riforma, l'*House of Lords Reform Act* 2014, di portata piuttosto limitata, concernente, in particolare, i soli casi di cessazione dalla carica di Lord (sul punto v. G. Caravale, “*Modest and simple*”: *l'House of Lords Reform Act* 2014 e la “piccola” riforma della Camera dei Lord, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 19 maggio 2014).

Lo scenario appena abbozzato dovrebbe consentire una prima, parziale contestualizzazione della polemica sull'uso disinvolto del potere di scrutinio dei SIs. Che sia un pretesto o meno, è sotto gli occhi di tutti il rinnovato vigore con cui Camera dei Lord appare «more willing to flex its political muscles». Ci si attende di conseguenza, se non una immediata riforma, quantomeno un'“accelerata” nella riflessione sul ruolo politico dei Pari e, a cascata, sull'assetto bicamerale del glorioso sistema inglese.



## FRANCIA – Approvata nuova legge sul fine vita

di Ester Stefanelli

Il Parlamento francese ha recentemente approvato la legge 2016-87 del 2 febbraio 2016 che crea nuovi diritti per i malati e le persone in condizione di fine vita e modifica il codice sulla salute pubblica. Il nuovo testo, di cui si discute dal 2012, è stato approvato da un'ampia maggioranza trasversale; i voti contrari sono invece arrivati, da un lato, dagli ecologisti e dagli esponenti della sinistra più radicale, i quali auspicavano un progetto che legalizzasse il suicidio assistito e, dall'altro lato, dai deputati espressione della destra conservatrice, secondo i quali si riconosce adesso un pericoloso “diritto alla morte”.

La nuova normativa si inserisce sulla scia di quanto già disposto dalla legge 2005-370, relativa ai diritti dei malati e al fine vita (c.d. *Loi Leonetti*, dal nome del deputato proponente). Quest'ultima era stata approvata all'unanimità nel 2005 ed era volta a vietare per la prima volta in Francia l'accanimento terapeutico, risultante da “un'ostinazione irragionevole” e dal ricorso a trattamenti inutili, sproporzionati o finalizzati soltanto a mantenere artificialmente in vita il paziente. L'applicazione della *Loi Leonetti* aveva da ultimo costituito l'oggetto di un ricorso presso il Consiglio di Stato, che si era espresso a favore dell'interruzione dei trattamenti (CE, Ass., 24 giugno 2014, Lambert 2) e di un successivo ricorso presso la Corte Europea dei

diritti dell'uomo, che aveva confermato la decisione del giudice francese (caso *Lambert and Others v. France* del 5 giugno 2015, *application* n. 46043/14).

La nuova legge fa seguito ad una proposta presentata dai deputati Leonetti (del partito repubblicano) e Claves (partito socialista) e sancisce chiaramente il “diritto di ciascuna persona ad un fine vita dignitoso”, che sia accompagnato, per quanto possibile, da un alleviamento della sofferenza (art. 1 della legge). Di conseguenza, ai pazienti è riconosciuto il diritto di accedere alle cure palliative in qualsiasi circostanza (art. 4 della legge).

La nuova legge precisa che sia la nutrizione che l'idratazione artificiali devono essere considerati alla stregua di trattamenti dei quali il paziente può richiedere l'interruzione e che qualora il paziente non sia in grado di esprimere la propria volontà, la decisione circa l'interruzione delle cure deve essere adottata secondo una procedura collegiale definita per via regolamentare (art. 2). Comunque, anche nel caso in cui il malato scelga di interrompere i trattamenti sanitari, il medico dovrà continuare a seguirlo, assicurandogli eventualmente anche il ricorso alle cure palliative (art. 5).

Il principale apporto della nuova normativa consiste nel prevedere la possibilità per il paziente di essere sottoposto ad una sedazione profonda, che si protragga fino al momento del decesso e che lo porti ad uno stato di incoscienza (art. 3). Tale richiesta può essere avanzata nei riguardi del medico al fine di “evitare qualsiasi sofferenza e di non essere sottoposto ad un'ostinazione irragionevole”. Più specificamente, la nuova legge indica tassativamente i casi nei quali è possibile ricorrere alla sedazione, che si verificano sia in presenza di una malattia grave e incurabile, suscettibile di comportare la morte del paziente nel breve periodo senza alcuna possibilità di alleviare la sua sofferenza, sia in presenza della decisione di un paziente affetto da una malattia terminale di interrompere i trattamenti di fine vita che gli comporti una sofferenza insopportabile. Il medico può altresì sedare il paziente nel caso in cui quest'ultimo non sia in grado di esprimere la sua volontà e qualora, ai sensi della procedura definita all'art. 2 della legge, l'*équipe* medica abbia deciso di procedere con l'interruzione dei trattamenti sanitari.

Secondo la nuova normativa inoltre, ciascuna persona può redigere il proprio testamento biologico per il caso in cui si trovi in futuro nella condizione di non

saper esprimere la propria volontà. Oggetto di tale testamento possono essere il prolungamento, la limitazione, l'interruzione o il rifiuto di trattamenti medici. Le ultime volontà, così come scritte dalla persona, si "impongono" al medico, salvo nei casi urgenti, compatibilmente con le condizioni cliniche della persona e fintantoché quest'ultimo non abbia avuto il tempo di effettuare una valutazione completa ed accurata della situazione nella quale versa il paziente (art. 8). Nel caso in cui non sia stato redatto tale testamento, risiede invece in capo al medico l'obbligo di indagare per ricostruire la volontà della persona quando quest'ultima era ancora in grado di intendere e di volere (art. 10).

Oltre al testamento, ciascun individuo può confidare le sue ultime volontà ad una persona di fiducia, che dovrà essere necessariamente consultata nel caso in cui il soggetto in questione non possa più manifestare la propria volontà (art. 9).





## FRANCIA - État d'urgence e déchéance de nationalité: la lotta al terrorismo entra in Costituzione

di Davide Bacis

Quanto avvenuto a Parigi la sera del 13 novembre 2015 ha spinto le istituzioni della Repubblica ad una reazione forte e significativa. In effetti, la risposta del Presidente della Repubblica agli attentati di quella notte è stata decisa: il giorno immediatamente successivo ai tragici fatti, François Hollande ha decretato l'*état d'urgence* ai sensi di quanto previsto e disposto dalla *Loi* n. 55-385 del 3 aprile 2015.

Il 16 novembre, dinanzi al Congresso del Parlamento – Assemblea Nazionale e Senato in seduta comune – riunito a Versailles, il Presidente Hollande ha affermato la necessità di modificare la carta costituzionale, introducendovi un esplicito riferimento allo stato di emergenza, e garantendo una base costituzionale allo strumento della privazione della cittadinanza francese ai cittadini che si macchiassero di gravi crimini contro la sicurezza della Nazione. Alle parole sono presto seguiti i fatti. La prima versione del testo della riforma, mai formalmente pubblicata, è stata sottoposta al vaglio del *Conseil d'État* il 1 dicembre, affinché il Collegio si esprimesse sui contenuti della proposta. Dieci giorni dopo, il *Conseil* ha adottato un parere, in linea di massima, positivo. Preso atto del parere e accolte le poche modifiche suggerite, il 23 dicembre 2015 il Consiglio dei Ministri ha presentato il testo definitivo della proposta all'Assemblea Nazionale.

Il 10 febbraio 2016 l'Aula ha approvato il progetto di revisione costituzionale con 317 voti a favore, 199 voti contrari e 51 astensioni. Il 22 marzo 2015, con 176 voti a favore e 161 contrari, anche il Senato ha approvato, con modifiche, il progetto di revisione costituzionale, che dunque dovrà essere sottoposto ad un ulteriore esame da parte dell'Assemblea per poi tornare nuovamente al Senato.

La mancata approvazione di un medesimo testo in entrambe le Camere ha dimostrato come manchi una vera e propria condivisione dei temi oggetto d'esame. L'istituto della decadenza dalla cittadinanza sembra essere il meno condiviso, specialmente tra le fila della coalizione di maggioranza, di cui fa parte anche il partito del Presidente. Gli ulteriori passaggi necessari in entrambe le Camere, fino al raggiungimento di un'intesa su un'identica formulazione, e l'ostacolo senz'altro più complicato rappresentato dal *quorum* richiesto dall'art. 89 della carta costituzionale pari ai 3/5 del Congresso del Parlamento hanno reso l'approvazione tutt'altro che scontata. La riforma dovrebbe, infatti, ottenere 555 voti favorevoli, tuttavia, attualmente, nelle deliberazioni all'Assemblea e al Senato, i voti favorevoli sono però stati solo 495.

Per queste ragioni, preso atto dell'impossibilità di giungere ad un accordo, il 30 marzo 2016 il Presidente Hollande, consultati i Presidenti delle Camere, ha posto fine al dibattito parlamentare, ritirando il progetto di legge.

Pur in assenza di approvazione, il progetto di riforma proposto dall'Esecutivo merita un approfondimento, dal momento che dimostra quanto il pericolo rappresentato dalla minaccia terroristica spinga costantemente ad un allontanamento dalla normale tutela dei diritti fondamentali

Prima di soffermarsi sull'analisi dei contenuti della riforma, è opportuno chiedersi se esistano e quali siano gli strumenti normativi apprestati dall'ordinamento giuridico francese con il precipuo fine di fronteggiare situazioni di grave emergenza, come quella del terrorismo internazionale.

Anzi tutto, va ricordato che la carta costituzionale del 1958 prevede due distinti regimi giuridici, a cui si affianca l'attuale regime dell'*état d'urgence*, di cui si dirà tra breve, previsto solo dalla legislazione ordinaria e che non ha, ad oggi, un fondamento di natura costituzionale.

In primo luogo, va ricordato l'art. 16 della Costituzione. La norma in esame prevede che al Presidente della Repubblica vengano attribuiti tutti i poteri necessari per ristabilire l'ordine costituzionale, nell'eventualità in cui le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione delle obbligazioni internazionali assunte dalla Francia siano minacciate in modo grave, concreto e attuale. A questa circostanza si deve poi accompagnare l'impossibilità da parte degli organi costituzionali di esercitare propriamente e liberamente le loro funzioni.

Il *Conseil d'État* ha definito i poteri di cui all'art. 16 come straordinari, tenendo ben in conto i limiti intrinseci all'applicazione della disposizione. Basti pensare che il Presidente, per poter esercitare i poteri in parola, deve darne notizia ufficiale alla Nazione dopo aver richiesto il parere obbligatorio del primo ministro, dei presidenti delle Camere e del Presidente del *Conseil Constitutionnel*. Inoltre, trascorsi trenta giorni dal messaggio alla Nazione, è assegnata ai presidenti delle Camere, o a un dato numero di loro componenti, la possibilità di rimettere al *Conseil Constitutionnel* la valutazione sull'opportunità di interrompere l'esercizio delle funzioni straordinarie.

Sul piano della prassi, va notato che, nella storia della V Repubblica, alla disposizione in esame si è fatto ricorso in un'unica occasione. Si tratta, nello specifico, degli eventi di Algeri del 1961 quando, sotto la presidenza de Gaulle, quattro generali di stanza in Algeria hanno "orchestrato" un colpo di stato, passato alla storia come il *putsch des généraux*.

Il secondo regime emergenziale regolato dalla carta costituzionale della V Repubblica è l'*état de siège*, sancito dall'art. 36; questo dispone che sia il Consiglio dei Ministri a dichiararlo ed il Parlamento eventualmente a prorogarlo allo scadere dei dodici giorni previsti. La disciplina di dettaglio è rimessa alla legislazione ordinaria e, specificatamente, è fissata dal *Code de la défense*, che contiene peraltro la normativa in materia di difesa nazionale.

La dichiarazione dello stato d'assedio, che può avvenire solo in circostanze tassativamente previste dalla legge, quali un conflitto armato con un altro Stato o un'insurrezione popolare, comporta che all'autorità civile si sostituisca l'autorità militare e che la giurisdizione, in materia di crimini contro lo Stato, sia attribuita ai

tribunali militari. Inoltre, il godimento di alcuni diritti, come la libertà di circolazione e la libertà di riunione, è temporaneamente sospeso.

Come accennato, ai due strumenti di rango costituzionale si affianca l'istituto dell'*état d'urgence*, disciplinato dalla *Loi* n. 55-385 del 3 aprile 1955, approvata in seguito agli attentati del novembre 1954, rivendicati dal Fronte di Liberazione Nazionale algerino.

La legislazione in esame, nella sua versione originaria, prevedeva che lo stato di emergenza potesse essere deciso e prorogato dal Parlamento solamente con legge. Inoltre, la legge effettuava una distinzione tra misure necessarie, automaticamente applicabili una volta dichiarata l'emergenza, e misure speciali, le quali era da approvarsi caso per caso.

Nel corso del tempo, la disciplina del 1955 è stata oggetto di numerosi interventi di modifica. Con un'*ordonnance* adottata nel 1960, la competenza relativa alla dichiarazione dell'emergenza è stata trasferita dall'organo legislativo a quello esecutivo, mantenendo in capo al Parlamento il compito di decidere della proroga allo scadere dei dodici giorni d'efficacia del decreto presidenziale. Un ulteriore intervento emendativo lo si deve alla *Loi* n. 2015-1501 del 20 novembre 2015, che ha prorogato di tre mesi l'*état d'urgence* proclamato con decreto del 14 novembre. Accanto agli accresciuti poteri di controllo assegnati alla Camere, tra le altre misure, la legge in parola ha introdotto restrizioni al diritto di riunione, controlli sui sistemi informatici e sui mezzi di comunicazione ed infine il soggiorno obbligato. Quest'ultimo può essere disposto nei confronti di soggetti per i quali sussistono seri motivi di ritenere che il loro comportamento costituisca una minaccia per l'ordine pubblico.

La legge prevede, inoltre, lo scioglimento di associazioni e raggruppamenti di fatto, qualora questi prendano parte alla commissione di atti che minacciano gravemente l'ordine pubblico o la cui attività sia in qualche modo propedeutica o incoraggi la realizzazione di suddetti atti.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1958, la *Loi* n. 55-385 è a lungo sfuggita al controllo di legittimità costituzionale che, come noto, era svolto in via preventiva, nel periodo che intercorreva tra il voto definitivo del Parlamento e la promulgazione della legge da parte del Presidente della Repubblica.

Nel 1985, in occasione della dichiarazione dello stato d'emergenza in Nuova Caledonia, il *Conseil Constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi sulla legge che ne prorogava la durata. In quest'occasione, tuttavia, i giudici costituzionali non hanno avuto modo di esaminare il contenuto della normativa del 1955, limitandosi ad affermare come questa non fosse stata abrogata dall'entrata in vigore della Costituzione.

Solo a seguito della riforma costituzionale del 2008, che ha introdotto la *question prioritaire de constitutionnalité* (art. 61-1), l'istituto dello stato di emergenza è stato oggetto di due pronunce del *Conseil*. Nello specifico, i giudici hanno dichiarato la conformità a Costituzione dell'art. 6 (come modificato dalla legge del 20 novembre 2015), in materia di soggiorno obbligato con la sentenza n. 2015-527 QPC, e degli artt. 8 e 11 in fatto, rispettivamente, di limitazioni al diritto di assemblea e di perquisizioni con sentenza n. 2016-535 QPC.

La riforma costituzionale attualmente all'esame delle Camere prevede che l'*état d'urgence* trovi un riconoscimento costituzionale. L'idea non è nuova; in effetti, come ha precisato il Presidente Hollande nel suo discorso al Congresso del Parlamento, una base costituzionale per lo stato d'emergenza era già stata ipotizzata dal comitato Vedel, voluto da Mitterrand nel 1992, e dal comitato Balladur, voluto da Sarkozy nel 2007. Il comitato Vedel aveva optato per allineare la disciplina dell'emergenza a quella già prevista per lo stato d'assedio, mentre il comitato Balladur aveva preferito la soluzione di un rinvio espresso ad una legge organica che ne indicasse i presupposti e le modalità d'applicazione. Nessuna delle due proposte si era però tradotta in un disegno di legge.

Le ragioni del rinnovato interesse per la questione vanno ritrovate nell'inadeguatezza dei regimi costituzionali d'emergenza attualmente previsti, considerati dall'Esecutivo non sufficientemente adattati alla minaccia sferrata dal terrorismo internazionale di matrice islamista.

Proprio a causa della mancanza di un fondamento costituzionale, anche la recentissima riforma dello stato d'emergenza, attuata con la legge n. 2015-1501 del 20 novembre, ha introdotto strumenti innovativi, solo parzialmente adatti ad affrontare l'attuale situazione di grave crisi. Di qui la necessità di approvare l'art. 36-

1 della Costituzione, che fornirà la base costituzionale necessaria per completare il regime normativo in materia d'*urgence*.

Dopo aver stabilito le condizioni per il ricorso allo stato d'emergenza, la disposizione in esame attribuisce un fondamentale ruolo al Parlamento, competente in via esclusiva a prorogare il regime d'urgenza. Viene altresì inserita una riserva di legge in materia di misure straordinarie attuabili da parte dell'autorità civile e della polizia amministrativa.

La versione originaria prevedeva una modalità di “uscita progressiva” dallo stato di emergenza, consentendo alla polizia di protrarre l'utilizzo delle misure emergenziali fino a sei mesi dalla sua formale cessazione e, qualora la minaccia terroristica fosse perdurata, di introdurne di nuove. Accogliendo il parere del *Conseil d'État*, che temeva il perpetuarsi indeterminato dello stato di emergenza a discrezione dell'Esecutivo, la disposizione in questione non ha però trovato spazio nella formulazione finale della norma.

È opportuno notare che, in sede di approvazione da parte dell'Assemblea Nazionale, il testo presentato dal Governo è stato emendato nel senso di attribuire maggiori poteri di controllo alle Camere. Queste ultime, ai sensi del nuovo art. 36-1, riunite di diritto per tutta la durata dell'emergenza, hanno facoltà di chiedere qualsiasi informazione relativa le misure adottate dall'Esecutivo, al fine di svolgere un controllo di opportunità. Inoltre, l'ultimo comma della norma – che attribuisce al Parlamento il potere di prorogare dello stato di emergenza – dispone, dopo la modifica, che la proroga non possa superare i 4 mesi.

Infine, meritevoli di considerazione sono anche le modifiche apportate dal passaggio al Senato. Innanzitutto, la durata della proroga è stata ridotta da 4 a 3 mesi; inoltre, ed è questo l'intervento più incisivo, si è inserita una riserva di legge, che prevede l'approvazione di una legge organica atta a disciplinare le condizioni di applicazione del nuovo art. 36-1.

Da ultimo, la riforma costituzionale dispone che l'art. 34 della Costituzione venga modificato in modo da consentire la *déchéance de nationalité* anche nei confronti di cittadini in possesso di doppia cittadinanza e che abbiano acquisito quella francese per nascita.

Come ben evidenziato dal parere del *Conseil d'État*, l'art. 25 del *code civil* già prevede che il Governo possa pronunciare, con decreto, la decadenza dalla cittadinanza francese nei confronti di un cittadino che l'abbia ottenuta per acquisizione e che disponga di un'altra cittadinanza, qualora questi sia condannato per un crimine che costituisca atto terroristico o per un delitto compiuto contro gli interessi fondamentali della Nazione. Concorde con la Presidenza della Repubblica, il Consiglio ha riconosciuto che un ampliamento di questa norma, volto a privare della cittadinanza francese anche i soggetti che l'avessero acquisita per nascita – benché comunque titolari di altra cittadinanza – necessiterebbe di una copertura costituzionale, al fine di evitare una sua declaratoria di incostituzionalità.

Del resto, è noto come giurisprudenza costante del *Conseil Constitutionnel* riconosca nella nazionalità francese il veicolo attraverso cui passa il riconoscimento dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione e che, quindi, qualifica la posizione dell'individuo all'interno dell'ordinamento. Dallo *status* di cittadino discendono numerosi diritti costituzionalmente garantiti, la cui privazione, da parte del legislatore ordinario, comporterebbe un vero e proprio attentato ai diritti fondamentali garantiti dal c.d. *bloc de constitutionnalité*. Il divieto di decadenza della cittadinanza per un cittadino che sia nato francese costituisce, infatti, un *principe fondamental reconnu par les lois de la République*, vale a dire un principio contenuto nel preambolo della Costituzione del 1946 e consacrato come parametro di legittimità costituzionale, in quanto mai contestato da alcuna legge.

Venendo, più nello specifico, alla norma sottoposta all'esame delle Camere, la versione originaria portata all'attenzione del Consiglio di Stato prevedeva che l'istituto della decadenza dalla cittadinanza venisse introdotto con un nuovo art. 3-1, nella parte della Costituzione recante le disposizioni in materia di sovranità. Recepite, anche in questo caso, le indicazioni del *Conseil*, il testo presentato all'Assemblea Nazionale prevede invece che venga modificato l'art. 34 – recante l'elenco delle materie per cui è prevista una riserva di legge – che già tratta il tema della nazionalità.

La riformulazione proposta dalla legge di revisione costituzionale prevede che all'art. 34 si prescriva espressamente la competenza della legge ordinaria di stabilire le norme concernenti: «la nationalité, y compris les conditions dans lesquelles une

personne née française qui détient une autre nationalité peut être déchue de la nationalité française lorsqu'elle est condamnée pour un crime constituant une atteinte grave à la vie de la Nation».

Nel corso dell'esame in Assemblea, la norma citata è stata modificata in senso ancor più restrittivo. Il riferimento alla doppia cittadinanza è stato, infatti, eliminato, dando il via libera all'approvazione di un sistema di decadenza dalla cittadinanza che potrebbe, ipoteticamente, comportare numerosi casi di apolidia, in forte contrasto con le norme di diritto internazionale generale che – si pensi alla Convenzione europea sulla nazionalità del 1997 e la Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione della apolidia del 1961 – mirano alla riduzione del fenomeno.

Infine, la norma in esame è stata ulteriormente sottoposta a revisioni nel corso della votazione in Senato; i senatori hanno, ad esempio, reintrodotta la condizione della doppia cittadinanza, eliminata nel corso dell'esame dell'Assemblea.

Come è noto, il procedimento di revisione costituzionale non è giunto a conclusione, poiché il Capo dello Stato, preso atto delle divisioni create in Parlamento, ha ritirato il *projet de loi*. Non stupisca che il Presidente abbia fatto un passo indietro sul progetto di riforma da questi fortemente voluto. L'istituto della decadenza dalla nazionalità, infatti, non aveva incontrato il favore di buona parte della coalizione di maggioranza ed era stato pubblicamente criticato anche dal Ministro della Giustizia, Christiane Taubira – dimessasi per la polemica scatenatasi a seguito delle sue dichiarazioni in merito.

L'Esecutivo, infatti, aveva scelto di non procedere con una riforma del codice civile che, ampliando il campo di applicazione dell'istituto della decadenza dalla sola cittadinanza ottenuta per acquisizione, alla cittadinanza per nascita, sarebbe con ogni probabilità andata incontro ad una declaratoria di legittimità costituzionale. Al contrario, aveva optato per introdurre nel dettato costituzionale una disposizione che, con una riserva di legge in materia di decadenza dalla cittadinanza per i soggetti di nascita francese in possesso di una seconda cittadinanza, copriva un'eventuale riforma dal rischio di un intervento caducante del *Conseil*.

È stato proprio il tentativo di dare copertura costituzionale ad un istituto la cui diretta conseguenza sarebbe stata una compressione della sfera dei diritti fondamentali, garantiti da quella stessa Costituzione a minare l'appoggio, dovuto

anche al clima di forte tensione tipico dei mesi successivi ad un attentato terroristico, di cui godeva il Governo e a spingere il Presidente ad arrestare il procedimento di revisione.





## GERMANIA - La Corte di Karlsruhe dichiara parzialmente incostituzionale la legge sulle misure straordinarie di sorveglianza per la difesa da attacchi terroristici

di Alessia Tranfo

La Corte costituzionale tedesca si è pronunciata il 20 aprile 2016 con sentenza BvR n. 966/2009 in merito alla questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla nuova normativa sull'ordinamento della polizia federale tedesca. In particolare, i dubbi di costituzionalità sorgevano limitatamente alle sezioni 20h, primo comma, lett. c; 20g, primo comma, punto 2; 20l primo comma; 20v, comma VI del novellato titolo «Per la difesa dal pericolo di terrorismo internazionale attraverso l'estensione dei poteri di indagine della polizia federale», inserito con legge del 25 dicembre 2008.

In sintesi, le disposizioni oggetto del ricorso prevedono l'ampliamento dei poteri di investigazione della polizia federale in caso di grave e fondato pericolo per la stabilità e la sicurezza dello Stato o per l'integrità fisica, la vita o la libertà dei consociati. Si tratta di una normativa applicabile senza che sia necessaria una preventiva iscrizione del soggetto sospettato in un apposito registro degli indagati né una previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

Più segnatamente, gli articoli oggetto del ricorso riconoscono la possibilità di impiegare mezzi dotati di alta tecnologia per l'acquisizione da remoto di dati e comunicazioni presenti sul *software* di apparecchi telefonici o informatici del soggetto

ritenuto pericoloso o soggetti terzi con i quali l'indagato ha contatti. Dunque, la novella inserita con legge del 2008 attribuisce al corpo della polizia federale la facoltà di installare all'interno di abitazioni o nelle zone limitrofe strumenti tali da facilitare l'ascolto e la ripresa video sia delle conversazioni tenute dal sospettato che delle comunicazioni intercorse tra quest'ultimo e soggetti terzi, quali medici ed avvocati, impegnati nell'assistenza del potenziale terrorista.

La Corte di Karlsruhe, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle predette norme, ha, *in primis*, evidenziato come le disposizioni oggetto del ricorso difettino di limiti sufficientemente chiari: il legislatore non ha, infatti, dettato alcun requisito minimo per l'applicazione di tali misure straordinarie di sorveglianza. Non si richiede la sussistenza né del requisito minimo della prevedibilità o probabilità che il soggetto sospettato possa commettere un atto terroristico né si subordina l'impiego di tali misure, particolarmente invasive, alla tempestiva autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria.

Pertanto, si ravvisa una violazione del principio di proporzionalità in quanto all'organo di polizia è lasciata completa discrezionalità circa l'utilizzo di tali strumenti di controllo. Secondo la Corte, si assiste alla lesione del diritto alla inviolabilità del domicilio sancita all'art. 13, primo comma della *Grundgesetz* tedesca e del diritto alla segretezza della corrispondenza e delle telecomunicazioni prevista all'art. 10 *GG*.

In altre parole, la Corte di Karlsruhe evidenzia come la normativa in questione sia priva di limiti tali da garantire che la compressione degli artt. 10 e 13 *GG* non esuli da quanto strettamente necessario per la difesa della sicurezza dello Stato da attacchi terroristici.

Atteso che i giudici costituzionali aditi riconoscono una forte interconnessione tra lo sviluppo della personalità del singolo individuo e l'impiego di dispositivi telefonici ed informatici per mezzo dei quali oggi si esplica, almeno in parte, la personalità di ciascuno, essi ritengono altresì violato l'art. 2, primo comma *GG* relativo al diritto al libero sviluppo della personalità di ciascuno. La Corte sottolinea come la sola percezione di poter essere continuamente controllati è essa stessa perdita di libertà.

L'odierna formulazione delle disposizioni oggetto del ricorso non è ritenuta dai giudici costituzionali conforme alla Legge fondamentale tedesca, salvo che si rispettino alcune linee guida suggerite dalla Corte stessa. Siffatte indicazioni

assicurerebbero un bilanciamento tra l'intangibilità della libertà personale e il soddisfacimento di esigenze investigative volte a garantire la sicurezza nazionale ed internazionale.

A tal fine, la Corte esorta il legislatore ad avvalersi di un organismo intermediario autonomo e indipendente la cui funzione sia quella di assicurare la cancellazione dei dati raccolti annoverabili tra quelli definiti "strettamente personali". Un simile organo dovrebbe assurgere al ruolo di filtro tra la pluralità dei dati reperiti, prima ancora che questi siano fruibili e utilizzabili dalla polizia federale.

Un ulteriore profilo che la Corte affronta è quello relativo alla necessità di salvaguardare «il nucleo della vita privata» anche di soggetti terzi - non sospettati - che indirettamente vengono coinvolti dalle misure straordinarie di controllo. Pertanto, la Corte sostiene che nei confronti di individui estranei dai sospetti, ma la cui attività professionale o personale è indirettamente connessa a quella del sospettato, non sia ammissibile una restrizione dell'inviolabilità del domicilio come quella prevista dal nuovo titolo inserito nella legge del 2008.

Il ricorso è stato dunque accolto ed i giudici costituzionali hanno dichiarato parzialmente incostituzionale la normativa introdotta nel 2008 concedendo al legislatore fino al 30 giugno 2018 per conformare le disposizioni vigenti ai principi costituzionali secondo le linee guida indicate.

Occorre, infine, menzionare l'opinione dissenziente dei due giudici Herr Schluckebier ed Herr Eichberger – su otto che compongono la Corte – i quali ritengono, invece, che le norme di cui si contesta la costituzionalità siano conformi al dettato della Legge fondamentale tedesca.

I due giudici, infatti, interpretano la sicurezza dello Stato quale finalità ultima e suprema dell'ordinamento e, pertanto, sufficiente a legittimare l'affievolimento dell'applicazione del principio di proporzionalità che, invece, secondo i giudici di maggioranza dovrebbe informare la compressione dei diritti fondamentali.

Inoltre, sono contestate le linee guida fornite dall'opinione di maggioranza circa l'istituzione di un organo autonomo ed indipendente che esamini preventivamente i dati raccolti. Secondo la *Abweichende Meinung* di entrambi i giudici sopraccitati, siffatta attività di filtro necessiterebbe di un tempo ragionevolmente lungo che minerebbe l'efficacia stessa dell'intervento della polizia federale.





## AUSTRIA - La Corte costituzionale annulla le elezioni di ballottaggio del Presidente federale

di Ulrike Haider-Quercia

La Corte costituzionale austriaca ha dichiarato nullo il secondo turno delle elezioni presidenziali del 22 maggio a causa delle molte irregolarità nel conteggio dei voti. Schede elettorali sono stati smistati e contati già prima della scadenza di legge, in parte in assenza degli scrutatori, solo per fare in fretta. Il ricorso che ha dato origine alla sentenza di annullamento costituisce l'impugnazione più estesa e più profonda di una elezione svoltosi nella seconda Repubblica austriaca e per la prima volta il *Verfassungsgerichtshof* (*VfGH*) dispone la ripetizione non dello scrutinio ma dello svolgimento delle elezioni in tutto il Paese.

Accolta con sorprendente favore dall'opinione pubblica e dai supremi organi costituzionali, la sentenza interviene in una serie di pratiche elettorali, operate da tempo, in netto contrasto con la normativa elettorale austriaca. Le censure del *VfGH* riguardano in particolare lo svolgimento dello scrutinio dei voti per corrispondenza (*Briefwahl*) nonché le pratiche di comunicazione anticipata dei primi risultati elettorali del Ministero degli Interni, e quindi dell'autorità suprema elettorale.

Il *VfGH* è stato adito nella sua qualità di organo competente per giudicare sulle impugnazioni elettorali ex art. 141, 1° c. Costituzione federale austriaca (*Bundes-*

*Verfassungsgesetz*, B-VG). Il ricorso è stato presentato dal partito liberale austriaco FPÖ e depositato esattamente quattro settimane dopo il voto di ballottaggio delle elezioni presidenziali. Com'è noto, da tali elezioni impugnate risultava vincitore – sul filo di lana – il candidato di estrema sinistra con un distacco sottile di meno di un punto percentuale (ovvero 3.863 voti) dal candidato della FPÖ, il quale, invece, nelle prime *exit polls* (*Hochrechnungen*) pubblicate subito dopo la chiusura dei seggi elettorali, risultava vincitore. Nel ricorso redatto da un avvocato viennese ed ex ministro di giustizia austriaco vengono presi di mira una serie di irregolarità nello svolgimento dello scrutinio dei voti consegnati per corrispondenza nonché le comunicazioni ufficiali e la diffusione nei social network dei risultati elettorali ancora prima della chiusura dei seggi elettorali. Mentre quest'ultima irregolarità del processo elettorale aveva un impatto su tutto il territorio austriaco, anomalie nello scrutinio dei voti per corrispondenza sarebbero emersi – come sostenuto dal ricorso – in particolare in 94 delle 113 autorità elettorali distrettuali.

La complessità e il volume delle irregolarità contestate hanno reso necessario l'esplicitamento di una intensa istruttoria probatoria con l'escussione di una novantina di testimoni (la fase di assunzione delle prove più lunga e complessa nella quasi centenaria storia della Corte costituzionale austriaca) che il VfGH ha svolto in cinque udienze nell'arco di due settimane nel mese di giugno. La scelta della Corte di accelerare i tempi e di decidere sulla questione entro il termine legale di un mese dal deposito del ricorso è stata senza ombra di dubbio determinata dalla circostanza che il nuovo Presidente federale avrebbe dovuto prendere servizio e prestare giuramento l'8 luglio p.v. Il procedimento di impugnazione delle elezioni si è concluso prima di questa data, per evitare l'insediamento di un presidente eletto in base ad un procedimento elettorale invalidabile.

La sentenza – che parte della stampa ha voluto contestualizzare come risposta giurisprudenziale a ipotizzati imbrogli elettorali – è stata pronunciata oralmente dal presidente della VfGH Gerhard Holzinger alla fine dell'ultima udienza di venerdì scorso 1 luglio<sup>1</sup>. G. Holzinger ha voluto indicare in premessa all'esposizione della sentenza e delle sue motivazioni che la decisione di invalidare il ballottaggio è stata

---

<sup>1</sup> Al momento della redazione del presente commento non è ancora disponibile la versione scritta della sentenza in oggetto, per cui per il commento si fa riferimento unicamente alla lettura della pronuncia nella udienza pubblica del VfGH il giorno 30 giugno 2016.

presa dai 14 giudici costituzionali unicamente per ragioni democratiche e dello stato di diritto. La sentenza non mira a indicare “un vincitore e un vinto”, continuava il presidente del VfGH, ma ha l’obiettivo di contribuire al corretto svolgimento delle elezioni, elemento di assoluto fondamento di ogni democrazia. E da ciò deriva di conseguenza la funzione della Corte costituzionale di salvaguardare i processi democratici del paese.

In effetti, il ricorso presentato dalla FPÖ era la prima occasione che consentiva al VfGH di pronunciarsi – non solo sulla legittimità costituzionale della normativa di attuazione della *Briefwahl* – ma sulla prassi applicativa di questo particolare metodo di consegnare il voto.

Determinante per la decisione dei 14 giudici costituzionali di invalidare l’elezione di ballottaggio sono state da un lato la frequenza con la quale sono state riscontrate le irregolarità nell’applicazione delle regole elettorali, nonché la precedente giurisprudenza della Corte, anche se i fatti decisi nella sentenza in commento esulavano largamente dal campo della giurisprudenza fino ad oggi sviluppata nell’ambito della normativa elettorale.

La motivazione per la decisione di invalidare le elezioni presidenziali e di disporre la ripetizione delle elezioni in tutta l’Austria si suddivide sostanzialmente in quattro parti:

In una prima parte il VfGH ha affermato la legittimità costituzionale del sistema austriaco di elezione per corrispondenza<sup>2</sup>, che non garantendo gli stessi livelli di segretezza del voto, è stato previsto dal 2007 esplicitamente a livello costituzionale (Art. 26 c. 6 B-VG). L’attuazione di questo diritto di voto per corrispondenza è regolata per le elezioni presidenziali dall’art. 14 a del *Bundespräsidentenwahlgesetz*, il quale prevede un dettagliato procedimento per lo scrutinio dei voti consegnati per corrispondenza. L’insieme di queste regole deve assicurare il principio della segretezza del voto.

Di centrale importanza è la seconda parte delle motivazioni in cui il VfGH accerta numerose e gravi irregolarità nell’applicazione dell’art. 14a *Bundespräsidentenwahlgesetz* verificatosi in cospicui distretti elettorali. In 18 dei 20

---

<sup>2</sup> Su questo aspetto era intervenuto già precedentemente con la sentenza riferendosi alla sentenza guida sul punto VfSlg 10.412/1985

distretti indagati<sup>3</sup>, le buste contenenti le buste con la scheda elettorale sarebbero state aperte in anticipo rispetto all'orario previsto dalla normativa applicabile (e quindi prima delle ore 9h del giorno successivo alle elezioni) e, in alcuni casi, da persone non autorizzate o con autorizzazioni illegali. Sono state, inoltre, accertate numerose irregolarità da parte di alcuni presidenti di seggio. Tutte queste inosservanze delle regole elettorali avrebbero violato non solo la segretezza del voto ma avrebbero potuto avere un'influenza sul risultato elettorale complessivamente. Secondo la Costituzione federale (Art. 141, 1° c., lit. g B-VG) e la giurisprudenza costante, per dichiarare invalida una elezione non è necessario che sia stato accertato un effettivo impatto di essi sul risultato elettorale, ma è sufficiente che le irregolarità avrebbero potuto avere una potenziale influenza. La VfGH ritiene sussistente tale condizione della potenziale influenza, sufficiente di per sé per invalidare le elezioni, anche in assenza di prove concrete che attestino manipolazioni accadute nel conteggio dei voti. È stato, tuttavia, affermato esplicitamente dal presidente del VfGH che in nessuna delle escussioni dei numerosi testi sono venuti fuori elementi che avrebbero potuto costituire prove per manipolazioni e brogli accaduti nel conteggio elettorale. La decisione della Corte si basa, pertanto, su un potenziale spostamento di voti, ed è per questo che la motivazione mette in rilievo che sarebbero stati un totale di 77.926 voti contati secondo procedure irregolari. Questo dato è importante per la decisione in quanto il distacco tra i due candidati nei risultati delle elezioni del 22 maggio sono in larga misura inferiore (30.863 voti di distacco) ai voti contati secondo procedure irregolari. Per tale motivo, i voti contati secondo procedure irregolari – secondo il ragionamento della Corte – avrebbero ipoteticamente potuto alterare il risultato elettorale.

Escludendo, tuttavia, che si sarebbero verificati imbrogli elettorali, il Presidente del VfGH sottolinea che anche in un sistema politico democratico affermato, il minuzioso rispetto delle regole elettorali assicura la fiducia nella democrazia, ed è per questo motivo che la Corte ritiene dover intervenire con l'annullamento delle elezioni.

---

<sup>3</sup> Bregenz, Reutte, Landeck, Kitzbühel, Kufstein, Schwaz, Innsbruck-Land, Hermagor, Villach-Stadt, Villach-Land, Völkermarkt, Wolfsberg, Leibnitz, Südost-Steiermark, Graz-Umgebung, Wien-Umgebung, Liezen, Gänserndorf, Hollabrunn, Freistadt.

Il terzo punto riguarda la prassi (fra l'altro operata da tempo ed anche relativamente ad altre elezioni di rilievo nazionale) dell'anticipata pubblicazione dei risultati elettorali da parte dell'autorità suprema per le elezioni. Nelle indagini condotte è stato accertato che già ore prima della chiusura dei seggi elettorali il Ministero degli interni ha trasmesso e pubblicato in via telematica i primi risultati già contati, mettendoli a disposizione in particolar modo alla stampa e ad alcune società di sondaggi. Tali informazioni (che a quell'ora avevano dato in leggero vantaggio il candidato Hofer) sono state diffuse sui social media.

Relativamente a tale punto del ricorso, la Corte costituzionale austriaca ha individuato una violazione della libertà elettorale che richiede che gli elettori non vengano di fatto o di diritto pregiudicati nella loro libertà di scelta elettorale (VfSlg 14.371/1995). L'anticipata trasmissione dei primi risultati che attraverso le moderne tecnologie hanno trovato in tempi rapidi diffusione in tutta l'Austria era idonea ad influenzare la scelta elettorale degli elettori che a quel ora non avevano ancora consegnato il proprio voto.

Il quarto ed ultimo punto delle motivazioni della sentenza riguarda la portata dell'annullamento delle elezioni, considerando che le irregolarità accertate riguardavano esclusivamente lo scrutinio dei voti di corrispondenza di cui 77.926 voti erano riguardati dalle irregolarità.

La decisione di annullare l'intero procedimento è stato disposto per due motivi. Il primo riguarda il sistema del voto per corrispondenza. Al voto per corrispondenza ai sensi dell'art. 26, 6° comma B-VG possono ricorrere gli aventi diritto di voto i quali la domenica delle elezioni sono impossibilitati a recarsi nel seggio elettorale del luogo della propria residenza. Essi hanno la possibilità di richiedere all'autorità elettorale competente la scheda elettorale, la quale può essere consegnata il giorno delle elezioni in un altro seggio elettorale o attraverso invio postale all'autorità elettorale circoscrizionale. I voti consegnati vengono conteggiati nel seggio in cui sono stati consegnati o dall'autorità elettorale alla quale è stata spedita la busta contenente il voto. Quindi, per chi ha votato con scheda richiesta prima delle elezioni, non esiste una circoscrizione specifica, e non è più possibile risalire in che modo e in quale seggio i singoli voti per corrispondenza siano stati consegnati.

Per tale motivo l'annullamento parziale delle elezioni non sarebbe stato possibile da un punto di vista tecnico. Già per questo motivo non era possibile un mero parziale annullamento delle elezioni. Il motivo altrettanto evidente per l'annullamento completo delle elezioni riguarda la pubblicazione anticipata dei risultati parziali sul sito internet del Ministero degli interni, la cui diffusione ha raggiunto tutto il territorio dello Stato e il cui effetto distorsivo era rilevante per tutto il corpo elettorale.

L'obbligo di dover rifare le elezioni presidenziali, non solo in alcuni collegi ma in tutta l'Austria, perché ci sono dubbi sulla legalità del conteggio dei voti, costituisce una situazione unica nelle democrazie occidentali. Questa pronuncia del 1 luglio 2016 è una sentenza di grande rilievo per il sistema politico austriaco con una portata che va ben oltre le elezioni presidenziali del 22 maggio. Le numerose irregolarità contestate nel procedimento elettorale per le ultime presidenziali in realtà hanno dato la possibilità alla Corte costituzionale austriaca di pronunciarsi su prassi e consuetudini praticate da tempo e non sempre coperte anche dal testo legislativo. Queste irregolarità esistevano anche prima dello scrutinio svolto il 22 e il 23 maggio. Resta, pertanto, da sperare che si tratti davvero di una sentenza nel nome della democrazia austriaca, e non di una sentenza presa per l'autotutela del VfGH che si sarebbe visto, altrimenti, esposto all'accusa di non essere oggettivo se avrebbe legittimato il gran numero di irregolarità lamentate dal ricorso ed accertato nel procedimento.