

# **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

- R. Scarciglia, *Un Paese senza Governo: la Spagna alla soglia della terza elezione politica senza un esecutivo / A country without Government: the third Spanish election is expected* p. 1

### SAGGI/ARTICLES

- F. Gallarati, *I marchi regionali di qualità con indicazione di provenienza: ostacoli al libero scambio o nuova frontiera della politica agricola europea? / The regional quality labels with indication of geographic origin: barriers to free trade or a new frontier for the Common Agricultural Policy?* p. 7
- V. Rostellato, *Il rapporto fra le Corti e fra le Carte: l'esperienza della tutela dei diritti fondamentali nel sistema costituzionale spagnolo e il "dialogo" con la Corte europea dei diritti dell'uomo / The relationship between the Courts and between the Constitutions: the protection of human rights in Spain and the dialogue between the Strasbourg Court and the Spanish constitutional court* p. 23

### CASI E QUESTIONI/TOPICAL ISSUES

#### Unioni civili / Civil unions

- L. Bozzi, *La legge 76 del 2016: istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni / The Law no. 76 of May 20th 2016: civil unions and cohabitation. A brief reflection* p. 65
- A. Lecis, *La tutela delle coppie di persone dello stesso sesso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo / The legal recognition of same-sex relationships: ECHR case-law* p. 83
- L. Poli, *Gestazione per altri e stepchild adoption: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale / Third-party reproduction and stepchild adoption: the mistakes of Italian legislator* p. 97
- A. Schillaci, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza / Civil unions between persons of the same sex: comparative law and principle of equality* p. 111

### NOTE E COMMENTI/SHORT ARTICLES AND COMMENTS

- E. Bertolini, *Brevi considerazioni a margine (e in occasione) delle elezioni giapponesi del 10 luglio / Brief reflection on Japanese House of Councillors election of the 10th July 2016* p. 131
- M.C. Locchi, *«Like a boat sailing against the wild current of populist rhetoric [...]»: la Corte di Strasburgo di fronte alle restrizioni statali al ricongiungimento familiare con cittadini di paesi terzi / «Like a boat sailing against the wild current of populist rhetoric [...]»: the ECHR case-law on the right of family reunion* p. 145
- L. Musselli, *La Corte di giustizia dell'Unione europea si esprime definitivamente sull'obbligatorietà della indicazione di trattamenti chimici post-raccolta nell'imballaggio degli agrumi / The ECJ stated that citrus fruit labelling indicating the preserving agents and other chemical substances used in post-harvest processing is compulsory* p. 157
- T. Pagotto, *La minoranza alevita e la discriminazione religiosa: la Grande Camera condanna la Turchia per violazione degli Artt. 9 e 14 CEDU / Alevis' right to religious* p. 167

*freedom: ECHR fines Turkey for violating the Convention*

G. Scotti, *Cellule e tessuti, tra valori fondamentali e pronunce della CGUE: il caso polacco e il futuro della biomedicina / Tissues and cells for transplantation: ECJ case-law* p. 179

#### **RASSEGNE COMPARATE/COMPARATIVE SURVEY**

M. Della Malva, *La dottrina in materia di forma di governo in Spagna / The most recent scholarship on the form of government in Spain* p. 189

A. Gatti, *La dottrina in materia di forma di governo in Germania / The most recent scholarship on the form of government in Germany* p. 205

N. Rodean, *La dottrina in materia di forma di governo negli USA / The most recent scholarship on the form of government in USA* p. 227

#### **CRONACHE DAL MONDO/CHRONICLES FROM THE WORLD**

D. Bacis, *AUSTRALIA, La detenzione off-shore degli immigrati al vaglio della Alta Corte d'Australia e della Corte Suprema di Papua Nuova Guinea / AUSTRALIA, The off-shore detention center for refugees under review by Australian High Court and Supreme Court of Papua New Guinea* p. 255



## Un Paese senza Governo: la Spagna alla soglia della terza elezione politica senza un esecutivo

di Roberto Scarciglia

1. – Dal 2 gennaio 1492, quando i Re cattolici, Isabella di Castiglia e Fernando di Aragona, occuparono Granada, liberandola dagli Arabi, la Spagna ha sempre avuto un Governo e, talvolta, anche due, come è accaduto nel 1808 con l'invasione di Napoleone e durante la Guerra civile del 1936. Dopo più di cinque secoli, la Spagna è tuttora senza esecutivo, non essendo state sufficienti due elezioni politiche – tenutesi il 20 dicembre 2015 e il 26 giugno 2016 – per determinare una maggioranza sufficiente a eleggere un Presidente dell'esecutivo. Se ciò non accadrà entro il 31 ottobre, si svolgeranno nuove elezioni politiche, nella data simbolica del 25 dicembre. Una situazione analoga si era verificata in Belgio dopo le legislative del 13 giugno 2013, dove il Paese rimase senza Governo per 541 giorni.

Nelle elezioni del 20 dicembre 2015, i due principali partiti, che per trent'anni avevano dominato la scena politica nazionale – il *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE), rappresentativo della sinistra moderata, e il *Partido Popular* (PP), espressione del centro-destra – non erano riusciti ad ottenere la maggioranza assoluta per governare, anche per l'entrata in scena di due nuove formazioni politiche, accanto ad altri partiti minori.

La prima *Podemos*, è stata fondata nel marzo 2014 da alcuni attivisti del Movimento di sinistra *15-Mayo*, conosciuto anche come *Movimiento de los Indignados*, mentre la seconda, *Ciudadanos*, inizialmente espressione dei liberali catalani, si era poi estesa in ambito nazionale.

Per la formazione del nuovo Governo, la Costituzione spagnola prevede all'art. 99 che, dopo il rinnovo del Congresso dei deputati e le consultazioni da parte del Re dei rappresentanti dei gruppi politici in Parlamento, su proposta del Presidente del Congresso, il candidato alla Presidenza del Governo presenta il suo programma politico chiedendo la fiducia al Congresso. In prima votazione è necessario che il candidato proposto raggiunga il quorum della maggioranza assoluta dei 350 membri assegnati al Congresso e, in caso negativo, sarà effettuata una seconda votazione dopo quarantotto ore dalla precedente, e la fiducia si intende accordata con il raggiungimento della maggioranza semplice. Ove ciò non accadesse, possono esservi ulteriori proposte di candidati alla Presidenza, che devono raggiungere il quorum richiesto dall'art. 99, Cost. Diversamente, se sono trascorsi senza esito due mesi dalla prima votazione senza che nessun candidato abbia ottenuto la fiducia, il Re scioglierà entrambe le Camere – Congresso dei deputati e Senato – convocando nuove elezioni, con atto controfirmato dal Presidente del Congresso.

2. – Secondo consuetudine costituzionale, il Re, dopo le elezioni del 20 dicembre 2015, e solo dopo cinque giorni di consultazioni con i partiti, il 15 gennaio 2016 ha affidato l'incarico di formare il nuovo Governo al leader del partito più votato, Mariano Rajoy, previamente designato all'interno del Partito popolare. Le difficoltà di formare l'esecutivo si presentano evidenti per la posizione contraria del *PSOE* e dei nuovi partiti comparsi sulla scena elettorale nazionale per la prima volta, e, di conseguenza, il Presidente incaricato è stato costretto, in mancanza di un sostegno politico, a rinunciare a presentarsi in Parlamento, per prolungare il decorso del termine di due mesi per lo scioglimento delle Camere e nuove elezioni generali. Di conseguenza, il Re, Felipe VI, ha affidato l'incarico al leader del secondo partito più votato, Pedro Sánchez, candidato del *PSOE*, che ha accettato per evitare nuove elezioni e il perdurarsi di un blocco istituzionale determinato dalla mancata fiducia parlamentare.

Il nuovo Presidente incaricato ha presentato il suo discorso di investitura davanti al Congresso, ma non è riuscito a conseguire la fiducia, dopo il dibattito, ottenendo soltanto 130 voti favorevoli e 219 contrari e, dunque, molto lontano dalla maggioranza assoluta richiesta dalla Costituzione. Il risultato è confermato anche nella seconda votazione, tenutasi quarantottore dopo (131 voti favorevoli e 219 contrari), mettendo in moto il meccanismo previsto dall'art. 99, comma 5, Cost..

Prevedendo una doppia votazione per giungere alla nomina del Presidente, i costituenti hanno, da una parte, introdotto un termine alla durata del Governo in carica e, dall'altra, uno spazio temporale perché i partiti possano mettersi d'accordo sulla candidatura alla presidenza. Come è noto, la legge elettorale spagnola – la l.o. 19 giugno 1985, n. 5, modificata nel 2011 – prevede un sistema elettorale proporzionale con soglia di sbarramento al 3 per cento, che, tuttavia, non è sufficiente ad evitare una frammentazione del Congresso, che attualmente è superiore a quella successiva alle prime elezioni politiche nel 1977. Altro elemento che deve essere considerato per comprendere la mancata fiducia al Presidente incaricato è rappresentato dalla sostanziale fine del bipolarismo che aveva caratterizzato la vita politica spagnola, a seguito dell'ingresso sulla scena elettorale di due partiti con la forza di *Podemos* e *Ciudadanos* (rispettivamente 42 e 40 seggi su 350).

Nel periodo che intercorre fra la prima votazione e i due mesi successivi, il Governo in carica può svolgere soltanto atti di ordinaria amministrazione e, di conseguenza, non possono essere nominati nuovi ministri (anche in sostituzione di dimissionari), come ambasciatori o alti dirigenti dello Stato, per cui vale il regime della prorogatio sino all'entrata del nuovo Governo in carica. Sul piano politico, la difficoltà di formare un nuovo Governo è determinata dai veti incrociati dei tre principali partiti al fine di trovare dei punti programmatici comuni e formare un'alleanza di governo. È anche questa la motivazione per cui il Re, Felipe VI, ha comunicato al Presidente del Congresso di non svolgere subito un nuovo giro di consultazioni, per lasciare uno spazio temporale più lungo per consentire ai partiti un eventuale accordo che possa evitare nuove elezioni. Le consultazioni del Re, Felipe VI, si sono svolte nelle giornate del 25 e del 26 aprile e, in assenza di un accordo politico, non hanno dato, come era prevedibile, esito positivo con il

conseguente scioglimento delle Camere, con r.d. 184 del 2016, e l'indizione di nuove elezioni per il 26 giugno 2016.

3. – Le elezioni del 26 giugno sono vinte dal *Partido Popular*, che ha aumentato il numero di seggi ottenuti nella precedente elezione, senza, tuttavia, conseguire la maggioranza assoluta al Congresso, portando il numero dei deputati da 123 a 137, anche se il numero dei seggi ottenuti al Senato consentirebbe teoricamente di bloccare qualunque riforma costituzionale proposta dagli altri partiti. Si è verificata la medesima situazione di stallo della precedente elezione. Il Re ha avviato le consultazioni un mese dopo le elezioni – il 26 luglio – con i rappresentanti designati dai gruppi parlamentari e si è trattato della quarta consultazione in sette mesi, senza che vi siano ancora i presupposti fra i partiti per definire una maggioranza parlamentare che consenta la nascita del nuovo Governo. Dopo due giorni di consultazioni, il Re, Felipe VI, ha comunicato alla Presidente del Congresso dei deputati la proposta di candidatura di Mariano Rajoy, leader del *PP*, alla Presidenza del Governo, ai sensi dell'art. 99 Cost. La riserva è sciolta il 29 luglio e Rajoy ha accettato di formare un nuovo Governo, riservandosi tuttavia di presentarsi davanti al Congresso per la fiducia, in assenza di una sicura maggioranza che lo sostenga.

Inizia, in tal modo, un nuovo giro di consultazioni con le altre forze politiche alla ricerca di una intesa per un patto di governo che consenta di evitare nuovamente il ricorso alle urne. La ricerca di larghe intese, ostacolata dal meccanismo elettorale proporzionale e dalle preclusioni politiche del *PSOE* e di *Podemos*, è difficilmente raggiungibile e il Presidente incaricato può stringere soltanto un accordo di governo con *Ciudadanos*, prima di presentarsi davanti al Congresso per il dibattito sulla fiducia. Il 31 agosto, in prima votazione, con 180 voti contrari e 170 favorevoli il Parlamento spagnolo ha bocciato la candidatura di Mariano Rajoy alla Presidenza del Governo e lo stesso risultato si è ripetuto nella seconda votazione, aprendo la via ad altre ipotesi di governo che, tuttavia, dovrà entrare in carica entro il 31 ottobre, onde evitare la terza elezione consecutiva, già fissata per il 25 dicembre. La mancata fiducia parlamentare ha provocato la rottura del patto elettorale fra *PP* e *Ciudadanos*.

4. – La situazione politica spagnola pone alcuni interrogativi di fondo e, in primo luogo, sulla tenuta del sistema elettorale proporzionale. Non vi è dubbio che la fine del consolidato modello bipolare – analogamente a quanto avvenuto in Italia e in Grecia – dovuto a cause eterogenee, che vanno dalla corruzione ai gravi problemi economici – ha provocato una crisi di governabilità senza precedenti in Spagna, rendendo molto più complesso il sistema dei patti pre e post-elettorali fra i partiti per la formazione del governo. In discussione è stata anche la presenza o meno nella legislazione elettorale di un premio di maggioranza al partito (o alla coalizione) più votato(a), proprio per evitare condizioni di stallo e il ricorso a successive consultazioni.

Un altro elemento considerato nel dibattito politico e istituzionale, che non riguarda soltanto l'esperienza spagnola, ma anche altri ordinamenti, è la gestione della leadership all'interno dei partiti e la presenza di un'opposizione interna, che potrebbe non facilitare la soluzione di crisi di governo di tale portata. Con riferimento al caso spagnolo, va ricordato che, successivamente alle consultazioni politiche del 26 giugno, si sono tenute, il 25 settembre, le elezioni autonome in Galizia e nel Paese basco, dove si sono affermati, rispettivamente, il *Partido Popular* e il *PNV*, a fronte di una storica sconfitta del *PSOE*, che appare in qualche modo legata alla situazione politica determinata dalla mancanza di un nuovo Governo. Ciò ha indotto il Segretario del *PSOE* ad annunciare la convocazione di un Congresso federale e lo svolgimento di elezioni primarie per formare un esecutivo socialista, contro cui si è opposta una parte significativa del partito.

Le prospettive di formare un nuovo Governo non appaiono migliorate e anzi le nuove elezioni sembrano avvicinarsi dopo la presa di posizione del Segretario socialista, che preferisce una terza consultazione elettorale, piuttosto che l'elezione di Rajoy con l'astensione del *PSOE*. La successiva votazione da parte del comitato federale del partito, conclusasi con la bocciatura della proposta del Segretario socialista, con 107 voti favorevoli e 132 contrari, ne ha provocato le dimissioni. Il Comitato federale ha scelto un gestore del Partito, Javier Fernández, che ha deciso di convocare tutti i segretari federali alla ricerca di una soluzione che impedisca lo svolgimento delle elezioni. All'interno del *PSOE* è stato dibattuto il problema della libertà di voto dei parlamentari – e questo tema si è riproposto anche nell'esperienza

italiana – e, in particolare, la domanda se la decisione presa all'interno del Partito con votazione a maggioranza possa consentire ai suoi membri di votare liberamente in Parlamento o in altre sedi o gli stessi debbano seguire la linea maggioritaria scelta dal Partito. Sia il dimissionario Pedro Sánchez che il nuovo reggente Fernández hanno ribadito che non è mai successo che il PSOE abbia lasciato questa libertà di voto e che coloro che hanno votato diversamente sono stati sanzionati dal Partito.

Non vi è dubbio che la situazione politica venutasi a determinare in Spagna produce effetti sia sulla governabilità del Paese che sulla leadership all'interno dei principali partiti, con la conseguenza, che, in caso di ulteriori elezioni, potrebbe esservi un travaso di voti dai due principali partiti che non sono in grado di formare un nuovo governo – il PP e il PSOE – verso le altre due formazioni politiche affermatesi nel dicembre 2015, *Podemos* e *Ciudadanos*, anche se nel primo le posizioni favorevoli e contrarie a un governo con i socialisti prefigurano un prossimo scontro politico all'interno del Partito. Ritornando alle prossime eventuali elezioni, appare, inoltre, altamente probabile, secondo taluni indicatori, che potrebbe esservi un aumento dell'astensione fra gli elettori.

La mancanza di un Governo eletto in Spagna, per le ragioni fin qui esposte, lascia aperti numerosi problemi, dall'economia al rapporto con l'Unione europea, dalla rappresentanza all'estero alle nomine politiche, dalla tenuta della legislazione elettorale ai progetti di riforma costituzionale. È il caso di riflettere sugli strumenti di governabilità esistenti in un Paese molto simile all'Italia e sulle conseguenze che la loro mancanza potrebbe provocare sul piano sociale, economico e politico. Che si stia meglio senza Governo, è proprio difficile crederlo.



ISSN 2037-6677

2016/3

**I marchi regionali di qualità con indicazione di provenienza: ostacoli al libero scambio o nuova frontiera della politica agricola europea?**

**The regional quality labels with indication of geographic origin: barriers to free trade or a new frontier for the Common Agricultural Policy?**

**F. Gallarati**

## Abstract

The present article focuses on the regional quality labels with indication of geographic origin, in order to protect the quality of agricultural products. After an overview of the legal institution, the Author dwells on the jurisprudence of the European Court of Justice (ECJ), from the Eggers case, to understand the compatibility of the regional labels with the Guidelines on State aid. It further assesses the future of the Common Agricultural Policy.

Tag : Regional quality labels, geographic origin, Eggers, European Court of Justice, Common Agricultural Policy



## I marchi regionali di qualità con indicazione di provenienza: ostacoli al libero scambio o nuova frontiera della politica agricola europea?

di Francesco Gallarati

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Breve inquadramento giuridico dell’istituto. 3. – Qualità e indicazione di provenienza. 4. – La (dis)applicazione comunitaria della giurisprudenza *Eggers*. 5. – Una nuova frontiera della politica agricola europea?

### 1. – Introduzione

Negli ultimi anni in Europa alcuni enti pubblici territoriali hanno istituito marchi di qualità con indicazione di provenienza<sup>1</sup>, con lo scopo dichiarato di tutelare la qualità dei prodotti agro-alimentari e di garantire un’adeguata informazione dei consumatori, ma con l’effetto indiretto di ostacolare gli scambi intracomunitari.

---

<sup>1</sup> Sul concetto di “provenienza” e sulla sua distinzione rispetto al concetto di “origine”, cfr. *ex multis*, F. Albisinni, *L’origine dei prodotti alimentari*, in A. Germanò - E. Rook Basile (cur.), *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, Torino, 2005, 41; ID. *La comunicazione al consumatore di alimenti, le disposizioni nazionali e l’origine dei prodotti*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, 66; G. Floridia, *La disciplina del “Made in Italy”: analisi e prospettive*, in *Dir. ind.*, 2010, IV, 338 ss.

Non si tratta di un fenomeno nuovo<sup>2</sup>: già negli anni Novanta la Commissione Europea aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti di diversi Stati membri, dopoché un'indagine svolta sui regimi allora in vigore aveva portato all'individuazione di centinaia di marchi – istituiti, gestiti o finanziati da enti pubblici – che stabilivano un collegamento tra origine e qualità dei prodotti agroalimentari<sup>3</sup>. Nella maggior parte dei casi, la procedura è stata risolta in via stragiudiziale, essendo gli Stati membri corsi ai ripari, eliminando i marchi di qualità in questione oppure modificandone la disciplina in modo da renderla conforme agli orientamenti comunitari. In alcuni casi, tuttavia, la questione è stata portata dinanzi alla Corte di Giustizia<sup>4</sup>, la quale ha giudicato tali marchi incompatibili con la normativa europea, in quanto costituenti misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative alle importazioni<sup>5</sup>.

Nonostante questo giro di vite, nell'ultimo decennio i marchi di qualità e di origine hanno continuato a proliferare. Un inventario redatto per conto della Commissione Europea nel 2010 ha attestato l'esistenza di più di quattrocento sistemi di certificazione della qualità all'interno dell'Unione Europea, molti dei quali si servono di un marchio riportante, accanto alla certificazione di qualità, l'indicazione di provenienza del prodotto. A titolo esemplificativo, è possibile citare il marchio bavarese “Geprüfte Qualität – Bayern”, o il marchio “Calidad Agroalimentaria – Control Región de Murcia”. In Italia, vi sono diversi esempi di marchi di qualità istituiti da enti pubblici, quali i marchi “Qualità Südtirol”, “Qualità Trentino”, “Prodotti di qualità Puglia”, e così via<sup>6</sup>.

A differenza dei precedenti, i marchi istituiti nell'ultimo decennio non hanno formato oggetto di procedure di infrazione da parte della Commissione Europea. Al contrario, alcuni di essi hanno ottenuto l'esplicito benestare di Bruxelles: in alcuni

<sup>2</sup> Per un'analisi dei marchi di qualità istituiti dalle regioni italiane, v. I. Canfora, *I marchi regionali di qualità e la correttezza dell'informazione dei consumatori: libera circolazione delle merci vs. tutela dell'agricoltura locale?*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, I, 152 ss.

<sup>3</sup> Sul punto v. la “Diciannovesima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (2001)” della Commissione Europea (COM/2002/0324).

<sup>4</sup> Sulle pronunce della Corte di Giustizia v. *infra*, par. 4.

<sup>5</sup> Sulle procedure d'infrazione portate avanti dalla Commissione v. F. Gencarelli, *I segni distintivi di qualità nel settore agroalimentare e le esigenze del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, I, 2005, 75 ss.

<sup>6</sup> Per un'analisi dei marchi di qualità istituiti in Italia ed in Europa e della posizione assunta al riguardo dalle istituzioni europee, v. F. Albinetti, *Continuiamo a farci del male: la Corte costituzionale e il Made in Lazio*, in *Riv. giur. agr. al. amb.*, 2012, IX, 532 ss.; A. Germanò, *Le indicazioni in etichetta (e la loro natura) e i segni degli alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, II, 248 ss.

casi, cioè, la Commissione, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di tali marchi – a dire il vero, limitatamente al profilo della loro compatibilità con gli orientamenti europei in materia di aiuti di Stato – ne ha autorizzato l'utilizzo. È quanto avvenuto ad esempio con riferimento al marchio “Qualità Alto Adige – Südtirol”, il cui utilizzo è stato autorizzato con nota del 20 ottobre 2005<sup>7</sup>.

Le ragioni del differente trattamento riservato ai marchi di qualità di “seconda generazione”, come si dirà meglio più avanti, vanno ricercate da un lato nella diversa configurazione degli stessi rispetto ai marchi precedenti e, dall'altro lato, nel mutato atteggiamento dell'UE nei confronti delle politiche di tutela della qualità e della produzione locale.

Se il nuovo orientamento della Commissione Europea sembrerebbe ammettere, al ricorrere di determinati presupposti, la legittimità di marchi di qualità con indicazione di provenienza istituiti da enti pubblici territoriali, ben più restrittiva è, invece, la posizione assunta al riguardo dalla Corte Costituzionale italiana. Chiamata a pronunciarsi a più riprese negli ultimi anni sulla legittimità di leggi regionali istitutive di marchi di qualità, essa ne ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. La Corte, facendo richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha infatti ritenuto che tali marchi si ponessero in contrasto con gli articoli 34 e 36 TFUE, in quanto misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative<sup>8</sup>.

Ne risulta un quadro complesso e difficile da ricondurre a coerenza, in cui, mentre i marchi istituiti da alcune regioni italiane sono stati dichiarati incostituzionali dalla Corte Costituzionale, altri marchi, sostanzialmente identici, continuano ad essere utilizzati sotto l'egida della Commissione Europea.

In questo contesto, non è semplice comprendere se, ed a quali condizioni, un marchio di qualità con indicazione di provenienza istituito da un ente pubblico possa ritenersi conforme al diritto europeo. La questione che si pone, in altre parole, è se sia possibile individuare un ambito di operatività di tali marchi, oppure se essi

<sup>7</sup> Cfr. F. Albisinni, *Continuiamo*, cit., 533.

<sup>8</sup> Il riferimento è in particolare a Corte costituzionale, sent. n. 86 del 12-04-2012, sent. n. 66 del 12-04-2013. In merito, v. i commenti di V. Vergati, *Il Made in Lazio e la Corte costituzionale: atto secondo, ma i limiti restano incerti*, in *Riv. dir. al.*, 2013, IV, 53 ss.; F. Albisinni, *Continuiamo*, cit., 526 ss.; C.F. Coduti, *Un altro no della Consulta al marchio regionale di qualità*, in *Dir. giur. agr. al. amb.*, 2013, XII, 740 ss.; G. Romeo, *L'art. 117 comma 1 Cost. e la precedenza per il diritto europeo*, in *Giur. cost.*, 2013, III, 2417 ss.; M. Libertini, *Sull'azione promozionale di prodotti locali da parte delle regioni*, in *Giur. cost.*, 2012, IV, 2760 ss.; ID., *Ancora sull'azione promozionale di prodotti locali da parte delle regioni e sui marchi di qualità regionali*, in *Giur. cost.*, 2013, II, 1020 ss.

debbano sempre essere considerati tentativi illegittimi, posti in essere dagli enti territoriali dell'UE, di sottrarre i prodotti locali alle dinamiche concorrenziali che il mercato unico impone. A tale questione sono dedicate le riflessioni che seguono.

## 2. – Breve inquadramento giuridico dell'istituto

Innanzitutto, pare opportuno cercare di inquadrare giuridicamente l'istituto in questione.

Sotto il profilo formale, si tratta di marchi collettivi di proprietà di enti pubblici<sup>9</sup>, aventi la funzione di certificare la qualità di determinati prodotti.<sup>10</sup> L'istituzione di un marchio collettivo da parte di un ente pubblico non è, di per sé, illegittima: per quanto riguarda il diritto europeo, l'art. 66 del Reg. n. 207/2009 prevede che possono depositare marchi collettivi comunitari, tra gli altri, «le persone giuridiche di diritto pubblico». Analogamente, nel diritto italiano, dal combinato disposto degli artt. 11 e 19 del Codice della Proprietà Industriale (c.p.i.) risulta che hanno diritto alla registrazione di marchi collettivi anche «le amministrazioni dello Stato, delle Regioni, delle Province e dei Comuni».

Sia la disciplina italiana sia quella europea in materia, inoltre, ammettono che i marchi collettivi possano consistere in segni o indicazioni che «possono servire a designare la provenienza geografica dei prodotti»<sup>11</sup>.

I marchi regionali di qualità con indicazione di provenienza, pertanto, non pongono problemi di compatibilità con il diritto della proprietà industriale, italiano ed europeo.

Tuttavia, trattandosi di marchi istituiti da enti pubblici, essi possono presentare altri profili di incompatibilità con il diritto europeo: in primo luogo, tali marchi potrebbero integrare un aiuto di Stato idoneo a falsare la concorrenza tra gli operatori agroalimentari. In secondo luogo – ed è questo l'aspetto sul quale ci si concentrerà in questa sede – essi potrebbero essere considerati misure di effetto

<sup>9</sup> Sui marchi collettivi nel diritto alimentare, v. *ex multis* E. Rook Basile, *I segni distintivi dei prodotti agricoli*, in L. Costato (cur.) *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003, 733; A. Nervi, *Le denominazioni di origine protetta ed i marchi: spunti per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 961.

<sup>10</sup> Cfr. I. Canfora, *I marchi regionali*, cit., 154.

<sup>11</sup> Così l'art. 66, c. 2, Reg. 207/2009. In senso analogo, v. art. 11, c. 4, d.lgs. 30/2005 (Codice della Proprietà Industriale).

equivalente a restrizioni quantitative all'importazione, ovvero misure atte ad ostacolare direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, gli scambi intracomunitari<sup>12</sup>. A ciò non osta il fatto che i marchi in questione siano strumenti di natura privatistica: il divieto di introdurre misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative, infatti, riguarda indistintamente tutte le misure riconducibili, direttamente o indirettamente, alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri, indipendentemente dal fatto che tali misure assumano una forma privatistica o pubblicistica. Né il fatto che l'utilizzo dei marchi sia facoltativo vale ad escludere che l'istituzione degli stessi costituisca un ostacolo ingiustificato per gli scambi<sup>13</sup>.

Al fine di valutare la compatibilità dei marchi di qualità con indicazione di provenienza, istituiti da enti pubblici, con l'art. 34 TFUE, occorre prendere in esame i due messaggi che i marchi stessi intendono trasmettere: la certificazione della *qualità* e l'indicazione di *provenienza*. È dal modo in cui questi due messaggi interagiscono, infatti, che dipende la conformità o meno dei marchi in questione con la normativa comunitaria.

### 3. – Qualità e indicazione di provenienza

Nel “Libro Verde sulla qualità dei prodotti agricoli” del 2008 la Commissione Europea sottolinea come, in un mercato globale dei prodotti agroalimentari sempre più competitivo, «l'arma più potente di cui dispongono gli agricoltori dell'UE è la qualità»<sup>14</sup>. Questo mostra una forte consapevolezza delle istituzioni comunitarie circa la necessità di valorizzare i prodotti agroalimentari europei di qualità per vincere la sfida della concorrenza globale. Se questo punto è pacifico, più controverso è definire cosa s'intenda per “qualità” ed individuare i requisiti per la relativa certificazione. Nel diritto europeo non vi è una definizione univoca di qualità dei prodotti agroalimentari.<sup>15</sup> Ciò è dovuto al fatto che la “qualità” è un concetto soggettivo, difficilmente oggettivabile: in generale, è di qualità ciò che i consumatori ritengono tale. Ai fini della certificazione della qualità, perciò, questa

<sup>12</sup> Cfr. Corte Giust., sent. 11-07-1994, C-8/74, *Dassonville*.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Giust., sent. 12-10-1978, C-13/78, *Eggers*, punto 26.

<sup>14</sup> Libro verde del 15-10-2008 sulla qualità dei prodotti agricoli (COM/2008/641).

<sup>15</sup> Cfr. F. Gencarelli, *I segni distintivi*, cit., 75 ss.

viene fatta coincidere con determinate caratteristiche obiettive dei prodotti, cui i consumatori attribuiscono valore. Così, a seconda dei casi, si dirà che un prodotto è “di qualità”, quando sia realizzato secondo un determinato metodo di produzione, impiegando determinati ingredienti, ecc<sup>16</sup>.

La particolare qualità di un prodotto è, poi, spesso ricollegata dai consumatori alla *provenienza geografica* dello stesso. La ricchezza della cultura enogastronomica e la diversità delle condizioni climatico-ambientali dei paesi europei, infatti, fanno sì che i consumatori siano portati ad attribuire, più o meno consciamente – e, soprattutto, più o meno giustificatamente – un valore particolare, ad esempio, ad arance provenienti dalla Sicilia, a birra proveniente dalla Baviera, ecc.

In alcuni casi, il particolare legame sussistente tra origine e qualità è giustificato dalla presenza, reale o presunta, in un determinato luogo, di particolari fattori naturali o umani, tali da rendere un determinato prodotto realizzabile, con certe caratteristiche, solo in quel determinato luogo e non altrove. Sono le ipotesi contemplate dalla disciplina europea in materia di DOP e IGP, oggi contenuta nel Reg. n. 1151/2012, sulla quale non ci si soffermerà oltre in questa sede.

Vi sono poi tutta una serie di casi in cui i consumatori sono portati ad attribuire particolare valore ad un prodotto in virtù della sua provenienza geografica, senza che vi sia alcun collegamento tra le caratteristiche intrinseche del prodotto stesso e l'area geografica da cui proviene. Questo atteggiamento, a seconda dei casi, può essere dovuto alla reputazione acquisita nel tempo da una determinata area geografica e dai produttori ivi insediati, oppure alla preferenza accordata dai consumatori ai prodotti del proprio territorio.

Sia in un caso che nell'altro, la possibilità di indicare sul proprio prodotto la provenienza geografica del medesimo costituisce un vantaggio concorrenziale importante per i produttori. Vantaggio che essi potranno legittimamente sfruttare, apponendo sul proprio prodotto un'*indicazione geografica semplice*<sup>17</sup> (per esempio “Made in”, “Prodotto in”, ecc.), ovvero un'indicazione destinata «ad informare il

<sup>16</sup> Cfr. A. Germanò, *Le indicazioni*, cit. 232 ss.; *Id.*, *La qualità dei prodotti agro-alimentari secondo la Comunità europea*, in F. Adornato, F. Albisinni, A. Germanò (cur.), *Agricoltura e alimentazione. Principi e regole della qualità*, Milano, 2010, 189 ss.

<sup>17</sup> Sulle indicazioni geografiche semplici v. A. Vendaschi, *Le indicazioni geografiche semplici e la corretta informazione del consumatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 384.

consumatore che il prodotto che la reca proviene da un luogo, una regione o da un paese determinati»<sup>18</sup>, senza però stabilire un nesso tra le caratteristiche del prodotto e la sua origine geografica<sup>19</sup>.

Nulla vieta, inoltre, che gli operatori commerciali nella propria attività promozionale tentino di sfruttare la rinomanza del luogo di produzione per stabilire, presso il consumatore, una presunzione di qualità del proprio prodotto: il ricorso a tali pratiche incontra i soli limiti della veridicità delle informazioni e del divieto di pubblicità ingannevole.

Diversamente, quando il collegamento tra qualità del prodotto e luogo di provenienza è stabilito da un ente pubblico, che in questo modo cerca di promuovere i prodotti realizzati in un'area geografica, ciò può costituire una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alle importazioni, vietata ai sensi dell'art. 34 TFUE.

Può costituire, si è detto, e non costituisce senz'altro, poiché il recente orientamento seguito dalla Commissione Europea, basato su un'interpretazione quantomeno discutibile della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, sembrerebbe aprire alla possibilità di stabilire dei collegamenti tra qualità e origine, anche al di fuori dei casi previsti dalla normativa in materia di DOP e IGP.

Conviene quindi ora procedere all'esame della richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia, onde poi confrontarla con la posizione assunta negli ultimi anni dalla Commissione Europea con riguardo ai marchi regionali di qualità con indicazione di provenienza.

#### **4. – La (dis)applicazione comunitaria della giurisprudenza *Eggers***

Come detto, negli anni Novanta la Commissione Europea ha avviato diverse procedure di infrazione volte a far dichiarare illegittimi i regimi allora in vigore in alcuni Stati membri a protezione dei prodotti locali. Di queste, sono giunte dinanzi alla Corte di Giustizia solamente le contestazioni rivolte contro la Germania, in

<sup>18</sup> Corte Giust., sent. 10-11-1992, C-3/91, *Exportur*, punto 11.

<sup>19</sup> Cfr. Corte Giust., sent. 07-11-2000, C-312/98, *Warsteiner*; Corte Giust., sent. 18-11-2003, C-216/01, *Budějovický Budvar*.

relazione al marchio di qualità “Marquenqualitat aus deutschen Landen”<sup>20</sup>, contro il Belgio in relazione al “marchio di qualità vallone”<sup>21</sup>, nonché contro la Francia in relazione a diversi marchi regionali francesi, quali “Savoie”, “Franche-Comté”, “Corse”, ecc<sup>22</sup>. In tutti questi casi, la Corte di Giustizia ha accolto i ricorsi della Commissione, ritenendo che tali marchi costituissero misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative.

Nel fare ciò, la Corte ha fatto riferimento al proprio orientamento, adottato a partire dalla sentenza *Eggers*<sup>23</sup> (1978), secondo il quale:

- a) se è vero che gli Stati membri possono subordinare l’ottenimento di denominazioni di qualità al rispetto di determinate norme, al di fuori delle ipotesi contemplate dalla normativa in materia di DOP e IGP, tali denominazioni non devono essere legate alla localizzazione nel territorio nazionale del processo di produzione dei prodotti in questione, bensì unicamente al possesso delle caratteristiche intrinseche che danno ai prodotti la qualità richiesta dalla legge;
- b) sempre ad eccezione di DOP e IGP, gli Stati membri non possono stabilire un nesso tra la particolare qualità di un prodotto e la provenienza geografica dello stesso, in quanto in questo modo si creerebbe una presunzione di qualità legata alla localizzazione del processo produttivo che, avvantaggiando i produttori nazionali a discapito dei produttori stranieri, sarebbe incompatibile con il mercato comune<sup>24</sup>.

È alla luce di questi due principi che la Commissione Europea, negli anni, ha valutato la compatibilità dei marchi regionali con la normativa comunitaria<sup>25</sup>.

Nei tre casi giunti dinanzi alla Corte di Giustizia, la Commissione aveva contestato la legittimità dei marchi di qualità regionali, in quanto le normative che ne regolavano l’uso subordinavano l’ottenimento di tali denominazioni alla localizzazione di tutto o di parte del processo produttivo in una determinata area

<sup>20</sup> Corte Giust., sent. 05-11-2002, C-325/00, *Commissione c. Germania*.

<sup>21</sup> Corte Giust., sent. 17-06-2004, C-255/03, *Commissione c. Belgio*.

<sup>22</sup> Corte Giust., sent. 06-03-2003, C-6/02, *Commissione c. Francia*.

<sup>23</sup> V. *supra* nota 13.

<sup>24</sup> Cfr. Corte Giust., sent. 12-10-1978, C-13/78, *Eggers*, punto 25.

<sup>25</sup> Per un’analisi parzialmente differente dei principi che i marchi di qualità devono rispettare, per poter essere conformi al diritto comunitario, v. F. Gencarelli, *I segni distintivi*, cit., 75 ss.

geografica. Le procedure di infrazione hanno quindi condotto a tre giudizi dinanzi alla Corte di Giustizia, la quale ha accolto i ricorsi della Commissione.

Diversamente, negli stessi anni, la Commissione Europea ha assunto una posizione più aperta nei confronti del marchio “Agriqualità - Prodotto da agricoltura integrata: Marchio rilasciato dalla Regione Toscana”, e del marchio “Qualità Controllata - Produzione integrata rispettosa dell’ambiente e della salute: Legge Regionale dell’Emilia-Romagna 28/99”. Nell’uno come nell’altro caso, la Commissione ha ritenuto che tali marchi non fossero incompatibili con il diritto comunitario, in quanto:

- a) accessibili a tutti i prodotti ottenuti nell’Unione Europea, indipendentemente dalla provenienza geografica;
- b) in entrambi i casi, l’indicazione principale riguardava la certificazione della qualità del prodotto, mentre si faceva riferimento alla Regione titolare del marchio «soltanto in quanto ente che garantisce la definizione dei processi produttivi». A queste condizioni, quindi, la Commissione ha ritenuto che il marchio non comportasse alcun riferimento geografico e che non si trattasse «di un marchio di qualità destinato a qualificare la produzione regionale»<sup>26</sup>.

I casi sopra citati riguardavano, però, marchi parzialmente diversi rispetto a quelli oggetto del presente contributo: si trattava, cioè, di marchi che, accanto alla qualità, riportavano non già l’indicazione di provenienza, bensì il riferimento all’ente titolare del marchio. Veniva così aggirato il divieto, risultante dalla giurisprudenza *Eggers*, di stabilire un collegamento tra qualità e provenienza del prodotto. Eppure, già in questi casi, il ragionamento della Commissione Europea non era esente da critiche: da un lato, infatti, è evidente come l’indicazione, all’interno del marchio di qualità, della Regione certificatrice (nel caso del marchio Toscano, peraltro, accompagnata dallo stemma regionale) fosse idonea ad indurre in confusione il consumatore, che avrebbe potuto pensare che il marchio di qualità certificasse, oltre alla qualità, anche la provenienza geografica del prodotto. Dall’altro lato, non si vede per quale motivo un produttore, per esempio, danese o lituano dovrebbe avere

---

<sup>26</sup> Nota della Commissione Europea del 18-02-2000, inviata al Governo italiano in relazione al marchio istituito dall’Emilia Romagna.

interesse ad ottenere una certificazione di qualità rilasciata dalla Regione Toscana. Appare pertanto evidente che si trattasse, già allora, di una forzatura.

Tale forzatura è ancora più evidente nel caso dei marchi regionali di qualità con indicazione di provenienza. A differenza dei marchi istituiti da Toscana ed Emilia-Romagna, questi marchi si compongono di una dizione “Qualità” o “Prodotti di qualità”, accompagnata da una scritta sottostante (in caratteri leggermente più piccoli) indicante la regione di provenienza del prodotto, nonché da un disegno che richiama la regione medesima. Così, ad esempio, il marchio istituito dalla Provincia di Bolzano riporta la dizione “Qualità” o “Qualität”, accompagnata dall’indicazione della provenienza del prodotto (Alto Adige o Südtirol, a seconda della variante linguistica prescelta) e da un disegno che richiama, per colori e forma, il paesaggio altoatesino. Il messaggio che il marchio intende trasmettere al consumatore è chiaro: si tratta di un prodotto tipico altoatesino, ottenuto secondo le tecniche tradizionali e nelle condizioni climatico-ambientali proprie di quella zona. Viene quindi stabilito un collegamento tra la qualità del prodotto e la sua provenienza geografica, ossia esattamente ciò che la Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza *Eggers*, aveva ritenuto incompatibile con il diritto comunitario.

Eppure tale marchio, così come il marchio “Prodotti di Qualità Puglia”, è stato giudicato compatibile con il diritto comunitario dalla Commissione Europea, che ne ha autorizzato l’uso. Dalle comunicazioni intercorse tra le Regioni che li hanno istituiti, la Commissione Europea ed il Governo italiano, è possibile individuare due motivi principali per i quali l’uso di tali marchi è stato assentito. Il primo, comune con i marchi istituiti da Toscana ed Emilia Romagna, è che «tutti i prodotti ottenuti nella Comunità possono utilizzare il marchio di qualità a condizione che rispondano ai requisiti previsti per il suo utilizzo e risulta che tali requisiti possono essere soddisfatti indipendentemente dall’origine geografica del prodotto»<sup>27</sup>.

Il secondo motivo attiene più specificatamente al collegamento tra origine e qualità del prodotto. Per comprendere il ragionamento seguito dalla Commissione Europea, occorre avere riguardo agli “Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato a favore della pubblicità”, pubblicati dalla Commissione nel 2001, nei quali si

---

<sup>27</sup> Nota della Commissione Europea del 20-10-2005, inviata al Governo italiano in relazione al marchio istituito dalla Provincia di Bolzano.

richiede, ai fini della legittimità di misure promozionali che facciano riferimento alla qualità e all'origine di un prodotto, che il riferimento all'origine sia secondario rispetto al messaggio principale trasmesso ai consumatori e non costituisca il motivo primario per il quale i consumatori sono invitati ad acquistare il prodotto.

In attuazione di tali orientamenti, nelle leggi istitutive o nei regolamenti d'uso dei marchi di qualità istituiti dalle regioni italiane, viene stabilito espressamente che «il marchio trasmette il messaggio principale d'indicazione di qualità del prodotto e quello secondario d'indicazione d'origine del medesimo»<sup>28</sup>.

Un'altra condizione cui la Commissione subordina la compatibilità dei marchi di qualità con la normativa europea è, poi, che gli elementi d'origine del marchio vengano sostituiti a seconda della regione d'origine. Così, ad esempio, il regolamento d'uso del marchio “Prodotti di qualità Puglia” all'art. 2 prevede che «gli elementi d'origine indicati nella parte in basso nel marchio di qualità vengono sostituiti in ragione della zona d'origine, e così esemplificativamente la formula descrittiva reciterà “Prodotti di Qualità Toscana”, [...] o “Prodotti di Qualità Baden-Württemberg”, o “Prodotti di Qualità Alto Adige”»<sup>29</sup>.

A fronte dell'introduzione di questi correttivi, la Commissione Europea non ha sollevato obiezioni circa la legittimità di tali marchi<sup>30</sup>.

Anche in questo caso, le conclusioni cui è pervenuta la Commissione Europea non sono esenti da critiche: al di là del fatto che il messaggio relativo alla qualità ricopra un ruolo primario o secondario rispetto a quello relativo alla provenienza – cosa, peraltro, pressoché impossibile da valutare – è infatti evidente che i marchi *de quibus* stabiliscono un collegamento tra la qualità del prodotto e la sua provenienza geografica, invitando i consumatori ad acquistare il prodotto realizzato in una determinata regione, in quanto “di qualità”. Inoltre, la finalità perseguita dagli enti che hanno istituito tali marchi è palesemente quella di dotare di un vantaggio concorrenziale i produttori stabiliti sul proprio territorio; rispetto a tale finalità, la clausola volta a consentire ai produttori di tutta l'UE di accedere al marchio di qualità, previa sostituzione delle indicazioni geografiche, appare una mera clausola di

<sup>28</sup> Art. 3, c. 2, l.p. Bolzano, n. 12/2005.

<sup>29</sup> Il Regolamento d'uso è stato approvato con DGR n. 1076 del 05-06-2012.

<sup>30</sup> Per un'analisi del ragionamento seguito dalla Commissione Europea e dei correttivi conseguentemente apportati dalle regioni italiane, v. I. Canfora, *I marchi regionali*, cit., 157 ss.

stile, inserita unicamente per passare il “test” di compatibilità con la normativa comunitaria, nella consapevolezza che difficilmente un produttore stabilito, ad esempio, nel Land di Baden-Württemberg avrà interesse ad ottenere la certificazione di qualità della Regione Puglia<sup>31</sup>.

Pare pertanto ineccepibile, sotto questo profilo, la posizione assunta dalla Corte Costituzionale italiana, la quale ha censurato alcune leggi regionali che, seguendo l'esempio delle Province di Trento e di Bolzano, miravano ad istituire un marchio di qualità con indicazione di provenienza.

### 5. – Una nuova frontiera della politica agricola europea?

Venendo infine alla questione che si è posta all'inizio del presente contributo, ovvero se sia possibile individuare un ambito di operatività dei marchi regionali di qualità con indicazione di provenienza, oppure se essi siano da considerare sempre e comunque restrizioni illegittime del libero scambio, sembra di potersi dare due risposte differenti.

Una prima risposta, di natura prettamente giuridica, è quella fornita dalla Corte Costituzionale italiana, la quale ha affermato che una misura di questo tipo «è innegabilmente idonea a indurre il consumatore a preferire prodotti assistiti da siffatto marchio regionale rispetto ad altri similari, di diversa provenienza, e, conseguentemente, a produrre, quantomeno “indirettamente” o “in potenza”, gli effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci, che anche al legislatore regionale è inibito perseguire per vincolo comunitario»<sup>32</sup>.

*De jure condito*, pertanto, non sembra possibile individuare, nelle maglie strette formate dalla giurisprudenza *Dassonville* in materia di misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative, come declinata, con particolare riguardo alle denominazioni di qualità e di origine, dalla sentenza *Eggers*, un ambito di operatività per marchi siffatti. Ogni tentativo di rendere conformi tali marchi alla normativa comunitaria si è infatti risolto in un aggiramento, più o meno celato, dei principi della sentenza *Eggers*.

<sup>31</sup> Per ulteriori critiche all'orientamento adottato dalla Commissione ed ai marchi che ne sono risultati, v. I. Canfora, *I marchi regionali*, cit., 160 ss.

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. 66 del 12-04-2013, considerato in diritto n. 4.

Ad una risposta parzialmente diversa si giunge, invece, qualora alle argomentazioni giuridiche si affianchino considerazioni più di natura politica. Se si guarda ai sistemi di certificazione della qualità attualmente vigenti nell'Unione Europea, ci si rende conto che il panorama europeo è costellato di marchi di proprietà pubblica che stabiliscono un collegamento tra qualità e provenienza, davanti ai quali la Commissione Europea ha spesso chiuso un occhio, oppure che sono stati approvati dalla Commissione stessa.

Questo atteggiamento di Bruxelles nei confronti di siffatti marchi sembra avere un fondamento squisitamente politico. Da alcuni atti pubblicati dalle istituzioni europee negli ultimi anni, infatti, emerge la consapevolezza circa l'opportunità di valorizzare e promuovere i prodotti agroalimentari locali, non tanto e non solo perché di qualità superiore o perché dotati di caratteristiche che li contraddistinguono da tutti gli altri (come nel caso delle DOP e IGP), quanto proprio perché "locali". In altre parole, la "località" di un prodotto tende a divenire un valore in sé, meritevole di tutela anche attraverso interventi pubblici. Valorizzare i prodotti agroalimentari locali, infatti, permette allo stesso tempo di tutelare l'ambiente (riducendo le emissioni dovute al trasporto), creare occupazione, promuovere il turismo, tutelare il territorio favorendo il recupero delle campagne, ecc.

Allo stesso tempo, dai medesimi atti emerge la consapevolezza delle istituzioni comunitarie riguardo all'inadeguatezza dei soli DOP, IGP e STG al perseguimento dei suddetti scopi ed all'insufficienza di tali denominazioni per soddisfare la domanda di tipicità e di località che, in particolare con riferimento ai prodotti agroalimentari, è in continuo aumento presso i consumatori europei.

In quest'ottica sembrano doversi leggere i già citati "Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato a favore della pubblicità" (2001), ma anche il Libro verde sulla "Politica di informazione e promozione dei prodotti agricoli" (2011)<sup>33</sup>. Particolarmente interessante, in questo senso, è poi la Risoluzione del Parlamento Europeo del 14 gennaio 2014 sul "Marchio regionale: verso migliori prassi nelle economie rurali", la quale pone l'accento sull'opportunità di valorizzare i marchi regionali di qualità, in quanto strumenti «di commercializzazione per contribuire a

---

<sup>33</sup> Cfr. F. Gencarelli, *I segni distintivi*, cit., 75 ss.

incrementare la competitività dei prodotti regionali, incoraggiare i produttori locali e contribuire allo sviluppo di un'identità regionale non solo per quanto concerne l'agricoltura ma anche altri settori»<sup>34</sup>.

In conclusione, i marchi regionali di qualità con indicazione di provenienza sembrano rappresentare un espediente giuridico utilizzato dalla Commissione Europea per districarsi tra la volontà politica di promuovere le produzioni agroalimentari locali e l'impossibilità, dovuta a ragioni di natura altrettanto politica, allo stato attuale, di porre mano in maniera significativa alla disciplina europea sulle indicazioni geografiche. Parallelamente, l'atteggiamento assunto dalla Commissione al riguardo rappresenta un'opportunità importante per gli enti pubblici territoriali dell'UE, cui è offerta la possibilità di tutelare e promuovere la propria produzione agroalimentare. Opportunità che, tuttavia, non pare essere stata colta dal Governo italiano, il quale al contrario, impugnando dinanzi alla Corte Costituzionale ogni legge regionale istitutiva di un marchio siffatto, com'è stato autorevolmente osservato, continua a farsi male da solo<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Considerando lett. O) della Risoluzione.

<sup>35</sup> Il riferimento è a F. Albisinni, *Continuiamo*, cit. 526.



ISSN 2037-6677

2016/3

**Il rapporto fra le Corti e fra le Carte: l'esperienza della tutela dei diritti fondamentali nel sistema costituzionale spagnolo e il "dialogo" con la Corte europea dei diritti dell'uomo**

**The relationship between the Courts and between the Constitutions: the protection of human rights in Spain and the "dialogue" between the Strasbourg Court and the Spanish constitutional court**

**V. Rostellato**

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

## Abstract

The present paper intends to analyze the protection of the human rights in the Spanish Constitution (Art. 10.2). The dialogue between the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court has created a solid doctrine on fundamental rights that led to a high-level protection of human rights in Spain. The Author further assesses the Parot doctrine and the dialogue between the Strasbourg Court and the Italian constitutional court.

Tag : Human rights, Parot doctrine, Spanish Constitutional Court, Italian Constitutional Court, dialogue



## Il rapporto fra le *Corti* e fra le *Carte*: l'esperienza della tutela dei diritti fondamentali nel sistema costituzionale spagnolo e il “dialogo” con la Corte europea dei diritti dell'uomo

di Valentina Rostellato

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Il diritto dei Trattati internazionali nell'ordinamento costituzionale spagnolo: l'art. 10.2 della Costituzione spagnola: la portata della norma e il suo carattere interpretativo. Il rapporto con l'art. 96.1 CE. 3. – I diritti compresi nella portata applicativa dell'art. 10.2 CE. 4. – L'interazione tra la giurisprudenza costituzionale spagnola e le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. 5. – Il problema dell'ampliamento del contenuto dei diritti costituzionali. Il caso particolare del “*derecho al silencio*” in relazione agli artt. 19 CE e 8 CEDU. 6. – I Trattati internazionali sui diritti umani come parametro (indiretto) di legittimità costituzionale? Il parere contrario del giudice delle leggi. 7. – La “*doctrina Parol*” nella giurisprudenza costituzionale in relazione ai principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e il caso *Del Río Prada c. Spagna*. Cenni sulla problematica dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in Spagna. 8. – La CEDU nel diritto italiano. La Convenzione da legge ordinaria a parametro di legittimità costituzionale. 9. – *Segue*. Il margine di apprezzamento e i limiti all'influenza del diritto convenzionale. Le sentenze 303/2011 e 264/2012. 10. – La “battuta di arresto” della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il divieto di contraddire i principi fondanti del sistema nazionale e la superiorità “assiologica” della Costituzione. In particolare, la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale. 11. – Qualche considerazione conclusiva.

## 1. – Introduzione

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo riveste ormai un ruolo fondamentale nei rapporti con le Corti costituzionali degli Stati membri del Consiglio d'Europa che, come noto, coinvolge Stati dotati di sistemi giuridici assai diversi tra loro e che in maniera differente tutelano, attraverso le proprie Carte fondamentali, i diritti della persona umana.

Con il presente lavoro, muovendo dall'esperienza di una Costituzione, come quella italiana, antecedente rispetto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, si è voluto approfondire l'impatto della CEDU su un ordinamento costituzionale che, come quello spagnolo, è invece successivo ai maggiori Trattati internazionali in materia di diritti umani, al fine di verificare la possibilità di detto ordinamento di “modellare” il proprio diritto dei Trattati al fine di renderlo complementare a quegli accordi che tutelano i diritti fondamentali.

In quest'ottica si è tentato di “leggere” il diritto costituzionale spagnolo, per approfondire se e secondo quali modalità il diritto dei Trattati e la giurisprudenza delle Corti sovranazionali (e, in particolare, della Corte europea dei diritti dell'uomo) in materia di diritti umani abbiano inciso sui rapporti tra quest'ultima e il Tribunale costituzionale spagnolo, nonché sui confini dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione medesima.

In particolare, dopo aver svolto un'analisi specifica relativa alle peculiarità dell'ordinamento costituzionale spagnolo e, in particolare, in merito all'art. 10.2 della Costituzione spagnola, anche in relazione agli interventi giurisprudenziali da parte del giudice europeo in merito alla nota e contestata *doctrina Parot*, e alle ricadute di detta giurisprudenza sulle pronunce costituzionali interne, si è proceduto, dando conto non solo dei rapporti tra Tribunal Constitucional e Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche tra Corte costituzionale e giudice di Strasburgo, a svolgere una riflessione in merito all'estensione o all'eventuale riduzione dello spazio interpretativo concesso dai giudici costituzionali al giudice di Strasburgo, valutando l'incidenza dei più recenti orientamenti del giudice delle leggi sul processo di “costituzionalizzazione” del diritto convenzionale.

## 2. – Il diritto dei trattati internazionali nel sistema costituzionale spagnolo: l'art. 10.2 della Costituzione spagnola: la portata della norma e il suo carattere interpretativo. Il rapporto con l'art. 96.1 CE

Conviene anzitutto prendere le mosse dalla norma della Costituzione spagnola (*Constitución Española*, d'ora innanzi CE) che svolge un ruolo centrale per quanto riguarda i rapporti con il sistema internazionale di diritto dei Trattati, e cioè l'art. 10.2. L'aspetto che caratterizza l'ordinamento costituzionale spagnolo (a differenza di quanto accade in quello italiano) è infatti la presenza di una norma *ad hoc* finalizzata alla predisposizione di un obbligo specifico in tema di riconoscimento dei diritti fondamentali, così come riconosciuti a livello internazionale pattizio<sup>1</sup>.

L'art. 10.2 recita: «Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce si interpreteranno conformemente alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e ai Trattati e Accordi internazionali sulle medesime materie ratificati dalla Spagna». Evidentemente, tale previsione include anche la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), a cui la Spagna aderì nel 1979, dopo la conclusione del processo di transizione democratica.

L'art. 10 CE<sup>2</sup> costituisce quindi la “finestra” attraverso cui l'ordinamento spagnolo si apre al sistema internazionale dei diritti umani: il primo comma («La dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e ai diritti degli altri costituiscono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale»), infatti, recepisce dal lato della Costituzione interna quei principi di libertà e dignità della persona tipici dell'ordine internazionale di cui lo Stato è parte imprescindibile, istituendo un irrinunciabile collegamento con la tutela garantita dai Trattati internazionali; il secondo comma, parallelamente, dispone che l'interpretazione dei diritti costituzionali sia vincolata a quanto previsto

<sup>1</sup> Con riferimento alla diversità strutturale tra gli ordinamenti italiano e spagnolo, si veda S. Bartole, *Rilettura dell'art. 10.2 della Costituzione spagnola nella prospettiva dell'esperienza costituzionale italiana*, in F. Fernández Segado (Ed.), *The Spanish Constitution in the European constitutional context/La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, 2003.

<sup>2</sup> Sul dibattito riguardante la redazione di questa norma in seno all'Assemblea Costituente rimandiamo a A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999, 15 segg. Si vedano anche le opere di O. Alzaga Villamil, *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, 1978, e di E. García De Enterría, E. Linde, L.I. Ortega e M. Sánchez Morón, *El sistema europeo de protección de derechos humanos*, Madrid, 1983.

dai Trattati internazionali che tutelano i diritti fondamentali, imponendo quindi un'interazione diretta tra le previsioni internazionali e costituzionali di tutela dei diritti fondamentali.

Va subito precisato che l'art. 10.2 non è l'unica norma che sancisce un'interazione tra il diritto costituzionale interno e l'ordinamento internazionale. L'art. 96 CE<sup>3</sup>, infatti, rappresenta la disposizione di carattere generale che consente l'ingresso nell'ordinamento spagnolo di *tutti* i trattati internazionali, ivi compresi quelli attinenti alla tutela dei diritti fondamentali. In particolare, sulla base del combinato disposto tra gli art. 96.1 e 9.3 CE, ogni trattato internazionale risulta direttamente applicabile dalle autorità amministrative e giudiziarie, atteso che la dottrina maggioritaria riconosce a tali fonti una gerarchia superiore al rango delle leggi ordinarie<sup>4</sup>.

Segnatamente, i Trattati internazionali, secondo l'ordinamento costituzionale spagnolo, entrano a far parte dell'ordinamento interno in modo diretto, ma non automatico: vale a dire che essi esplicano i propri effetti giuridici, sempre che siano stati validamente conclusi (condizione imprescindibile perché si possa dar corso agli adempimenti successivi), per effetto della sola firma e pubblicazione nel *Boletín Oficial del Estado* (BOE), senza necessità di alcuno strumento paragonabile alla legge di ratifica ed esecuzione presente nell'ordinamento italiano.

L'effetto dei Trattati in materia di diritti umani nell'ordinamento costituzionale spagnolo è dunque duplice<sup>5</sup>: da un lato, la Costituzione, attraverso l'art. 96, ne disciplina l'applicazione nell'ordinamento interno; dall'altro, per tramite dell'art. 10.2, regola i caratteri interpretativi di cui tali Trattati sono dotati in tema di diritti fondamentali, cosicché la giurisprudenza del Tribunale costituzionale si è, fin dai primi anni, assestata su una posizione che considera le due disposizioni distinte, anche se correlate.

---

<sup>3</sup>“1. I Trattati internazionali validamente stipulati, una volta pubblicati ufficialmente in Spagna, formeranno parte dell'ordinamento interno. Si potrà derogare, modificare o sospendere le loro disposizioni solo nella forma prevista nei Trattati medesimi o in accordo con le norme generali del diritto internazionale. 2. Per la denuncia dei trattati e delle convenzioni internazionali si utilizzerà lo stesso procedimento previsto per la loro approvazione nell'art. 94”.

<sup>4</sup> Per un'analisi puntuale della disposizione in parola, corredata dall'esame delle varie opinioni dottrinali in materia, è opportuno richiamare qui P. Andrés Sáenz De Santa María, *Artículo 96*, in M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero Y Bravo Ferrer, (dir.), *Comentarios a la Constitución española en su XXX aniversario*, Madrid, 2008, 1610 segg.

<sup>5</sup> Si veda P. Andrés Sáenz De Santa María, *Artículo 96*, cit.

Il Tribunale costituzionale ha infatti osservato, da un lato, che le fonti in materia di diritti umani, in quanto Trattati internazionali, formano parte dell'ordinamento interno sulla base di questo disposto dall'art. 96.1 e, dall'altro, che costituiscono parametro interpretativo delle norme in tema di diritti fondamentali contenute nella Costituzione, in ragione della materia che regolano<sup>6</sup>.

I Trattati internazionali in materia di diritti fondamentali hanno dunque, nell'ordinamento spagnolo, una doppia declinazione: da un lato, essi sono leggi interne per effetto dell'art. 96.1 CE e, dall'altro, sono altresì canoni interpretativi, secondo il disposto dell'art. 10.2 CE, in ordine al contenuto dei diritti e delle libertà fondamentali che la Costituzione riconosce e garantisce.

L'art. 96 CE comporta infatti l'integrazione nell'ordinamento spagnolo del Trattato in sé; per converso, l'art. 10.2 implica l'ingresso, all'interno dell'ordinamento spagnolo, mediante lo schema del rinvio mobile, del contenuto del Trattato in materia di diritti umani; *rectius*, dell'interpretazione, presente e futura, che di quel diritto è stata elaborata da parte degli organi giurisdizionali competenti (ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo per quanto attiene alla CEDU), costituendo così uno standard minimo che può vedersi incrementato dalla legislazione e dalla giurisprudenza interna.

In dottrina<sup>7</sup> si sottolinea infatti come l'art. 10.2 della Costituzione non possa ritenersi una norma “superflua” rispetto all'art. 96.1, poiché tale disposizione non si riferisce all'efficacia nel diritto interno dei Trattati internazionali (missione propria dell'art. 96.1), ma alla funzione che alcuni di questi (in particolare, quelli in tema di diritti umani) svolgono come criterio interpretativo dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione. Come accennato, secondo la dottrina maggioritaria la portata dell'art. 10.2, infatti, è essenzialmente di tipo interpretativo, e impone un criterio ermeneutico di preferenza e non una costituzionalizzazione degli accordi internazionali sui diritti umani.

<sup>6</sup> Sul punto si richiamano le sentenze nn. 42 e 76 del 1982, 71 del 1988, 245 del 1991 e 197 del 2006.

<sup>7</sup> I. Martín Sánchez, *La recepción por el Tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Granada, 2002, 84 segg.

La tecnica prevista dall'art. 10.2 CE, secondo la posizione dottrinale consolidata<sup>8</sup>, impone inoltre all'interprete del testo costituzionale l'obbligo di riferirsi necessariamente ai Trattati internazionali in materia dei diritti umani per interpretare gli articoli della Carta costituzionale che disciplinano tali diritti: la norma in parola, infatti, non lascerebbe spazio ad alcuna facoltà discrezionale, ma disporrebbe in via imperativa l'onere di interpretazione conforme ai Trattati in questione. Altri Autori<sup>9</sup>, viceversa, ritengono che l'interpretazione prevista dall'art. 10.2 CE trovi applicazione solo nei casi in cui una norma costituzionale in materia di diritti umani non sia sufficientemente chiara ed esaustiva nel suo contenuto: in questo caso, si dovrà fare ricorso proprio alle norme internazionali per specificarne la portata applicativa. Per converso, se il contenuto della norma costituzionale interna appare sufficientemente esaustivo, si applicherà solo il testo costituzionale.

### 3. – I diritti compresi nella portata applicativa dell'art. 10.2 CE

Una volta chiarita la modalità applicativa del sistema del rinvio mobile cui si accennava, tuttavia, il nodo fondamentale che è risultato necessario sciogliere, in dottrina e in giurisprudenza, attiene all'identificazione dei diritti garantiti dalla Costituzione spagnola interessati dal meccanismo interpretativo previsto dall'art. 10.2.

In particolare, taluni Autori<sup>10</sup> ritengono che tutti i diritti costituzionali protetti dal Titolo I della Costituzione, oltre al diritto alla cittadinanza degli spagnoli e ai cosiddetti “principi che reggono la politica sociale ed economica”, disciplinati dal

<sup>8</sup> Si vedano, ad esempio, le posizioni di I. Martín Sánchez, *La recepción por el Tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, cit., 83 segg., L. Jimena Quesada, *La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*, in M. Revenga Sánchez, (coord.), *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, 2009, 495 segg., e C. León Bastos, *La interpretación de los derechos fundamentales según los Tratados internacionales sobre derechos humanos. Un estudio en España y Costa Rica*, Madrid, 2010, 119 segg.

<sup>9</sup> A. Mangas Martín, *Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, n. 61, inverno 1981, 150; C. León Bastos, *La interpretación de los derechos fundamentales según los Tratados internacionales sobre derechos humanos*, cit., 112. In particolare, secondo questi Autori, l'art. 10.2 CE rappresenterebbe una “clausola di garanzia”, nel senso che le problematiche di ordine interpretativo per quanto attiene ai diritti e alle libertà fondamentali devono essere risolte in favore dell'interpretazione fornita dai Trattati e dagli accordi internazionali che tutelano tali diritti.

<sup>10</sup> Cfr. ad esempio A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional*, cit., 66 segg., e C. León Bastos, *La interpretación de los derechos fundamentales*, cit., 124, che argomenta, seguendo l'opinione di C.F. Ponce Martínez, *Tribunal constitucional y tratados de derechos humanos*, Saragozza, 2002, 157, nel senso di un'applicazione dell'art. 10.2 CE a tutte le norme dell'ordinamento spagnolo che, in qualche modo, interferiscano con i diritti umani.

Capitolo III CE, debbano essere sottoposti allo schema interpretativo di cui all'art. 10.2.

A questo proposito, pare interessante vagliare le ragioni che conducono questi Autori a ritenere possibile un'applicazione, per così dire, trasversale, dell'art. 10.2 CE in merito a tutti diritti ricompresi nel Titolo I della Costituzione.

Il primo motivo è di tipo testuale e sistematico: considerando che l'art. 10 si colloca immediatamente dopo l'intestazione del Titolo I, al di fuori quindi della divisione in Capitoli che caratterizza le disposizioni costituzionali, la *sedes materiae* può far ritenere che i suoi contenuti si proiettino sulla totalità dei diritti riconosciuti nel Titolo medesimo. Inoltre, visto che il Titolo I è rubricato "Dei diritti e dei doveri fondamentali", sarebbe consequenziale dedurre una corrispondenza con i "diritti fondamentali" citati subito dopo, nell'art. 10.2.

Il secondo motivo sarebbe invece da ricondurre a un'interpretazione storica della volontà dei Costituenti che, secondo tali Autori, ben avrebbero potuto escludere, laddove fosse stata loro intenzione, determinati diritti dal vincolo del canone interpretativo espresso dal secondo comma dell'art. 10. Atteso che, al contrario, non è possibile riscontrare alcuna differenziazione nell'elencazione dei diritti e delle libertà fondamentali, ciò sarebbe il segno di una volontà ben precisa di non introdurre alcuna distinzione tra i diritti, facendo rientrare solo alcuni di essi nel canone interpretativo dell'art. 10.2 CE e lasciandone, invece, esclusi altri.

Per converso, secondo altri Autori<sup>11</sup> i diritti tutelati dal citato Capitolo III dovrebbero essere esclusi dalla portata applicativa dell'art. 10.2 CE, posto che il nucleo centrale dei diritti fondamentali si rinviene esclusivamente nel Capitolo II. Questa conclusione deriverebbe anche dalla lettura dell'art. 53 CE, che, da un lato, prevede in via generale che i diritti e le libertà riconosciuti nel (solo) Capitolo II della Costituzione vincolino tutti i pubblici poteri (comma 1) e, dall'altro (comma 3), stabilisce che i principi riconosciuti dal Capitolo III possano essere dedotti di fronte alla giurisdizione ordinaria soltanto in conformità con quanto disposto dalle leggi che li attuano.

---

<sup>11</sup> Richiamiamo ad esempio la posizione di P. Cruz Villalón, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, in *Rev. Esp. Der. Const.* gennaio/aprile 1989, 39 segg.

La posizione assunta dal Tribunale costituzionale, in solo parziale condivisione con l'ultima posizione dottrinale citata, limita la portata del canone interpretativo dell'art. 10.2 ai diritti tutelati dal ricorso di *amparo* costituzionale, come emerge chiaramente dall'analisi della giurisprudenza costituzionale<sup>12</sup>. Riconoscendo espressamente che l'art. 10.2 CE si proietta sugli articoli 14 – 29 e 30.2 della Costituzione, il Tribunale ha affermato che la disposizione in parola obbliga a interpretare i precetti costituzionali «conformemente al contenuto di detti Trattati o Convenzioni, cosicché nella pratica questo contenuto si converte, in un certo senso, nel contenuto costituzionalmente dichiarato *dei diritti e delle libertà che enuncia il Capitolo secondo del Titolo I della nostra Costituzione*<sup>13</sup>».

Meno chiara, invece, risulta la posizione del Tribunale per quanto concerne l'estensione della portata dell'art. 10.2 ai diritti ricompresi nel Capitolo III: non si può ravvisare, in quest'ambito, una omogeneità nel contenuto delle pronunce, ma solo una serie di decisioni, tutto sommato isolate, che fanno propendere gli Autori a considerare queste pronunce degli *unica* più che un'espressione di nuove tendenze. Ci riferiamo, in particolare, alla STC 199/1996, in cui il Tribunale sembra ammettere in maniera implicita l'impiego del canone ermeneutico previsto dall'art. 10.2 in ambito di diritto all'ambiente (ricompreso, appunto, nel Capitolo III), e al *voto particular* formulato dal giudice Rodríguez-Piñero in calce alla sentenza 15/1989, in cui si afferma che l'art. 51 CE (che garantisce la difesa del consumatore) «deve essere interpretato in conformità ai Trattati internazionali in cui viene già configurandosi come diritto della persona anche la tutela del consumatore».

Al di là delle posizioni assunte nelle singole sentenze, si può in ogni caso affermare come il Giudice delle leggi non abbia mai messo in discussione «l'importante funzione ermeneutica» dei Trattati sui diritti umani in ordine alla determinazione del contenuto dei diritti medesimi<sup>14</sup>, sancendola, tuttavia, in alcuni casi in modo più netto e deciso (il ricorso alle fonti internazionali *ex art.* 10.2 è obbligatorio, tanto che «impone di fare riferimento ai Trattati»<sup>15</sup>, il suo «mandato [...] deriva dall'art. 10.2 CE»<sup>16</sup>, «esige» l'interpretazione conforme<sup>17</sup>, le Convenzioni

<sup>12</sup>Cfr., *ex multis*, STC 36 del 1991.

<sup>13</sup> STC 36 del 1991, FJ 5. Corsivi aggiunti.

<sup>14</sup> Cfr. sul punto, *ex plurimis*, STC 38 del 1981, 78 del 1982, 38 del 1985 e 91 del 2000.

<sup>15</sup> STC 341 del 1993.

<sup>16</sup> STC 140 del 1995.

internazionali sono «strumenti ermeneutici ineluttabili»<sup>18)</sup> e in altri casi in maniera più sfumata, sostenendo che l'art. 10.2 «autorizza e suggerisce di riferirsi ai Trattati internazionali<sup>19)</sup> e che essi rappresentano dei «validi criteri ermeneutici»<sup>20)</sup>.

#### **4. – L'interazione tra la giurisprudenza costituzionale spagnola e le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. La portata ermeneutica dell'art. 10.2 CE**

Ma fino a che punto è possibile l'interazione tra il contenuto dei diritti riconosciuti e garantiti dalla Costituzione spagnola e l'essenza di quelli tutelati dalle Carte internazionali?

Su questo aspetto la giurisprudenza del Tribunale costituzionale, fino ad anni assai recenti, è molto chiara: secondo il Giudice delle leggi, l'interpretazione a cui allude l'art. 10.2 «non rende tali Trattati e accordi internazionali un canone autonomo di validità delle norme e degli atti dei poteri pubblici dalla prospettiva dei diritti fondamentali. Se così fosse, la dichiarazione costituzionale di tali diritti risulterebbe pleonastica e in eccesso, dal momento che sarebbe stato sufficiente che il Costituente avesse effettuato un richiamo alle Dichiarazioni internazionali dei diritti umani o, in generale, ai Trattati che sottoscrive lo Stato spagnolo sui diritti fondamentali e sulle libertà pubbliche»<sup>21)</sup>. Per questo motivo, continua il Tribunale, «non possono esserci dubbi sul fatto che la validità delle disposizioni e degli atti impugnati attraverso ricorso di *amparo* debba essere valutata solo mediante il riferimento ai precetti costituzionali che riconoscono i diritti e le libertà suscettibili di protezione con questi mezzi», essendo i testi e gli accordi internazionali dell'art. 10.2 una fonte interpretativa che «contribuisce a meglio identificare il contenuto dei diritti che al Tribunale costituzionale si chiede di tutelare»<sup>22)</sup>.

La premessa fondamentale è dunque la seguente: non esistono diritti fondamentali al di fuori della Costituzione spagnola, e vige pertanto il divieto, secondo il Tribunale, di costituire *ex novo* diritti che la Carta fondamentale non

---

<sup>17</sup> STC 95 del 2003.

<sup>18</sup> STC 123 del 2005.

<sup>19</sup> STC 36 del 1994.

<sup>20</sup> STC 292 del 2000.

<sup>21</sup> Cfr. sul punto le sentenze 64 del 1991 e 38 del 2011.

<sup>22</sup> STC 38 del 2011.

tutela. Corrisponde, però, ai compiti assegnati dalla Costituzione al Giudice delle leggi, in quanto, secondo la definizione della LOTC, “supremo interprete della Costituzione”, specificare quale sia il contenuto costituzionalmente dichiarato dei diritti considerati, compito, questo, che in un certo qual modo consente di “creare” diritti nuovi che siano parte integrante di quelli già consacrati nella Costituzione, e riconducibili al loro nucleo essenziale.

Se ci si muove, dunque, sul terreno dell’interpretazione “costituzionalmente adeguata” imposta dall’art. 10.2, si deve concludere che né la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo né gli altri Trattati ricompresi nell’ambito di applicazione di tale disposizione possono essere *in sé* fonte di diritti fondamentali, ma che, certamente, devono servire per specificare il contenuto dei diritti tutelati dalla Costituzione, *in connessione* con i quali si manifesteranno, se del caso, “nuovi” diritti, intesi come espressione di posizioni giuridiche non esplicitate costituzionalmente ma che dalla Costituzione stessa possono derivare<sup>23</sup>.

Questo concetto è affermato dal Tribunal constitucional sin dalla sentenza 36/1991, in cui si specifica altresì che ai diritti e alle libertà proclamati dalle fonti internazionali non viene conferito rango costituzionale, se essi non sono già consacrati dalla Costituzione stessa, fermo restando l’obbligo di interpretarli in accordo con i principi stabiliti dai Trattati e dagli accordi, in modo tale che, nella pratica, questo contenuto si converte in quello enunciato dal Capitolo II del Titolo I della Costituzione.

Tuttavia, il Tribunale introduce in questa sentenza anche un’ulteriore indicazione, assai importante dal punto di vista del sistema delle fonti del diritto: quando il legislatore o qualunque altro potere pubblico assume decisioni che limitino o riducano il contenuto di un diritto o di una libertà inclusi nella Costituzione, in relazione a ciò che, secondo i Trattati, può essere considerato parte di quel diritto o di quella libertà, il parametro costituzionale direttamente violato sarà quello che tutela proprio quel diritto o quella libertà, senza che si possa ritenere realizzata una violazione indiretta e mediata dell’art. 10.2, visto che, per definizione, questa non può mai essere autonoma, ma solo dipendente dalla violazione di un’altra

---

<sup>23</sup> Sul punto cfr. anche *infra*, STC 150 del 2011, *voto particular* dei magistrati Ortega Álvarez, Gay Montalvo e Pérez Vera.

norma costituzionale, violazione che il Tribunale costituzionale valuterà caso per caso<sup>24</sup>.

## 5. – Il problema dell’ampliamento del contenuto dei diritti costituzionali. Il caso particolare del “derecho al silencio” in relazione agli artt. 19 CE e 8 CEDU

In sintesi, secondo l’efficace espressione di autorevoli Autori<sup>25</sup>, la funzione dell’art. 10.2 sarebbe quella di una sorta di “aggiornamento”: l’insieme dei diritti garantiti dalla Costituzione può vedersi modificato solo *in melius*<sup>26</sup> da parte dei Trattati, che quindi non possono operare una *deminutio* del contenuto del diritto stabilito dalla Costituzione.

Naturalmente, ciò ha posto non pochi problemi in termini di confini tracciabili al fine di impedire che tale ampliamento si tramuti nella istituzione di un nuovo diritto *extra Constitutionem*.

Su questi specifici aspetti, vale la pena richiamare tre importanti pronunce che affrontano proprio queste tematiche, e che sono espressione di un *continuum* rispetto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

La prima sentenza a cui è necessario fare riferimento è la STC 119/2001, di rigetto dell’*amparo* costituzionale nei confronti della ricorrente, Pilar Moreno Gómez, la quale lamentava una lesione dei propri diritti fondamentali (in particolare, tra gli altri e per quello che qui interessa, il diritto all’integrità fisica e morale, tutelato dall’art. 15 CE, e all’intimità personale e familiare, che trova protezione grazie all’art. 18), dovuta all’eccessiva quantità di rumore e di disturbo che si poteva percepire nel quartiere di Valencia dove la ricorrente viveva.

Il Tribunale costituzionale inizia considerando l’importanza del valore che, in virtù dell’art. 10.2 CE va riconosciuto alle sentenze della Corte europea dei diritti

<sup>24</sup> STC 36 del 1991, FJ 5. Sul punto, si veda meglio *infra*, par. 5.

<sup>25</sup> J. Delgado Barrio, *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española*, in *Rev. Adm. Púb.* Madrid, n. 199 del 1989, 233 segg.

<sup>26</sup> Conformemente, C. Milione, *El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español*, in P. Pérez Tremps, (coord.), *La reforma del Tribunal constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* Valencia, 2007, 761 segg.

dell'uomo per l'interpretazione e la tutela dei diritti fondamentali<sup>27</sup> e, in particolare, fa riferimento ai casi *López Ostra c. Spagna* (9 dicembre 1994) e *Guerra c. Italia* (19 febbraio 1998).

Il Giudice delle leggi specifica senza esitazioni che questo criterio interpretativo «non suppone una traslazione mimetica della pronuncia [della Corte EDU] che ignori le differenze normative esistenti tra la Costituzione spagnola e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, né la [...] necessità di adeguare l'ambito del ricorso di amparo a suoi limiti severi, in garanzia dell'operatività e dell'efficacia di questo mezzo eccezionale di protezione dei diritti fondamentali»<sup>28</sup>. Il Tribunale prosegue poi considerando la diversa formulazione dell'art. 8 § 1 CEDU (tutela della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza) e dell'art. 18 CE, che invece considera separatamente l'intimità personale e familiare (c. 1) e l'inviolabilità del domicilio (c. 2), intendendo dunque che i diritti considerati vadano esaminati indipendentemente l'uno dall'altro e secondo il criterio della Costituzione, marcando così un'ulteriore differenza rispetto alla struttura data dalla Convenzione ai diritti in questione.

Nondimeno, si fa uso della giurisprudenza europea per affermare che una situazione di prolungata esposizione ad alti livelli di rumore, che possano essere effettivamente classificati come evitabili e insopportabili, merita la protezione conferita all'intimità personale e familiare nell'ambito del domicilio, nella misura in cui il libero sviluppo della personalità sia impedito o reso difficoltoso, ogni volta che la lesione o il turbamento del diritto derivino da atti od omissioni di enti pubblici ai quali sia, quindi, imputabile la lesione prodotta.

Nonostante il rigetto dell'*amparo*, dunque, la giurisprudenza europea viene utilizzata a fini interpretativi per sostenere una posizione dottrinale del Tribunale ben precisa, posizione che porta il Giudice delle leggi a tutelare quei casi in cui sia ravvisabile un'indebita ingerenza dovuta, in questo caso, all'omissione della pubblica autorità.

Proprio su questo punto si incentra il *voto particular* formulato dal giudice Garrido Falla, che chiama direttamente in causa la giurisprudenza europea, e in

<sup>27</sup> Cfr., *ex plurimis*, anche SSTC 199 del 1996 e 303 del 1993.

<sup>28</sup> Cfr. STC 119 del 2001, FJ 6. Conformemente, cfr. anche STC 16 del 2004, FJ 3.

particolare il già citato caso *López Ostra*, che aveva ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU derivante dall'invasione della vita personale della ricorrente e della sua famiglia riconducibile all'intensa attività conciarica svolta nei dintorni della città della Murcia che provocava fumi, cattivi odori e un alto livello di inquinamento.

Il *voto particular* richiama il ragionamento della Corte EDU e aderisce alla posizione da questa assunta, ovvero l'esistenza di un obbligo, in capo all'autorità pubblica, di evitare che attività poste in essere da singoli individui possano turbare il pacifico godimento dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona.

Nel caso di specie, quindi, la giurisprudenza della Corte EDU costituisce la via per introdurre un'interpretazione degli articoli della Costituzione più ampia di quella alla quale originariamente tali articoli avrebbero potuto condurre.

Tale tematica è oggetto di un serrato dibattito, anche in considerazione del fatto che autorevoli membri del Tribunale hanno in varie occasioni provveduto a sottolineare che l'ampliamento del diritto tutelato dalla Costituzione non può giungere a un'estensione tale da portare alla istituzione di nuovi diritti estranei all'impianto originario della Carta fondamentale.

In tema si può ricordare la sentenza 150/2011, che affronta ancora una volta il tema delle ingerenze di tipo acustico nella città di Valencia, questa volta a danno di un altro ricorrente, che adduce a sostegno della propria posizione proprio la sentenza *Moreno Gómez*<sup>29</sup> (16 novembre 2004) per sostenere la sussistenza della violazione del diritto all'integrità fisica e morale e al rispetto del domicilio. Nella sentenza 150/2011 il Tribunale costituzionale utilizza questa pronuncia della Corte EDU per negare l'*amparo*, specificando come, a differenza di quanto accaduto nel caso *Moreno Gómez*, in cui la ricorrente era riuscita a provare che, nel periodo considerato, l'Amministrazione aveva tollerato la reiterata violazione dei regolamenti da essa stabiliti, nel caso di specie mancasse proprio tale prova, con conseguente impossibilità di ravvisare l'effettiva sussistenza della violazione lamentata.

---

<sup>29</sup> La sentenza è il risultato del ricorso presentato alla Corte di Strasburgo dalla ricorrente dopo il rigetto dell'*amparo* avvenuto con sentenza 119 del 2001. La Corte EDU si pronuncia qui a favore dell'esistenza di una violazione dell'art. 8 §1 CEDU, dovuta al mancato intervento della pubblica autorità per l'istituzione di un giusto equilibrio tra due diritti incompatibili di due individui, considerando che lo Stato convenuto aveva disatteso l'obbligo positivo di garantire alla ricorrente il rispetto della sua vita privata e familiare.

Tuttavia, l'importanza di questa pronuncia risiede soprattutto nei *votos particulares* in calce ad essa, e in special modo in quello formulato dal giudice Aragón Reyes, che risulta molto critico proprio nei confronti della posizione assunta dal *plenum* nella sentenza 119/2001.

L'orientamento maggioritario del Collegio, infatti, a suo parere, «assume acriticamente la dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo in cui si determina che, in specifici casi di speciale gravità, certi danni ambientali, anche quando non mettono in pericolo la salute delle persone, possono attentare al diritto al rispetto della loro vita privata e familiare, in relazione al pacifico godimento del loro domicilio». Il magistrato aderisce al dispositivo di rigetto dell'*amparo*, ma dissente dalle argomentazioni giuridiche su cui si fonda: *nulla quaestio* sul fatto che il diritto alla riservatezza sia un diritto riconosciuto e tutelato dalla CEDU e quindi dalla Corte di Strasburgo come diritto soggettivo, applicabile dai giudici e dai Tribunali di giustizia spagnoli in conformità con quanto disposto dall'art. 96.1 CE, ma questo «non significa in alcun modo che, in più, sia in Spagna un diritto fondamentale, nel senso costituzionale del termine, tutelabile in amparo dal Tribunale costituzionale».

Secondo Aragón Reyes, la sentenza oggetto della sua critica ha erroneamente interpretato l'art. 10.2 CE, scorgendo in esso una clausola additiva che ha portato ad ampliare il catalogo di diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione stessa.

Affermare, come il Tribunale ha fatto nelle sentenze 119/2001 e 16/2004<sup>30</sup> e come fa nuovamente nella pronuncia oggetto del *voto discrepante*, partendo dalla citata dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo, che il rumore ambientale può ledere il diritto all'intimità personale e familiare e l'inviolabilità del domicilio, porta a un grave errore concettuale, poiché implica un'"incorporazione indiretta" di nuovi diritti fondamentali al sistema costituzionale spagnolo (visto che quest'ultimo non contempla un "diritto al silenzio") o comunque una radicale alterazione del contenuto dei diritti fondamentali riconosciuti dall'articolo 18, commi 1 e 2.

Aragón Reyes sottolinea che la Costituzione spagnola non contempla un diritto generale alla "riservatezza", ma una serie di diritti puntuali che delimitano ambiti precisi di questa riservatezza: la CEDU recepisce invece un modello di diritto alla

---

<sup>30</sup> In questa pronuncia, il Tribunale costituzionale afferma di "*essere cosciente*" del valore della dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sul punto, cfr. L. Jimena Quesada, *La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*, cit., 521 segg.

vita privata di stampo prettamente anglosassone, e per questo non del tutto compatibile con l'ordinamento spagnolo.

Il contenuto del diritto all'inviolabilità del domicilio ha, nella Costituzione spagnola, una portata più limitata rispetto a quanto previsto dalla CEDU, e tale diritto si lede quando si accede al domicilio senza l'autorizzazione del proprietario. Quando, però, si tratta dell'ingresso di rumori o miasmi molesti, saranno coinvolti altri beni giuridici, per esempio il rispetto della salute o l'aspettativa di godere di un ambiente adeguato per lo sviluppo della personalità dell'individuo, i quali però non sono diritti protetti dal ricorso di *amparo*.

Sulla base di queste considerazioni, non si può ritenere che esista un "diritto al silenzio" che possa essere tutelato in via di *amparo* dal Tribunale costituzionale, perché tale diritto costituisce un'aggiunta, un *plus* al contenuto essenziale tutelato dalla Costituzione.

In conclusione, secondo Aragón Reyes, l'art. 10.2 della Costituzione, che impone appunto di interpretare i diritti fondamentali alla luce dei Trattati riguardanti proprio tali diritti, non può consentire la realizzazione di una "*incorporación encubierta*" di nuove posizioni giuridiche nel testo costituzionale: se disciplinati dai Trattati medesimi, ai sensi dell'art. 96 CE, questi diritti potranno essere garantiti solo da giudici ordinari, non rientrando dunque nel novero dei diritti *amparables*, con il conseguente dovere di rigetto del ricorso di *amparo* da parte del Tribunale costituzionale

Secondo l'opinione del giudice, l'orientamento del Tribunale costituzionale si sarebbe dovuto allineare alla sentenza 38/2011, in cui il Giudice delle leggi aveva affermato che il diritto di proprietà, disciplinato dall'art. 33 CE, non appartiene al novero dei diritti che possono essere oggetto di *amparo*, anche se tutelato dalla CEDU<sup>31</sup>.

È opportuno segnalare, tuttavia, anche il *voto discrepante* alla sentenza 150/2011 formulato dai magistrati Ortega Álvarez, Gay Montalvo e Pérez Vera, secondo i quali il Tribunale, in virtù dell'interpretazione dell'art. 10.2, avrebbe dovuto

---

<sup>31</sup> Sul punto, per un esame delle posizioni espresse nei *votos particulares*, segnaliamo l'analisi di M. Iacometti, *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo nel biennio 2011-2012*, in *Giur. cost.*, fasc. 5, Milano, 2013, 4187 segg.

concedere l'*amparo*, dal momento che il compito ermeneutico della disposizione in parola è quello di concretizzare il contenuto dei diritti presenti nella Costituzione, adeguandolo e ponendolo in connessione con «espressioni di facoltà, garanzie o posizioni giuridiche non esplicitate nel testo costituzionale, ma che si fanno derivare dalla sua relazione con un diritto fondamentale». L'ultima parola sui caratteri costitutivi di un diritto fondamentale spetta al Tribunale e il suo contenuto deve essere incorporato a quanto previsto dai Trattati (e, in particolare, dalla CEDU): da qui deriverebbe logicamente, secondo i magistrati, l'obbligo di fornire un'interpretazione dei diritti costituzionalmente garantiti che non contraddica facoltà, garanzie o posizioni giuridiche previste nei Trattati medesimi<sup>32</sup>.

## **6. – I Trattati internazionali sui diritti umani come possibile parametro (indiretto) di legittimità costituzionale<sup>33</sup>? Il parere contrario del giudice delle leggi**

L'esame della giurisprudenza del Tribunale costituzionale, da quella più risalente, a quella più recente, presenta un quadro in cui i Trattati internazionali entrano in gioco, nell'attività del Giudice delle leggi, come un ausilio di natura interpretativa.

Va tuttavia sottolineato come, in dottrina, alcuni Autori<sup>34</sup> si siano interrogati sulla possibilità di estendere la portata della norma espressa dall'art. 10.2 CE fino a considerare tali Trattati alla stregua di un vero e proprio parametro di legittimità costituzionale. In altre parole, tale dottrina ritiene che questi testi internazionali, in considerazione della materia che disciplinano, possano ricoprire un ruolo di maggiore rilievo o, comunque, una posizione ben diversa rispetto a quella degli altri Trattati ratificati dalla Spagna.

<sup>32</sup> Nella più recente giurisprudenza, si veda sugli stessi temi la STC n. 11 del 2016. Per un commento, sia consentito rinviare a V. Rostellato, *Diritto all'intimità personale e familiare e "derecho de despedida": l'espansione "convenzionale" dei diritti della carta fondamentale spagnola. Riflessioni a margine della sentenza del Tribunal Constitucional de España, n. 11/2016*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2016, 7 ottobre.

<sup>33</sup> Richiamiamo in questa sede l'interrogativo proposto da A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional*, cit., 266.

<sup>34</sup> Cfr. ad esempio le opere di A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional*, cit., 266 segg., e *Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados internacionales sobre derechos humanos*, in M.E. Casas Baamonde; M. Rodríguez-Piñero Y Bravo Ferrer (dir.), *Comentarios a la Constitución española en su XXX aniversario*, Madrid, 2008, 193 segg., oltre all'opera di C. León Bastos, *La interpretación de los derechos fundamentales*, cit., 114 segg.

Da questa posizione si è sempre discostato il Tribunale costituzionale che, in varie occasioni, ha sottolineato come, dal punto di vista delle fonti del diritto, non si possa rinvenire alcuna differenza tra i Trattati internazionali sui diritti umani e gli altri Trattati, per quanto riguarda il rango da questi occupato. Ha inoltre affermato che non rientra nella competenza del Giudice delle leggi la valutazione della compatibilità di un precetto legale con un Trattato, e ha negato che i Trattati possano “erigersi a norme fondamentali e a criteri di costituzionalità”<sup>35</sup>.

Tuttavia, in dottrina si tende a sottolineare come in realtà sia la stessa Costituzione a conferire una diversa posizione ai Trattati individuati dall’art. 10.2 rispetto a quelli genericamente citati nell’art. 96.1, tenendo in considerazione il fatto che la prima disposizione citata riguarda non solo Trattati internazionali in senso stretto, ma anche altre tipologie di documenti o testi di origine extra-statale il cui processo di “emanazione” non ha nulla in comune con la recezione dei Trattati medesimi<sup>36</sup>.

Segnatamente, in dottrina<sup>37</sup> si sostiene che l’art. 10.2 presuppone una doppia novità nei confronti del regime generale o comune di applicazione dei Trattati internazionali che risulta dall’art. 96.1 CE: in primo luogo, l’interpretazione costituzionale internazionalmente vincolata si riferisce solo a determinati Trattati, cioè a quelli a cui fa riferimento l’art. 10.2, e non a qualunque tipo di trattato che non riguardi la materia dei diritti fondamentali.

In assenza del mandato previsto dall’art. 10.2, secondo tale posizione dottrinale, il Tribunale costituzionale non solo non avrebbe alcun obbligo di procedere a una interpretazione del contenuto delle disposizioni oggetto della sua valutazione in conformità con i Trattati internazionali, ma potrebbe semplicemente evitare di coinvolgere qualunque fonte internazionale nello stabilire il contenuto costituzionalmente dichiarato di quei diritti poiché nessun’altra disposizione, a parte quella oggetto della nostra analisi, individua un simile vincolo<sup>38</sup>. Questo comporta

---

<sup>35</sup> Cfr. STC 142 del 1993.

<sup>36</sup> Cfr. in tal senso ancora la posizione di A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional*, cit., 268 segg. *Contra*, J. Puente Egido, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, vol. I.1, 1998, 133.

<sup>37</sup> A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional*, cit., 268 segg.

<sup>38</sup> A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional*, cit., 269, fa riferimento, in senso contrario, alla posizione di D. Liñán Nogueras, che sostiene che il criterio sistematico dell’interpretazione delle norme, imposto dall’art. 3.1. c.c. sp., comporta che i Trattati, che sono a tutti gli effetti parte dell’ordinamento spagnolo, vengano impiegati

che, salvo i casi di incompatibilità espressa o manifesta tra i Trattati e la Carta fondamentale, «il parametro utilizzabile, cioè la Costituzione, dovrà essere adeguato al contenuto [dei Trattati], cosicché le eventuali antinomie tra la Costituzione e i Trattati internazionali devono essere risolte in via interpretativa»<sup>39</sup>.

Per questo motivo, secondo la posizione dottrinale in disamina, deve concludersi ritenendo che solo un determinato tipo di documenti o testi internazionali (ma non solo i Trattati intesi in senso formale), caratterizzati dalla disciplina di una specifica materia, e solo perché così esplicitato nella Costituzione, costituisca una fonte *interpretativa-integrativa* del testo costituzionale. Al contrario, il resto dei Trattati internazionali, ovvero quelli che non attengono ai diritti fondamentali, non può adempiere a questa funzione.

Sempre seguendo tale impostazione, il secondo aspetto da sottolineare incide sull'efficacia diretta dei Trattati internazionali: nonostante si tratti di enunciati normativi che, nella maggioranza dei casi, non sono *self-executing*, l'obbligo previsto dalla Costituzione di utilizzare tali accordi e Convenzioni nell'interpretazione dei diritti fondamentali sfuma la differenza tra le disposizioni che possiedono effetto diretto e quelle che non lo possiedono<sup>40</sup>. Quando il Tribunale costituzionale o, più in generale, l'organo giudiziale proietta, mediante l'utilizzo della clausola ermeneutica contenuta nell'art. 10.2, le facoltà o posizioni giuridiche di un certo diritto previste dal Trattato sul suo equivalente costituzionale, tale diritto è oggetto di una concretizzazione del suo contenuto attraverso una disposizione che, in sé, non possiede effetto diretto e che, pertanto, non potrebbe essere applicata direttamente.

In questo modo, tende a sfumare considerevolmente, fino quasi a scomparire, ma solo nello specifico ambito dei diritti fondamentali, la differenza tra gli accordi *self-executing* e quelli che non lo sono. Proprio per tale motivo, secondo la posizione fatta propria da questi Autori, se è vero che, come più volte è stato sostenuto dallo stesso Tribunale costituzionale, l'antinomia tra un Trattato internazionale e la legge

---

come criterio interpretativo delle disposizioni costituzionali, incluse quelle che si riferiscono ai diritti e alle libertà fondamentali.

<sup>39</sup> Cfr. A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional*, cit., 270, che richiama M. Rodríguez-Piñero e J. Leguina Villa, *Rapport espagnol*, in AA.VV., *La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux* (VIII Conferenza delle Corti costituzionali europee, Ankara, 1990), 119.

<sup>40</sup> Per un'analisi esaustiva sul punto rimandiamo a A. Saiz Arnaiz, *Artículo 10.2*, cit., 197 segg.

statale non comporta un conflitto di rango costituzionale, e che mediante il ricorso di *amparo* non è possibile controllare il rispetto delle fonti internazionali, è altrettanto vero che queste affermazioni devono essere rimodulate quando il Trattato in questione sia uno di quelli contenuti nell'art. 10.2 CE, come il medesimo Tribunale riconosce in alcune pronunce<sup>41</sup>.

Si può quindi concludere affermando che, mentre per il Tribunale costituzionale è fuor di dubbio che i Trattati internazionali costituiscano un *parametro interpretativo, ma non di validità*, sul punto la dottrina si è espressa in maniera variegata: secondo alcuni autori<sup>42</sup>, l'art. 10.2 della Costituzione spagnola conferirebbe rango costituzionale non al Trattato, bensì all'interpretazione del diritto che da tale Trattato si evince; altri<sup>43</sup> sostengono, invece, che questa disposizione eleverebbe al rango costituzionale gli effetti interpretativi derivati dai Trattati e dalle Convenzioni sui diritti umani che lo Stato spagnolo abbia validamente ratificato; secondo altre opinioni<sup>44</sup>, infine, la disposizione costituzionale in esame quasi-costituzionalizza, per rinvio, i Trattati ratificati dalla Spagna, o attribuisce ai Trattati internazionali un rango costituzionale sul terreno ermeneutico<sup>45</sup>, o ancora configura la dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo come il parametro superiore di costituzionalità, ma solo in tema di diritti<sup>46</sup>.

In dottrina<sup>47</sup> si è altresì proposta una soluzione per certi versi analoga a quella adottata dalla Corte costituzionale italiana nelle “sentenze gemelle” del 2007, ovvero l'ipotesi che il Trattato internazionale che disciplina il diritto e il cui contenuto va a integrare l'articolo della Costituzione che tutela il medesimo diritto funzioni come parametro interposto nei giudizi di costituzionalità e di *amparo*. In conformità a questa ipotesi, sarebbe necessario ricondurre il giudizio di *validità* a un determinato precetto costituzionale; tuttavia, se il passaggio dalla disposizione alla norma deve

<sup>41</sup> Oltre alla già citata STC 36 del 1991, va ricordata anche la STC 50 del 1995, in cui il giudice delle leggi sottolinea che gli accordi internazionali possiedono un “valore orientativo per la comprensione dei diritti fondamentali [...] fino a configurare, in certa misura, il canone di costituzionalità, anche se senza carattere autonomo” (FJ 4).

<sup>42</sup> D. Liñán Noguera, *Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español*, *Rev. Esp. Der. Int.*, 1985, n. 1, 365.

<sup>43</sup> M.A. Aparicio Pérez, *La cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución española como cláusula de integración y apertura constitucional de los derechos fundamentales*, in *Jueces para la democracia*, n. 6, 1989, 11.

<sup>44</sup> E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, 401.

<sup>45</sup> J. Delgado Barrio, *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., 240.

<sup>46</sup> J. Rodríguez- Zapata, *Derecho Internacional y sistema de fuentes del Derecho: la Constitución española*, in E. García De Enterría, A. Predieri, *La Constitución española. Estudio sistemático*, Madrid, 1981, 604.

<sup>47</sup> A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional*, cit.

essere effettuato in conformità agli Accordi e alle Convenzioni internazionali e se, in definitiva, quella norma acquisisce almeno una parte del suo contenuto dalle fonti internazionali, queste integreranno anche il parametro costituzionale utilizzato, parametro costituito ovviamente dalla norma costituzionale e completato e sostenuto dalle Convenzioni internazionali.

**7. – La “doctrina Parot” nella giurisprudenza costituzionale in rapporto ai principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e il caso *Del Río Prada c. Spagna*<sup>48</sup>. Cenni alla problematica dell’esecuzione nel diritto spagnolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>49</sup>**

Una tematica che assurge a particolare importanza in tema di diritti fondamentali, è, naturalmente, quella relativa alla libertà personale e all’incidenza delle limitazioni sulla stessa, limitazioni che, nell’esperienza del diritto penale e processuale penale spagnolo, sono spesso state delineate in via interpretativa dagli organi giurisdizionali, anche con l’ausilio delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Negli ultimi anni numerosissime sentenze hanno avuto ad oggetto la conformità a Costituzione della c.d. “doctrina Parot”<sup>50</sup>. Tale dottrina, elaborata dal Tribunale Supremo con sentenza 197/2006, stabiliva che il calcolo dei giorni

<sup>48</sup> ECHR, G. Ch., *Del Río Prada c. Espagne*, 15065/07, 21-10-2013.

<sup>49</sup> La tematica dell’esecuzione in Spagna delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo è assai complessa ed è stata oggetto di numerosi contributi dottrinali. Si segnalano in questa sede D. J. Liñán Noguera, *Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español*, in *Rev. Esp. Der. Int.*, vol. 37, n° 2, 1985; C. Ruiz Miguel, *La ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos. Un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Madrid, 1997; L. M. Bujosa Vadell, *Las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997; M. J. Agudo Zamora, *Eficacia interna y ejecutoriedad de las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos*, in *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. II, Madrid, 1997; N. Fernández Sola, *La ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos*, in *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*, Madrid, 2008; A. Garriga Domínguez; S. Álvarez González; J. Feijóo Miranda, *La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal constitucional*, in *Informe “El tiempo de los derechos”*, n. 12, 2010; J. Sánchez Melgar, *Ejecutividad de la doctrina del TEDH*, in *www.elderecho.com*, 18 novembre 2013; J. Garberí Llobregat, *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *www.lawcenter.es*, 25 ottobre 2013; E. Ros Martínez, *Ejecución de las sentencias en España del Tribunal europeo de derechos humanos*, luglio 2015, consultabile all’indirizzo <http://www.monografias.com/trabajos-pdf5/ejecucion-sentencias-del-tedb/ejecucion-sentencias-del-tedb.shtml>.

<sup>50</sup> Dal nome del soggetto condannato per delitto di terrorismo in quanto ritenuto membro dell’ETA, H. Parot.

corrispondenti ai benefici maturati dal condannato non andasse effettuato sulla pena massima imponibile al soggetto, vale a dire trent'anni, secondo il codice penale del 1973, allora in vigore, ma successivamente, su ciascuna delle pene allo stesso applicate, calcolandoli in maniera progressiva. Secondo il Tribunale Supremo questa modifica coinvolgeva solo i soggetti ai quali era stato applicato il codice del 1973<sup>51</sup> e, pertanto, non si assisteva ad alcuna violazione del principio di irretroattività della legge penale, opinione condivisa anche dall'*Audiencia Nacional*.

La sentenza 197/2006 del Tribunale Supremo stabiliva un'interpretazione giurisprudenziale nota come "dottrina Parot", sulla base di una serie di argomentazioni. In primo luogo, il ragionamento operava una distinzione tra "pena", cioè quanto stabilito nella sentenza, considerando ciascuna pena singolarmente, e "condanna", ovvero il periodo di tempo che il soggetto è tenuto a trascorrere in carcere, considerato come periodo massimo di reclusione che lo stesso può subire. Secondariamente, l'argomentazione procedeva considerando, da un lato, che l'interpretazione dell'art. 70 c.p. ci porta a ritenere che il limite di trent'anni non diventi una nuova pena [...], ma che sia il termine massimo della reclusione, e, dall'altro, che, «da un punto di vista teleologico, non sarebbe razionale [...] ridurre una lunga serie di condanne a un'unica condanna di trent'anni, perché chi ha commesso un singolo reato verrebbe trattato, senza alcuna giustificazione, come colui al quale sono stati ascritti numerosi delitti, come nel presente caso»<sup>52</sup>.

Il Tribunale costituzionale, negli ultimi anni, ha rigettato numerosi ricorsi di *amparo* riguardanti l'applicazione di tale *dottrina*. In particolare, il Giudice delle leggi ha sempre respinto la censura riguardante l'art. 25 CE (principio di legalità) poiché la dottrina *Parot* concerne non l'applicazione di una pena più dura rispetto a quanto previsto a livello codicistico, ma la vera e propria *esecuzione* della pena. Per far ciò, il giudice delle leggi ha addotto le argomentazioni contenute nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, sempre facendo riferimento alla già citata distinzione tra "pena" e "condanna" e, quindi, non ritenendo applicabile ai casi di mera esecuzione il principio di legalità penale<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Il codice penale successivo, entrato in vigore nel 1995, elimina il privilegio dei benefici di riduzione di pena dovuti al lavoro svolto durante la reclusione, consentendo tuttavia ai condannati durante la vigenza del codice del 1973 di continuare a usufruire di questo beneficio.

<sup>52</sup> STS 197/2006, del 28 febbraio, *Fundamento de derecho cuarto*.

<sup>53</sup> Cfr. ECHR, *Grava c. Italie*, 43522/98, 10-07-2003 e ECHR, *Gurguchiani c. Espagne*, 16012/06, 15-12-2009.

In questo panorama giurisprudenziale interviene la sentenza della Corte di Strasburgo *Del Río Prada c. Spagna*, che ha avuto una certa risonanza, oltre che nel sistema giuridico spagnolo, anche in quello mediatico e politico, e consente di avere un quadro, se così si può dire, conclusivo sull'incidenza delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo anche per quanto riguarda la loro influenza sulla giurisprudenza di merito.

Il caso di specie, come noto, riguarda Inés Del Río Prada, condannata tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Duemila a svariati anni di reclusione per omicidio, consumato e tentato, possesso illegale di armi, danneggiamento, strage e terrorismo.

Visto che i delitti ascritti alla ricorrente presentavano, secondo la *Audiencia Nacional*, un collegamento giuridico e cronologico (assimilabile, per certi versi, al vincolo della continuazione di cui all'art. 81 del nostro codice penale), risultava possibile un accumulo di pene in conformità con quanto previsto con l'art. 988 LECrim<sup>54</sup>, cosicché l'estinzione della pena venne individuata per il 27 giugno 2017.

Nell'aprile 2008 le autorità penitenziarie della regione della Murcia proposero all'*Audiencia Nacional* che la pena della condannata si estinguesse il 2 luglio 2008, tenendo in considerazione i benefici dalla stessa maturati in tema di giorni da lavoro accumulati a partire dal 1988. Nel maggio 2008, tuttavia, la *Audiencia Nacional* rigettò detta proposta, proprio in virtù dell'ormai consolidata *doctrina Parot*, rigettando altresì l'ulteriore ricorso di *súplica* proposto da Inés Del Río nel luglio dello stesso anno.

Del pari, il Tribunale costituzionale, nel 2009, dichiarò inammissibile il ricorso di *amparo* proposto dalla ricorrente in ragione della mancata dimostrazione della rilevanza costituzionale di quanto dedotto nel ricorso<sup>55</sup>.

La Corte europea, chiamata a pronunciarsi sul punto, chiarisce che la propria attività nell'ambito della valutazione dell'art. 7 CEDU consiste nel «verificare che quando una persona commette il fatto che porta poi alla sua condanna, sia vigente una previsione legislativa che consideri quel fatto punibile, e che la pena imposta non ecceda i limiti fissati da quella previsione»<sup>56</sup>. È certamente vero, aggiunge la

<sup>54</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>55</sup> Sulla base della ley orgánica 6/2007, che impone, appunto, al ricorrente in *amparo* di argomentare, nell'atto introduttivo, in merito alla “*especial trascendencia constitucional*” del ricorso medesimo, a pena di inammissibilità.

<sup>56</sup> *Del Río Prada*, cit., § 80.

Corte, che il concetto di “pena” (*penalty*) incluso nell’art. 7 CEDU rappresenta una nozione autonoma, come tutte quelle presenti nella Convenzione, e che laddove la natura e lo scopo di una misura si riferiscano a un cambio nel suo regime per un’estinzione anticipata, questo *non* forma parte della “pena” secondo l’ambito dell’art. 7; tuttavia, la Corte riconosce anche la difficoltà della distinzione, nella pratica, tra la “pena” e la sua “esecuzione”.

Questo comporta che, non solo per quanto attiene alla pena, ma anche per ciò che riguarda la sua esecuzione, vadano considerati gli aspetti di “prevedibilità” che caratterizzano tale pratica: nel caso di specie, la ricorrente, mentre era soggetta all’esecuzione della pena detentiva, poteva ragionevolmente ritenere che il limite massimo non potesse eccedere i trent’anni, a cui sarebbe stata applicata la deduzione dei giorni di lavoro svolti durante la reclusione.

In realtà, l’applicazione della dottrina Parot ha privato di qualunque effetto utile la previsione legislativa che riguarda i benefici apportati alla durata della pena dallo svolgimento di attività lavorative durante la reclusione: questo conduce la Corte a ritenere pienamente applicabile nel caso di specie l’art. 7 CEDU e la giurisprudenza ad esso correlata, dal momento che la dottrina censurata dalla ricorrente non attiene solo all’esecuzione della sentenza, ma anche alla ridefinizione dell’ambito della pena imposta. Il limite dei trent’anni cessa quindi di essere un limite a cui applicare i benefici dati dal lavoro svolto dal detenuto, e si converte in un limite trentennale a cui tali benefici non possono più essere applicabili.

In più, l’interpretazione data dal Tribunale Supremo nel 2006 è del tutto nuova: la ricorrente non avrebbe potuto prevedere, al tempo della sua condanna e della notifica della decisione di accumulare le pene imposte, lo sviluppo della posizione giurisprudenziale del Tribunale Supremo, né tantomeno supporre che da tale giurisprudenza esso si sarebbe discostato. Per questo motivo, la Corte europea dei diritti dell’uomo ravvisa una violazione dell’art. 7 CEDU e, conseguenzialmente, dell’art. 5, considerando illegittima la detenzione della ricorrente, per aver trascorso un periodo di reclusione più lungo di quello previsto dalla legislazione vigente al momento della propria condanna.

Riveste poi particolare interesse la riflessione svolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in merito alle modalità di conformazione alla sua pronuncia da parte dello Stato convenuto in virtù dell'art. 46 CEDU.

In questa pronuncia, infatti, si può ravvisare un'efficace sintesi dei vari “modelli” elaborati dalla Corte stessa sul punto: il primo può essere rintracciato nella sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia*, in cui la Corte europea invita lo Stato convenuto a scegliere, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, la misura più adatta per garantire la *restitutio in integrum* ponendo fine alla violazione continuata ed eliminandone le conseguenze<sup>57</sup>. Il secondo “modello” si può invece individuare nella pronuncia *Broniowski c. Polonia* (GC, 22 giugno 2004), in cui la Corte europea può cercare di indicare la tipologia della misura individuale o generale che può essere adottata per porre fine alla violazione<sup>58</sup>. Il terzo “modello”, infine, è quello rappresentato dai casi *Assanidze c. Georgia* (GC, 8 aprile 2004), *Aleksanyan c. Russia* (22 dicembre 2008) e *Fatullayev c. Azerbaijan* (22 aprile 2010), “casi eccezionali” in cui, secondo quanto esplicitamente riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, “la natura della violazione riscontrata può essere tale da non lasciare reali alternative con riguardo alle misure richieste per rimediarvi”; pertanto, secondo quanto affermato nella pronuncia *Del Río Prada* (§ 138), la Corte di Strasburgo “può decidere di indicare solo quella specifica misura<sup>59</sup>”.

Questo “terzo modello” è, a parere di attenta dottrina<sup>60</sup>, l'espressione di una mutata percezione che la Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti del proprio ruolo e dei propri poteri: infatti, pur senza modificare il concetto fondante presente nella Convenzione, ovvero quello di *individual justice*, secondo cui la Corte deve giudicare il caso concreto con decisioni *inter partes* e non può incidere sulla normativa statale che essa ritiene in contrasto con la CEDU, la giurisprudenza europea degli ultimi anni appare discostarsi da tale principio, in parte in virtù della

<sup>57</sup> “[Una] sentenza in cui la Corte riscontra una violazione impone allo Stato convenuto un obbligo giuridico non solo di corrispondere le somme liquidate in via equitativa, ma anche di scegliere, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se appropriate, individuali, che devono essere adottate nel suo sistema giuridico per porre fine alla violazione e rimuoverne, per quanto possibile, gli effetti” (ECHR, *Scozzari et Giunta c. Italie*, 39221/98 et 41963/98, 13-07-2012, p.to 249).

<sup>58</sup>ECHR, G. Ch., *Broniowski c. Pologne*, 31443/96, 28-09-2005, p.to 194.

<sup>59</sup> ECHR, G. Ch., *Assanidze c. Géorgie*, 71503/01, 8-04-2004, p.ti 202-203; ECHR, *Aleksanyan v. Russia*, 46468/06, 22-12-2008, p.ti 239-240, ECHR, *Fatullayev v. Azerbaijan*, 40984/07, 22-04-2010, p.ti 176-177.

<sup>60</sup> Ci riferiamo a O. Pollicino e V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. Mezzetti, (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, tomo II, Padova, 2011, 6 segg. e 23 segg. Sul punto si tornerà nelle conclusioni del presente lavoro.

più volte citata modifica apportata dal Protocollo 11, in parte a causa dell'allargamento, a partire dall'inizio degli anni Novanta, del sistema del Consiglio d'Europa anche ai Paesi dell'Est, che normalmente non vengono inseriti nel novero degli Stati ritenuti "a democrazia stabilizzata".

È possibile riscontrare come, in molti casi riguardanti questi nuovi membri del Consiglio, le decisioni della Corte europea tendano ad allontanarsi dalla loro natura tipicamente dichiarativa (e i casi *Assanidze*, *Aleksanyan* e *Fatullayev* ne sono chiari esempi) per indicare la soluzione concreta che tali Paesi devono adottare per porre fine alla violazione della Convenzione, creando dunque un nuovo modello rispetto a quello individuato dalla pronuncia *Scozzari e Giunta c. Italia*.

Anche il caso *Del Río Prada*, oggetto della presente analisi, rientra, a parere della Corte, proprio in questo "terzo gruppo", e pertanto, in considerazione delle circostanze del caso e dell'urgente necessità di porre fine alla violazione riscontrata, il giudice di Strasburgo ritiene onere dello Stato convenuto «assicurarsi del fatto che la ricorrente venga rilasciata il più presto possibile (§ 139)»<sup>61</sup>.

Effettivamente, il giorno seguente alla pronuncia della Corte di Strasburgo la *Audiencia Nacional* provvedeva, mediante *auto*, a rimettere in libertà Inés Del Río, fondando la propria risoluzione, oltre che sul carattere, ritenuto vincolante, della sentenza in questione, anche sulla pronuncia 245/1991 dello stesso Tribunale costituzionale, secondo la quale «nonostante la Convenzione, come strumento internazionale, non abbia introdotto un'istanza superiore sovranazionale di revisione o di controllo diretto delle decisioni giudiziali, né obblighi ad eseguire le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo mediante l'annullamento del giudicato e della forza esecutiva della risoluzione giudiziale nazionale, lo Stato è responsabile di scegliere gli strumenti giuridici necessari per ristabilire il diritto violato, poiché la Corte europea è una giurisdizione obbligatoria, a cui il nostro Stato si è sottoposto volontariamente»<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Vanno anche richiamati alcuni concetti contenuti nelle *separate opinions* allegate alla sentenza: ad esempio, il giudice Nicolaou ha espresso parere contrario alla considerazione di una violazione dell'art. 7 CEDU, pronunciandosi invece a favore di una infrazione del solo art. 5 (diritto alla libertà personale); i giudici Mahoney e Vehabović ritengono invece che la dottrina Parot abbia influito solo sull'esecuzione della pena, sotto l'aspetto particolare del calcolo dei benefici in caso di accumulo, e che la Corte abbia trascorso la propria costante posizione, non mantenendo la separazione tra "pena" ed "esecuzione", ovvero tra *penalty* e *enforcement*.

<sup>62</sup> Considerato in diritto (*Fundamento de derecho*) 3.

Proprio con la sentenza 245/1991, il Tribunale costituzionale aveva affermato che se la Corte europea dei diritti dell'uomo « [dichiara] una violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione che costituisca allo stesso tempo una violazione attuale di un diritto fondamentale consacrato nella nostra Costituzione, è competenza [del] Tribunale [costituzionale] giudicarla (FJ 3)». Il Tribunale costituzionale avrà dunque l'obbligo di verificare quali sono le modalità attraverso cui porre fine alla violazione censurata, soprattutto nel caso di una violazione del diritto di libertà, la cui attualità non viene mai meno finché il soggetto ne risulta privo<sup>63</sup>.

La logica conseguenza di questa premessa porta il Tribunale costituzionale a ritenere che (anche se in mancanza di un obbligo specifico espressamente previsto dalla Convenzione) non si possa riscontrare una «carezza di qualunque effetto interno della dichiarazione effettuata da detta Corte sull'esistenza di una violazione di un diritto riconosciuto nella Convenzione (FJ 3)». Pertanto, il Tribunale stesso non può «sottrarsi dalla conoscenza dell'allegata violazione del diritto a un processo giusto con tutte le garanzie, dato che si tratta di un diritto tutelabile in *amparo* e la violazione del diritto fondamentale è suscettibile solo di riparazione effettiva mediante la perdita degli effetti della decisione finale di condanna originaria (FJ 5)»<sup>64</sup>.

Tali affermazioni suppongono che il Giudice delle leggi dia il “via libera” a una piena *restitutio in integrum* del diritto violato attraverso la dichiarazione di nullità degli atti a partire dal momento in cui tale violazione ha avuto origine<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Sul punto, cfr., successivamente e nello stesso senso, SSTC 313 del 2005 e 197 del 2006.

<sup>64</sup> Secondo E. Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, vol. I, Madrid 1992, 259 segg., la pronuncia 245 del 1991 inaugurerebbe un nuovo orientamento giurisprudenziale del Tribunale, ammettendo sostanzialmente che la Corte EDU sia un giudice superiore rispetto alle giurisdizioni nazionali, pur ribadendo la natura dichiarativa delle decisioni della Corte medesima. Tuttavia, le affermazioni contenute nella sentenza furono in parte, secondo alcuni Autori (I. Martín Sánchez, *La recepción por el Tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de derechos humanos*, cit., 91, e C. Ruiz Miguel, *La ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos*, cit., 182), smentite nelle *providencias* del 31 gennaio 1994 in risposta, per così dire, al ricorso di *amparo* presentato dai ricorrenti del caso *Ruiz Mateos*. In queste *providencias*, il Tribunale costituzionale afferma che i ricorsi presentati erano da considerarsi inammissibili, poiché dall'art. 50 (ora 41) CEDU non poteva dedursi che il Tribunale costituzionale “costituisca un grado gerarchicamente subordinato alla Corte europea dei diritti dell'uomo e pertanto obbligato a dare esecuzione alle sue sentenze nell'ordinamento interno” (prov. 31/1/1994, sul ricorso 2292/93).

<sup>65</sup> Va però segnalato il durissimo *voto particular* del giudice Gimeno Sendra in calce alla sentenza 245 del 1991, il quale affermò in quella occasione che l'esecuzione operata dal Tribunale costituzionale (ovvero la decisione di accogliere l'*amparo* dei ricorrenti, riconoscendo il loro diritto a un processo con tutte le garanzie e facendo retroagire tutti gli atti al momento dell'inizio del *juicio oral*) aveva da un lato dato luogo all'identificazione della

Richiamando altresì le pronunce del Tribunale costituzionale 240/2005, 313/2005 e 197/2006, la *Audiencia Nacional*, riscontrando i requisiti in esse elencati per l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, afferma che la pronuncia *Del Río Prada* fa parte di quella categoria di decisioni della Corte di Strasburgo che «dovrebbe provocare [...] la rescissione delle risoluzioni giudiziali definitive che hanno causato la lesione attuale del diritto alla libertà»<sup>66</sup>.

Siamo dunque di fronte a un'esecuzione diretta e immediata della sentenza in oggetto, esecuzione che non si conforma a quanto affermato dal Tribunal Constitucional nella sentenza 245/1991, in ordine alla facoltà esclusiva del giudice delle leggi, e non ai giudici di merito, di valutare la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che dichiara la violazione di un diritto tutelato anche dalla Costituzione spagnola. La *Audiencia* sembra avvicinarsi di più al *voto particular* alla medesima sentenza del giudice Leguina Villa, il quale insiste sulla “natura sussidiaria” dell'*amparo* costituzionale, senza che il Tribunale divenga l'unico organo che può «eseguire o dotare di efficacia interna di annullamento le sentenze pronunciate dalla Corte europea dichiarative di violazione. [...] L'*amparo* del diritto fondamentale così violato [...] corrisponde in primo luogo ai Tribunali ordinari».

Seguendo questa logica, dunque, la *Audiencia Nacional*, nel caso *Del Río*, estrapola i requisiti fondamentali della dottrina elaborata dal Tribunale costituzionale per la rescissione delle sentenze che hanno dato origine alla violazione, in modo del tutto eccezionale.

Tali requisiti sono i seguenti: i) il diritto fondamentale deve essere costituzionalmente riconosciuto e suscettibile di *amparo*; ii) la violazione deve essersi

---

Corte europea dei diritti dell'uomo come una “*supercassazione costituzionale*” e di quello del Tribunale come di un “*mero esecutore*” delle sentenze di detta Corte, trasformando il *recurso de amparo* in un ricorso straordinario di revisione, e dall'altro consentito che il giudice costituzionale potesse rivolgere un monito al legislatore per l'introduzione di nuove vie processuali inerenti all'esecuzione delle sentenze della Corte europea. Nondimeno, in dottrina (M. Iacometti, *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo nel biennio 1991-1992*, in *Giur. cost.*, fasc. 5, Milano, 1993, 3252 segg., e J.L. Requejo Pagés, *La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de las STC 245/1991, “Caso Bultó”)*, in *Rev. Esp. Der. Const.* n. 35, 1992) si ritiene di poter considerare questa pragmatica decisione coerente con la dottrina del Tribunale costituzionale, soprattutto tenendo presente l'affermazione effettuata nella medesima pronuncia, e contenuta per la prima volta nella sentenza 26 del 1981, secondo la quale “*nulla di ciò che concerne l'esercizio da parte dei cittadini dei diritti che la Costituzione riconosce loro potrà mai considerarsi estraneo all'attività di questo Tribunale*”. Va anche ricordata la posizione favorevole alla pronuncia 245 del 1991 di A. Soria Jiménez, secondo cui questa sentenza risponde ad esigenze di giustizia materiale, pur ravvisandone le problematiche dal punto di vista formale (*La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991 (Asunto Barberá, Messegué y Jabardo)*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, n. 35, 1992, 315-319).

<sup>66</sup> FJ 3.

prodotta come conseguenza di una decisione nell'ordine giurisdizionale penale; iii) gli effetti di questa violazione persistono nel tempo e rimangono attuali nel momento in cui si richiede l'esecuzione della sentenza della Corte europea; iv) deve essere coinvolta la libertà dell'individuo.

Rilevata la presenza di questi requisiti, il giudice ordinario procede dunque ad eseguire autonomamente la sentenza *Del Río Prada c. Spagna*.

L'orientamento introdotto anche nell'ordinamento interno in seguito alla pronuncia *Del Río Prada* è stato, almeno in parte, recepito nella giurisprudenza costituzionale successiva, anche se soprattutto per effetto delle opinioni dissenzienti espresse in alcuni casi specifici.

In merito si può citare, in materia di diritto alla libertà personale, la sentenza 35/2014, in cui proprio il *voto particular* dei giudici Asua Batarrita, Ortega Álvarez, Valdés-Dal Ré e Xiol Ríos a riferirsi alla giurisprudenza europea, e in particolare al caso *Del Río Prada*.

Nel caso di specie, attinente alla problematica del computo degli anni di pena detentiva e di custodia cautelare, con il divieto della loro cumulazione (caso in cui il Tribunale costituzionale aveva concluso per la non violazione dell'art. 17 CE, sulla tutela della libertà personale, poiché tale divieto riguarderebbe solo il caso in cui le misure fossero dettate solo per motivi diversi), i giudici dissenzienti richiamano il caso *Del Río Prada* per affermare che l'unica applicazione rispettosa del diritto alla libertà (art. 17.1) è quella che conduce alla conclusione che i benefici [nel corso dell'esecuzione della pena] si riflettano sul massimo imposto effettivo stabilito dall'art. 76 c.p., perché altrimenti si occlude la sua operatività<sup>67 68</sup>.

## **8. – La CEDU nel diritto italiano. La Convenzione da legge ordinaria a parametro di legittimità costituzionale**

Occorre a questo punto svolgere qualche breve considerazione in merito ai rapporti intercorrenti tra giurisprudenza convenzionale e diritto costituzionale italiano, al fine di inquadrare le somiglianze e le differenze intercorrenti tra

<sup>67</sup>*Voto particular*, FJ 5.

<sup>68</sup> Per la giurisprudenza più recente del Tribunal Constitucional in merito all'integrazione convenzionale dell'art. 17 CE, si veda ad esempio la STC 261 del 2015, del 14 dicembre.

l'ordinamento italiano e quello spagnolo in relazione all'influenza esercitata dal diritto CEDU.

Si può formulare, a tal proposito, una preliminare valutazione rilevando come, nel caso italiano, la anteriorità temporale della Costituzione rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo abbia condotto al consolidarsi di numerosi e variegati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali relativi al rango stesso della CEDU (e, in particolar modo, alla sua riconducibilità a specifiche disposizioni costituzionali), nonché alla valenza interpretativa di detto trattato internazionale<sup>69</sup>.

In particolare, è necessario sottolineare come il Giudice delle leggi italiano abbia, sin da anni piuttosto risalenti, riconosciuto la funzione ermeneutica svolta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento al contenuto dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana, sino all'elaborazione del noto criterio dell'interpretazione convenzionalmente conforme cristallizzata nelle sentenze gemelle del 2007<sup>70</sup>, nonché di una serie di ulteriori principi (tra gli altri, la massima espansione delle tutele e il margine di apprezzamento), su cui ci si soffermerà brevemente<sup>71</sup>.

Nello specifico, nella sentenza 317/2009<sup>72</sup> il giudice delle leggi ha chiarito come l'applicazione nell'ordinamento nazionale non possa “implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali”, così introducendo il concetto di “massima espansione delle tutele”, e affermando che la normativa convenzionale arricchisce il contenuto dei diritti costituzionali innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale<sup>73</sup>. Da ciò discende l'obbligo, per

<sup>69</sup> Per un'analisi sistematica delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali, anche di merito e di legittimità, dagli anni Cinquanta al 2007, sia consentito rinviare a V. Rostellato, *Il “dialogo” tra la Corte di Strasburgo, il Tribunal Constitucional e la Corte costituzionale italiana. Profili di comparazione* (tesi di laurea), presso gli archivi dell'Università degli Studi di Milano, Milano, 2014.

<sup>70</sup> Si vedano *ex multis*, ad esempio, le sentt. 388 del 13/22-10-1999 e 367 del 12/26-7-2000.

<sup>71</sup> Riproduce per molti i versi i principi cristallizzati nelle sentenze gemelle anche la sentenza 80 del 7-3-2011 (su cui si veda A. Randazzo, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *www.giurcost.org (Consulta Online)*, 17 giugno 2011).

<sup>72</sup> Sentenza in tema di rapporti tra l'art. 6 CEDU, art. 175 c.p.p. e garanzie dell'imputato nel processo contumaciale. Per un'analisi della sentenza, si veda A. Randazzo, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti*, in *www.giurcost.org (Consulta Online)*, 4 febbraio 2011, che sottolinea come nella sentenza 317 del 30-11-2009 sia stato dedicato spazio, da parte del giudice costituzionale, non tanto all'aspetto formale della collocazione della CEDU nell'ordinamento interno, quanto a quello sostanziale, che si esprime nella necessità di garantire la maggior tutela possibile, nel raffronto tra Convenzione e legge, ai diritti di volta in volta in gioco.

<sup>73</sup> Considerato in diritto, n. 8.

l'interprete, non solo di impedire che per il tramite del meccanismo della norma interposta di cui all'art. 117, c. 1 Cost. si determini una tutela inferiore a quella già presente nel diritto interno, ma anche quello di ammettere, senza preclusioni di sorta, che una tutela superiore (prevista, in questi casi, dai trattati internazionali) possa fare il proprio ingresso nell'ordinamento italiano, pena, altrimenti, la sottrazione di quella tutela ai soggetti titolari di un diritto fondamentale<sup>74</sup>.

### **9. – *Segue.* Il margine di apprezzamento e i limiti all'influenza del diritto convenzionale. Le sentenze 303/2011 e 264/2012**

A partire dal 2011, dopo aver elaborato il principio della massima espansione delle tutele, cristallizzato, come accennato, nella sentenza 317/2009, la Corte costituzionale ha approfondito e affinato i criteri di interazione tra la giurisprudenza costituzionale e convenzionale in tema di diritti fondamentali, introducendo, in particolare, il concetto del “margine di apprezzamento” sussistente in capo al giudice delle leggi italiano. Tale margine consente al giudice costituzionale di interpretare autonomamente le disposizioni convenzionali ponendole in relazione con il diritto costituzionale interno.

In particolare, la Corte costituzionale, dopo un'iniziale favore per l'effetto espansivo riconosciuto alla Convenzione, ha teso alla rimodulazione del ruolo operativo della CEDU nell'ordinamento italiano, chiarendone ulteriormente la portata applicativa e il rango ricoperto nell'ambito delle fonti del diritto nazionale.

Segnatamente, il giudice delle leggi, nella sentenza 303/2011, in tema di legittimità degli interventi retroattivi del legislatore, ha affermato che, in caso di impossibilità di interpretazione convenzionalmente conforme, spetta alla Corte costituzionale risolvere il contrasto tra norma interna e norma CEDU, specificando peraltro che, se è vero che il giudice costituzionale nazionale non può prescindere dall'interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della CEDU, essa può, nondimeno, “interpretarla a sua volta, beninteso nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formatasi al riguardo”, ma «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità

---

<sup>74</sup> Considerato in diritto, n.7.

dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)» (sentenza n. 236 del 2011).

In questa pronuncia viene dunque in rilievo un duplice profilo: un primo aspetto riguardante ancora una volta il sistema delle fonti e l'incidenza che le Corti hanno nel vaglio di legittimità delle norme coinvolte, oltre al loro rango nell'ordinamento; un secondo aspetto, invece, prettamente interpretativo, secondo il quale, in materia di interventi retroattivi del legislatore, come nel caso della sentenza in esame, la Corte costituzionale sottolinea che il veto della Corte di Strasburgo, finalizzato ad evitare la violazione dell'art. 6 CEDU, non può riguardare un intervento legislativo in generale, bensì solo quei casi in cui tale intervento sia finalizzato ad interferire con l'amministrazione della giustizia nelle controversie in cui sia parte lo Stato, al fine di garantire l'esito favorevole della parte pubblica in tali procedimenti, in mancanza dei "motivi imperativi di interesse generale" che soli, secondo la Corte di Strasburgo, giustificano l'intervento retroattivo del legislatore<sup>75</sup>  
76.

Anche la sentenza 264/2012<sup>77</sup> si inserisce nel solco di quella che potrebbe definirsi una limitazione all'influenza riconosciuta al diritto convenzionale nell'ordinamento nazionale.

Anche in questo caso, la Corte costituzionale richiama la propria precedente giurisprudenza in tema di gerarchia delle fonti e di espansione delle tutele garantite dal diritto internazionale dei diritti umani, ma esplicita altresì il concetto di "margine di apprezzamento" nazionale considerato dal giudice costituzionale «rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea». Detto margine «deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la

<sup>75</sup> La sentenza 303 del 9-11-2011 ha suscitato vari commenti dottrinali (cfr. per tutti, A. Bonomi, *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.*), in *www.giurcost.org*, 5 aprile 2012), in particolare con riferimento alla possibilità (riconosciuta in via ipotetica ai giudici comuni e conseguente alle affermazioni della Corte contenute nella sentenza 303 del 2011) di interpretare a propria volta le disposizioni convenzionali.

<sup>76</sup> Conformemente, cfr. Corte costituzionale, sentt. 257 del 19-09-2011, 78 del 2-04-2012, e 191 del 23-06-2014 e ord. 92 del 7-04-2014. Cfr. anche le sentt. 15 del 23-01-2012, 103 del 22-05-2013, 170 del 1-07-2013 e 308 del 10-12-2013.

<sup>77</sup> Sentenza sul noto caso delle "pensioni svizzere". Va rilevato che la sentenza in oggetto, invero, deve essere ricondotta più all'ambito dell'esecuzione della pronuncia europea richiamata dal rimettente (*Maggio et autres c. Italie*, 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08, 56001/08, 31-05-2011), che a quello meramente interpretativo.

tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro».

Il giudice delle leggi ribadisce di non potersi sostituire alla Corte di Strasburgo nell'attività interpretativa delle norme CEDU; tuttavia, la Corte precisa di essere tenuta a «valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009), operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele».

A prima vista, la lettura di questa pronuncia potrebbe condurre a ritenere che la Corte costituzionale si sia pronunciata direttamente sulla norma convenzionale, poiché l'argomentazione è condotta direttamente su tale parametro. In realtà, ad un esame più attento, è agevole comprendere come il giudice costituzionale si stia in realtà concentrando sulla portata dell'applicazione dell'art. 117, c. 1, Cost., verificando la sua idoneità a svolgere la tipica funzione di “finestra”, vale a dire a “far entrare” nell'ordinamento il parametro interposto nell'interpretazione di esso data dalla Corte di Strasburgo. Secondo il Giudice delle leggi, consentire l'ingresso del parametro interposto, in questo caso, avrebbe condotto alla violazione di uno dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, e nella specie il principio di uguaglianza, poiché se la questione fosse stata dichiarata fondata questo avrebbe comportato un ingiustificato trattamento diseguale tra coloro che avevano prestato attività lavorativa in Svizzera in forza delle convenzioni stipulate tra Italia e Confederazione Elvetica e coloro che, invece, avevano sempre prestato attività in Italia e che sarebbero stati sottoposti a un trattamento pensionistico meno favorevole.

Pare quindi potersi affermare che questa pronuncia rappresenta la conferma del fatto che il sistema delle sentenze gemelle non comporta la costituzionalizzazione della CEDU, ma che essa, in quanto parametro interposto, si mantiene sempre a un livello subcostituzionale, potendo essere soggetta a un vaglio di legittimità da parte

del giudice costituzionale che può, al limite, impedirne l'ingresso nell'ordinamento interno.

### 10. – La “battuta di arresto” della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il divieto di contraddire i principi fondanti del sistema nazionale e la superiorità “assiologica” della Costituzione. In particolare, la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale<sup>78</sup>

La giurisprudenza della Corte, anche successiva<sup>79</sup>, pare aver sempre mantenuto, pur affermando i principi sopra brevemente analizzati, un certo *self restraint* in merito alla possibilità di “sbarrare” l'ingresso della giurisprudenza europea nell'ordinamento costituzionale interno, preferendo invece mantenersi su un piano ermeneutico e, se si vuole, più “conciliativo”.

Viceversa, appare assai più decisa, almeno secondo la valutazione di autorevoli Autori in dottrina<sup>80</sup>, rispetto a quanto precedentemente affermato dalla Corte costituzionale, la sentenza 49 del 2015, relativa alla interpretazione della legge nazionale in tema di confisca urbanistica ex art. 44 del d.p.r. 380/2001. Come noto, la questione nasceva dalla supposta incompatibilità tra la previsione della norma citata e l'art. 7 CEDU, anche in considerazione della giurisprudenza convenzionale che ha ritenuto, in plurime occasioni (si vedano, ad esempio, le sentenze *Sud Fondi c. Italia*<sup>81</sup> e *Varvara c. Italia*<sup>82</sup>), che possa procedersi alla confisca solo in presenza di una

<sup>78</sup> Corte costituzionale, sent. 49 del 14-01/26-03--2015.

<sup>79</sup> Per un'analisi sistematica dei principi elaborati dalla Corte rimandiamo a B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2015, 29 maggio.

<sup>80</sup> Si vedano, ad esempio, V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, maggio 2015; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno* e F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, tutti in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 2/2015, D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Forum di Quad. Cost.*, 30 aprile 2015, D. Russo, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. 2/2015; B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2015, 29 maggio.

<sup>81</sup> ECHR, *Sud Fondi c. Italie*, 75909/01, 20-01-2009.

<sup>82</sup> ECHR, *Varvara c. Italie*, 17457/09, 29-10-2013.

condanna penale, in contrapposizione all'invalsa interpretazione nazionale che, al contrario, ravvisa nella confisca una sanzione meramente amministrativa.

In detta pronuncia, come anticipato, la Corte costituzionale, in maniera assai decisa, ritiene preclusa al giudice di Strasburgo qualunque interpretazione sulle disposizioni nazionali, provvedendo altresì a limitare gli oneri di interpretazione conforme ravvisabili in capo ai giudici nazionali agli unici casi della identità tra la fattispecie decisa dalla Corte di Strasburgo e quella decisa dal giudice nazionale, da un lato, e dell'orientamento giurisprudenziale convenzionale “consolidato”<sup>83</sup>, dall'altro, intendendo per tale l'orientamento della Grande Camera, a basso tasso innovativo e privo di opinioni dissenzienti, ovvero l'orientamento evincibile dalle sentenze emesse nell'ambito della procedura pilota. Al di fuori di queste ipotesi, il giudice interno non potrà ritenersi vincolato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Così facendo, la Corte costituzionale sancisce in maniera pressoché definitiva la supremazia “assiologica” della Costituzione rispetto alla CEDU, specificando che l'onere di interpretazione convenzionalmente orientata sarà ravvisabile in capo ai giudici unicamente in presenza dei casi sopra citati, dovendo invece ritenersi insussistente tale obbligo in presenza di sentenze convenzionali prive dei detti requisiti.

Al di là delle valutazioni in merito all'adeguatezza dei criteri elaborati dalla Corte costituzionale per individuare i casi in cui vige l'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme<sup>84</sup>, deve in questa sede essere sottolineato come il

---

<sup>83</sup> Proprio a questo proposito, in dottrina (cfr. ad esempio B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti*, cit.) si è sostenuto che l'operazione logica svolta dalla Corte costituzionale mostra un errore di fondo dovuto all'errata applicazione alla categoria della “giurisprudenza consolidata” (*well-established case law*) del concetto, tipicamente di *civil law*, del “principio di diritto”, che mal si attaglia alla produzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, che elabora principi che difficilmente possono considerarsi univoci e applicabili in linea generale, atteso, piuttosto, l'uso, da parte della Corte di Strasburgo, della tecnica del *distinguishing* (impiegato, invero con scarso successo, anche dalla nostra Corte costituzionale, ad esempio nella sentenza 311/2009), che impone il richiamo ai precedenti in termini ai fini dell'analisi degli elementi di analogia e di differenza con il caso soggetto al vaglio del giudice europeo. Sull'errato utilizzo della citata tecnica, si veda anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ECHR, *Agrati et autres c. Italie*, 43549/08, 5087/09, 6107/09, 7-06-2011.

<sup>84</sup> Su cui si veda l'analisi di G. Ragone, *Nota a Corte cost. 49/2015. Giurisprudenza Cedu e ordinamento interno: nuove istruzioni per l'uso da parte della Corte costituzionale italiana*, in questa *Rivista (Online)*, n. 2 del 2015 e B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti*, cit. In particolare, l'Autrice mostra di non condividere da un lato il riferimento operato dalla Corte costituzionale all'art. 28 CEDU per circoscrivere il concetto di “giurisprudenza consolidata”, che in detta norma ha il solo scopo di delimitare la competenza del Comitato di tre giudici, che possono decidere unicamente sui casi che non pongono questioni nuove e, dall'altro, la

Giudice delle leggi abbia cercato di arrestare, nel solco di quanto affermato (seppure assai più timidamente) già a partire dalle sentenze 348/2007<sup>85</sup> e 264/2012, l'indiscriminato ricorso alla giurisprudenza europea, al fine di evitare (ed è proprio questo il “rimprovero” mosso dalla Corte ai rimettenti<sup>86</sup>) l'interferenza di quest'ultima con l'interpretazione nomofilattica delle disposizioni interne.

## 11. – Qualche considerazione conclusiva

Ciò che emerge dall'analisi dell'interazione tra le pronunce costituzionali e convenzionali degli ultimi anni, come si è tentato di mettere in luce nelle pagine che precedono, è senza dubbio il “nuovo” compito che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha iniziato a svolgere, soprattutto in anni abbastanza recenti, ruolo che sempre di più tende ad avvicinarla a una vera e propria Corte costituzionale, nel senso più classico del termine, anche in ragione del fatto che “le istanze di tipo sostanzialmente «costituzionale», che in passato sembravano tendenzialmente concentrarsi sui meccanismi della giustizia costituzionale «interna», affiorano e si fanno valere sempre più spesso anche davanti ad altri giudici”<sup>87</sup>.

Come un attento orientamento dottrinale pone in luce<sup>88</sup>, la Corte di Strasburgo sta infatti sempre più operando come un giudice dei diritti non più solo individuali, orientando progressivamente la sua competenza verso una funzione assai più universale: ben lungi dallo schema iniziale per cui erano gli Stati i soggetti di diritto

---

distinzione marcata dalla Corte costituzionale tra sentenze rese dalla Grande Camera e dalle Camere semplici. Sottolinea l'Autrice come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo debba essere sempre intesa in senso unitario, secondo quanto previsto dagli artt. 19 e 32 CEDU.

<sup>85</sup> In dottrina (V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, cit.) si rileva come il riferimento alla possibilità della dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di adattamento della CEDU costituisse eventualità del tutto eccezionale, da molti ritenuta integrante più un preoccupazione di sistema e non destinata a concretizzarsi, come dimostrato dal *self restraint* mostrato dalla Corte in occasione della sentenza 264/2012. Viceversa, la sentenza 49/2015 sembra originare una modifica della giurisprudenza e della prassi sino a ora seguita, apparendo idonea a fissare nuovi criteri interpretativi che vanno ben al di là del caso specifico risolto dal Giudice delle leggi. Il carattere innovativo della sentenza 49/2015 viene analizzato anche da B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti*, cit. *Contra*, e a sostegno di una compatibilità tra la citata pronuncia e il sistema delle sentenze gemelle, M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, cit.

<sup>86</sup> Si veda in proposito G. Ragone, *Nota a Corte cost. 49/2015*, cit.

<sup>87</sup> Si veda sul punto V. Onida, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale, istituzione “di confine” fra diritto nazionale e sovranazionale*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 533 segg.

<sup>88</sup> Cfr. O. Pollicino e V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. Mezzetti, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, tomo II, Padova, 2011, 1 segg.

coinvolti nelle controversie oggetto del giudizio della Corte, a partire dal 1998 sono i singoli individui a godere di quella soggettività che sta contribuendo a configurare il giudice europeo come un ulteriore grado di giudizio rispetto a quelli garantiti da ciascuno degli Stati membri, tanto che secondo alcuni autori si potrebbe addirittura parlare di “Corte costituzionale paneuropea dei diritti fondamentali”<sup>89</sup>.

Gli ambiti direttamente o indirettamente toccati dalle decisioni della Corte e la loro “intrinseca costituzionalità”<sup>90</sup>, oltre alla tendenza del giudice europeo ad occuparsi con sempre maggiore frequenza degli aspetti “strutturali” degli ordinamenti nazionali, giungono a declinare una giurisprudenza che gode di sempre maggiore incidenza nella sfera di attività più propriamente “statale”.

Come si è notato in dottrina<sup>91</sup>, infatti, sembra mutata la percezione che la Corte europea dei diritti dell’uomo ha del proprio ruolo e dei propri poteri: pur muovendo da un concetto di fondo presente nella Convenzione che in realtà non è mai stato formalmente modificato, ovvero dalla nozione di *individual justice*, la giurisprudenza europea degli ultimi anni appare discostarsi da tale principio, in parte in virtù della modifica apportata dal Protocollo 11 del 1998 e in parte per l’allargamento, a partire dall’inizio degli anni Novanta, del sistema del Consiglio d’Europa anche ai Paesi dell’Est, che normalmente vengono esclusi dal novero di quelli ritenuti a democrazia “stabilizzata”.

In molti casi riguardanti questi nuovi membri del Consiglio, infatti, le decisioni della Corte europea si sono in un certo qual modo discostate dalla loro natura tipicamente dichiarativa (ad esempio, nei casi *Assanidze*, *Aleksanyan* e *Fatullayev*, che hanno poi avuto ripercussioni sul caso *Del Río Prada*) per indicare la soluzione concreta che tali Paesi dovevano adottare per porre fine alla violazione della Convenzione. In tal modo queste decisioni hanno creato un nuovo modello rispetto a quello individuato dalla pronuncia *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000, in cui si specificava che lo Stato era libero di scegliere le misure individuali e, se del caso, generali, da applicare per interrompere la violazione perpetrata a danno dei ricorrenti. Si potrebbe dunque affermare<sup>92</sup> che questa nuova situazione ha inciso

<sup>89</sup> È questa ad esempio l’opinione di J.F. Flauss, *La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Rev. Fr. dr. const.*, 1998.

<sup>90</sup> Secondo l’efficace espressione di O. Pollicino e V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 8.

<sup>91</sup> *Ibidem*, 6 segg.

<sup>92</sup> O. Pollicino e V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 23 segg.

sulla finalità prevista per la Corte dalla Convenzione, nel senso che il giudice europeo, oltre a “custodire” la CEDU, è arrivato anche a svolgere un ruolo di “scuola democratica” per i Paesi che solo recentemente hanno trasformato in senso democratico il loro precedente regime autoritario.

La tendenza alla “costituzionalizzazione” dell’attività del giudice di Strasburgo ha infatti, in un certo qual modo, travalicato i confini della sua natura “ibrida”, tra Corte internazionale e Corte costituzionale, muovendosi sempre di più da un sistema di *individual justice* a uno di *constitutional justice*<sup>93</sup>, anche in virtù di un’idea “forte” di Convenzione come strumento vivente da interpretare alla luce del contesto ad essa contemporaneo<sup>94</sup>, favorendo dunque un’attività, che potremmo definire *ultra vires*, della giurisprudenza della Corte sovranazionale.

Tale approccio “costituzionale” incide inevitabilmente anche sugli ordinamenti di Spagna e Italia, anche se con modalità differenti.

Nel caso spagnolo, infatti, la “finestra” interpretativa costituita dall’art. 10.2 Cost. consente di gestire l’ingresso della giurisprudenza europea in senso ermeneutico, permettendo un’integrazione dei precetti costituzionali senza che, però, l’incompatibilità eventualmente ravvisata tra ordinamento interno e convenzionale possa tradursi, come si è visto, in una violazione autonoma dell’art. 10.2.

Questo comporta in primo luogo che difficilmente si possa porre il problema, sorto invece nell’ordinamento italiano, delle conseguenze dell’eventuale illegittimità di una norma interna rispetto a una norma convenzionale perché, esistendo la possibilità dell’accesso diretto al Tribunale costituzionale attraverso il ricorso di *amparo*, la violazione individuale sarà oggetto di un esame specifico con efficacia *inter partes*.

Dallo schema della norma interposta presente nel sistema italiano, invece la riconosciuta violazione della CEDU *si traduce* nella lesione dell’art. 117, c. 1 Cost., sempre e necessariamente con effetto *erga omnes*, nonostante le significative erosioni

<sup>93</sup> Ovviamente non si può dimenticare che l’adesione al sistema del Consiglio d’Europa, essendo volontaria, non gode di un obbligo di obbedienza costituzionalmente garantito alle pronunce della Corte europea.

<sup>94</sup> Ci riferiamo qui all’efficace espressione della sentenza ECHR, *Golder c. Royame-Uni*, 4451/70, 21-02-1975, richiamata da B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2012, 240 segg.

subite dal sistema in alcune occasioni, soprattutto per affetto di specifiche pronunce di merito<sup>95</sup>, erosioni che, in ogni caso, la Corte costituzionale stessa ha in più occasioni tentato di arginare, restringendo il margine di influenza esercitato dalla giurisprudenza europea nell'ordinamento nazionale, da ultimo con la sentenza 49/2015 e la “superiorità assiologica” della Costituzione. Tentativi analoghi, posti in essere, però, per mezzo dei *votos particulares*, non hanno avuto gli stessi effetti nel sistema costituzionale spagnolo, attesa la tendenza del giudice delle leggi ad accogliere in senso espansivo la giurisprudenza convenzionale

Tale espansione si inserisce nel solco della moltiplicazione, difficilmente controllabile, dei diritti ricondotti all'alveo di tutela della Convenzione, soprattutto con riferimento a specifiche disposizioni di quest'ultima (ci riferiamo ad esempio al pacifico riconoscimento del diritto alla procreazione da parte della Corte EDU, emerso nei casi *Evans c. Regno Unito* e *Costa e Pavan c. Italia*, o, ad esempio, del “*derecho al silencio*” affermato nel caso *Moreno Gómez*, entrambi ricondotti all'art. 8 CEDU).

Appare dunque assai complesso raggiungere, come auspicato da più parti, un “dialogo” tra Corti interne e Corte EDU, perché, se è vero, come notano alcuni Autori, che “l'angolo visuale tutt'ora prevalente nella dottrina costituzionalistica europea” è quello in cui “il campo di gioco prescelto per la risoluzione dei conflitti è quello della teoria delle fonti in cui competenza delle competenze, gerarchia e *Grundnorm* sono le parole chiave<sup>96</sup>”, con il conseguente rischio di una rigidità di queste impostazioni, è anche vero che la rinuncia *tout court* a tali previsioni, senza nessun equilibrio tra la rigidità delle posizioni tradizionali e l'eccessiva elasticità dell'approccio esclusivamente di merito della Corte EDU comporta, inevitabilmente, o che le Corti costituzionali si adeguino passivamente all'espansione

---

<sup>95</sup> Ci riferiamo qui, a titolo esemplificativo, al noto caso ECHR, *Costa et Pavan c. Italie*, 54270/10, 28 agosto 2012 – 11 febbraio 2013, su cui sono stati prodotti numerosissimi contributi dottrinali. Rimandiamo qui, per un approfondimento sul tema, ai lavori di B. Randazzo, *La bulimia della Corte dei “desideri”*. (Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013), in *Forum di Quad. cost.*, 14 maggio 2013; F. Vari, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II Sezione della Corte EDU*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2013; C. Tripodina, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in questa *Rivista*, 2013, III, 923 segg.; A. Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *www.giurcost.org* (Consulta online), 9 ottobre 2013; B. Liberali, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2014.

<sup>96</sup> O. Pollicino e V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 93 segg.

incontrollata delle competenze del giudice di Strasburgo, oppure che il ruolo del Giudice delle leggi venga del tutto svuotato di significato.

Condivisibile appare dunque la posizione di autorevole dottrina<sup>97</sup>, secondo la quale è ormai imprescindibile l'elaborazione di criteri finalizzati a determinare il percorso dei singoli individui per la tutela dei propri diritti e il rapporto intercorrente fra le Corti deputate a tale tutela, per poter finalmente costruire, attraverso il "dialogo" tra i giudici dei diritti, un modello di "giustizia costituzionale sovranazionale"<sup>98</sup> dove tutte le Corti siano coinvolte, e nessuna esclusa, affinché l'equilibrio dei rapporti tra i giudici europei e quelli nazionali raggiunga un grado di stabilità che garantisca l'effettività e la coerenza della tutela dei diritti fondamentali.

---

<sup>97</sup> Il riferimento è a B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 240 segg.

<sup>98</sup> Secondo l'efficacissima espressione coniata da B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit.





ISSN 2037-6677

2016/3

**La legge 76 del 2016: istituzione delle unioni civili e  
disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime  
riflessioni**

**The Law no. 76 of May 20th 2016: civil unions and  
cohabitation. A brief reflection**

L. Bozzi

## Abstract

The paper analyzes the Law no. 76 of May 20th 2016 concerning “Regulations on civil unions between persons of the same sex and discipline of cohabitation” that introduced in the Italian legal system the protection of same-sex unions. After examining the main differences between marriage (for different-sex couples) and civil union (for same-sex couples), the Author focuses on some critical aspects of cohabitation.

Tag : Marriage, same-sex, cohabitation, Italy, civil union



## La legge 76 del 2016: istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni

di Lucia Bozzi

1. – L'economia del presente lavoro non consente di soffermarsi sull'*iter* di elaborazione e approvazione, sul profilo metodologico e sulla tecnica normativa della l. 20 maggio 2016 n. 76, recante *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*. Pertanto, si tralascerà l'esame di tali profili (pur meritevoli di approfondimento) limitandosi ad una brevissima riflessione esclusivamente su alcuni aspetti – rinunciando così ad ogni pretesa di completezza – della attuale formulazione normativa.

Il testo approvato – composto di un unico articolo in cui sono racchiusi ben 69 commi – può essere idealmente diviso in due parti (cui originariamente corrispondevano due diversi titoli): l'una dedicata alla disciplina delle unioni civili tra soggetti dello stesso sesso, l'unione civile, l'altra alla disciplina della convivenza, accessibile alle coppie omosessuali ed eterosessuali.

Una legge in materia di riconoscimento delle unioni tra soggetti dello stesso sesso era stata sollecitata dalla Corte di Strasburgo<sup>1</sup> e dalla Corte costituzionale, che nella sentenza 138 del 2010 aveva affermato che a tale unione «spetta il diritto

---

<sup>1</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 luglio 2015 - Ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11 - Oliari e altri c. Italia.

fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Ancor più decisamente la Corte costituzionale era intervenuta nel 2014, con la sentenza 170. La vicenda all’origine della pronuncia riguardava due persone già unite in matrimonio, una delle quali aveva ottenuto il riconoscimento del mutamento di sesso. Per questa ragione il matrimonio era stato dichiarato sciolto, nonostante la contraria volontà delle parti interessate, che volevano invece mantenere il vincolo matrimoniale. La Corte costituzionale, nel rinviare alla S.C., dichiarava l’illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore e precisava che «sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell’attuale *deficit* di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti». Evidentemente più incisivo il richiamo al legislatore per quanto riguarda il quando e il *quomodo*, che sembra nelle parole della Corte travalicare la particolarità della fattispecie e assumere portata generale.

*Fil rouge* dell’impianto normativo dell’unione civile (riservata, come detto, alle coppie dello stesso sesso) è il tentativo del legislatore di costruire un modello equiparabile al matrimonio e tuttavia diverso dallo stesso. Quasi inevitabile, pertanto, che ogni riflessione sul nuovo istituto si dipani nel confronto di questo con il matrimonio, tentando di cogliere differenze e coincidenze ed enfatizzando le une o le altre a seconda dell’intento (non privo di connotazioni ideologiche) di considerare l’unione civile in sostanza un matrimonio o, al contrario, istituto a questo per certi aspetti assai simile (e persino assimilabile) sul piano della disciplina ma, indipendentemente dalle più o meno marcate analogie sotto tale profilo,

comunque per sua natura a questo non sovrapponibile, avente carattere individuale e non istituzionale<sup>2</sup>.

Il primo indice del tentativo di differenziare unione civile e matrimonio si coglie nell'*incipit* della l. 76/2016. Il legislatore «istituisce» l'unione civile – istituto quindi di mera creazione legislativa – laddove il costituente *riconosceva* la famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio<sup>3</sup>. Il legislatore non definisce l'unione civile, come del resto non definisce il matrimonio, ma tuttavia si spinge (e non già si limita) a qualificarla – alla stregua della giurisprudenza della Corte costituzionale – «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione» (c. 1). Con il riferimento all'art. 2 Cost. il legislatore intende distinguere l'unione civile dal matrimonio, ricondotto all'art. 29 Cost., mentre le ragioni del riferimento all'art. 3 Cost. appaiono meno chiare e, soprattutto, nell'insieme il richiamo appare ambiguo.

La disciplina delle unioni civili, nonostante i tentativi di differenziazione operati dal legislatore, risulta nel complesso assai vicina a quella matrimoniale.

A differenza di quanto previsto per il matrimonio, la costituzione di un'unione civile è riservata a soggetti maggiorenni. Il matrimonio tra minorenni è però assai raro e da taluni ritenuto persino un pericoloso relitto storico<sup>4</sup>, sicché, in questa prospettiva, la soluzione adottata dalla l. 76/2016 rappresenterebbe un modello da imitare. L'esigenza di differenziare il nuovo istituto dal matrimonio ha indotto il legislatore a non richiamare le norme per esso dettate relative alla promessa di matrimonio, alle pubblicazioni, alle opposizioni, e, soprattutto, alla celebrazione. Né il legislatore ha provveduto a dettare una autonoma (e sufficiente) disciplina delle relative questioni. Alcune omissioni assumono sul piano pratico scarso rilievo. La promessa di matrimonio costituisce se non un retaggio del passato certamente un istituto scarsamente utilizzato ed è ragionevole ritenere che l'ufficiale di stato civile, a prescindere da ogni prescrizione al riguardo, sarà comunque tenuto ad effettuare i necessari controlli sulla sussistenza di eventuali impedimenti. Maggiormente

---

<sup>2</sup> M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 20707; M. Sesta, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, 1771. Nel senso che l'unione civile sia qualificabile come modello di istituzione dal quale nasce uno *status*, Mir. Bianca, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it*, 2/2016.

<sup>3</sup> M. Sesta, *op. cit.*

<sup>4</sup> G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, 3 marzo 2016, in *www.articolo29.it*.

problematiche si presentano invece le lacune in tema di celebrazione. Il c. 2 si limita a prevedere che «due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni» e la formulazione del c. 3, relativa ai compiti dell'ufficiale di stato civile appare ancor più sbrigativa, riguardando esclusivamente la registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile<sup>5</sup>.

Altra distinzione attiene alla disciplina del cognome. Il c. 10 prevede infatti che «mediante dichiarazione all'ufficiale dello stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale dello stato civile». Nella disciplina matrimoniale si prevede invece l'attribuzione alla moglie del cognome del marito e la conservazione dello stesso in caso di scioglimento per morte fino alle nuove nozze. Anche questa soluzione si presenterebbe per taluno preferibile a quella arcaica e non egualitaria prevista per il matrimonio e rappresenterebbe pertanto un modello da imitare<sup>6</sup>.

Al tentativo di differenziare unione civile e matrimonio è da ascrivere anche la scelta di limitare il ricorso alla tecnica del rinvio<sup>7</sup>. Nella formulazione originaria del d.l. l'assimilazione dell'istituto al matrimonio appariva assai più marcata per via dell'ampio rinvio alle norme del codice in tema di matrimonio. La preoccupazione che ciò potesse ingenerare confusione con l'istituto matrimoniale ha indotto il legislatore ad espungere alcuni rinvii. Alcuni, non tutti. E' stato per esempio mantenuto il rinvio di cui al c. 5 agli artt. 65 e 68, nonché alle disposizioni di cui agli artt. 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-*bis* del codice civile. È stato mantenuto il rinvio alle disposizioni di cui al titolo XIII del I libro del codice civile, agli artt. 116, c. 1, 146, 2647, 2653, c. 1, num. 4), e 2659 del codice civile (c. 19). E' stato altresì mantenuto il rinvio alle disposizioni previste dal capo III e dal capo X

<sup>5</sup> Sul punto è intervenuto decreto da parte del Ministero dell'Interno (28 luglio 2016) che tuttavia è possibile chiedersi se davvero superi ogni interrogativo circa il contenuto delle dichiarazioni delle parti e i problemi connessi alla registrazione.

<sup>6</sup> G. Casaburi, *op. cit.* Cfr. sul punto Corte cost., 19 febbraio 2006, n. 61, e CEDU, 7 gennaio 2014, causa Cusan e Fazzo c. Italia, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>7</sup> Sul punto cfr. Mir. Bianca, *op. cit.*

del titolo I, dal titolo II e dal capo II e dal capo V-bis del titolo IV del II libro del codice civile (c. 21), in tema di successioni, ambito ove, pertanto, la posizione della parte dell'unione civile è in tutto equiparata a quella del coniuge. Legittimo domandarsi se la scelta del rinvio sia da ascrivere alla tecnicità delle disposizioni "rinviate", tale da non consentire una loro agevole "riscrittura". È stato invece eliminato il rinvio alle norme in tema di invalidità. Le previsioni codicistiche sul punto sono però state, nella sostanza, interamente recepite. E' stato altresì eliminato il rinvio all'art. 143 c.c., tuttavia, il c. 11 ne riproduce quasi integralmente il contenuto. Si prevede infatti che con la costituzione dell'unione civile le parti acquistino gli stessi diritti e assumano i medesimi doveri, che dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione e che entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni.

Nel tentativo di differenziare l'unione civile dal matrimonio è stato eliminato anche l'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia e di fedeltà. L'eliminazione di quest'ultimo è stata da taluno apprezzata, in quanto retaggio di una impostazione arcaica e illiberale del diritto, sicché «lasciare ... la definizione delle regole della relazione d'amore alle stesse parti del rapporto, è cosa sana e del tutto condivisibile». In questa prospettiva, la nuova legge sulle unioni civili svelerebbe, semmai, «le debolezze della regolamentazione matrimoniale rispetto ad un moderno approccio al diritto di famiglia»<sup>8</sup>. Altra dottrina l'ha invece criticata in quanto obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia e obbligo di fedeltà sono ambedue «strettamente funzionali alla realizzazione di una piena e stabile comunione di vita fondata sugli affetti, obiettivo non solo apprezzabile ma il cui conseguimento dovrebbe essere promosso dall'ordinamento anche riguardo all'unione civile»<sup>9</sup>. Tuttavia, per taluno l'omissione potrebbe ritenersi solo apparente, in quanto la fedeltà è un dovere inderogabile connaturato all'essenza stessa dell'unione civile e comunque riconducibile al dovere di assistenza morale, invece normativamente previsto<sup>10</sup>. Per altri, l'obbligatorietà di comportamenti

<sup>8</sup> M. Gattuso, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, 25 febbraio 2016, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>9</sup> T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 367.

<sup>10</sup> G. Casaburi, *op. cit.*

corrispondenti al contenuto dei doveri che il legislatore ha ommesso di richiamare potrebbe derivare dall'accordo sull'indirizzo di vita, la cui determinazione è prevista (cfr. c. 12) anche per i membri dell'unione civile<sup>11</sup>. Non risulta tuttavia chiaro se l'osservanza di tali obblighi possa essere (esclusivamente) spontanea o, in caso contrario, quali possano essere le conseguenze di una eventuale inosservanza e in particolare, posto che la mancata estensione all'unione civile delle norme in tema di separazione esclude l'applicabilità della disciplina della separazione con addebito, se sia possibile il ricorso alla tutela risarcitoria.

La "riscrittura" dell'art. 144 c.c. nel c. 12 è stata invece "amputata" dell'obbligo, nel concordare l'indirizzo della vita familiare e fissare la comune residenza, di tenere conto non solo delle esigenze di entrambi (i coniugi), ma di quelle «preminenti della famiglia stessa».

Il regime patrimoniale, salvo diversa volontà delle parti, è la comunione dei beni (c. 13). La disciplina prevista negli artt. 159 e 160 c.c. non è richiamata (con la tecnica del rinvio) ma risulta nella sostanza recepita, anche se emendata da riferimenti a matrimonio e sposi. Risultano, al contrario, espressamente richiamati gli artt. 162, 163, 164, 166 c.c. Il mancato richiamo dell'art. 161 c.c. rende invece, paradossalmente, possibile per le parti di un'unione civile, a differenza dei coniugi, «pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi»<sup>12</sup>.

Differenze con la disciplina dettata in tema di matrimonio si riscontrano riguardo allo scioglimento dell'unione. Nella formulazione attuale è stato espunto il rinvio al capo V del titolo VI del libro primo del codice civile contenuto invece nella "originaria versione" del d.l. Vengono quindi richiamate le cause di divorzio "immediato" di cui all'art. 3 n. 1) e n. 2) lettera a), c), d) ed e) della l. 898/1970 (di assai poco frequente verifica). Non viene invece richiamata tra le cause di divorzio la separazione tra coniugi (di gran lunga la causa più frequente) e viene introdotta la possibilità di sciogliere l'unione in via unilaterale e potestativa «quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione

---

<sup>11</sup> T. Auletta, *op. cit.*

<sup>12</sup> Sul punto, G. Oberto, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, 1771.

civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione» (c. 24). Non è previsto alcun obbligo di motivazione e, in particolare, non è necessario addurre la intollerabilità della convivenza o il venir meno della comunione spirituale o materiale tra le parti. In questa prospettiva, è stato rilevato che il richiamo di cui al c. 23 alle cause di divorzio *ex art. 3* della l. 898/1970 risulterebbe sul piano pratico, in sostanza, pleonastico<sup>13</sup>. Le ragioni della “semplificazione” del regime del divorzio sono probabilmente da ascrivere alla volontà del legislatore di “dematrimonializzare” l'unione, rendendola più “leggera” e “fragile” nell'impalcatura. È tuttavia possibile chiedersi se non si sia con ciò realizzata una eterogenesi dei fini. È stato infatti osservato che ormai anche rispetto al matrimonio il controllo giudiziale sulla intollerabilità della convivenza (nella separazione) ovvero sul permanere della comunione spirituale e materiale (nel divorzio) sarebbero a ben vedere solo declamati ma nella sostanza venuti meno. Il regime semplificato previsto per le unioni rappresenterebbe pertanto (ancora una volta) un «modello da imitare»<sup>14</sup>.

In caso di scioglimento dell'unione civile, la legge riconosce alla parte dell'unione le medesime tutele previste dalla legge sul divorzio (c. 25).

Il legislatore interviene poi sull'unione del soggetto che dopo la sentenza di rettificazione di sesso non intenda tuttavia addivenire al divorzio. In tal caso il matrimonio viene automaticamente sciolto e trasformato in unione civile, se i coniugi hanno manifestato la volontà di mantenere in vita il loro rapporto (c. 27).

Infine, in una norma che può definirsi nonostante la collocazione “di chiusura”, il legislatore prevede che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente

<sup>13</sup> E. Quadri, “*Unioni civili tra persone dello stesso sesso*” e “*convivenze*”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. Giur.*, 2016, 7, 893; G. Casaburi, *op. cit.*

<sup>14</sup> G. Casaburi, *op. cit.*

nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» (c. 20). Rinvio automatico, dunque, per leggi, atti amministrativi e contratti collettivi; le norme del codice civile (che è pur sempre una legge) si applicano invece solo se espressamente richiamate. Tra le norme non espressamente richiamate l'art. 78 in tema di affinità. In ragione di tale mancato richiamo, non si costituisce nessun vincolo giuridico tra una parte dell'unione e i parenti dell'altra parte e non sorge quindi alcun obbligo alimentare. Il tratto distintivo rispetto al matrimonio appare, questa volta, significativo e non solo "di facciata": gli effetti dell'unione riguardano esclusivamente i soggetti che ne sono parte. Nel tentativo di neutralizzare la portata "anti-equiparazione" della disposizione si è prospettata la possibilità di ricorrere comunque, ove necessario, all'interpretazione analogica delle norme non richiamate<sup>15</sup>. La soluzione suscita alcune perplessità: in questo caso, infatti, vi sarebbe una chiara volontà del legislatore nel senso della non applicabilità delle norme non espressamente richiamate. Si può criticare la scelta sul piano del merito e perfino della ragionevolezza ma non superarla estendendo all'unione civile in via di interpretazione analogica norme che il legislatore ha per essa dichiaratamente escluso.

Quanto all'adozione – che è facile prevedere costituirà il prossimo tema di dibattito –, il legislatore non si è limitato a escludere l'applicazione delle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184, ma ha aggiunto che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Inevitabile interrogarsi sul significato di una disposizione a dir poco ambigua. L'esclusione della applicabilità delle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184 non ha infatti di per sé valore abrogativo o modificativo di alcunché: affermare che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» appare pertanto pleonastico. Del resto, «previsto e consentito» sono locuzioni che, riferite a una norma di legge, indicano un'endiadi, posto che la legge non può che consentire ciò che prevede; potrebbero acquistare invece (un più autonomo) significato se

---

<sup>15</sup> G. Casaburi, *op. cit.* G. Oberto, *op. cit.*, ritiene non applicabili in via analogica le norme che direttamente disciplinano il matrimonio e i rapporti tra i coniugi, soprattutto per ciò che attiene ai profili personali; applicabili invece «quelle norme che, pur potendo dispiegare effetti sui coniugi o comunque sui loro reciproci rapporti, abbiano a precipuo oggetto materie diverse da quelle sopra indicate: dal contratto, all'illecito, ai diritti reali, alla pubblicità immobiliare e mobiliare».

riferite agli interpreti. Il sospetto che il legislatore abbia con ciò inteso estendere il “restare fermo” anche (o forse, solo, o quanto meno soprattutto) agli orientamenti giurisprudenziali sul punto<sup>16</sup> appare pertanto più che giustificato<sup>17</sup>.

2. – Accanto alla disciplina delle unioni civili il legislatore ha ritenuto di introdurre nel medesimo testo normativo anche la disciplina delle convivenze di fatto.

Ai sensi del c. 36 sono conviventi di fatto «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile». In assenza di indicazioni circa il grado di parentela o affinità è stato (condivisibilmente) proposto di fare riferimento a linee e gradi previsti per il matrimonio e per le unioni civili, non essendo ragionevole contemplare limiti più rigidi per i conviventi di fatto<sup>18</sup> e sembrando estraneo al comune sentire prevedere limiti meno rigidi.

Il rapporto si costituisce in virtù del “fatto” della stabile convivenza e per l'accertamento di essa «si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223» (c. 37). La

---

<sup>16</sup> La prevalente giurisprudenza, come noto, consente l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, lett. d), L. n. 184/1983, anche al convivente dello stesso sesso del genitore, interpretando il riferimento alla «impossibilità di affidamento preadottivo» come impossibilità «giuridica» e non solo «di fatto». In tal senso, v. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109, poi confermata da Corte App. Roma, 23 dicembre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, 699 e da ultimo dalla Suprema Corte (Cass., 22 giugno 2016, n. 12962). L'impianto argomentativo della pronuncia del Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, è sostanzialmente riproposto da Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015; Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015. *Contra*, due pronunce del Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 205, successivamente riformate da App. Torino, 27 maggio 2016.

<sup>17</sup> E. Quadri, *op. cit.*; G. Casaburi, *op. cit.*; R. Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, per il quale «non ci si può, (...) sottrarre dallo stigmatizzare la scelta di metodo del legislatore». *Contra* M. Sesta, *op. cit.*, per il quale «l'unione civile non è sovrapponibile al matrimonio, specie dal punto di vista della filiazione e dell'adozione, le cui disposizioni (...) «restano ferme»; ciò che (...) comporta che la coppia omosessuale non sia ammessa all'adozione neppure nei casi particolari di cui all'art. 44, L. n. 184/1983»; E. Bilotti, *L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)*, nota a Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, di prossima pubblicazione in *Il nuovo diritto civile*, consultato in dattiloscritto per cortesia dell'A.

<sup>18</sup> T. Auletta, *op. cit.*

soluzione è stata criticata in quanto gli elementi oggetto di accertamento (stabili legami affettivi di coppia e reciproca assistenza morale e materiale) si presentano alquanto sfuggenti<sup>19</sup>. Né il riferimento alla dichiarazione anagrafica appare risolutivo posto che, secondo la tesi dominante – e che appare maggiormente aderente al dato normativo – la mancanza di tale dichiarazione non è ostativa all'accertamento ed alla configurabilità della fattispecie e, quindi, all'applicazione della relativa disciplina<sup>20</sup>.

Il c. 38 equipara il convivente al coniuge riguardo ai diritti riconosciuti dall'ordinamento penitenziario (permessi, colloqui, comunicazioni telefoniche, corrispondenza), come del resto già previsto dal d.p.r. n. 230/00. Uguale equiparazione si verifica anche in ambito sanitario circa il diritto di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali (c. 39). Siffatte assimilazioni del convivente al coniuge non presentano particolari criticità e sembrano anzi corrispondere al comune sentire.

Perplessità suscita invece la previsione di cui al c. 40, ai sensi del quale «Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie». Il legislatore non si è infatti limitato ad equiparare il convivente al coniuge ma è maldestramente “piombato” sulla delicatissima materia della legittimazione al rifiuto di cure affermando che ciascun convivente può essere designato *rappresentante* dell'altro. Il ricorso allo schema della rappresentanza – in virtù del quale un soggetto fa valere, con effetti per il rappresentato, una volontà propria – per regolare la materia è tuttavia a dir poco controverso e anzi generalmente negato. Senza contare che, contraddicendo l'andamento complessivo della legge, il legislatore ha finito con l'attribuire al convivente un “ruolo” che non è previsto né per il coniuge né per la parte di un'unione civile, cui dovrebbe essere esteso in via analogica, strada ritenuta difficilmente percorribile rispetto a figli e fratelli, nei confronti dei quali si determinerebbe una irragionevole discriminazione<sup>21</sup>. Con assai dubbia coerenza

---

<sup>19</sup> T. Auletta, *op. cit.*

<sup>20</sup> L. Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1771. In tal senso anche Trib. Milano, ord. 31 maggio 2016.

<sup>21</sup> D. Carusi, *I punti deboli della legge Cirinnà*, in *La Stampa*, 5 maggio 2016.

rispetto a siffatte previsioni, non è stato invece affrontato il problema dei poteri da riconoscersi al convivente stesso in mancanza di una specifica designazione da parte dell'interessato. Ciò induce a chiedersi se il legislatore volesse davvero assegnare al convivente il ruolo di assoluta preminenza che gli attribuisce il c. 40.

Particolare attenzione è prestata alle esigenze abitative del partner superstite. In caso di morte del proprietario della casa di comune residenza, salvo quanto previsto dall'art. 337-sexies c.c., il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni – estesi a tre in caso di convivenza con figli minori o disabili – o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni (c. 42). Tale diritto viene meno se il convivente superstite cessa di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto. In caso di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto. I conviventi sono equiparati alle coppie coniugate ove l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca causa di preferenza nell'assegnazione di alloggi dell'edilizia popolare (c. 45).

Criticata dai commentatori la previsione di cui al c. 46, che introduce nel codice civile l'art. 230 ter, in base al quale «Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato. Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato». La posizione del convivente è considerata unicamente sotto il profilo patrimoniale, mentre il legislatore non dice nulla in merito agli aspetti gestionali/amministrativi, al convivente non è infatti riconosciuto il diritto di prelazione sull'azienda e di partecipazione alle decisioni straordinarie e di destinazione degli utili, riconosciuti agli altri familiari. Anche sotto il profilo patrimoniale la posizione del convivente non è equiparata a quella del coniuge: non è previsto il diritto al mantenimento e non assume rilievo il lavoro prestato nell'ambito della vita comune della “convivenza”. La scelta del legislatore – evidentemente ispirata dalla volontà di differenziare la posizione del convivente da

quella del coniuge – è apparsa distonica rispetto alla *ratio* sottesa alla disciplina dell'impresa familiare e (vieppiù) inspiegabile posto che l'art. 230 bis c.c. riguarda la “famiglia allargata” e assicura piena tutela anche ai parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo.

In caso di cessazione della convivenza, per comune accordo o recesso unilaterale, il convivente che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento avrà diritto – secondo quanto previsto dal c. 65 – agli alimenti, che il giudice assegnerà per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'art. 438, c. 2, c.c. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'art. 433 c.c., l'obbligo alimentare del convivente è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle.

Il c. 50 prevede la possibilità che i conviventi disciplinino «i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza». In primo luogo è possibile segnalare una (evidente) “imprecisione”. Il contratto, che dovrebbe disciplinare i rapporti patrimoniali dei conviventi relativi alla loro vita in comune può infatti contenere, ai sensi del c. 53, «l'indicazione della residenza», che certo non è un rapporto patrimoniale. In secondo luogo, è possibile rilevare alcune “peculiarità” di tale nuovo tipo contrattuale: l'incapacità (del minore di età o dell'interdetto giudiziale) comporta la nullità del contratto, e non già la sua annullabilità. Si replica così la disciplina del matrimonio, del resto richiamata anche nella previsione di nullità «in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza» e in caso di «condanna per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile». Così come il matrimonio, impossibile non notararlo, «Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti».

Nonostante tali coincidenze, contratto di convivenza e matrimonio non sembrano in alcun modo sovrapponibili e la riflessione sul contratto di convivenza più che dal confronto di questo con il matrimonio deve piuttosto muovere dall'interrogativo circa la reale utilità di tale contratto. La stipula di contratti di convivenza non era infatti estranea alla prassi già prima della l. 76/2016. La

questione è allora valutare se l'intervento normativo abbia risolto (in modo efficace ed efficiente) problemi che l'autonomia privata non poteva altrimenti risolvere.

Il giudizio non può che essere perplessa se non addirittura critico. Si prevede la possibilità delle parti di scegliere quale regime patrimoniale la comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del I libro del codice civile – regime per la verità sempre meno utilizzato tra le coppie coniugate – senza tuttavia prevedere una adeguata disciplina pubblicitaria, che viene affidata ai servizi anagrafici. Il c. 52 si limita infatti a prescrivere che «ai fini dell'opponibilità ai terzi», il notaio deve provvedere «a trasmettere copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223».

Soprattutto, il contratto di convivenza si mostra carente nel momento in cui la convivenza manifesta tutta la sua fragilità: la cessazione della convivenza stessa, per cause volontarie (accordo tra le parti e recesso) e non (morte). Rispetto ad ambedue le ipotesi è possibile chiedersi se l'unica tutela consentita sia quella (minima) consistente nella previsione dell'obbligo alimentare di cui al c. 65 – che trova la sua *ratio* nella solidarietà e che pare destinata ad operare a prescindere dal contenuto e perfino dalla stipulazione di un contratto di convivenza – ovvero se sussistano, e quali siano gli “spazi di manovra” per le parti, vale a dire se e in quale misura la questione possa trovare disciplina in sede di autonomia privata. In tal senso non appare di per sé ostativa la formulazione del c. 53, che non indica tra i contenuti del contratto di convivenza la regolamentazione in caso di eventuale cessazione della convivenza stessa. L'elencazione dei possibili contenuti del contratto non sembra infatti tassativa ed è del resto possibile interrogarsi sulla compatibilità di un “contenuto rigidamente vincolato” con un atto di autonomia privata quale è il contratto.

Sul punto la questione più complessa – cui l'economia del presente lavoro consente solo di accennare ma che meriterebbe ben altro approfondimento – riguarda la possibilità di pattuire una somma quale “corrispettivo” (liquidato anticipatamente, in via convenzionale) in caso di cessazione della convivenza imputabile alla volontà ovvero alla condotta del soggetto obbligato. Parte della dottrina ritiene che la violazione degli obblighi contrattualmente assunti, pur

rendendo possibile un giudizio negativo sul comportamento difforme, non legittimerebbe tuttavia pretese risarcitorie o altri effetti sanzionatori, salva, eventualmente, la configurabilità di un illecito extracontrattuale per lesione di diritto fondamentale della persona<sup>22</sup>. Altra parte della dottrina considera tale pattuizione valida (e quindi, in grado di spiegare i propri effetti sul piano giuridico). In questa prospettiva, piuttosto che ricercare astratte argomentazioni “di principio” per affermare l’invalidità di siffatte pattuizioni, si ritiene necessario o comunque opportuno – in funzione di una tutela effettiva per la parte avente diritto – ipotizzare un controllo *ex post* sulla congruità della somma<sup>23</sup>. La tesi è suggestiva e “utile” nella misura in cui risponde alla reale esigenza di individuare soluzioni che offrano alla parte tutela ulteriore rispetto a quella (minima) di cui al c. 65. La questione della validità di una simile pattuizione non può tuttavia essere liquidata frettolosamente, dovendosi confrontare con la libertà di recesso che il legislatore espressamente riconosce. Né è possibile nascondersi che in concreto potrebbe essere facilmente oggetto di contenzioso la valutazione della efficienza causale rispetto alla cessazione della convivenza della volontà o della condotta del soggetto obbligato.

Riguardo alla cessazione della convivenza per causa di morte il legislatore si limita a prevedere quale tutela per il partner superstite il diritto di abitazione nella casa di comune residenza (c. 42, v. *supra*), il diritto di successione nel contratto di locazione e il risarcimento del danno qualora il decesso derivi dal fatto illecito di un terzo (c. 49), questi ultimi due diritti peraltro già riconosciuti dalla giurisprudenza. A ben vedere assai poco. Nulla è detto in merito alla possibilità per i contraenti-conviventi di pattuire attribuzioni patrimoniali a vantaggio (e rispettivamente a carico) dell’uno o dell’altro, destinate ad avere effetto alla cessazione della convivenza per morte. La possibilità di simili attribuzioni avrebbe del resto richiesto mutamenti normativi che invece non si è ritenuto di operare. Il legislatore ha infatti “perso l’occasione” di intervenire sull’art. 458 c.c., modificando o abrogando la disciplina dei patti successori, come da tempo reclamato da quanti criticano l’anacronismo del divieto e sollecitano la riforma della materia. Ciò non significa

---

<sup>22</sup> T. Auletta, *op. cit.*

<sup>23</sup> F. Macario, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 23 giugno 2016. *Contra* T. Auletta, *op. cit.*

impossibilità assoluta di individuare una soluzione al problema (ulteriore rispetto al testamento) nell'ambito della autonomia privata. L'eventuale pattuizione quale donazione *mortis causa* (del tipo *si praemoriar* o *cum moriar*, con attribuzione attuale e produzione differita dell'effetto finale), per esempio, sembra infatti potersi giustificare in ragione della meritevolezza degli interessi sottesi, fermo il controllo – necessariamente *post mortem* – sull'eventuale lesione dei diritti dei legittimari<sup>24</sup>. Si tratta tuttavia di soluzione praticabile sin da prima della l. 76/2016, rispetto alla quale questa appare in sostanza ininfluenta. I (molti) dubbi sulla adeguatezza/utilità dell'intervento normativo riguardo a tale profilo rimangono quindi inalterati.

---

<sup>24</sup> F. Macario, *op. cit.*





ISSN 2037-6677

2016/3

**La tutela delle coppie di persone dello stesso sesso  
nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti  
dell'uomo**

**The legal recognition of same-sex relationships: ECHR  
case-law**

A. Lecis

## Abstract

The paper aims to examine the effects on the national legislations of the jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding the legal recognition of same-sex relationships on the basis of the European Convention of Human Rights. In particular, the article 8 (right to respect for family life) and the article 12 (right to marry and to found a family) in conjunction with the article 14 which provides that the enjoyment of the rights and freedoms shall be secured without discrimination. It further assess Chapin and Charpentier v. France and Oliari & Others v. Italy.

Tag : European Court of Human Rights, same-sex, marriage, Oliari, discrimination



## La tutela delle coppie di persone dello stesso sesso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

di Anna Maria Lecis Cocco Ortu

1. – La Corte di Strasburgo si è occupata della questione della tutela giuridica delle coppie di persone dello stesso sesso secondo due diversi profili, che si fondano su altrettante disposizioni della CEDU. Da un lato, l'esigenza di garantire il riconoscimento giuridico a tali coppie, attraverso una qualche forma di unione legalmente registrata, è stata esaminata sotto il profilo del diritto alla vita familiare, iscritto all'articolo 8 della CEDU. D'altra parte, il diritto al matrimonio, garantito all'articolo 12 della CEDU, è stato anch'esso adottato come parametro, allorché la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'esistenza di un obbligo convenzionale imposto ai legislatori nazionali di consentire alle coppie di persone dello stesso sesso di accedere all'istituto matrimoniale alle stesse condizioni previste dall'ordinamento per le coppie di persone di sesso differente.

Le coppie composte da un uomo e una donna, in effetti, costituiscono inevitabilmente il *tertium comparationis* con il quale la Corte ha dovuto confrontarsi davanti alle istanze di tutela delle coppie di persone dello stesso sesso. Dal momento che l'orientamento eterosessuale rappresenta un presupposto indispensabile, in linea di principio, per costituire le prime, l'orientamento omosessuale comporta l'impossibilità di accedere agli istituti che l'ordinamento riserva alle coppie composte

da un uomo e una donna. Per questo, la questione dell'esistenza di un diritto al matrimonio per le coppie omosessuali o di un obbligo, gravante sul legislatore, di introdurre un istituto *ad hoc* alternativo al matrimonio, è stata esaminata in relazione, rispettivamente, agli articoli 12 e 8 in combinato disposto con l'articolo 14 (divieto di discriminazione)<sup>1</sup>.

Ognuno di questi articoli è stato redatto senza alcun riferimento esplicito né implicito alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Da ciò emerge che non vi era, al momento della redazione della Convenzione, alcuna intenzione di includere espressamente tali coppie nell'ambito di applicazione delle norme in materia di matrimonio e vita familiare, ma nemmeno di volerle espressamente escludere: si trattava di situazioni semplicemente ignorate dal diritto, in nome di quell'eteronormatività che ha caratterizzato, e che fortemente marca tuttora, i nostri ordinamenti<sup>2</sup>.

Tuttavia, decenni di battaglie per l'affermazione dei diritti degli omosessuali e, più di recente, le evoluzioni normative registrate in numerosi paesi, hanno portato a rimettere in discussione il "paradigma eterosessuale del matrimonio"<sup>3</sup>. Sebbene siano sempre più numerose le legislazioni che aprono al matrimonio omosessuale o ad altre forme di riconoscimento legale delle coppie di persone dello stesso sesso, la materia impegna ancora prepotentemente le aule giudiziarie, alla ricerca di tutele che, in molti paesi, tardano ad arrivare dalla politica. Questo spiega perché tali questioni impegnino da diversi anni la giurisdizione europea, la quale, nell'ultimo anno e mezzo, ha avuto modo di pronunciarsi attraverso due sentenze emanate a distanza

---

<sup>1</sup> La lettera dell'art. 14 non fa menzione dell'orientamento sessuale, ma vieta ogni discriminazione, "in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita *od ogni altra condizione*"; sull'orientamento sessuale come categoria "protetta" si veda R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford, 1997.

<sup>2</sup> L'espressione, che si deve a M. Warner (*Introduction: Fear of a Queer Planet*, in *Social Text*, n. 29, 1991, 3), indica l'insieme delle «institutions, structures of understanding and practical orientations that make heterosexuality seem not only coherent ... but also privileged»: così L. Berlant, M. Warner, *Sex in Public*, in *Critical Inquiry*, vol. 24, n. 2 (1998) 547. Sul punto si vedano P. Johnson, *Challenging the Heteronormativity of Marriage: The Role of Judicial Interpretation and Authority*, in *Social and Legal Studies*, 20 (2011), 349; A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in Id. (cur.), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 35.

<sup>3</sup> Questa espressione si deve a B. Pezzini, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale del matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in Id. (cur.), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Napoli, 2008, 91.

di 11 mesi – *Oliari e al. c. Italia* e *Chapin e Charpentier c. Francia* – che rappresentano lo stato attuale della giurisprudenza in materia.

L'analisi di queste pronunce permette, innanzitutto, di constatare che le soluzioni cui è pervenuta, ad oggi, la Corte dinanzi alle istanze legate al mancato accesso al matrimonio o a una tutela equivalente, ovvero alla mancata introduzione di un istituto alternativo ad esso, non sono coincidenti. Se, infatti l'esistenza di un obbligo di tutela giuridica delle coppie omosessuali, al termine di una progressiva evoluzione giurisprudenziale, è oramai espressamente riconosciuta (1), l'apertura del matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso e l'equiparazione tra i regimi giuridici del matrimonio e delle unioni civili sono invece lasciate al margine di apprezzamento statale (2). L'esame delle medesime sentenze, alla luce dei precedenti in materia, consente altresì di mettere in evidenza una tendenza comune nell'evoluzione giurisprudenziale concernente la tutela delle coppie omosessuali, che ben illustra l'impiego della dottrina del margine di apprezzamento da parte della Corte e, soprattutto, la valutazione variabile del consenso europeo ai fini della determinazione del suddetto margine (3).

2. – La CEDU riconosce, all'articolo 8, il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare. Questa disposizione ha trovato applicazione, nella giurisprudenza in esame, in combinato disposto con il divieto di discriminazione sancito dall'articolo 14, che ha portato a estendere tale diritto anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso per rimuovere la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale che ne pregiudicava il godimento da parte delle persone omosessuali.

Per lungo tempo, invero, le coppie di persone dello stesso sesso hanno potuto beneficiare soltanto della tutela della vita privata, che sostanzialmente si opponeva alle ingerenze legislative che vietassero le condotte omosessuali<sup>4</sup>. Solo in tempi più

---

<sup>4</sup> La bibliografia è ad oggi molto vasta. Si segnalano in particolare P. Johnson, 'An Essentially Private Manifestation Of Human Personality': *Construction Of Homosexuality In European Court Of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 10 (2010), 67; R. Wintemute (cur.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, Oxford, 2011, in particolare il capitolo redatto dallo stesso autore, *Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners and Parents under the European Convention*, 713; M. Levinet, *Couple et vie familiale*, in F. Sudre (cur.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002, 107-160. Si veda anche il documento del

recenti la Corte di Strasburgo è giunta a considerare le relazioni tra omosessuali nell'alveo della protezione della "vita familiare". Nella celebre sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010, la Corte ha qualificato come "vita familiare" ai sensi dell'articolo 8 la relazione tra due persone dello stesso sesso che vivono in un'unione di fatto, alla stregua della relazione tra coppie di persone di sesso differente nella stessa situazione<sup>5</sup>. Nella motivazione della sentenza, la Corte aveva allora affermato che, alla luce dell'evoluzione sociale e normativa constatata all'interno degli Stati membri, si doveva ritenere «artificiale mantenere l'opinione che, a differenza di una coppia di sesso diverso, una coppia dello stesso sesso non può godere di "vita familiare" ai sensi dell'art. 8» (par. 94). Per procedere a tale interpretazione evolutiva dell'articolo 8, la Corte aveva preso in considerazione, in particolare, l'evoluzione sociale all'interno degli Stati membri, le evoluzioni delle legislazioni nazionali, il diritto dell'Unione europea<sup>6</sup>.

In quella pronuncia, tuttavia, il diritto delle coppie di persone dello stesso sesso alla protezione della propria vita familiare rimaneva ancora privo di garanzia, dal momento che la Corte non si era spinta fino a sanzionarne la violazione da parte dello Stato in questione per la mancata previsione dell'accesso delle coppie di persone dello stesso sesso al matrimonio<sup>7</sup> o ad un istituto analogo.

Nonostante la mancata condanna dell'Austria nel caso di specie<sup>8</sup>, in *Schalk e Kopf* la Corte ha piantato, tuttavia, i semi per un futuro *revirement*, almeno per quanto riguarda l'obbligo di introduzione di un'unione civile destinata al riconoscimento

---

Consiglio d'Europa, *Key Case-Law Issues. The Concepts of "Private and Family Life"* del 24 gennaio 2007, reperibile all'indirizzo [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>5</sup> ECHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04, 24-06-2010. Su tale giurisprudenza si vedano C. Danisi, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: vita familiare e difesa dell'unione tradizionale*, in *Quad. Cost.*, 2010, 867; M. Gattuso, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in P. Zatti (cur.), *Trattato di Diritto di famiglia*, Milano, 2011, 793, spec. 808 ss.; C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf* in *Dir. um. dir. int.*, 2010, 639. S. Sileoni, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessario*, *ibidem*; M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della corte di Strasburgo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 11, 2010, 1148; L. Paladini, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk e Kopf c. Austria*, in questa rivista, 1, 2011, 137.

<sup>6</sup> ECHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., par. 93.

<sup>7</sup> In effetti, i ricorrenti invocavano anche la violazione del diritto al matrimonio, ma tale argomento è stato respinto dalla Corte.

<sup>8</sup> Nel caso di specie la Corte non condanna l'Austria, che peraltro nelle more del procedimento aveva introdotto una legislazione sulle unioni civili omosessuali.

legale delle coppie omosessuali. Infatti, se è pur vero che la Corte ha deliberato, con una stretta maggioranza di quattro giudici su sette, che l'Austria non ha violato la CEDU per il fatto di non aver introdotto le unioni civili anteriormente al 2010, dalla motivazione della sentenza si evince che un obbligo di riconoscimento giuridico delle coppie di persone dello stesso sesso è già sancito nell'*an*, e che tale obbligo è soggetto al margine di apprezzamento statale solo per quanto riguarda il *quando*<sup>9</sup>. La discrezionalità riconosciuta «in the timing of the introduction» di una legislazione in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso veniva pertanto accordata agli Stati in un momento di transizione, fintanto che non vi era una maggioranza di Stati europei che consentisse il riconoscimento legale delle coppie di persone dello stesso sesso, ma non poteva ritenersi una rimessione in termini a tempo indeterminato.

Tale interpretazione è stata confermata da una sentenza successiva, *Valliantos e altri c. Grecia*<sup>10</sup>, nella quale la Corte ha condannato lo Stato greco per aver violato la Convenzione introducendo un modello di unioni civili riservato alle sole coppie eterosessuali. La Corte, applicando la propria giurisprudenza in materia di non discriminazione tra coppie eterosessuali e omosessuali<sup>11</sup>, ha affermato che, nel momento in cui si introduce un istituto alternativo al matrimonio per il riconoscimento giuridico delle coppie, esso deve essere aperto anche alle coppie di persone dello stesso sesso. Qui comprendiamo tutta la portata di quell'affermazione, contenuta nella sentenza *Schalk e Kopf*, sulla discrezionalità riconosciuta agli Stati «in the timing of the introduction»: i legislatori nazionali sono liberi, fino alla constatazione di un netto consenso europeo sul punto, di decidere quando pervenire all'emanazione di una legge sulle unioni civili, ma una volta che una tale legge è emanata, non rientra nel margine di apprezzamento statale la possibilità di escludere le coppie di persone dello stesso sesso dalla sua applicazione.

---

<sup>9</sup> «What remains to be examined ... is whether the respondent State should have provided the applicants with an alternative means of legal recognition of their partnership any earlier than it did». The Court cannot but note that *there is an emerging European consensus* towards legal recognition of same-sex couples ... Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one ... where States must also enjoy *a margin of appreciation in the timing of the introduction* of legislative changes» (par. 104-106).

<sup>10</sup> ECHR, Gr.Ch, *Valliantos and Others v. Greece*, 29381/09 - 32684/09, 7-11-2013.

<sup>11</sup> Cfr. ECHR, *Karner v. Austria*, 40016/98, 24-07-2003, ECHR, *Kozak v. Poland*, 3102/02, 2-03-2010.

Il progressivo riconoscimento di un obbligo di introduzione delle unioni civili è portato a termine con la sentenza richiamata nell'introduzione, *Oliari e altri c. Italia* del 21 luglio 2015<sup>12</sup>. In questa pronuncia, ben nota e ampiamente discussa nel nostro paese e che pertanto sarà solo brevemente ricordata, la Corte ha condannato l'Italia, per violazione degli articoli 8 e 14, per la mancata introduzione di un istituto giuridico volto ad offrire una tutela giuridica alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Per la prima volta, dunque, la Corte perviene ad una sentenza di condanna per violazione dell'obbligazione nell'*an* e nel *quando*, non riconoscendo un margine di apprezzamento quanto al momento dell'introduzione della normativa. Il *revirement* sul punto è giustificato sulla base di due argomenti. Prima di tutto, la Corte ricorda che «nel contesto della “vita privata” ... qualora sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di una persona, il margine consentito allo Stato sarà ristretto» (par. 162) e che pertanto, in assenza di un consenso europeo sul riconoscimento legale delle coppie di persone dello stesso sesso, «gli Stati godevano di un margine di discrezionalità soltanto relativamente ai tempi dell'introduzione di modifiche legislative» (par. 163). In secondo luogo, la Corte osserva che il quadro normativo, all'interno dell'area dei paesi membri, si è evoluto dal momento in cui era stata emanata la decisione *Schalk e Kopf* e che «un'esigua maggioranza di Stati del Consiglio d'Europa (ventiquattro su quarantasette ...) ha già legiferato a favore di tale riconoscimento e della relativa tutela» (par. 178). In più, la Corte non si limita a prendere in conto il “consenso europeo”, per determinare l'ampiezza del margine, ma fa altresì riferimento alla «rapida evoluzione ... a livello globale, con particolare riferimento ai paesi delle Americhe e dell'Australasia», affermando che essa testimonia «un continuo movimento internazionale a favore del riconoscimento giuridico, al quale la Corte non può che attribuire qualche importanza» (par. 178).

I principi sanciti dalla Corte nella sua giurisprudenza in materia di unioni civili postulano dunque che grava sugli Stati l'obbligo di introdurre una normativa a tutela delle coppie di persone dello stesso sesso e che gli Stati non possono effettuare discriminazioni tra coppie eterosessuali e omosessuali nell'accesso ad istituti diversi dal matrimonio. Se l'obbligo di tutela di tali coppie è oramai sancito nell'*an* e nel

---

<sup>12</sup> ECHR, *Oliari and Others v. Italy*, 18766/11 - 36030/11, 21-07-2015.

*quando*, è nel *quomodo* che gli Stati godono ancora di un ampio margine di apprezzamento.

3. – È dunque la legislazione sul matrimonio, e in particolare sulle condizioni di accesso e sulle prerogative esclusive riservategli, quella che rappresenta, ad oggi, l'ultimo avamposto nel quale gli Stati conservano, in nome del margine di apprezzamento, la possibilità di operare una discriminazione tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali.

La Corte, ad oggi, afferma infatti che la CEDU non impone né vieta l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, in ragione dell'assenza di uno *standard* comune in materia. Nonostante la lettera dell'art. 12<sup>13</sup>, la Corte riconosce che la nozione di matrimonio protetta dalla Convenzione non include esclusivamente il matrimonio eterosessuale, ma abbraccia anche il matrimonio tra persone dello stesso, ove questo sia stato legislativamente previsto. Tuttavia quest'interpretazione evolutiva, cui la Corte perviene anche alla luce dell'art. 9 della Carta dei diritti dell'Unione Europea che adotta una definizione egalitaria di matrimonio, non consente ancora di affermare l'esistenza di un obbligo convenzionale di introduzione del matrimonio omosessuale, in assenza di un consenso europeo<sup>14</sup>.

Queste conclusioni sono state ribadite anche nella recente sentenza *Chapin e Charpentier c. Francia*<sup>15</sup>. La Corte ha affermato che, in ragione «delle connotazioni sociali e culturali profondamente radicate suscettibili di differire notevolmente da una società all'altra» che caratterizzano il matrimonio, si deve riconoscere agli Stati un ampio margine di apprezzamento nella regolamentazione dell'istituto. Ciò significa che, davanti all'emergente obbligo di accordare una tutela giuridica anche alle coppie omosessuali, cercando così di portare la discriminazione tra queste e le coppie eterosessuali entro i limiti della proporzionalità, la Corte ritiene più opportuno imporre l'introduzione di un nuovo istituto giuridico, piuttosto che pronunciarsi sul campo di applicazione di un istituto tipico della tradizione giuridica

<sup>13</sup> Che parla del diritto de «l'uomo e la donna».

<sup>14</sup> Lasciando perciò intendere che anche il largo margine riconosciuto in materia di matrimonio si possa restringere davanti alla constatazione di un consenso europeo.

<sup>15</sup> ECHR, *Chapin and Charpentier v. France*, 40183/07, 9-06-2016.

di ciascun ordinamento e che risulta caricato, nella cultura e nella percezione sociale, di un alto valore simbolico, che peraltro spesso porta a ricondurgli un fondamento comune a quello di analoghi istituti propri di ordinamenti religiosi.

La giustificazione dell'ampio margine di apprezzamento è però ricondotta, oltre che al peculiare valore tradizionale del matrimonio, alla mancanza di un consenso (par. 36), in quanto la Corte rileva che «un certo numero di Stati membri» hanno aperto il matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso, ma senza che ciò possa portare a riconoscere l'esistenza di un obbligo. Il riferimento fatto al numero di legislazioni che prevedono il matrimonio omosessuale fa desumere che, davanti ad un'evoluzione quantitativa che permetta di constatare una maggioranza, il margine di apprezzamento potrebbe ridursi. Tuttavia, come vedremo, il condizionale è d'obbligo quando si fanno pronostici sulla determinazione del margine di apprezzamento, a causa della variabilità dei criteri applicati dalla Corte a tal fine.

La discrezionalità di cui godono i legislatori, in materia di discriminazione tra coppie sulla base dell'orientamento sessuale, non riguarda però soltanto le condizioni di accesso al matrimonio, bensì anche le prerogative riservate a quest'ultimo. Le coppie di persone dello stesso sesso possono perciò subire, senza che ciò comporti una violazione della Convenzione, sia una discriminazione diretta, mediante il divieto di accesso al matrimonio, sia una discriminazione indiretta, che si traduce nell'impossibilità di avere accesso alle tutele accordate attraverso l'istituto matrimoniale alle sole coppie eterosessuali. In questo senso, la legislazione matrimoniale diventa lo strumento per garantire dei privilegi a determinate coppie, il cui godimento è invece precluso ad altre coppie che, a causa del proprio orientamento sessuale, non riempiono le condizioni per potersi sposare.

La Corte di Strasburgo ha rifiutato, fino ad oggi, di pronunciarsi sulla discriminazione posta in essere a causa delle disparità tra il regime giuridico del matrimonio e quello dell'unione civile. In *Chapin e Charpentier* la Corte ribadisce in effetti «che gli Stati rimangono liberi ... di aprire il matrimonio alle sole coppie eterosessuali e che essi godono altresì di un certo margine di apprezzamento per determinare la natura esatta dello statuto conferito dagli altri istituti di riconoscimento giuridico» (par. 48). Nonostante le ricorrenti denunciino il fatto che,

fino al 2013, data di introduzione della legge francese che ha aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, esse abbiano potuto godere, mediante il PACS di una tutela giuridica piuttosto ridotta e non comparabile a quella garantita dal matrimonio<sup>16</sup>, la Corte ha respinto le censure, in nome del margine di apprezzamento statale di cui gli Stati godono quanto alla determinazione del contenuto dei due istituti. La determinazione dell'ampiezza del margine di apprezzamento statale è perciò, ancora una volta, l'elemento cruciale ai fini dell'individuazione dello standard di tutela imposto dalla Convenzione.

4. – L'esame di queste pronunce permette di mettere in evidenza una tendenza generale della giurisprudenza della Corte Edu nella determinazione degli standard di tutela, e che in particolare ha caratterizzato le pronunce in materia di c.d. “nuovi diritti”: la progressiva erosione del margine di apprezzamento statale.

La discrezionalità accordata agli Stati nell'attuazione delle norme della Convenzione, strumento chiave della giurisprudenza europea per combinare armonizzazione e tutela delle specificità nazionali<sup>17</sup>, subisce di regola una compressione in funzione della formazione di un “consenso”: laddove sia delineabile tra gli Stati membri un idem sentire sul livello di tutela da accordare ad un diritto, sull'interpretazione di una nozione, sulle modalità di applicazione di una delle garanzie convenzionali, allora tale consenso vale a limitare la discrezionalità degli Stati nell'attuazione di quelle norme.

Tuttavia, il consenso, a dispetto della sua centralità nell'applicazione della Cedu, è ad oggi una nozione sfuggente: la Corte non ne ha mai dato una definizione, né ha

---

<sup>16</sup> La legislazione sul *Pacte civil de solidarité*, introdotta con legge n. 99-944 del 15 novembre 1999, che ha rappresentato all'epoca una normativa di avanguardia, accorda alle coppie eterosessuali o omosessuali che vi facciano ricorso delle tutele giuridiche più limitate di quelle riconosciute col matrimonio. Le differenze riguardano in particolare la possibilità di scioglimento unilaterale del Pacs, l'impossibilità di godere della pensione di reversibilità in caso di morte del partner, l'impossibilità per le due persone unite dal Pacs di adottare un figlio congiuntamente e di esercitare congiuntamente la potestà genitoriale sui figli di uno dei due partner.

<sup>17</sup> Secondo la definizione di P. Mahoney: «Some interpretational tool is needed to draw the line between what is properly a matter for each community to decide at local level and what is so fundamental that it entails the same requirement for all countries whatever the variations in traditions and culture. In the European system that function is served by the doctrine of the margin of appreciation». P. Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Individous cultural relativism?*, in *19 Human Rights Law Review* (1998), 1.

delineato criteri univoci per la sua individuazione<sup>18</sup>. Se il criterio prevalentemente impiegato sembra essere quello del calcolo delle legislazioni degli Stati membri sulla materia in questione, che adotta la maggioranza come discrimine tra margine ampio o ristretto, la Corte si è spesso basata anche su altri criteri. Talvolta, ad esempio, la rilevazione di una maggioranza di legislazioni statali non è stata ritenuta sufficiente ai fini della riduzione del margine; talaltra, invece, anche in assenza di un consenso maggioritario, la Corte ha riconosciuto agli Stati un margine di apprezzamento ristretto, in funzione dell'evoluzione della società e dell'importanza del diritto in questione<sup>19</sup>.

Il rifiuto dell'argomento del consenso secondo la mera conta dei Paesi che prevedono un determinato standard di tutela è una costante nel progressivo riconoscimento dei diritti LGBTI<sup>20</sup>.

Così è avvenuto nella celebre sentenza *Christine Goodwin c. Regno Unito* dove, pur in assenza di un consenso europeo nelle legislazioni in materia di rettificazione del sesso anagrafico e di accesso dei transessuali al matrimonio, la Corte osserva che «la situazione insoddisfacente dei transessuali operati, che vivono tra due mondi perché non appartengono né a l'uno né a l'altro, non può più durare»<sup>21</sup>. Così, ancora, è avvenuto in *Schalk e Kopf*, laddove la Corte – come è stato ricordato – ha sì riconosciuto un margine di apprezzamento agli Stati in materia di matrimonio per la

---

<sup>18</sup> La regola, ammesso che di regola sia consentito parlare dinanzi ad una prassi giurisprudenziale che sfugge ad una classificazione coerente, sembra essere la determinazione del consenso sulla base dell'analisi delle legislazioni degli Stati parti, che in definitiva si traduce nel calcolo aritmetico delle legislazioni che prevedono o non prevedono un certo livello di tutela. Se queste vanno verso una direzione comune, allora è là che la Corte fissa lo *standard* al quale gli altri Stati devono adeguarsi. Sul vago concetto di consenso europeo e i diversi criteri per la sua determinazione si veda L.R. Helfer, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in 26 *Cornell Int'l L.J.* (1993), 133.

<sup>19</sup> La Corte afferma oramai in maniera costante che il margine di apprezzamento statale deve ritenersi di regola ristretto quando «*a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake*» ECHR, *Dickson v. United Kingdom*, 4-12-2007, par. 78.

<sup>20</sup> Per un *excursus* della giurisprudenza sul punto si rinvia a L. Cooper, *Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1746; G. Repetto, *Figli irricognibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo* in A. Schillaci (cur.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, Roma, 2014, 153. Sul calcolo del consenso in materia di diritto alla vita familiare delle persone LGBTI, sia consentito altresì rinviare a A. M. Lecis Cocco Ortu, *La comparaison en tant que méthode de détermination du standard de protection des droits dans le système CEDH*, in *Rivista AIC*, 2011, 4.

<sup>21</sup> ECHR, *Christine Goodwin v. United Kingdom*, 28957/95, 11-07-2002.

mancanza di un consenso, ma ha altresì ritenuto che non fosse necessario un consenso maggioritario per riconoscere il profilarsi di un obbligo al riconoscimento giuridico delle coppie di persone dello stesso sesso, che è infatti implicitamente sancito (e ribadito in *Valliantos*), lasciando una discrezionalità agli stati solo «in the timing of the introduction». Ed anche in *X e al. c. Austria*<sup>22</sup>, una decisione in materia di omogenitorialità, la Corte ha respinto l'argomento della mancanza di consenso maggioritario, ricordando la duttilità dello strumento del margine di apprezzamento, la cui ampiezza è legata a molteplici fattori, di cui il consenso è solo uno, non l'unico né il principale, e che il margine è da considerarsi ristretto «quando un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo si trova in gioco».

Vi è perciò da ritenere che, sebbene il numero di legislazioni nazionali che abbiano introdotto il matrimonio omosessuale o che equiparino il contenuto del matrimonio a quello dell'unione riservata alle coppie omosessuali sia lontano da raggiungere la maggioranza, tale circostanza non vada necessariamente a compromettere la determinazione di un margine di apprezzamento ristretto e, quindi, il riconoscimento di un obbligo di equiparazione. La Corte potrebbe infatti ritenere sufficiente l'individuazione di un certo consenso nella forma di un *trend*, o potrebbe fondare la propria decisione sull'argomento dell'importanza del diritto in questione.

Un'analisi fedele dell'operato della Corte europea impone però di riconoscere che la sua politica giurisprudenziale è coscientemente determinata tenendo conto di un'esigenza imprescindibile, quella di garantire la propria legittimazione grazie a un delicato equilibrio tra attivismo e deferenza nei confronti del margine di discrezionalità legislativa degli Stati. Su una questione così fortemente rivestita di rivendicazioni identitarie e culturali, la Corte ha perciò tutto l'interesse a evitare di esporsi a critiche, a causa del ricorso ad un'interpretazione evolutiva che possa essere percepita come eccessivamente attivista, in sprezzo delle tradizioni nazionali. Tuttavia, essa non può nemmeno abdicare al proprio ruolo di garante di diritti, in

---

<sup>22</sup> In una questione di omogenitorialità, il governo austriaco e le ONG di orientamento cattolico intervenute invocavano infatti un ampio margine di apprezzamento, in ragione dell'assenza di un consenso europeo in materia di unioni omosessuali e di adozioni in seno a coppie di persone dello stesso sesso.

ossequio a delle specificità meramente culturali e tradizionali. La sfida, per la Corte di Strasburgo, è quella di continuare a svolgere una funzione di impulso verso l'elevazione degli standard di tutela<sup>23</sup>, salvaguardando la legittimazione del proprio operato.

La tendenza osservata fino ad oggi consente di supporre che la Corte possa continuare ad estendere progressivamente l'oggetto dell'obbligazione imposta agli Stati, di modo che il suo controllo porti non solo sulla verifica dell'esistenza di un istituto per il riconoscimento delle coppie di persone dello stesso sesso, ma anche sul contenuto di tale istituto e sulle singole tutele accordate. D'altra parte, davanti a quella che sembra essere un'Europa dei diritti a due velocità, la Corte dovrà altresì cercare di garantire, nell'insieme dei paesi membri, lo standard già fin qui affermato, che impone quanto meno l'obbligo sull'*an* e sul *quando*. I ricorsi attualmente pendenti contro la Russia<sup>24</sup>, per mancanza di accesso al matrimonio o ad un istituto alternativo, rappresenteranno un valido banco di prova in tal senso.

---

<sup>23</sup> Con quello che è stato definito un effetto “sovversivo” del diritto europeo sugli ordinamenti nazionali: così A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, cit., 53.

<sup>24</sup> ECHR, *Fedotova and Shipitko v. Russia*, 40792/10; *Chunosov and Yentushenko v. Russia*, 30538/14 e *Shaykhraynova and Yakovleva v. Russia*, 43439/14.



ISSN 2037-6677

2016/3

**Gestazione per altri e stepchild adoption: gli errori  
del legislatore italiano alla luce del diritto  
internazionale**

**Third-party reproduction and stepchild adoption: the  
mistakes of Italian legislator**

L. Poli

## Abstract

The paper focuses on some critical aspects linked to third-party reproduction, commercial surrogacy and stepchild adoption. The Author analyzes, in particular, the Mennesson case, the Labassee case and the Paradiso and Campanelli case, in which the European Court of Human Rights (ECHR) established that the separation of a child from the family context is an extreme measure that should be used only in the very last resort. It further addresses the same-sex couples' adoption.

Tag : Third-party reproduction, commercial surrogacy, stepchild adoption, Mennesson, Campanelli



## Gestazione per altri e *stepchild adoption*: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale

di Ludovica Poli

1. – La gestazione per altri rappresenta senza dubbio una delle più controverse pratiche di *third-party reproduction*, ovvero quelle tecniche di fecondazione medicalmente assistita che prevedono la partecipazione di uno o più terzi al progetto genitoriale di una coppia<sup>1</sup>. Il timore che il ricorso alla maternità surrogata potesse essere incoraggiato dal riconoscimento della cd. adozione co-parentale (o *stepchild adoption*) ha condotto allo stralcio dell'art. 5 del disegno di legge sulle unioni civili<sup>2</sup>. Sebbene il c. 20 dell'articolo unico della l. 76/2016 consenta, comunque, l'adozione speciale *ex art.* 44(d) della l. 184/83, facendo salvo l'orientamento giurisprudenziale emerso negli ultimi anni<sup>3</sup>, la scelta compiuta dal legislatore è criticabile sotto diversi punti di vista.

---

<sup>1</sup> Costituiscono altre forme di *third party reproduction*: la fecondazione eterologa (consistente nell'utilizzo di gameti – sperma od ovociti – provenienti da un donatore), l'inserimento del DNA mitocondriale di una donatrice negli ovociti della futura madre attraverso una tecnica di manipolazione genetica detta “*spindle transfer*”, nonché la donazione di embrioni.

<sup>2</sup> Tale disposizione estendeva - attraverso una modifica dell'art. 44 c. 1 lett.(b) della l. 4 maggio 1983, n. 184 - a ciascun componente di una coppia omosessuale unita civilmente la possibilità di adottare il figlio, naturale o adottivo, del partner.

<sup>3</sup> Si veda, in particolare, la sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 26-5-2016 con cui è stata avallata l'interpretazione offerta in precedenza dai Tribunali per i minorenni, nonché dalle Corti

Deve infatti constatarsi con rammarico che il potere legislativo ha in sostanza abdicato «alla propria funzione di interprete della realtà sociale»<sup>4</sup>, finendo per lasciare ai giudici il compito di tutelare le (tante) relazioni familiari non tradizionali. Soprattutto, poi, occorre riconoscere che questa scelta di natura politica ha finito per comprimere i diritti di alcuni (*in primis* dei bambini), senza in realtà affrontare i diversi profili problematici che la pratica della surrogazione di maternità innegabilmente pone, anzitutto sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

2. – Nella surrogazione di maternità la gravidanza è portata avanti da una donna (madre portante o surrogata) per conto di una coppia di aspiranti genitori. Si tratta di una pratica dai profili etici e giuridici ben più controversi di altre tecniche di fecondazione medicalmente assistita. Non a caso, con la sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, ha ribadito la perdurante proibizione della gestazione per altri. La Consulta evidentemente temeva che l'ampia interpretazione - offerta in sentenza - del diritto alla salute psichica «come diritto a vedere appagati i propri desideri o bisogni profondi»<sup>5</sup> rischiasse di essere interpretata come un segno di apertura verso la pratica di cui si dice.

In effetti, da un punto di vista sociale e culturale, la gestazione per altri appare ben più problematica della donazione di gameti: essa infatti mette in discussione il ruolo della donna e il significato della maternità ed impone, sotto il profilo giuridico, il superamento del principio *mater semper certa est*. Si tratta, peraltro, di una pratica che ha ormai assunto una dimensione internazionale: è, cioè, sempre più spesso realizzata in un paese diverso da quello di provenienza degli aspiranti genitori, che si spostano per approfittare di condizioni economiche più vantaggiose e, soprattutto, per aggirare impedimenti di natura legale presenti nell'ordinamento di origine. È

---

d'appello di Roma e Torino. Per un commento: M. Gattuso, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, 22-6-2016, disponibile all'indirizzo: [www.articolo29.it/2016/la-vittoria-dei-bambini-arcobaleno/](http://www.articolo29.it/2016/la-vittoria-dei-bambini-arcobaleno/).

<sup>4</sup> M. Gattuso, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, 25-2-2016, disponibile all'indirizzo: [www.articolo29.it/2016/cosa-ce-nella-legge-sulle-unioni-civili-una-prima-guida/](http://www.articolo29.it/2016/cosa-ce-nella-legge-sulle-unioni-civili-una-prima-guida/), ultimo accesso 20-7-2016.

<sup>5</sup> C. Tripodina, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Rivista di Biodiritto*, 2/2014, 82.

chiaro che tale “turismo”<sup>6</sup> (o “esilio”)<sup>7</sup> riproduttivo amplifica le problematiche etico-politiche (*in primis*, il rischio di sfruttamento delle condizioni di disagio economico delle madri surrogate<sup>8</sup>) e determina l’insorgenza di problemi di natura giuridica ogni qualvolta sussista un contrasto tra le scelte normative dello Stato di nascita e quelle dello Stato di destinazione dei bambini<sup>9</sup>. Molto spesso, infatti, il legame di parentela dei bambini è ricostruito in modo diverso nei due ordinamenti nazionali e non è escluso che i nati attraverso maternità surrogata siano considerati apolidi nello stato di nascita e privi, non solo della possibilità di lasciarne il territorio, ma anche del permesso di rimanervi<sup>10</sup>.

L’aspetto più controverso dal punto di vista etico, ma anche giuridico, della gestazione per altri è senza dubbio la sua natura onerosa, che induce i più a definire la tecnica come “utero in affitto”. Su questa forma e non sul diverso caso del “dono del grembo”, in cui la gestazione è portata avanti a titolo gratuito e dunque per mero spirito di solidarietà, conviene soffermarsi. Se infatti è vero che il dono del grembo è l’unica pratica consentita in certi ordinamenti, è altrettanto vero che la maggioranza delle gestazioni per altri avviene dietro il pagamento di un corrispettivo, nonché il coinvolgimento di intermediari.

Seppur con l’astensione di illustri nomi<sup>11</sup>, il Comitato nazionale di bioetica ha

---

<sup>6</sup> Sul tema, vedi R.F. Storrow, *Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory*, in 57 *Hastings Law Journal*, 2005-2006, 295 ss.; G. Pennings, *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, in 28 *Journal of Medical Ethics*, 2002, 337 ss.; G.K.D. Crozier, D. Martin, *How to address the ethics of reproductive travel to developing countries: a comparison of national self-sufficiency and regulated market approaches*, in 12 *Developing World Bioethics*, 2012, 45 ss.

<sup>7</sup> Questo termine è preferibile per M. M. Winkler, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIus*, 1/2015, 245.

<sup>8</sup> G. Labadie-Jackson, *The Reproductive Rights of Latinas and Commercial Surrogacy Contracts*, in 14 *Texas Hispanic Journal of Law & Policy*, 2008, 49 ss.

<sup>9</sup> Tale contrasto di fatto «hides a myriad of different State approaches which may vary even further depending upon the particular factual matrix of the case being considered»: Permanent Bureau della Conferenza dell’Aja, *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. n. 3C, marzo 2014, par. 148. Per un inquadramento della questione: C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 589-604.

<sup>10</sup> *Ibidem*, par. 147.

<sup>11</sup> C. Flamigni ritiene che sia indispensabile analizzare la questione considerando «da un lato il mercato del lavoro e i suoi rapporti con le normative internazionali e dall’altro gli sviluppi del progresso scientifico (senza peraltro dimenticare il modo in cui si modifica la morale di senso comune e cambiano i desideri soggettivi)», mentre per C. Caporale, D. Neri e G. Zuffa stabilire che la maternità surrogata è un contratto che offende la dignità della donna e del figlio implica «negare che intorno alla nascita di quei bambini ci sia un tessuto umano, di investimenti, di pensieri, di desideri, di sentimenti, in primo luogo da parte della madre gestante. Significa cioè negare

condannato l'utero in affitto quale «ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive», ritenendo in particolare che la gestazione per altri a titolo oneroso sia «un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione»<sup>12</sup>.

In effetti questa percezione trova eco anche in sede internazionale. Uno dei primi riferimenti alla pratica in oggetto si rinviene in un documento, non vincolante, adottato nel 1989 dall'*ad hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences*, istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa. In tale rapporto, dedicato alla fecondazione medicalmente assistita, trovava formulazione il divieto di ricorrere a tecniche di maternità surrogata, nonché l'inapplicabilità di eventuali accordi conclusi tra i committenti e la gestante, così come il divieto di qualunque attività di intermediazione e di ogni forma di pubblicità della pratica<sup>13</sup>. In realtà il rapporto riconosceva la possibilità di introdurre eccezioni per via legislativa, ma ribadiva la necessità che la madre surrogata avesse sempre la possibilità di tenere il bambino e non ottenesse alcun compenso per il servizio reso<sup>14</sup>.

Ben più di recente, il Parlamento europeo ha condannato la surrogazione, ritenendo che comprometta la dignità della donna, mercificandone corpo e funzioni procreative e ha auspicato che tale la pratica, «che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, [sia] proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani»<sup>15</sup>.

In effetti, anche in assenza di previsioni specifiche, sembra potersi profilare la contrarietà della gestazione per altri a titolo oneroso a diversi strumenti di diritto internazionale vigenti<sup>16</sup>.

---

soggettività alle donne, per considerarle ancora una volta come corpi “muti”, oggetto di prescrizioni, a partorire o non partorire, secondo volontà altre da loro». Comitato nazionale di bioetica, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, mozione del 18-3-2016, disponibile all'indirizzo: [presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/Mozione\\_Surroga\\_materna.pdf](http://presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/Mozione_Surroga_materna.pdf).

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), *Report on Human Artificial Procreation*, 1989, Principio n. 15, par.1.

<sup>14</sup> *Ibidem*, Principio n. 15, par. 4.

<sup>15</sup> Parlamento europeo, *Risoluzione sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia*, 17 dicembre 2015, n. 2015/2229, par. 115.

<sup>16</sup> Per un approfondimento, sia consentito rinviare a L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Rivista di Biodiritto*, 3/2015, 7-28.

Innanzitutto, essa è qualificabile come transazione attraverso cui un bambino è trasferito da una persona o da un gruppo di persone<sup>17</sup> ad un'altra o più persone, dietro il pagamento di un corrispettivo, e sembra dunque integrare la fattispecie di cui all'art. 2(a) del Protocollo opzionale del 2000<sup>18</sup> alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989<sup>19</sup>. Non a caso il Comitato chiamato a vigilare sull'applicazione della citata Convenzione, ha segnalato come l'uso commerciale di tale pratica possa tradursi nella vendita di bambini non solo con riferimento all'India<sup>20</sup>, ma anche agli Stati Uniti, dove in genere le madri gestanti godono di maggiori garanzie<sup>21</sup>. In questa stessa prospettiva, la surrogazione di maternità a titolo oneroso si pone in contrasto con l'art. 4(c)3 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale, ai sensi del quale il consenso all'adozione da parte del genitore biologico non deve essere indotto «by payment or compensation of any kind»<sup>22</sup>.

Se poi anche si ritenesse che lo scambio, che si realizza attraverso l'accordo di surrogazione, riguardi il servizio prestato dalla gestante e non la consegna dietro corrispettivo di un minore<sup>23</sup>, non verrebbe meno la contrarietà della pratica agli articoli 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina e 3 della

<sup>17</sup> Non solo la madre surrogata, ma anche la clinica e altri ulteriori intermediari.

<sup>18</sup> Protocollo sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini, New York, 2000.

<sup>19</sup> Convenzione sui diritti del fanciullo, New York, 1989.

<sup>20</sup> Comitato sui diritti del fanciullo, *Concluding observations on the report submitted by India under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography* (CRC/C/OPSC/IND/CO/1), 7 luglio 2014, par. 23, lett. (f).

<sup>21</sup> Comitato sui diritti del fanciullo, *Concluding observations on the second periodic report of the United States of America submitted under article 12 of the Optional Protocol to the Convention on the sale of children, child prostitution and child pornography*, (CRC/C/OPSC/USA/CO/2), 2-7-2013, par. 29, lett. (a) e (b).

<sup>22</sup> Convenzione sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale, l'Aja, 1993. La stessa Convenzione sui diritti del fanciullo auspicava all'art. 21 lett. (d) una regolamentazione dell'istituto dell'adozione volta ad escludere ogni «improper financial gain for those involved in it».

<sup>23</sup> J. Tobin, *To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?*, Melbourne Legal Studies Research Paper No. 689, disponibile all'indirizzo: [ssrn.com/abstract=2476751](http://ssrn.com/abstract=2476751), (ultimo accesso 20-7-2016), 21. Alcuni Autori hanno proposto soluzioni pratiche per garantire che la compensazione sia corrisposta per il servizio e non per la cessione del minore. Per C. McLeod e A. Botterel (*A Hague Convention on contract pregnancy (or 'surrogacy'): avoiding ethical inconsistencies with the Convention on adoption*, in *7 International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2014, 226), il corrispettivo andrebbe versato a prescindere dal buon esito della gravidanza, dunque anche nel caso di aborto; per K. Trimmings e P. Beaumont (*International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the international level*, in *7 Journal of Private International Law*, 2011, 644) sarebbe sufficiente stabilire un importo massimo a titolo di corrispettivo per il servizio.

Carta Europea dei diritti fondamentali, ai sensi dei quali né il corpo umano né le sue parti possono essere, in quanto tali, fonte di profitto. Tali norme debbono intendersi proibire non solo la commercializzazione degli organi (nonché tessuti e cellule) in sé, ma anche delle loro funzionalità. Il principio che le ispira, infatti, è che la riduzione a merce di scambio di beni e valori che non hanno di per sé natura commerciale rappresenta una violazione della dignità umana.

Secondo alcuni, infine, un ulteriore profilo di incompatibilità si riscontra con la norma formulata all'art. 5 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, che riconosce la funzione sociale della maternità, la quale mal si concilia con la sua mercificazione<sup>24</sup>.

Sono dunque molteplici e fondati gli argomenti a sostegno dell'illiceità della *commercial surrogacy* dal punto di vista del diritto internazionale ed è pertanto comprensibile che diversi ordinamenti (in particolare quelli più "paternalistici") considerino tale pratica contraria alla morale ed all'ordine pubblico. Tuttavia, pur partendo da tale constatazione, occorre chiedersi se il mancato riconoscimento dell'istituto dell'adozione co-parentale sia davvero funzionale a ridurre il ricorso a tale pratica e, soprattutto, se tale scelta sia legittima alla luce dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, *in primis* dei bambini. La risposta ad entrambi i quesiti è in senso negativo.

3. – Da un punto di vista fattuale, occorre innanzitutto riconoscere che buona parte delle coppie che fanno ricorso alla maternità surrogata sono composte da individui di sesso diverso, spesso uniti in matrimonio. Secondo quanto riportato da alcune testate giornalistiche<sup>25</sup>, e confermato da agenzie che si occupano di maternità surrogata<sup>26</sup>, l'ottanta per cento delle coppie che ricorrono a tale pratica sono eterosessuali. In effetti molti degli ordinamenti che consentono la surrogazione di maternità pongono chiare limitazioni quanto all'orientamento sessuale di chi può

<sup>24</sup> B. Stark, *Transnational surrogacy and international human rights law*, in 18 *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, 2011-2012, 380.

<sup>25</sup> Così, S. Ambrogi, *Diritti civili e utero in affitto: davvero le due questioni sono così connesse?*, in *L'Espresso*, 30-3-2015, A. Malaguti, *Io e Adriano finalmente padri, grazie ai soldi per l'utero in affitto*, in *La Stampa*, 14-2-2016.

<sup>26</sup> V., in particolare, il sito dell'agenzia spagnola Life bridge: [lifebridgeagency.it/blog/il-80-dei-processi-della-maternit-surrogata-sono-delle-coppie-eterosessuali/#](http://lifebridgeagency.it/blog/il-80-dei-processi-della-maternit-surrogata-sono-delle-coppie-eterosessuali/#).

avervi accesso. Stando ai dati raccolti dalla Conferenza dell'Aja per il diritto internazionale, sarebbe di fatto possibile per una coppia omosessuale fare ricorso alla surrogazione di maternità solo negli Stati Uniti, in Australia e in Sudafrica (mete dove il percorso è decisamente più oneroso)<sup>27</sup>, nonché nel Regno Unito, dove tuttavia è consentita solo la *surrogacy* altruistica, il che riduce sensibilmente il numero delle candidate a madre surrogata<sup>28</sup>.

È dunque ovviamente da escludere che la mancata previsione della *stepchild adoption* nella legge sulle unioni civili abbia un impatto deflattivo sul ricorso di coppie eterosessuali alla maternità surrogata all'estero, ovvero nella maggioranza dei casi in cui essa è praticata.

In ogni caso, tale omissione non è legittima perché finisce per produrre una compressione del diritto dei figli al riconoscimento dei rapporti parentali, come strumento atto a contrastare un fenomeno che si considera inaccettabile. La scelta operata dal nostro legislatore appare dunque in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea ed in particolare con i principi formulati nelle decisioni relative a casi di surrogazione di gestazione, nonché con la tendenziale apertura verso forme alternative di famiglia, che emerge nelle sentenze in materia di adozione da parte di omosessuali.

4. – La Corte non si è mai espressa sulla surrogazione di maternità in sé, ma si è piuttosto soffermata a valutare l'impatto delle scelte operate dagli Stati convenuti sui diritti delle coppie e dei bambini nati attraverso tale tecnica. Particolarmente rilevanti sono i casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*<sup>29</sup> – in cui la Corte ha censurato il rifiuto delle autorità francesi di trascrivere i certificati di nascita di

---

<sup>27</sup> Secondo talune stime, mentre il costo di una surrogazione realizzata in India sarebbe incluso tra 10,000 e 35,000 dollari, negli Stati Uniti il prezzo della medesima pratica sarebbe compreso tra 59,000 e 80,000 dollari: U.R. Smerdon, *Crossing bodies, crossing borders: international surrogacy between the United States and India*, in 39 *Cumberland Law Review*, 2008, 32.

<sup>28</sup> Permanent Bureau della Conferenza dell'Aja, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. n. 10, marzo 2012, 14, nt. 80.

<sup>29</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, quinta sezione, ricorso n. 65192/11, *Menesson c. Francia* e ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, sent. 26-7-2014. Per un commento: C. Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*.

Nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. V 26 giugno 2014 (*Menesson c. Francia*), in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 1132-1139.

bambini nati attraverso *surrogacy* negli Stati Uniti – ed il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*<sup>30</sup>, avente ad oggetto l'allontanamento di un bambino nato attraverso gestazione surrogata dalla coppia committente, a cui non risultava legato geneticamente.

Nelle citate decisioni, la Corte mantiene ben distinte due questioni: da una parte, la valutazione compiuta dall'ordinamento interno circa la liceità/legittimità della gestazione per altri e, dall'altra, la condizione dei bambini nati attraverso tale tecnica<sup>31</sup>.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte non prende mai posizione sull'ammissibilità o meno della surrogazione di maternità, né sulla sua conformità agli standard di tutela di diritti umani, limitandosi a valutare l'ampiezza del margine di apprezzamento degli Stati nei casi di specie. Così, nelle decisioni *Mennesson* e *Labassee*, la Corte, pur riconoscendo che il rifiuto di trascrivere gli atti di nascita fosse espressione della scelta etica operata dall'ordinamento interno e garantisse coerenza normativa rispetto al divieto di maternità surrogata, ha affermato di non voler entrare nel merito dell'eccezione di ordine pubblico<sup>32</sup> e si è limitata a precisare che il margine di apprezzamento degli Stati è ristretto, allorché sia in gioco il rapporto di filiazione, dal momento che questo rappresenta un aspetto fondamentale dell'identità (e dunque della vita privata) degli individui<sup>33</sup>.

Una volta definita l'ampiezza della discrezionalità di cui godono gli Stati, la Corte considera la posizione dei bambini, ben distinguendola da quella dei genitori, la cui scelta di muoversi contro i dettami normativi nazionali è incidentalmente sottolineata nelle decisioni. Così, in *Mennesson* e *Labassee*, la Corte ha negato che la mancata trascrizione dell'atto di nascita costituisca una violazione del diritto alla vita familiare dei genitori, ritenendo in particolare che fosse ravvisabile un equilibrio tra gli interessi dello Stato e quelli degli individui coinvolti<sup>34</sup>. Diversamente, la Corte ha riconosciuto una violazione del diritto alla vita privata dei figli delle due coppie. Per i

<sup>30</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sent. 25-1-2015. Per un commento: A. Schuster, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, 834-840; M. Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIus*, 2015, 160-173.

<sup>31</sup> Così pure nella sent. 21-7-2016, relativa ai casi *Foulon* e *Bouvet*, ricorsi n. 9063/14 e 10410/14, in cui la Corte richiama le conclusioni raggiunte in *Mennesson* e *Labassee*.

<sup>32</sup> *Mennesson*, cit., par. 83-84, *Labassee*, cit., par. 62-63.

<sup>33</sup> *Mennesson*, cit., par. 79-80, *Labassee*, cit., par. 58-59.

<sup>34</sup> *Mennesson*, cit., par. 87-94, *Labassee*, cit., par. 66-73.

giudici, sebbene la scelta di non riconoscere il rapporto di filiazione fosse legittimamente volta a mantenere la coerenza con il divieto di *surrogacy* formulato nell'ordinamento interno, essa aveva avuto un'importante conseguenza non solo sui genitori (i quali – insiste la Corte – avevano scelto di ricorrere a tecniche vietate), ma anche sui bambini, il cui diritto alla vita privata aveva finito per essere sensibilmente compromesso<sup>35</sup>. In particolare, a seguito della mancata trascrizione, i minori si trovavano in uno stato di incertezza giuridica atta a minarne l'identità, oltre a comprometterne la possibilità di ottenere la cittadinanza francese e di far valere i diritti di successione<sup>36</sup>.

L'approccio della Corte trova conferma nella decisione relativa al caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* in cui i giudici hanno ritenuto che l'intromissione nella vita privata dei ricorrenti – rappresentata dalla dichiarazione dello stato di abbandono e dall'allontanamento del minore – fosse prevista dalla legge e finalizzata a scopi legittimi (in particolare, la difesa dell'ordine pubblico e la tutela dei diritti e delle libertà del bambino<sup>37</sup>). Tuttavia, essi hanno ribadito la portata ristretta del margine di apprezzamento, quando vi siano in gioco interessi particolarmente importanti<sup>38</sup> e, pur ritenendo ragionevole la scelta di dichiarare lo stato di abbandono del minore<sup>39</sup>, hanno chiarito che l'allontanamento è una misura estrema, da adottarsi solo in casi molto circoscritti, in cui vi sia la necessità di tutelare il bambino da un pericolo imminente<sup>40</sup>. In questo caso, dunque, è ancor più evidente la necessità che la Corte percepisce di tenere distinte le scelte dell'ordinamento in materia di maternità surrogata e la tutela della posizione del minore incolpevole. Non a caso – e molto significativamente – la Corte ha dichiarato che il riferimento all'ordine pubblico non può essere considerato una “*carte blanche*” in grado di giustificare qualunque misura e che l'obbligo di considerare l'interesse superiore del minore grava sullo Stato «*indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*»<sup>41</sup>.

Insomma, se l'assenza di un consenso sulla maternità surrogata tra i paesi

<sup>35</sup> *Menesson*, cit., par. 99, *Labassee*, cit., par. 78.

<sup>36</sup> *Menesson*, cit., par. 96-98, *Labassee*, cit., par. 75-77.

<sup>37</sup> *Paradiso e Campanelli*, cit., par. 71-72.

<sup>38</sup> *Ibidem*, par. 74.

<sup>39</sup> Alla luce dell'assenza di un legame genetico tra il bambino ed i ricorrenti, *Paradiso e Campanelli*, cit., par. 72 e 76.

<sup>40</sup> *Ibidem*, par. 80.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

membri, che ben rivela l'estrema delicatezza della questione, suggerisce di riconoscere ampia discrezionalità agli ordinamenti interni per quanto riguarda la decisione di consentire o meno tale tecnica, la necessità di tutelare interessi particolarmente importanti, restringe sensibilmente il margine di apprezzamento degli Stati, a maggior ragione quando la questione riguardi dei bambini. Ed è sempre la posizione di costoro, la cui stessa esistenza – paradossalmente – dipende dalla violazione della normativa nazionale, che la Corte tutela, confermando che l'interesse superiore del minore funziona quale contro-limite all'ordine pubblico<sup>42</sup>.

5. – In materia adozione da parte di omosessuali la Corte non ha mai analizzato la questione dalla prospettiva del minore e del suo superiore interesse, essendo stata piuttosto chiamata ad esprimersi sulle violazioni del combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU subite dalle coppie.

La giurisprudenza in materia è tuttavia interessante perché registra importanti successi rispetto al riconoscimento di forme alternative di famiglia meritevoli di tutela.

In particolare, nel caso *EB c. Francia*, la Corte ha ravvisato una violazione del combinato disposto degli articoli 14 e 8 CEDU, riconoscendo che il rifiuto di autorizzare l'adozione da parte della ricorrente era stato determinato esclusivamente dall'orientamento sessuale di quest'ultima e ritenendo che «des raisons avancées par le Gouvernement ne sauraient être qualifiées de particulièrement graves et convaincantes pour justifier le refus d'agrément opposé à la requérante»<sup>43</sup>. La sentenza è significativa, come non ha mancato di notare la dottrina<sup>44</sup>, perché consacra l'idea che una famiglia *same-sex* possa essere un ambiente adatto per la crescita di un bambino, superando l'atteggiamento titubante manifestato in una

---

<sup>42</sup> F. Mosconi, C. Campiglio, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, Utet, 2005, 358; S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 9, 2015, 207.

<sup>43</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, ricorso n. 43546/02, *E.B. c. Francia*, sent. 22-1-2008, par. 94.

<sup>44</sup> G. Letsas, *No human right to adopt*, in 1 *UCL Human Rights Law Review*, 2008, 134 ss.; P. Johnson, *Heteronormativity and the European Court of Human Rights*, in 23 *Law Critique* 2012, 46; L. Hart, *Individual adoption by non-heterosexuals and the order of family life in the European court of human rights*, in 36 *Journal of Law and Society*, 2009, 557.

precedente decisione<sup>45</sup>.

La Corte si è poi occupata di adozione co-parentale nel caso *X e altri c. Austria*<sup>46</sup>, in cui ha stabilito che l'impossibilità per le coppie omosessuali di procedere ad adozione co-parentale rappresenta una violazione del combinato disposto degli articoli 14 e 8 CEDU, allorché tale misura sia consentita alle coppie eterosessuali non sposate. Sebbene tale decisione (in linea con le sentenze *Gas e Dubois c. Francia*<sup>47</sup> e *Oliari ed altri c. Italia*<sup>48</sup>) confermi che rientra nel margine di apprezzamento degli Stati consentire o meno l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali, nonché regolare diversamente lo status delle coppie coniugate e quello delle coppie di fatto<sup>49</sup>, essa rappresenta senza dubbio un importante passo avanti per il riconoscimento delle tante famiglie che esulano dall'idea strettamente biologica di legame genitoriale. In particolare, dopo aver notato che l'ordinamento austriaco favoriva l'inserimento dell'adottato in un ambiente che riproducesse le condizioni della famiglia biologica (composta cioè da due genitori di sesso opposto)<sup>50</sup>, la Corte ha ricordato che, se la salvaguardia della famiglia tradizionale rappresenta, in linea di principio, un motivo idoneo a giustificare una disparità di trattamento, lo Stato deve comunque scegliere misure di tutela tenendo conto dell'evoluzione della società, «including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one's family or private life»<sup>51</sup>. I giudici hanno così dato il giusto rilievo alla

---

<sup>45</sup> Nella decisione *Fretté c. Francia* (ricorso n. 36515/97, sent. 26-2-2002) la Corte aveva infatti riconosciuto come legittima la scelta delle autorità francesi di negare l'autorizzazione all'adozione, alla luce della scarsità di conoscenze scientifiche sulle conseguenze dell'accoglienza di un minore da parte di uno o due genitori omosessuali, da una parte, e della sussistenza di un ampio margine di apprezzamento degli Stati in materia, dall'altra (par. 42).

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, ricorso n. 19010/07, *X e altri c. Austria*, sent. 19-2-2013.

<sup>47</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, ricorso n. 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*, sent. 15-3-2012: i giudici hanno escluso una violazione del combinato disposto degli art. 14 e 8 CEDU quanto all'impossibilità per una coppia omosessuale di procedere ad adozione co-parentale poiché tale istituto era riservato, nell'ordinamento francese, alle sole persone unite in matrimonio, condizione non assimilabile a quella delle ricorrenti (par. 68).

<sup>48</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, quarta sezione, ricorsi n. 18766/11 and 36030/11, *Oliari ed altri c. Italia*, sent. 21-7-2015, in cui - pur condannando lo Stato convenuto per l'assenza di tutela giuridica delle coppie omosessuali - la Corte ha esplicitamente ribadito che rientra nella discrezionalità dei singoli Stati riconoscere il diritto al matrimonio anche alle coppie *same-sex* (par. 192).

<sup>49</sup> P. Johnson, *Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights: Gas and Dubois v France*, in 75 *The Modern Law Review*, 2012, 1136.

<sup>50</sup> *X e altri c. Austria* cit., par. 137.

<sup>51</sup> *Ibidem*, par. 139.

dimensione sociale del vincolo parentale.

L'attenzione che la Corte dimostra per l'evoluzione sociale e culturale in Europa (attestata anche dall'art. 7.2 della nuova versione della Convenzione europea sull'adozione dei minori<sup>52</sup>) è peraltro in linea con l'interpretazione della Convenzione quale *living instrument*, un'interpretazione dinamica, cioè, che tenga conto delle «present day conditions»<sup>53</sup>.

6. – Dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea emerge che, a prescindere dalla valutazione che ciascun ordinamento compie sull'ammissibilità della surrogazione di maternità, il principio dell'interesse superiore del minore milita a favore del riconoscimento giuridico di ogni rapporto familiare di fatto. E' evidente che tale impostazione abbia conseguenze pratiche molto significative rispetto alle scelte di natura etica compiute in sede nazionale. Imponendo agli Stati di riconoscere effetti legali ai risultati della surrogazione di maternità realizzata all'estero, la Corte limita gli strumenti attraverso i quali le autorità nazionali possono dissuadere il turismo riproduttivo ed ostacolare il ricorso ad una pratica che considerano contraria all'ordine pubblico. Tuttavia, se è certamente auspicabile una normativa internazionale che ben distingua tra “utero in affitto” e “dono del grembo” e regoli la pratica tenendo in considerazione gli interessi di tutte le persone coinvolte<sup>54</sup>, agli ordinamenti contrari alla maternità surrogata non resta che elaborare soluzioni normative che ne scoraggino il ricorso, senza compromettere i diritti di terzi, incolpevoli, quali i bambini. Non bisogna dimenticare, infatti, che la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è considerata dalla stessa Corte europea particolarmente odiosa: ogni differenza di trattamento che si fondi su questa sfera dell'intimità individuale deve essere, dunque, solidamente giustificata. Questo principio deve essere ribadito (e anzi inteso in senso ancor più forte) quando ad essere discriminati siano i bambini, in ragione dell'orientamento sessuale dei propri genitori.

---

<sup>52</sup> Convenzione europea sull'adozione dei minori (riveduta), Strasburgo, 2008.

<sup>53</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 5856/72, *Tyrer c. Regno Unito*, sent. 25-4-1978, par. 183.

<sup>54</sup> Non si ignora, tuttavia, che quello della natura *profit* della pratica è un nodo cruciale che difficilmente potrà essere risolto a livello internazionale, stante il numero crescente di stati per cui il turismo procreativo risulta essere piuttosto lucrativo.



ISSN 2037-6677

2016/3

**Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili  
di diritto comparato e tenuta del principio di  
eguaglianza**

**Civil unions between persons of the same sex:  
comparative law and principle of equality**

**A. Schillaci**

## Abstract

The paper focuses on the civil unions between persons of the same sex comparing Germany and Italy in relation to the principle of equality. In particular, the Author analyzes the article 1, paragraph 20, of the Law No. 76 of May 20th 2016, that treats civil unions in the same way as marriage. It further addresses the critical aspects of the article 1, paragraph 20.

Tag : Same sex, marriage, civil unions, Italy, equality



## Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza

di Angelo Schillaci

SOMMARIO: 1. – Il riconoscimento della vita familiare omosessuale nel diritto comparato ed europeo: esperienza tedesca ed esperienza italiana a confronto. 2. – Unione civile e matrimonio: garanzia di istituto e tenuta del principio di uguaglianza. 3. – Le peculiarità dell’esperienza italiana: il comma 20 della legge n. 76/2016. 4. – *Segue*: la portata del comma 20 alla luce dell’attuazione della legge. 5. – Rilievi conclusivi.

### **1. – Il riconoscimento della vita familiare omosessuale nel diritto comparato ed europeo: esperienza tedesca ed esperienza italiana a confronto**

Il riconoscimento della vita familiare delle coppie omosessuali ha seguito, nel diritto comparato, tre modelli, che si sono peraltro frequentemente avvicinati tra loro nel corso del tempo.

Ad una forma di riconoscimento più blanda, consistente nell’attribuzione di effetti alla convivenza, con eventuale registrazione degli assetti contrattuali dei rapporti tra le parti, si sono progressivamente sostituiti modelli di riconoscimento

delle unioni caratterizzati da un maggior livello di istituzionalizzazione, fino ad arrivare all'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio<sup>1</sup>.

In questo quadro, la scelta operata dal legislatore italiano con la legge 20 maggio 2016, n. 76<sup>2</sup> si colloca ad un livello, per così dire, intermedio: esclusa infatti l'estensione dell'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali, il legislatore ha introdotto due forme di riconoscimento della vita familiare omosessuale, dotate di diversa intensità. Da un lato, i commi da 1 a 35 dell'articolo unico che compone la legge, disciplinano l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; d'altro canto, i commi 36 ss. del medesimo articolo unico consentono alle coppie – etero ed omosessuali – di far discendere dalla propria convivenza di fatto una serie di effetti giuridici, che non incidono sul riconoscimento della condizione di coppia, ma sui diritti individuali dei partner. A differenza del matrimonio e dell'unione civile, che conferiscono riconoscimento e piena rilevanza pubblica alla relazione di coppia e ai rapporti familiari che possono derivarne, la disciplina delle convivenze mantiene pertanto una più spiccata connotazione privatistica.

Ci si occuperà in questa sede dell'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, con particolare riguardo alle sue ascendenze comparatistiche, sotto il profilo della (problematica) tenuta del principio di uguaglianza, condizionata dalla scelta di riservare alle coppie omosessuali un trattamento differenziato, seppur (o proprio perché) ricalcato in larga misura su quello previsto per le coppie coniugate.

Centrale, in quest'ottica, il riferimento all'esperienza tedesca, per le profonde analogie riscontrabili tra l'istituto della *Lebenspartnerschaft* (partenariato di vita o unione civile)<sup>3</sup> e l'istituto dell'unione civile disciplinato dalla legge n. 76/2016.

Dette analogie sono date, anzitutto, dal fatto che l'unione civile – al pari di quella tedesca – è istituto alternativo al matrimonio e riservato alle coppie formate

<sup>1</sup> Nella ormai ricca letteratura sul punto, cfr. almeno D. Gallo - L. Paladini - P. Pustorino (a cura di), *Same Sex couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, Springer, 2014; A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità Eguaglianza Diritti. Desiderio e riconoscimento*, Roma, Carocci, 2014; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli, 2012; F. Bilotta (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso: profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano, Mimesis, 2008.

<sup>2</sup> “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, pubblicata in G.U. il 21 maggio 2016, con n. 118.

<sup>3</sup> Introdotto in Germania dalla *Lebenspartnerschaftsgesetz* del 16 febbraio 2001 (LPartG), consultabile all'indirizzo: [www.gesetze-im-internet.de/lpartg](http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg); cfr. sul punto S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. Dir.*, 2015, 958 ss.; G. Repetto, *At Crossroads between Privacy and Community: The Legal Status of Same-Sex Couples in German, Austrian and Swiss Law*, in D. Gallo – L. Paladini – P. Pustorino, *Same Sex Couple*, cit., 263 ss.

da persone dello stesso sesso. Come in Germania, peraltro, anche in Italia l'unione civile è istituto di diritto pubblico. Essa si caratterizza, cioè, per un elevato livello di istituzionalizzazione e per una limitata rilevanza della volontà delle parti nella concreta disciplina del rapporto (limitata alla scelta del cognome comune o del regime patrimoniale).

Rispetto alla disciplina delle convivenze (recata dalla seconda parte della legge n. 76/2016), l'istituto dell'unione civile presenta dunque un più deciso grado di istituzionalizzazione, con esclusione della natura contrattuale (tipica invece dei patti di convivenza). Nel caso tedesco, ad esempio, al contratto è affidata esclusivamente – analogamente a quanto avviene per il matrimonio – la disciplina dei rapporti patrimoniali interni alla coppia (cfr. art. 7 della LPartG), ma non già la nascita del vincolo, che avviene invece in forza di una reciproca dichiarazione di volontà dinanzi all'ufficiale dello stato civile, con conseguenze sullo stato civile delle parti.

Ulteriori significative analogie tra l'esperienza italiana e quella tedesca sono riscontrabili, peraltro, con riferimento alla tecnica di normazione adottata dal legislatore: tanto la legge n. 76/2016, quanto la legge tedesca sul partenariato di vita, infatti, hanno prescelto di disciplinare l'istituto dell'unione civile attraverso un rinvio a singole previsioni del Codice civile relative al matrimonio<sup>4</sup>. Ciò vale a corroborare l'immagine di un istituto di diritto familiare modellato sul matrimonio<sup>5</sup> – con alcune rilevanti eccezioni, specie relative al profilo dei rapporti genitoriali – e riservato alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Ulteriori analogie tra gli istituti sono riscontrabili, infine, sul piano dei contenuti. Ad esempio, sia nel caso italiano che nel caso tedesco, ai partner di una unione civile è consentito di scegliere un cognome comune. Allo stesso modo, per la

---

<sup>4</sup> Vale segnalare, peraltro, che l'utilizzo della tecnica del rinvio è stata oggetto di una evoluzione nei diversi testi che si sono succeduti nel corso dell'esame da parte della Commissione Giustizia del Senato. Le prime tre proposte di testo unificato (aprile, giugno e luglio 2014) recavano infatti un rinvio generale alle disposizioni (contenute o meno nel codice civile) regolanti il matrimonio, salvo l'art. 6 della legge n. 184/1983 (relativo all'adozione congiunta di un minore terzo da parte dei coniugi), oltre ad alcuni rinvii puntuali in materia successoria. Invece, nel testo unificato infine adottato dalla Commissione il 26 marzo 2015, si sostituisce al rinvio generale una serie di rinvii puntuali al codice civile. Nel corso del successivo esame parlamentare, la tecnica del rinvio è stata ulteriormente limitata, con la riproduzione pedissequa, salvo talune eccezioni (cfr. i commi 5, 13 e 25 dell'attuale formulazione del testo di legge), del contenuto di molte delle disposizioni (codicistiche o meno) già oggetto di rinvio puntuale nelle versioni precedenti.

<sup>5</sup> In questo senso, cfr. il parere della Commissione Affari costituzionali del Senato, approvato il 12 maggio 2015 sul testo all'esame della Commissione Giustizia, e che può essere consultato all'indirizzo: [www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=914172](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=914172).

disciplina dello scioglimento, vi è – in entrambi i casi – un rinvio alla disciplina dello scioglimento del matrimonio. Lo stesso avviene per i diritti successori e per ciò che riguarda i rapporti patrimoniali: in entrambi i casi, vi è un rinvio alla disciplina codicistica dettata per il matrimonio, che prevede l'automatica instaurazione della comunione dei beni, salvo diversa opzione delle parti a favore della separazione dei beni<sup>6</sup>.

Con riferimento alla filiazione, invece, si registrano alcune rilevanti differenze. L'unione civile italiana, infatti, non ha effetti sul rapporto cd. verticale tra i partner ed eventuali figli, essendo stata eliminata, nella stesura finale della legge la possibilità di adottare il figlio naturale (adozione coparentale) o adottivo (adozione successiva) del partner ai sensi dell'art. 44 lett. b) della legge n. 184/1983. Al contrario, l'art. 9 della legge tedesca – oltre a prevedere, in conformità alla disciplina tedesca delle adozioni, la possibilità di adozione singola da parte di uno dei membri dell'unione civile – detta, con riferimento al partner del genitore, una serie di norme specifiche sui poteri di codecisione, e di intervento a tutela del minore, con la possibilità, riconosciuta dalla novella del 2004 e dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, di adottare il figlio del partner, mentre resta escluso l'accesso all'adozione congiunta<sup>7</sup>.

## **2. – Unione civile e matrimonio: garanzia di istituto e tenuta del principio di uguaglianza**

---

<sup>6</sup> In Italia, peraltro, anche la separazione dei beni segue un modello legale, mentre la legge tedesca rinvia ad un contratto tra i partner, in modo del tutto analogo a quanto avviene per i coniugi: cfr. sul punto S. Patti, *Le unioni civili...*, cit., par. 2. Con riferimento ai diritti previdenziali, invece, uno specifico intervento del legislatore nel 2004 ha provveduto ad estendere espressamente al partner superstite di una unione civile il diritto alla pensione di reversibilità, già previsto per il coniuge superstite. Inoltre, deve essere ricordato che nel 2009, con la decisione 1 BvR 1164/07, il Tribunale costituzionale federale (peraltro, superando una precedente decisione contraria) ha ulteriormente esteso il diritto alla pensione di reversibilità. L'estensione dei diritti previdenziali previsti per le coppie coniugate alle coppie formate da persone dello stesso sesso è ritenuta doverosa – configurando la diversa soluzione una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale – dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: sul punto, cfr. A. Schillaci, *Pensione di reversibilità e coppie omosessuali: quadro comparativo*, in Osservatorio costituzionale AIC, n. 2/2015 ([www.osservatorioaic.it/pensione-di-reversibilit-e-coppie-omosessuali-quadro-comparativo.html](http://www.osservatorioaic.it/pensione-di-reversibilit-e-coppie-omosessuali-quadro-comparativo.html)).

<sup>7</sup> In particolare, l'adozione coparentale (adozione del figlio biologico del partner) è prevista dall'art. 9, comma 7 della legge (come modificata nel 2004) mentre l'adozione successiva, vale a dire l'adozione del figlio adottato dal partner è stata introdotta dal Tribunale costituzionale federale con sentenza del 19 febbraio 2013, 1BvL 1/11, 1BvR 3247/09.

La scelta di un trattamento differenziato tra coppie eterosessuali – che continuano a poter accedere in via esclusiva al matrimonio – e coppie omosessuali, cui è riservato l’istituto dell’unione civile tra persone dello stesso sesso, chiama immediatamente in causa la tenuta del principio di eguaglianza, con riferimento specifico all’esistenza di una giustificazione costituzionale del trattamento differenziato. Il problema, che ha affaticato la dottrina italiana almeno a partire dal 2010<sup>8</sup>, ha caratterizzato anche il dibattito tedesco, con alcuni importanti interventi del Tribunale costituzionale federale.

In Italia, come in Germania, il matrimonio è infatti oggetto di una speciale protezione costituzionale – una vera e propria garanzia di istituto – prevista dalla nostra Costituzione all’art. 29, e dall’art. 6 della Legge Fondamentale tedesca.

Deve essere tuttavia sottolineato che, fin dall’indomani dell’adozione della *LPartG*, il Tribunale costituzionale federale ha chiarito che la speciale protezione accordata al matrimonio dall’art. 6 GG non può essere assunta come giustificazione di trattamenti differenziati tra le parti di una unione civile ed i coniugi. Su queste basi, il legislatore e il Tribunale costituzionale hanno progressivamente esteso l’ambito delle tutele riconosciute ai partner di una unione civile, fino all’esito di una sostanziale equiparazione al matrimonio, con l’unica eccezione del ricorso all’adozione congiunta<sup>9</sup>.

Come si vede, pertanto, la presenza di una garanzia di istituto non pregiudica, di per sé, la sostanziale equiparazione del trattamento giuridico di coppie coniugate e coppie unite civilmente, mentre ancora si discute – con intensità decrescente in

<sup>8</sup> Specie in relazione alle diverse letture della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, su cui si tornerà *infra*. Per un primo riferimento, cfr. v. R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale e le sue interpretazioni*, in *Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3/2011; ma anche, da ultimo, A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, Relazione al Convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa, 32 ss. ([www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2016/06/1.-rel.-GdP-DiMartino-corr-1.pdf](http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2016/06/1.-rel.-GdP-DiMartino-corr-1.pdf)).

<sup>9</sup> Su questa giurisprudenza, v. F. Saitto, «Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in *Ianus*, n. 4/2011, 109 ss. ([www3.unisi.it/ianus/numero%204/05.saitto.pdf](http://www3.unisi.it/ianus/numero%204/05.saitto.pdf)). Deve inoltre osservarsi che, analogamente a quanto recentemente statuito dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 19599/16 della Corte di cassazione (consultabile all’indirizzo [www.articolo29.it/2016/le-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di-cassazione-e-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-straniero-con-due-genitori-dello-stesso-sesso/](http://www.articolo29.it/2016/le-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di-cassazione-e-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-straniero-con-due-genitori-dello-stesso-sesso/), con guida alla lettura di A. Schillaci), anche in Germania è possibile trascrivere gli atti di nascita formati all’estero, con l’indicazione di entrambi i genitori dello stesso sesso, come affermato dal Bundesgerichtshof con sentenza del 14 dicembre 2014 (consultabile, , con commento di R. De Felice, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, all’indirizzo [www.personaedanno.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=47068&catid=120&Itemid=367&mese=02&anno=2015](http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=47068&catid=120&Itemid=367&mese=02&anno=2015)).

Germania<sup>10</sup>, con maggior fervore in Italia – sul rapporto tra garanzia di istituto del matrimonio ed estensione del matrimonio stesso alle coppie formate da persone dello stesso sesso. A contrapporsi sono una interpretazione dogmatica della garanzia di istituto – che ne fissa il contenuto a quello ricevuto dalla tradizione giuridica (nel nostro caso, la nozione di matrimonio “presupposta” dai costituenti, con l’aggancio al modello codicistico, precostituzionale) – e una sua possibile interpretazione aperta all’evoluzione sociale, sulla base di una funzionalizzazione della stessa garanzia di istituto non alla preservazione di un assetto cristallizzato di rapporti, ma alla promozione di spazi di libertà qualificati dall’esercizio dell’autodeterminazione personale secondo declinazioni di esperienza concreta sempre nuove. In altri termini, è la dimensione individuale che anima l’istituto a dover orientare l’interpretazione della garanzia costituzionale posta a suo vantaggio, e non viceversa<sup>11</sup>.

Anche alla luce di tali considerazioni, non sembra sussistano – nell’ordinamento italiano – valide ragioni per escludere l’estensione del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Come noto, non mancano interpretazioni di segno opposto, anche maturate sulla base di letture restrittive della giurisprudenza costituzionale in materia<sup>12</sup>. Tuttavia, sembra particolarmente convincente la posizione di quanti escludono che dalla sentenza n. 138/2010 possa discendere un divieto di estensione del matrimonio alle coppie omosessuali, rimarcando che essa non è una sentenza sui limiti della legislazione, ma una sentenza sui limiti dell’interpretazione della Costituzione da parte della Corte, che ha escluso di poter estendere in via interpretativa l’accesso al matrimonio alle coppie omosessuali<sup>13</sup>. Allo stesso tempo, è stata affermata la discrezionalità del legislatore sulla scelta

<sup>10</sup> Come ricorda S. Patti, *Le unioni civili*, cit., par. 3, il passaggio al matrimonio egualitario è ormai ritenuto, in Germania, un piccolo passo.

<sup>11</sup> In questo senso, esplicitamente, S. Rodotà, *Diritto d’amore*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 112-113. In generale sul punto, cfr. P. Ridola, *Garanzie costituzionali e dimensioni dei diritti di libertà*, in *Id.*, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997, 1 ss., nonché, con specifico riguardo alle interpretazioni dell’art. 29 e per una comparazione con l’esperienza spagnola (alla luce, in particolare, della sentenza n. 196/12 del *Tribunal constitucional*) e statunitense, A. Schillaci, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in *Id.* (a cura di), *Omosessualità Eguaglianza Diritti*, cit., 195 ss.

<sup>12</sup> Cfr. ad esempio, tra i molti, A. Ruggeri, “Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, in *Rivista dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2011 ([www.rivistaaic.it/famiglie-di-omosessuali-e-famiglie-di-transessuali-quali-prospettive-dopo-corte-cost-n-138-del-2010.html](http://www.rivistaaic.it/famiglie-di-omosessuali-e-famiglie-di-transessuali-quali-prospettive-dopo-corte-cost-n-138-del-2010.html)).

<sup>13</sup> Per questa opzione interpretativa, cfr. B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 2715 ss., 2719; A. Schillaci, *Costruire il futuro...*, cit., nonché, da ultimo, S. Rodotà, *Diritto d’amore*, cit., 103 ss.

dell'istituto atto a garantire il diritto fondamentale delle persone omosessuali «a vivere liberamente una condizione di coppia», protetto dall'art. 2 Cost., proprio perché – anche alla luce della comparazione con altri ordinamenti – il riconoscimento della vita familiare può non avvenire “soltanto” nelle forme del matrimonio. D'altro canto, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Oliari c. Italia*<sup>14</sup>, pur affermando l'esistenza di un margine di apprezzamento in capo agli Stati membri in ordine all'individuazione dell'istituto adeguato ad assicurare riconoscimento e tutela alla vita familiare omosessuale, non esclude il ricorso all'estensione del matrimonio e individua con chiarezza l'obbligo positivo dello Stato ad assicurare riconoscimento e protezione alla coppia<sup>15</sup>.

Semmai, ciò che appariva *ab origine* precluso al legislatore era un riconoscimento limitato al profilo dei diritti individuali dei partner. A ciò osta, per un verso, l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui alle persone omosessuali spetta, come ricordato, il diritto fondamentale di «vivere una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con in connessi diritti e doveri»; allo stesso modo, tale ipotesi sembra preclusa dai numerosi passaggi della sentenza *Oliari*, dai quali è possibile desumere che il riconoscimento delle unioni configura un autonomo bene della vita, in grado di conferire alle coppie omosessuali un «senso di legittimità» (par. 174)<sup>16</sup>.

### **3. – Le peculiarità dell'esperienza italiana: il comma 20 della legge n. 76/2016**

La legge n. 76/2016 si ispira tuttavia, come evidente, alla scelta di differenziare il trattamento, giustificando tale decisione, come rivela il comma 1 della legge, sul diverso fondamento rappresentato dall'art. 2 Cost. Se, pertanto, il riferimento all'art. 2 della Costituzione sembra fondare la legittimità del trattamento differenziato tra

<sup>14</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, ricc. nn. 8766/11 e 36030/11.

<sup>15</sup> Su questa decisione, v. tra gli altri E. Savarese, *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 655 ss.; M.M. Winkler, *Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia*, in *Genius*, fasc. 2/2016 (uscita prevista: gennaio 2017, [www.articolo29.it/genius/](http://www.articolo29.it/genius/)).

<sup>16</sup> Per riprendere un'efficace espressione di Vittorio Lingiardi, «come non capire che senza riconoscimento sociale, senza cittadinanza morale, è molto più difficile che una rappresentazione si consolidi nella mente come legittima e convalidata?»: vi è in altri termini un nesso tra presenza civile e benessere psico-fisico (*Citizen Gay*, Milano, Il Saggiatore, 2016, 172 ss., 176).

unione civile e matrimonio – anche se in questo senso non è del tutto corretto richiamare il concetto di «specifica formazione sociale», pure usato dal legislatore, e tuttavia privo di autonoma valenza euristica<sup>17</sup> – in un discorso sui rapporti tra unione civile e matrimonio assume rilievo centrale il riferimento all'art. 3 Cost.

Vi è pertanto, analogamente a quanto mostrato dall'esperienza tedesca, una diversità di fondamento costituzionale; per altro verso, il trattamento differenziato non resta affidato alla discrezionalità del legislatore (o del giudice), ma deve rispettare quei canoni di ragionevolezza che giustificano – secondo Costituzione – ogni trattamento differenziato che la legge ponga in essere<sup>18</sup>. La ragionevolezza del trattamento differenziato resta peraltro circoscritta alla funzionalità di esso rispetto alla miglior attuazione di principi costituzionali egualmente rilevanti, tra cui, in primo luogo lo stesso art. 3, comma 2, che impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli alla piena uguaglianza (e, ciò che più rileva in questa sede, alla piena partecipazione dei cittadini alla vita politica, economica e sociale)<sup>19</sup>.

L'area del trattamento differenziato appare pertanto particolarmente ristretta, se riguardata da questo punto di vista, e sono ben poche le specificità del matrimonio che non si prestano ad una estensione all'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, come ben dimostra lo stesso impianto della legge n. 76/2016.

D'altro canto, non si può dimenticare che il trattamento riservato alle coppie omosessuali ha risentito in maniera rilevante dell'*iter* dei lavori parlamentari relativi

---

<sup>17</sup> Risolvendosi il ricorso a tale nozione, piuttosto, in una tautologia, e ben potendosi riferire a qualunque forma di famiglia, sia essa o meno fondata sul matrimonio; in questo senso, cfr. A. Schillaci, *Le parole, la politica, il diritto: cambia davvero qualcosa con l'approvazione dell'emendamento Fattorini?*, in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it/2015/le-parole-la-politica-il-diritto-cambia-davvero-qualcosa-con-lapprovazione-dellemendamento-fattorini/](http://www.articolo29.it/2015/le-parole-la-politica-il-diritto-cambia-davvero-qualcosa-con-lapprovazione-dellemendamento-fattorini/)).

<sup>18</sup> La distinzione tra «fondamento» e «trattamento» costituzionale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è stata sottolineata da S. Ceccanti nel corso dell'audizione dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di unioni civili, seduta del 9 marzo 2016 ([www.camera.it/leg17/1079?idLegislatura=17&tipologia=indag&sottotipologia=c02\\_convivenze&anno=2016&mese=03&giorno=09&idCommissione=02&numero=0001&file=indice\\_stenografico#stenograficoCommissione.tit00020.int00020](http://www.camera.it/leg17/1079?idLegislatura=17&tipologia=indag&sottotipologia=c02_convivenze&anno=2016&mese=03&giorno=09&idCommissione=02&numero=0001&file=indice_stenografico#stenograficoCommissione.tit00020.int00020)).

<sup>19</sup> Come affermato suggestivamente da C. Pinelli, «per Costituzione, le differenze ontologicamente fondate non si giustificano in quanto tali, ma solo se per avventura coincidano con quelle costituzionalmente giustificabili» (C. Pinelli, *La ricerca della giusta distanza e la prospettiva del diritto interculturale*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2012, 345 ss., 354. Non è evidentemente possibile richiamare, in questa sede, la sterminata letteratura sui rapporti tra eguaglianza e ragionevolezza, ma si v. almeno A. Cerri (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, Aracne, 2007; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

alla legge n. 76/2016, che ha visto un progressivo approfondimento delle differenze di disciplina rispetto al matrimonio.

La legge n. 76/2016 porta infatti su di sé i segni di un *iter* parlamentare assai convulso<sup>20</sup>, che è possibile identificare proprio nelle differenze di trattamento tra unione civile e matrimonio, e nel loro approfondimento in sede di redazione, al Senato, del maxiemendamento governativo sul quale è stata infine posta la questione di fiducia: si pensi all'espunzione del riferimento all'obbligo di fedeltà – originariamente ricompreso nell'art. 3 del ddl S. 2081 (oggi comma 10 della legge) – o al profilo della (pur limitata) tutela dell'omogenitorialità inizialmente prevista dal disegno di legge (con l'estensione alle coppie unite civilmente dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. b) della legge n. 184/1983) e poi stralciata in sede di redazione del maxiemendamento; o ancora alla mancata applicazione alle unioni civili della disciplina della separazione (pure inizialmente prevista), che configura una ipotesi di divorzio immediato; o, infine, alla riformulazione del comma 20 della legge.

Su tale ultima disposizione è necessario soffermarsi nel dettaglio: il comma 20 rappresenta infatti la principale chiave di lettura del rapporto tra unione civile e matrimonio, e dunque il principale strumento interpretativo per affrontare il tema della tenuta del principio di eguaglianza. Si tratta, peraltro, di un elemento tipico delle unioni civili di diritto italiano, non riscontrandosi una disposizione analoga nel modello tedesco.

Tale disposizione reca una clausola di equivalenza tra unioni civili e matrimonio, disponendo – in diretta attuazione dell'art. 3 Cost., e dunque con finalità antidiscriminatoria – che alle parti dell'unione civile si applichino, le disposizioni riferite al matrimonio o contenenti i termini «coniuge», «coniugi» o espressioni equivalenti, qualunque sia la loro fonte (leggi, atti aventi forza di legge, regolamenti, provvedimenti amministrativi, contratti collettivi), con l'unica eccezione delle disposizioni del codice civile non richiamate dalla stessa legge n. 76/2016 e, soprattutto, della legge n. 184/1983 in materia di adozioni.

---

<sup>20</sup> Sul quale v. L. Ciaurro, *DDL Unioni civili e criticità procedurali: 69 commi da raccontare*, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. 1/2016, pp. 103 ss.; S. Rossi, *Tra politica e procedura. Il conflitto (inutile) sul ddl Cirinnà*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 3/2016 ([www.osservatorioaic.it/author/571](http://www.osservatorioaic.it/author/571)); A. Schillaci, *Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento*, in *Genius*, fasc. 2/2016 (uscita prevista: gennaio 2017, [www.articolo29.it/genius/](http://www.articolo29.it/genius/)).

In altri termini, una legge che pure muove da un presupposto – almeno astrattamente – discriminatorio, reca al suo interno una clausola mirante a elidere per quanto possibile l'eventualità di un trattamento differenziato tra coppie coniugate e coppie unite civilmente.

Anche tale clausola, peraltro, ha risentito del passaggio parlamentare, almeno sotto due profili. Anzitutto, l'incipit della disposizione è stato integrato, con il tentativo di circoscrivere la funzione antidiscriminatoria della norma «al solo fine» di assicurare l'effettivo godimento dei diritti e il pieno adempimento dei doveri che derivano dall'unione civile. Inoltre, in relazione all'applicabilità del comma 20 alla disciplina delle adozioni, l'iniziale formulazione dell'art. 3, comma 4 del disegno di legge S. 2081 – che escludeva dalla regola di equivalenza unicamente il Titolo II della legge sulle adozioni (relativo all'adozione congiunta di minori esterni alla coppia) comportando indirettamente l'applicabilità alle unioni civili delle disposizioni in materia di adozione internazionale (Titolo III) e delle disposizioni in materia di adozioni in casi particolari (Titolo IV) – è stata modificata nel senso di escludere dall'applicazione della clausola di equivalenza l'intera legge n. 184/1983. A tale riguardo, il terzo periodo del comma 20 dispone tuttavia che resta fermo quanto «previsto e consentito», in materia di adozione, dalle norme vigenti; attraverso tale formula, si è inteso escludere che dalla più rigida formulazione del comma 20 potesse derivare ostacolo all'estensione alle coppie omosessuali, in sede giudiziaria, (almeno) dell'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) della legge<sup>21</sup>.

L'ambito di applicazione del comma 20 è, peraltro, duplice, come ben rivela il tenore testuale della disposizione. Da un lato, infatti, essa menziona le disposizioni che «fanno riferimento» al matrimonio, imponendone l'applicazione alle parti dell'unione civile, indipendentemente dalla loro formulazione; d'altro canto, essa pone una clausola di equivalenza terminologica, in relazione alle disposizioni che contengano le parole «coniuge», «coniugi» o espressioni equivalenti. Tale

---

<sup>21</sup> Sugli effetti del terzo periodo del comma 20, v. A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29.it* ([www.articolo29.it/2016/un-buco-nel-cuore-ladozione-coparentale-dopo-il-voto-del-senato/](http://www.articolo29.it/2016/un-buco-nel-cuore-ladozione-coparentale-dopo-il-voto-del-senato/)). Come noto, con sentenza n. 12962 del 26 maggio 2016, la prima Sezione civile della Corte di Cassazione ha infine affermato l'applicabilità – alla fattispecie di adozione del figlio del partner in coppia omogenitoriale – dell'art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983 (che prevede che l'adozione in casi particolari possa essere disposta qualora vi sia «impossibilità di affidamento preadottivo»).

specificazione comporta, come evidente, una notevole estensione della portata antidiscriminatoria del comma, perché – è superfluo notarlo – non tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio contengono i termini «coniuge», «coniugi» o espressioni equivalenti.

La rilevanza centrale del comma 20 nell'impianto della legge e nelle sue vicende applicative non ha tardato a mostrarsi, già nei primi mesi di vigenza della legge n. 76/2016.

Si può ricordare, anzitutto, la sentenza n. 174/2016 della Corte costituzionale, depositata il 14 luglio e relativa alla reversibilità della pensione a favore del coniuge superstite<sup>22</sup>. In tale decisione la Corte, al momento di affrontare il profilo della funzione solidaristica della reversibilità della pensione, afferma in un significativo *obiter dictum*, che «lo stesso fondamento solidaristico, che il legislatore è chiamato a specificare e a modulare nelle multiformi situazioni meritevoli di tutela, in modo coerente con i principi di eguaglianza e ragionevolezza, permea l'istituto anche nelle sue applicazioni più recenti alle unioni civili, in forza della clausola generale dell'art. 1, comma 20, della legge» (Cons. dir., 3.2). Da tale decisione è pertanto desumibile, sia pure indirettamente, un riconoscimento della funzione antidiscriminatoria del comma 20 e del modo in cui tale disposizione opera, assicurando il continuo adeguamento dell'ordinamento giuridico al nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

In sede amministrativa, invece, il comma 20 è stato al centro di alcune controversie relative, ad esempio, alle forme della costituzione dell'unione civile. In particolare, sulla base di una supposta differenza tra «celebrazione» del matrimonio e «costituzione» dell'unione civile, alcune amministrazioni comunali hanno escluso l'applicabilità del comma 20 alle disposizioni del D.P.R. n. 396/2000 (c.d. ordinamento dello stato civile), che regolano le modalità di celebrazione dei matrimoni. Si pensi, in particolare, a disposizioni dalla particolare portata simbolica, come l'art. 1, comma 3, del citato Decreto, che prevede la possibilità per il Sindaco di delegare la celebrazione del matrimonio a cittadini in possesso dei requisiti per

---

<sup>22</sup> In particolare, la sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111, che prevedeva una significativa riduzione del trattamento di reversibilità a favore del coniuge superstite, per il caso di matrimonio contratto con dante causa ultrasettantenne, in presenza di una differenza di età tra i coniugi superiore a vent'anni.

l'elezione al Consiglio comunale; o ancora, all'art. 70, che impone all'ufficiale di stato civile di indossare la fascia tricolore, in sede di celebrazione dei matrimoni. Nessun chiarimento sul punto è intervenuto con il c.d. Decreto "ponte"<sup>23</sup> e rimane pertanto aperta la questione dell'applicabilità del comma 20 in tali casi: la prassi applicativa nella grande maggioranza dei Comuni italiani ha mostrato, anche solo limitandosi alle immagini diffuse dagli organi di stampa, un orientamento prevalente nel senso dell'applicazione del comma 20 nei due casi richiamati.

Sempre in ambito amministrativo, merita di essere richiamata – come ulteriore esempio delle potenzialità del comma 20 – la Circolare del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2016<sup>24</sup>, relativa all'estensione alle parti di una unione civile delle disposizioni riferite al matrimonio ai coniugi e contenute nel D. Lgs. n. 286/98 (c.d. Testo unico immigrazione). La circolare si incentra proprio sulla portata del comma 20 della legge, espressamente richiamato, e certifica l'esistenza, in capo allo straniero unito civilmente con il cittadino italiano, del diritto al permesso di soggiorno nonché, in generale, l'applicabilità ai partner civili delle disposizioni in materia di ricongiungimento familiare.

Infine, deve essere richiamata l'interrogazione parlamentare presentata alla Camera dei Deputati il 13 luglio 2016<sup>25</sup>, con la quale si chiedeva al Ministero dell'Economia e delle Finanze se si potesse considerare estesa alle parti di una unione civile, in virtù del comma 20 della legge, la disposizione di cui all'art. 1, comma 76 della legge n. 208/15 (legge di stabilità per il 2016), recante agevolazione fiscale per le giovani coppie, in relazione all'acquisto dei mobili per arredare la casa familiare. La risposta (positiva) del Ministero merita di essere richiamata, peraltro, non solo e non tanto per il riferimento (peraltro ovvio) al comma 20, quanto per l'importante affermazione secondo cui l'estensione del *bonus* alle coppie unite civilmente deve essere fatto discendere dall'equiparazione – desumibile dal comma

<sup>23</sup> Si tratta del D.P.C.M. 23 luglio 2016, n. 144 (*Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge*), adottato ai sensi del comma 34 della legge n. 76/2016.

<sup>24</sup> Prot. n. 3511, consultabile all'indirizzo [www.articolo29.it/2016/unioni-civili-ricongiungimento-familiare-la-circolare-del-ministero-dellinterno/](http://www.articolo29.it/2016/unioni-civili-ricongiungimento-familiare-la-circolare-del-ministero-dellinterno/).

<sup>25</sup> Si tratta dell'interrogazione a risposta immediata in Commissione 5-09160, presentata dalle deputate Fregolent e altre, cui è stata data risposta scritta il 28 luglio 2016 in Commissione VI Finanze (Fonte: [www.camera.it](http://www.camera.it)).

20 della legge – «del vincolo derivante dall'unione civile a quello derivante dal matrimonio».

#### 4. – *Segue: la portata del comma 20 alla luce dell'attuazione della legge*

Qualche ulteriore considerazione sui rapporti tra il comma 20 e l'impianto sistematico della legge n. 76/2016 deve infine essere svolta con riferimento alla fase di attuazione della legge, ed in particolare sugli elementi di analisi che possono essere ricavati dagli schemi dei decreti legislativi previsti dal comma 28 della legge, e pubblicati il 6 ottobre 2016<sup>26</sup>. La delega poggia su tre criteri direttivi, consistenti nell'adeguamento alla nuova legge delle disposizioni in tema di ordinamento dello stato civile (lett. a), delle disposizioni di diritto internazionale privato, al fine di assicurare che il matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero produca, nell'ordinamento italiano, gli effetti dell'unione civile (lett. b) nonché, infine all'adozione delle «modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti» (lett. c).

Le soluzioni attuative poste in essere dalle bozze di decreti legislativi si collocano sullo stretto crinale che corre tra l'autonoma portata del comma 20 – quale disposizione di adeguamento permanente dell'ordinamento al nuovo istituto dell'unione civile – e la necessità di assicurare, al di là della risoluzione dei conflitti in via interpretativa, un riordino sistematico degli ambiti normativi interessati dal nuovo istituto, al fine di garantire la razionalità dell'ordinamento nonché, in ultima analisi, la stessa certezza del diritto e delle tutele. Le indicazioni che provengono dagli schemi in esame – ed in particolare dal primo e dal terzo decreto attuativo (adottati rispettivamente ai sensi della lett. a) e c) della delega, e della sola lett. c) – non sono del tutto univoche, pur lasciando propendere, almeno in linea generale, per un'interpretazione ampia della portata della clausola antidiscriminatoria e, di conseguenza, per un certo *self-restraint* da parte del Governo, peraltro maggiore nel caso del secondo e del terzo decreto attuativo.

---

<sup>26</sup> Consultabili all'indirizzo: [www.articolo29.it/2016/ecco-gli-schemi-dei-decreti-attuativi/](http://www.articolo29.it/2016/ecco-gli-schemi-dei-decreti-attuativi/).

Sullo sfondo, evidentemente, sta la questione della corretta qualificazione del comma 20 e della sua portata: ci si è chiesti, infatti, se tale disposizione sia riconducibile ad una norma di produzione giuridica o se essa debba essere considerata una norma sull'interpretazione e sull'applicazione di altre norme<sup>27</sup>.

I decreti legislativi attuativi sembrerebbero confermare, peraltro, che il comma 20 sia disposizione operante esclusivamente sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione; se essa avesse infatti operato sul piano della produzione, non sarebbe stato necessario intervenire in produzione di norme di adeguamento, dovendo automaticamente applicarsi alle unioni civili tutto quanto già previsto per il matrimonio. D'altro canto, come subito vedremo, l'intervento del Governo si è limitato agli interventi essenziali per fugare ogni dubbio sulla concreta applicabilità di norme previste per il matrimonio alle unioni civili o, come nel caso del decreto in materia internazionalprivatistica, ha provveduto a dettare *ex novo* un regime di norme di conflitto e criteri di collegamento.

Particolari problemi crea, a ben vedere, il decreto in materia di stato civile, che è intervenuto con puntuali novelle al D.P.R. n. 396/2000, per un verso estendendo esplicitamente alla costituzione dell'unione civile una serie di norme relative alla celebrazione del matrimonio e, per altro verso, disciplinando *ex novo* il procedimento di costituzione, istituendo peraltro un registro separato delle unioni civili.

Sembra, in altri termini, che il Governo abbia acceduto a quelle posizioni – non condivisibili, ad avviso di chi scrive – secondo cui “celebrazione” e “costituzione” rinvierebbero a due concetti diversi, connotati da un diverso livello di solennità e ritualità: sul punto, è infatti possibile osservare che a) la costituzione dell'unione civile condivide con la celebrazione del matrimonio le esigenze di pubblicità e solennità che discendono dagli effetti di entrambi gli istituti sullo stato civile di chi li contrae (si tratta infatti degli unici due istituti che, nel nostro ordinamento, comportano la perdita della libertà di stato); b) la disciplina (separata) della costituzione dell'unione civile proposta dal Governo è del tutto ricalcata su quella del matrimonio, se si eccettua il profilo della registrazione del matrimonio celebrato

---

<sup>27</sup> Per la prima soluzione (ragionando per analogia a quanto accade in relazione all'art. 1324 c.c.), cfr. ad esempio V. Miri, *Funzione antidiscriminatoria e armonizzazione dell'ordinamento: la clausola di equivalenza del comma 20 e la delega al Governo*, relazione al Convegno annuale della Rivista Genius “Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: contenuti, problemi, prospettive”, svoltosi a Roma, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università “Sapienza” il 17 giugno 2016 (audio su: [www.radioradicale.it/scheda/478597?i=3573907](http://www.radioradicale.it/scheda/478597?i=3573907))

dal ministro del culto. Il Governo, dunque, non ha fatto altro che esplicitare, in casi (ritenuti) dubbi, la portata del comma 20: sul piano formale, inserendo riferimenti espliciti alla costituzione dell'unione civile all'interno di singole disposizioni dettate con riferimento al matrimonio; sul piano sostanziale, assicurando – con una disciplina *ad hoc*, la piena equiparazione dei due procedimenti di celebrazione del matrimonio e costituzione dell'unione civile.

Si pensi, infine, al problema del rapporto tra il comma 20 e la lett. c) del comma 28 della legge n. 76. Ad oggi, è possibile affermare che il Governo abbia dato una interpretazione restrittiva al suddetto criterio di delega, indirettamente confermando la portata del comma 20 della legge quale clausola antidiscriminatoria con effetti generali. Infatti, l'unico decreto adottato sulla base della lett. c) attiene alle necessarie modifiche e integrazioni alla disciplina penalistica, per i casi in cui la condizione di coniugato (e, dunque, di unito civilmente) rilevi ai fini della legge penale (ad esempio, in materia di elementi o circostanze del reato), o nel caso in cui disposizioni penalistiche facciano comunque riferimento al matrimonio. Tale interpretazione restrittiva discende, peraltro, dal fatto che la materia penale è governata dai principi di stretta legalità e tassatività, cui mal si sarebbe atteggiata l'estensione in via interpretativa imposta dal comma 20, che avrebbe potuto configurare (ad esempio con riferimento alle circostanze aggravanti, o ai reati propri del coniuge) una ipotesi di interpretazione analogica *in malam partem*<sup>28</sup>. Allo stesso tempo, è interessante notare che la scelta del legislatore delegato non è stata quella di intervenire puntualmente a modificare ed integrare singole disposizioni del codice penale, bensì con una novella volta ad introdurre un art. 574 *ter* che, nella sostanza, “traduce” in termini penalistici – dunque nel rispetto dei principi di legalità e tassatività – il principio espresso dal comma 20, vale a dire l'equiparazione dei partner civili ai coniugi, anche agli effetti della legge penale<sup>29</sup>.

## 5. – Rilievi conclusivi

<sup>28</sup> Sul punto, v. ad esempio G. L. Gatta, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della legge Cirinnà*, in *Penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it/d/4724](http://www.penalecontemporaneo.it/d/4724))

<sup>29</sup> Questo il testo del nuovo art. 574 *ter* c.p.: «1. Agli effetti della legge penale, il termine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di una unione civile tra persone dello stesso sesso. 2. Quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, essa si intende riferita anche alla parte di una unione civile tra persone dello stesso sesso».

L'esame della legge n. 76/2016, alla luce della comparazione con l'esperienza tedesca, mostra dunque che – analogamente a quanto è avvenuto negli ordinamenti che hanno scelto di collocarsi ad un livello intermedio nell'adozione di forme di riconoscimento della vita familiare omosessuale – la tenuta del principio di eguaglianza, pur pregiudicata dalla scelta del trattamento differenziato, è assicurata da processi di progressivo avvicinamento tra l'istituto dell'unione civile e quello matrimoniale.

Se, come si è visto, in Germania tale processo è stato affidato al legislatore e, in larga parte, al Tribunale costituzionale federale, la legge n. 76/2016 presenta già in partenza un elevato livello di omogeneità rispetto alla disciplina matrimoniale, come dimostrano le singole disposizioni e, soprattutto, il comma 20, che assicura in permanenza l'allineamento del regime dell'unione civile a quello del matrimonio. Tale scelta non si spiega soltanto per ragioni politiche – ad esempio, con riguardo al tempo dell'approvazione della legge italiana che, ultima tra quelle dei paesi dell'Europa occidentale, ha potuto fare premio sulle esperienze maturate in altri ordinamenti, ed in particolare in quelli caratterizzati da scelte affini (Germania, Austria, Svizzera, ma anche Regno Unito fino al 2013) – ma ha ben precise radici giuridiche.

Si pensi, anzitutto, al monito contenuto nella sentenza n. 138/2010, laddove la Corte costituzionale avvertì che, in assenza di un intervento legislativo, essa stessa avrebbe provveduto ad assicurare l'intervento a tutela di specifiche situazioni, dal momento che «in relazione ad ipotesi particolari, [può riscontrarsi] la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale» (Cons. dir., 8). D'altro canto, la sentenza n. 8097/2015 della prima sezione civile della Corte di Cassazione – nell'affrontare il problema del mantenimento del vincolo matrimoniale a seguito della rettificazione di sesso di uno dei coniugi (a seguito della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dello scioglimento automatico del vincolo) – aveva fatto discendere il mantenimento del vincolo matrimoniale, nella persistente assenza di una legge che altrimenti riconoscesse la vita familiare omosessuale, dall'efficacia imperativa del principio, dedotto dal dispositivo additivo (di principio) della stessa sent. n. 170/2014, «della necessità immediata e senza

soluzione di continuità [per la coppia omosessuale] di uno statuto sostanzialmente equiparabile, sul piano dei diritti e doveri di assistenza economico patrimoniale e morale reciproci, a quello derivante dal vincolo matrimoniale per le coppie già coniugate» (così le motivazioni della decisione)<sup>30</sup>.

Più in generale, la parità di trattamento tra coppie eterosessuali coniugate e coppie omosessuali unite civilmente discende non soltanto dall'imperativo costituzionale di eguaglianza – nella sua dimensione di “pari dignità sociale” e, dunque, secondo una interpretazione “forte” del rapporto tra art. 2 e art. 3<sup>31</sup> – ma anche dalla costante giurisprudenza delle Corti europee, che ha escluso ormai da tempo la rilevanza dell'orientamento sessuale della coppia dal novero delle ragioni che possano giustificare un trattamento differenziato<sup>32</sup>.

Accanto alle pur rilevanti disparità di trattamento – su tutte, quella attinente ai rapporti verticali tra i partner civili e i figli nati, accolti e cresciuti nella comunità familiare cui essi abbiano dato vita – resta, nella sostanza, la differenza nel *nomen*, e dunque il dato (non solo formale) di un regime differenziato, e come tale astrattamente discriminatorio. D'altro canto, proprio la sostanziale omogeneità di trattamento – rafforzata dal comma 20 della legge, permanente e sistematica cerniera di collegamento tra l'istituto dell'unione civile e quello matrimoniale – rivela che le uniche ragioni di differenziazione risiedono nella conservazione di assetti sociali e culturali esistenti (il paradigma eterosessuale del matrimonio) e, soprattutto, in una persistente discriminazione sulla base esclusiva dell'orientamento sessuale della coppia.

Ragioni fragili, e suscettibili di entrare in crisi profonda – come dimostra l'esperienza tedesca, ed il moltiplicarsi, in quella sede, di appelli a favore

<sup>30</sup> Su questa decisione, v. il Focus pubblicato su *Genius*, fasc. 2/2015, con contributi di Pezzini, Veronesi, Dolso, Parodi, Romboli, Ruggeri ([www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/07/genius-2015-01.pdf](http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/07/genius-2015-01.pdf)), nonché I. Rivera, *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte Costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di Cassazione)*, in *Consulta Online*, 2015 ([www.giurcost.org/studi/index.html](http://www.giurcost.org/studi/index.html)).

<sup>31</sup> Per questa impostazione, v. soprattutto P. Ridola, *Garanzie costituzionali*, cit., specie 14 ss.

<sup>32</sup> Si è già accennato alle implicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con particolare riguardo al caso *Oliari c. Italia* (cfr. *supra*, note 14 e 15). V. comunque, in generale, M. C. Vitucci, *La protezione internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, Jovene, 2012. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, v. ad esempio D. Sardo, *Percorsi della differenza. L'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità Eguaglianza Diritti*, cit., 131 ss.

dell'introduzione del matrimonio egualitario<sup>33</sup> – proprio alla luce del progressivo consolidamento sociale e culturale dell'istituto dell'unione civile, che potrà essere veicolo di dinamiche sempre più profonde di riconoscimento, fino a squarciare definitivamente il velo sulla pari dignità sociale della vita familiare omosessuale.

---

<sup>33</sup> Come affermato efficacemente, in relazione all'esperienza tedesca, da S. Patti, *Le unioni civili*, cit., par. 3, «il diverso nomen dell'istituto non può infatti nascondere la realtà di una disciplina ormai sostanzialmente uguale perfino nella terminologia adoperata, rispettivamente nel codice civile per il matrimonio e nella legge del 2005 per le unioni registrate». Si ricordi, sempre in relazione all'esperienza tedesca, la presa di posizione del *Bundesrat*, nella seduta del 12 giugno 2015, nel senso di impegnare il Governo federale a porre fine alla discriminazione matrimoniale, estendendo l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali ([www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2015/0201-0300/274-15\(B\).pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2015/0201-0300/274-15(B).pdf?__blob=publicationFile&v=1)).



ISSN 2037-6677

2016/3

**Brevi considerazioni a margine (e in occasione) delle  
elezioni giapponesi del 10 luglio**

**Brief reflection on Japanese House of Councillors  
election of 10th July 2016**

**E. Bertolini**

Tag : Japan, elections, hate speech





## Brevi considerazioni a margine (e in occasione) delle elezioni giapponesi del 10 luglio

di Elisa Bertolini

SOMMARIO: 1. – Le elezioni del 10 luglio. 2. – Ancora l'articolo 9. 3. – Il germe della sovversione: Partito comunista e Islam. 4. – *Hate Speech*. 5. – Qualche considerazione conclusiva.

1. – Domenica 10 luglio si sono svolte in Giappone le elezioni per il rinnovo parziale – 121 seggi su 242 totali – della Camera alta, la Camera dei Consiglieri<sup>1</sup>. Le urne<sup>2</sup> hanno consegnato al blocco di governo (LDP-New Komeito) una maggioranza solida, tanto da poter raggiungere quella dei 2/3 dell'aula prevista dal procedimento di revisione costituzionale (art. 96 Cost.)<sup>3</sup>.

LDP e New Komeito – che si erano prefissati un obiettivo minimo di 61 seggi – ottengono rispettivamente 56 e 14 seggi, passando così da 135 a 146 seggi in

---

<sup>1</sup> Metà della Camera è rinnovata ogni tre anni e il mandato è dunque di sei anni. Per quanto concerne la legge elettorale, 73 seggi sono assegnati in 45 circoscrizioni (corrispondenti alle prefetture, eccezion fatta per i due accorpamenti di Tottori-Shinane e Tokushima-Kōchi), 32 delle quali uninominali, mentre nelle altre l'assegnazione avviene tramite VSNT; i rimanenti 48 seggi sono assegnati tramite sistema proporzionale (metodo D'Hondt e preferenze). Ne consegue che gli elettori dispongono di due voti.

<sup>2</sup> Dove si è registrata una affluenza del 53,66 %.

<sup>3</sup> La coalizione governativa già aveva la maggioranza dei 2/3 nella Camera Bassa, la Camera dei consiglieri.

totale. Il LDP sale dunque da 115 a 121 seggi (incremento di 5 seggi), mentre il New Komeito da 20 a 25 (anche qui un incremento di 5 seggi).

Ai seggi del tandem governativo sono da aggiungere i 7 vinti dalla Ōsaka Ishin no Kai (12 seggi in totale)<sup>4</sup> e quattro indipendenti, tutti favorevoli alla revisione costituzionale. Contando anche i 3 seggi del Party for Japanese Kokoro (PJK-Partito del cuore giapponese), formazione di destra, i numeri parlano a questo punto di 165 seggi in mani al blocco pro-revisione.

Per quanto concerne le opposizioni – Partito democratico (DP)<sup>5</sup>, Partito comunista (JCP), Partito social-democratico (SDP), People's Life Party (PLP) e la Assembly to Energize Japan (Energize) –, che si sono presentati unito per la prima volta<sup>6</sup>, il risultato elettorale è stato globalmente deludente, eccezion fatta per il Partito comunista. Il JCP registra infatti un incremento da 11 a 14 seggi in totale, mentre il DP scende da 60 a 49 totali, perdendone così ben 11. Il fronte contrario alla revisione costituzionale può comunque contare su almeno altri sei indipendenti.

Nessun seggio è stato invece vinto nel proporzionale dal gruppo Kokumin Ikari no Koe (Angry Voice of the People), fondato dal sessantasettenne Setsu Kobayashi, professore emerito di diritto costituzionale presso la prestigiosa Università di Keio. Lo scopo del gruppo e dei suoi eletti avrebbe dovuto essere quello di dar vita a un vero dibattito in merito alla revisione costituzionale.

Il risultato elettorale apre dunque profili interessanti, sia in termini di politica economica (la certezza per Abe di poter proseguire nella sua c.d. *Abconomics*<sup>7</sup>), ma soprattutto in termini di revisione costituzionale, con possibile inclusione dell'articolo 9, ma con una sicura e sostanziale modifica dell'equilibrio dei poteri.

Nonostante quindi le implicazioni che il voto avrebbe avuto in termini di possibile rimodellamento dei rapporti tra poteri dello Stato, nulla di tutto ciò ha animato il dibattito elettorale. Per l'ennesima volta, infatti, la campagna elettorale non ha mancato l'occasione di rivelare il sostanziale immobilismo della politica nipponica che, costantemente, rifiuta il confronto sui temi di più scottante attualità

<sup>4</sup> Initiatives from Ōsaka. Partito regionale che ha naturalmente il suo centro nella metropoli di Ōsaka.

<sup>5</sup> Va segnalato che il DP è nato lo scorso mese di marzo dalla fusione del Democratic Party of Japan (DPJ) e del Japan Innovation Party.

<sup>6</sup> Il Partito comunista aveva sempre rifiutato di allearsi con gli altri partiti di opposizione.

Il blocco delle opposizioni ha presentato un unico candidato nelle 32 circoscrizioni uninominali.

<sup>7</sup> Nonostante i risultati non certo entusiasmanti.

che pure, nonostante non riempiano le prime pagine dei maggiori quotidiani nazionali perfettamente allineati alla linea governativa, interessano una frangia tutt'altro che trascurabile della società civile del Sol Levante.

2. – La questione di maggiore interesse, e lo è sostanzialmente dalla fine dell'occupazione statunitense nel 1952, continua a essere la revisione costituzionale, con un riguardo particolare all'ormai famigerato articolo 9<sup>8</sup>. *A fortiori*, l'interesse aumenta visto il risultato delle elezioni di domenica 10 luglio che, in un modo o nell'altro, andrà concretamente a incidere sulla questione.

Fiumi di inchiostro sono stati, e vengono tuttora scritti, sulla genesi, sicuramente anomala e del tutto peculiare, del *Kenpō* (Costituzione) e della sua disposizione maggiormente distintiva (l'articolo 9, appunto), e pertanto non sembra necessario riproporlo nuovamente<sup>9</sup>. Lo stesso vale per gli innumerevoli tentativi, dotati di veste più o meno ufficiale, di emendare organicamente l'intero testo<sup>10</sup>. Se infatti l'articolo 9 è ancora interpretato dalle *élites* politiche e burocratiche come il *vulnus* più profondo alla sovranità e all'orgoglio nazionali, altre sono le sezioni della

<sup>8</sup> Articolo in cui il Giappone rinuncia alla guerra quale diritto sovrano della nazione (c. 1) e al mantenimento di qualsiasi «war potential» come al diritto di belligeranza (c. 2).

<sup>9</sup> *Ex multis*, si rimanda a: L.W. Beer, J.M. Maki, *From Imperial Myth to Democracy: Japan's Two Constitutions, 1889-2002*, Boulder, University Press of Colorado, 2002; D.M. Hellegers, *We, the Japanese People: World War II and the Origins of the Japanese Constitution*, Stanford, Stanford University Press, 2 vol., 2001; S. Koseki, *The Birth of Japan's Postwar Constitution*, Boulder, Westview Press, 1997; C.L. Kades, *The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution*, in *Political Science Quarterly*, vol. 104, n. 2 (Summer 1989), 215-247; H. Tanaka, *A History of the Constitution of Japan of 1946*, in Id. (ed.), *The Japanese Legal System*, Tōkyō, University of Tōkyō Press, 1976, 653-668; R.E. Ward, *The origins of the Present Japanese Constitution*, in *The American Political Science Review*, vol. 50, n. 4 (December 1956), 980-1010; C. Whitney, *Memorandum Regarding Constitutional Reform*, February 1, 1946, in *SCAP Files of Commander Alfred R. Hussey*, Doc. n. 3, National Diet Library.

<sup>10</sup> La proposta di modifica più recente risale al 2012 ed è stata redatta dal LDP. Il testo del progetto è disponibile, esclusivamente in lingua giapponese, sul sito del LDP, [www.jimin.jp](http://www.jimin.jp). Assieme alla proposta, il LDP ha rilasciato anche un *memorandum* esplicativo: v. LDP, *憲法改正草案Q* *costituzionale Q&A*, in [www.jimin.jp](http://www.jimin.jp). Per una panoramica sulla proposta, sia consentito il rimando a E. Bertolini, *La nobiltà della sconfitta: considerazioni sulla revisione costituzionale nipponica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2014, 1813-1837.

Per quanto riguarda invece i precedenti tentativi di revisione costituzionale si veda: R.E. Ward, *The Commission on the Constitution and Prospects for Constitutional Change in Japan*, in *The Journal of Asian Studies*, vol. 24, n. 3 (May 1965), 401-429; J.M. Maki, *Review: The Documents of Japan's Commission on the Constitution*, in *The Journal of Asian Studies*, vol. 24, n. 3 (May 1965), 475-489 e Id., *Japan's Commission on the Constitution: The Final Report*, Seattle, University of Washington Press, 1980; K. Takayanagi, *Some Reminiscences of Japan's Commission on the Constitution*, in D.F. Henderson (ed.), *The Constitution of Japan: Its First Twenty Years, 1947-1967*, Seattle, University of Washington Press, 1968, 71-88; e G.D. Hook, G. McCormack, *Japan's Contested Constitution: Documents and Analysis*, London, Routledge, 2001.

Carta costituzionale che rivelano maggiormente la matrice forestiera<sup>11</sup>.

La “telenovela” della revisione dell’articolo 9, che il risultato delle urne almeno numericamente rende concretamente fattibile, si è arricchita nell’ultimo paio d’anni di un nuovo colpo di scena che ha riportato alla luce i mai sopiti timori, e rancori, dei Paesi vicini, e la sincera vocazione pacifista della società civile, guidata dagli ultimi *hibakusha* (被爆者)<sup>12</sup>.

Lo scollamento che si è sempre percepito tra il LDP (sulla questione quasi mai sostenuto dall’imprescindibile alleato di governo New Komeito) da un lato e società civile dall’altro in merito all’abbandono della clausola pacifista è tale da aver spinto Natsuo Yamaguchi, *leader* del *junior partner* della coalizione governativa, il New Komeito appunto, a dichiarare che né la Costituzione né la recente, e contestata, legge sulla sicurezza avrebbero dovuto assumere il carattere di temi chiave della campagna elettorale. Forte era infatti il timore che richiamarvi l’attenzione avrebbe potuto influenzare negativamente il risultato elettorale per il tandem di governo.

A questa dichiarazione ha fatto eco, proprio il giorno antecedente la consultazione, Masahiko Komura, vice presidente del LDP, che ha affermato l’assoluta mancanza di intenzione di procedere alla revisione dell’articolo 9. Evidente risulta la contraddittorietà di una siffatta affermazione rispetto a quella che è la volontà del premier, almeno per come questi si è premurato di esplicitarla in più di un’occasione, di procedere invece alla revisione. In considerazione di ciò, parrebbe doversi leggere la dichiarazione di Komura come una rassicurazione dell’elettorato che tende a preferire un mantenimento dello *status quo* in materia di articolo 9.

In questa direzione infatti i dati raccolti da due diversi sondaggi condotti nel mese di giugno, uno dalla televisione pubblica NHK e uno dalla agenzia di stampa Kyodo. Il primo sondaggio ha sondato l’elettorato, di cui il 26% supporta con certezza Abe e, di questi, solo l’11% ritiene che la revisione costituzionale debba essere una priorità; mentre il secondo i candidati alle elezioni del 10 luglio, di cui un

---

<sup>11</sup> Si veda in particolare il Preambolo, doppiamente problematico per l’americano «We, the Japanese people» e il diritto di vivere in pace; ma anche il capitolo 1 (art. 1-8), dedicato al *Tennō* che, oltre a non essere più il detentore del potere sovrano, e dunque centro di quello che i giuristi nipponici chiamano *kokutai* (termine assimilabile al nostro forma di Stato), lo colloca in una indefinita, e indefinibile, posizione istituzionale, non essendo espressamente qualificato come Capo dello Stato, pur vedendosene attribuiti i tradizionali poteri.

<sup>12</sup> Letteralmente persone colpite dall’esplosione; termine con cui si indicano i sopravvissuti del doppio *atomic sunshine* de 6 e 9 agosto 1945.

trasversale 46.6% si oppone alla revisione, mentre solo il 34,6% supporterebbe il premier lungo questa strada. Quest'ultimo sondaggio si rivela interessante in quanto ha riconfermato l'approccio – e se vogliamo anche i timori in termini elettorali – del New Komeito alla questione. Se infatti i dati sono scorporati per partito e non in favorevoli-contrari, ne risulta che il 71,2% di candidati LDP supporta il premier (ma solo l'11,7% pensa che debba essere una priorità) contro nessun candidato nel New Komeito. Le opposizioni sono naturalmente contrarie.

Interessante anche l'analisi di una serie di sondaggi annuali condotti negli ultimi quattordici anni dallo Yomiuri Shinbun (il maggior quotidiano del Paese e di chiaro orientamento filo-governativo), che rivela come la percentuale di cittadini contrari alla revisione sia cresciuta dal 47,9% del 2002 al 61% del 2016.

Del medesimo tenore il sondaggio dell'istituto Jiji sui votanti di domenica. Il 36% è contrario alla revisione dell'articolo 9, il 29.6% è favorevole, mentre il 34.4% è tuttora incerto. Del 36% contrario, il 36.4% ha votato per il DP, il 20.5% per il JCP, 15% per il LDP, il 7.2% per la Ōsaka Ishin no Kai, il 6.3% per il New Komeito e il 5.2% per il SDP. Tra gli elettori invece favorevoli, il 56.6% ha votato per il LDP, il 13.4 per la Ōsaka Ishin no Kai, l'8.9% per il New Komeito, l'8.2% per il DP e il 2.5% per il JCP e il PJK.

L'attitudine ambivalente tenuta sulla questione durante tutta la campagna elettorale non solo da parte della coalizione di governo, ma anche dal LDP stesso, è da imputarsi a due ragioni. La prima è che l'ultimo *step* dell'*iter* di revisione è rappresentato proprio dal *referendum* popolare, *ex art.* 96. La seconda, invece, concerne il fatto che la consultazione del 10 luglio è stata la prima che ha visto recarsi alle urne i diciottenni e i diciannovenni, a seguito dell'abbassamento dell'elettorato attivo da venti a diciotto anni<sup>13</sup>. Peraltro, quest'ultimo elemento non si è rivelato per nulla rilevante, in quanto i giovanissimi si sono incanalati nel solco dello *status quo*, votando quindi per la coalizione di governo. Secondo i dati rilasciati dall'Asahi Shinbun, nel proporzionale circa il 40% dei giovanissimi ha votato per il LDP, mentre il 10% per il New Komeito. Paradossalmente, il sostegno al tandem governativo è invece calato negli over 60.

---

<sup>13</sup> Concretamente parlando, l'abbassamento si è tradotto in un aumento del corpo elettorale di poco meno di due milioni e mezzo di unità.

La chiusura dei seggi e le prime proiezioni di vittoria per il blocco di governo hanno poi immediatamente spinto Tomomi Inada, *policy chief* del LDP, a dichiarare l'intenzione immediata di sottoporre alla Dieta il progetto di revisione già preparato dal LDP nel 2012. Del medesimo tenore le dichiarazioni del premier. A questo punto lo scenario che sta iniziando a delinearsi vede sempre più concreta la possibilità sì della presentazione del progetto di revisione alla Dieta, ma lasciando da parte l'articolo 9, almeno per il momento. Pare infatti che Abe voglia lasciare che sia la commissione competente della Dieta a selezionare, almeno formalmente, gli articoli da sottoporre a revisione.

Rispetto alla posizione governativa, l'opinione pubblica, lo si è detto, si è dimostrata particolarmente combattiva e lo ha dimostrato agendo contro la legge sulla sicurezza. L'azione corre su di un doppio binario: la sua impugnazione dinnanzi alle Corti e la richiesta di ripetizione del giudizio del celeberrimo caso *Sunagawa* del 1959<sup>14</sup>.

Per quanto concerne il primo binario, all'inizio del mese di giugno, circa 800 cittadini, compresi gli *hibakusha* superstiti, hanno lanciato un'azione legale contro il governo, lamentando che la legge sulla sicurezza rappresenti una violazione del diritto costituzionale di vivere in pace. L'azione legale è ripartita in una richiesta di risarcimento danni per ¥10 mila dinnanzi alla Corte distrettuale di Ōsaka e di ¥100 mila dinnanzi a quella di Nagasaki, entrambe a causa dello stress emotivo provocato dalla entrata in vigore della legge. La situazione di stress emotivo sarebbe causata, secondo i ricorrenti, dal fatto che la nuova interpretazione governativa dell'articolo 9 (su cui la legge di sicurezza è fondata) sia arbitraria e che illegittimamente consenta al Paese di esercitare l'autodifesa collettiva, la cui diretta conseguenza potrebbe vedere le SDF ingaggiate in combattimenti.

Il secondo binario verte invece sulla richiesta di ripetere il caso *Sunagawa*<sup>15</sup>.

La Corte suprema decise, nel dicembre 1959, di rovesciare il verdetto iniziale della Corte distrettuale di Tōkyō<sup>16</sup> che aveva stabilito che lo stazionamento di

---

<sup>14</sup> Il caso *Sunagawa* rappresenta uno dei casi maggiormente significativi in materia di articolo 9 e stazionamento delle truppe statunitensi. Per una panoramica sulla questione, si v. N. Kamiya, *Guerra e pace nella Costituzione giapponese*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2006, 1465-1490.

<sup>15</sup> *Sakata v Japan*.

<sup>16</sup> Il governo si appellò direttamente alla Corte suprema contro la sentenza di primo grado, servendosi della possibilità di appello straordinario, senza passare quindi dal secondo grado.

truppe statunitensi su suolo nipponico configurasse una violazione dell'articolo 9 in quanto costituivano «war potential» espressamente proibito<sup>17</sup>. Rinviano la questione alla Corte distrettuale, la Corte suprema argomentava come il mantenimento della pace e della sicurezza, con qualunque mezzo giudicato necessario e appropriato, rientrasse nei poteri propri di uno Stato in quanto tale. In questo quadro, continuava la Corte, l'articolo 9 non proibiva al Giappone di ricevere aiuto da un Paese terzo proprio al fine di vedere garantita la sua sicurezza. Ed è su questo passaggio, è bene ricordarlo, nel 2014 il premier Abe ha fondato la nuova interpretazione governativa dell'articolo 9, affermando come la Corte suprema avesse così approvato l'esercizio dell'autodifesa. Va peraltro rilevato come questa interpretazione presenti molti punti oscuri, su tutti il fatto che la Corte si era espressa esclusivamente contro la qualificazione dello stazionamento di truppe statunitensi come «war potential» proibito *ex* Articolo 9, senza dunque nulla dire propriamente sul diritto di autodifesa.

È proprio di questo caso – vista anche la sua incidenza sulla nuova interpretazione governativa – che nel 2014 è stata chiesta la ripetizione ad opera degli ex imputati ancora in vita. La motivazione alla base della richiesta è stata la declassificazione di alcuni documenti statunitensi che hanno rivelato come l'allora *chief justice* Kotaro Tanaka avesse avuto contatti di natura privata con diplomatici statunitensi e avesse discusso con loro il merito del processo. In questa condotta i ricorrenti hanno rintracciato una violazione del diritto al giusto processo, essendo gli statunitensi parte in causa.

Lo scorso mese di marzo, la Corte distrettuale di Tōkyō ha respinto la richiesta di nuovo processo, ma i ricorrenti hanno immediatamente presentato appello presso l'Alta Corte. È alquanto improbabile un accoglimento dell'appello in secondo grado, ma, ciononostante, l'azione legale sta avendo il merito di mantenere l'opinione pubblica vigile e coinvolta sulla questione.

---

<sup>17</sup> E che contestualmente la disciplina penale speciale sulla base di cui gli imputati erano stati arrestati era incostituzionale.

3. – Il carattere progressivamente sempre più conservatore, per non dire reazionario, del LDP è emerso recentemente in rapporto ad altre due questioni: il JCP<sup>18</sup> e l'Islam.

Per quanto concerne il primo punto, dal sapore un po' di Guerra fredda, risale allo scorso mese di marzo una dichiarazione ufficiale del governo in cui si è richiamata la necessità di continuare a considerare il Partito comunista una organizzazione sovversiva, secondo quanto prescritto dalla Legge contro le attività sovversive del 1952<sup>19</sup>. Secondo il contenuto della dichiarazione, infatti, il Partito comunista continua a distinguersi per il carattere «violento e rivoluzionario», che si sostanzia nel tentativo di dar vita a quella che la National Police Agency definisce una rivoluzione violenta.

La qualifica di Partito sovversivo, e dunque violento, risale al 1950, anno in cui sono state perpetrate una serie di attività distruttive, ivi compresi attacchi alle forze di polizia, su tutto il territorio nazionale. A rinforzare ulteriormente questa posizione, l'anno seguente il Partito rilasciò una dichiarazione in cui affermò che sarebbe stato sbagliato perseguire la rivoluzione in maniera pacifica.

È sicuramente alquanto anomalo un simile intervento da parte del governo, visti i sostanziali mutamenti a livello di politica internazionale e interna che si sono prodotti dal 1950 a oggi. *A fortiori* se si considera come il Partito comunista non abbia poi effettivamente perseguito una lotta sistematicamente violenta contro le istituzioni. La legge contro le attività sovversive è stata applicata in pochissime occasioni, due per l'esattezza, sempre contro attività di singoli individui e mai contro un partito politico.

---

<sup>18</sup> Fondato nel 1922, è stato fortemente colpito dalla repressione del pensiero che ha caratterizzato gli anni del fascismo (*Tennōsei-fashizumu*). V. M. Maruyama, *Thought and Behaviour in Modern Japanese Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1963; F. Gatti, *Il fascismo giapponese*, Venezia, Cafoscarina, 1997 e *Id.*, *Caratteristiche strutturali del fascismo giapponese*, in E. Collotti Pischel (cur.), *Capire il Giappone*, Milano, Franco Angeli, 1999, 225-234. Sul JCP, in particolare sui suoi anni più significativi, si v. Robert A. Scalapino, *Japanese Communist Movement, 1920-66*, Berkeley, University of California Press, 1967. Decisamente ricca è anche la versione inglese del sito internet: [www.jcp.or.jp/english/](http://www.jcp.or.jp/english/).

<sup>19</sup> Legge n. 240 del 1952. Si veda: M. Usaki, *Restrictions on Political Campaigns in Japan*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 53, no. 2, *The Constitution of Japan: The Fifth Decade* [Part 2] (Spring, 1990), 133-156 (in part. 145-150); J.M. Maki, *Japan's Subversive Activities Prevention Law*, in *The Western Political Quarterly*, vol. 6, no. 3 (Sep., 1953), 489-511; C.H. Uyehara, *The Subversive Activities Prevention Law of Japan: It's Creation, 1951-52*, Leiden, Brill, 2010.

Il fatto che questa dichiarazione sia stata rilasciata poco prima delle elezioni non è naturalmente casuale, ma era volta a screditare un Partito comunista che, come detto, per la prima volta nella sua lunga storia<sup>20</sup>, ha deciso di entrare in una coalizione assieme ad altri partiti di sinistra o comunque di area di centro-sinistra, fatto questo che avrebbe potuto avere effetti dirompenti, ma sicuramente non prevedibili, sul risultato elettorale.

La seconda questione va invece a collocare il Giappone nella lotta al terrorismo di matrice islamica.

La comunità islamica del Sol Levante è, da un punto di vista meramente numerico, decisamente trascurabile, pari a nemmeno allo 0,08% della popolazione totale<sup>21</sup>. Potrebbe parimenti esserlo anche sotto altri profili, non essendo stata registrata alcuna concreta minaccia alla sicurezza dello Stato e dei suoi cittadini in collegamento con la *jihad* globale. Purtuttavia, già a seguito del 9/11, anche il governo nipponico ha iniziato col porre in essere un capillare sistema di sorveglianza che solleva più di una criticità in termini di violazione della *privacy* così come di altri diritti fondamentali dei cittadini di fede islamica.

Una prima forma di sorveglianza, consistente nel pedinamento dei frequentatori di moschee, era iniziata appunto all'indomani dell'attentato alle Torri Gemelle. La collaborazione iniziale di convertiti giapponesi è stata progressivamente sostituita dal rifiuto, a fronte di una intrusività sempre maggiore delle forze di sicurezza. Nel 2010, poi, a causa di un *leak* di documenti della polizia, circa 114 *files* di *profiling* di musulmani giapponesi sono diventati di dominio pubblico. I documenti hanno rivelato una dettagliatissima profilazione dei frequentatori abituali di moschee, etichettati, sulla base di questo unico dato, come una minaccia alla sicurezza pubblica; a essa si è poi aggiunta una profilazione speciale nel 2008, in occasione del G8 nell'Hokkaidō, che ha riguardato circa 1600 studenti della zona di Tōkyō così

---

<sup>20</sup> Tra tutti i partiti attuali, il JCP è quello di più antica formazione.

<sup>21</sup> Va precisato come l'esatto ammontare della popolazione islamica in Giappone sia tuttora oggetto di speculazione, mancando dati certi. Il dato più recente (2007) e attendibile parla appunto di meno dello 0,08% della popolazione totale, dunque circa 70 mila individui, di cui il 90% sarebbero residenti stranieri mentre il 10% giapponesi convertiti. V. M. Penn, *Islam in Japan. Adversity and Diversity*, in *Harvard Asia Quarterly*, vol. 10, no. 1, 2006 e *Public Faces and Private Spaces: Islam in the Japanese Context*, in *Asia Policy*, 5, 2008, 89-104.

come circa 72 mila residenti appartenenti ai Paesi parte della Organizzazione della cooperazione islamica<sup>22</sup>.

Il *leak* ha naturalmente molto colpito la popolazione islamica di cui alcuni membri hanno iniziato una battaglia legale contro il governo, accusandolo di violazione della riservatezza, della libertà religiosa e del principio di uguaglianza. Il 31 maggio scorso la Corte suprema li ha rigettati<sup>23</sup>. Pur concordando con quanto stabilito dalle Corti inferiori, e cioè il riconoscimento di un risarcimento di ¥90 milioni per violazione della *privacy*, la Corte non si è però spinta a dichiarare illegittimo l'intero sistema di sorveglianza, riconoscendo che, nel quadro della lotta contro il terrorismo nazionale, siffatto sistema di sorveglianza sia «necessario e inevitabile».

Pare opportuno rilevare, per riallacciarsi al discorso iniziale sulla apatia della campagna elettorale, come la notizia della denuncia della Corte suprema abbia trovato spazio su parte della stampa nipponica in maniera piuttosto limitata, contrariamente alla stampa dei Paesi musulmani.

4. – Un'ultima questione meritevole di attenzione riguarda il recente intervento della Dieta in materia di c.d. *hate speech*, il primo del suo genere, nonostante il Paese abbia ratificato l'ICESCR nel 1995<sup>24</sup>.

La legge, dalla genesi piuttosto travagliata<sup>25</sup> e approvata in via definitiva il 24 maggio scorso, è la prima che parla espressamente di *hate speech* e può essere considerata come uno dei pochi interventi realmente effettuati nella lotta contro la discriminazione razziale.

---

<sup>22</sup> Fondata a Rabat nel 1969, è un'organizzazione internazionale con una delegazione permanente presso le Nazioni Unite che rappresenta 57 paesi dell'Europa, Vicino Oriente, Medio Oriente, America Meridionale, Africa, Asia Centrale e del Subcontinente indiano. Si occupa di salvaguardare gli interessi e lo sviluppo delle popolazioni musulmane nel mondo. [www.oic-oci.org/oicv3](http://www.oic-oci.org/oicv3).

<sup>23</sup> La Corte suprema ha contestualmente rigettato due appelli sul medesimo tema. La comunità islamica non si è infatti presentata unita in tribunale, ma sono state iniziate diverse cause contro il sistema di sorveglianza governativo.

<sup>24</sup> La Convenzione all'art. 4 dispone che ogni Paese firmatario provveda a introdurre nel diritto interno disposizioni legislative che vadano a punire l'*hate speech*.

<sup>25</sup> Originariamente la prima bozza era stata proposta dal DPJ. Questa bozza, però, non riuscì a essere approvata, mancando l'appoggio del LDP. Il LDP e il New Komeito hanno dunque proposto una loro bozza, votata poi dalle opposizioni, solo dopo l'accoglimento di alcuni emendamenti proposti dal DP.

Sulla omogeneità razziale e culturale – forse più presunta e invocata che non reale – che caratterizzerebbe la società nipponica molto si è detto<sup>26</sup>. Indubbiamente bassa è l’immigrazione, mentre le popolazioni autoctone – la più rilevante è quella degli *ainu* – vivono in aree geografiche limitate. I maggiori destinatari di odio e discriminazione razziale sono i discendenti dei vecchi sudditi dell’Impero – coreani in particolare<sup>27</sup>, ma anche taiwanesi – che hanno deciso di rimanere a vivere sul suolo nipponico (c.d. *Zainichi*-在日) e che, all’indomani dell’entrata in vigore del Trattato di pace di San Francisco del 1952, hanno perso la cittadinanza nipponica<sup>28</sup>.

La legge è stata accolta con un diffuso scetticismo, a causa soprattutto del suo carattere poco deciso sotto il profilo sanzionatorio e dell’*enforcement*. Se infatti la legge definisce come «imperdonabile» il linguaggio discriminatorio, non lo proibisce realmente sotto il profilo giuridico e conseguentemente non prevede nessuna pena né ammenda. Potrebbe comunque portare le Corti a comminare pene più severe nei confronti di gruppi e singoli sulla base di disposizioni legislative già esistenti.

Un’altra criticità è stata rinvenuta nel fatto che la legge riguardi solo *hate speech* nei confronti di individui di origine straniera e i loro discendenti, residenti legalmente in Giappone. Ne consegue che tutti coloro che risiedono illegalmente, così come i richiedenti asilo, si trovino esclusi dal campo di applicazione della legge.

Lo scopo della legge si sostanzia dunque nella responsabilità in capo al governo centrale e locale di porre in essere misure non meglio specificate contro l’*hate speech* così come la messa in opera di un sistema che migliori l’educazione del pubblico al fine di sradicarlo. Va però sottolineato come la società civile nel suo complesso si sia sempre dimostrata ostile a qualunque forma di *hate speech* e anzi, abbia dato vita a

---

<sup>26</sup> Molte sono le teorie sulla nipponicità, definibili come teorie *nibonjinron* (*kokusaika*, *ibunka*, *kyōsei* e *tabunka*). Per un approfondimento, v. C. Burgess, *Maintaining Identities*, 2003, *paper* reperibile sul sito [www.japanesestudies.org.uk](http://www.japanesestudies.org.uk). V. anche Y. Noda, *The Character of the Japanese People and their Conception of the Law*, in H. Tanaka (ed.), *The Japanese Legal System*, Tōkyō, 1976, 295 ss.; v. anche P. Dale, *The Myth of Japan Uniqueness*, New York, 1986.

<sup>27</sup> Si parla di circa 700 mila individui.

<sup>28</sup> Il Trattato di pace all’art. 2a) prevedeva che «Japan recognizing the independence of Korea, renounces all rights, title and claim to Korea». Al fine di darvi applicazione, nove giorni prima della sua entrata in vigore, il Direttore generale degli Affari civili del Ministero di Giustizia rese noto, con una *circular notice*, che tutti i coreani, ivi compresi quelli residenti in Giappone, avrebbero da quel momento perso la cittadinanza nipponica. Per una panoramica sul trattamento delle minoranze, sia consentito il rimando a E. Bertolini, *La tutela dei diritti fondamentali in Giappone: studio storico-giuridico tra tentazioni occidentali e radicamento asiatico*, Napoli, Jovene, 2011, 401-422.

numerosi gruppi e movimenti di protesta contro qualunque forma di razzismo e discriminazione.

Resta dunque da vedere se la legge si rivelerà un effettivo deterrente contro le frange razziste o se invece rifletterà anche nella pratica la scarsa incisività che le viene imputata sulla carta.

5. – Le elezioni di domenica 10 luglio non hanno portato alcuna novità nella scena politica nipponica, confermando un *trend* sostanzialmente sessantennale (se si esclude la deludente parentesi del governo DPJ dal 2009 al 2013). Ciò che più stupisce del comunque prevedibile esito elettorale è come gli elettori, pur nutrendo concrete perplessità nei confronti dei pilastri del programma politico del premier – dalla famigerata *Abenomics* alla tanto sbandierata revisione costituzionale –, preferiscano il mantenimento dello *status quo*, confermando per l'ennesima volta il loro supporto alla coalizione di governo.

Ciononostante, il voto di domenica apre prospettive interessanti, lo si è detto, forse più sul piano teorico che non su quello pratico, e prevalentemente sulla questione della revisione costituzionale, nonostante siano numerosi i temi caldi. Se infatti sino a questo momento il LDP ha sempre potuto addurre scuse concrete alla mancata revisione costituzionale – la impossibilità di raggiungere la maggioranza qualificata dei 2/3 in entrambe le Camere o il vuoto legislativo sul *referendum* costituzionale – ora il panorama è diametralmente cambiato. La maggioranza qualificata dei 2/3 è stata raggiunta alla Dieta e la legge sul *referendum* è entrata in vigore nel 2010. Un non luogo a procedere nel senso della revisione (sia essa parziale o totale) o un mancato successo questa volta non potranno che essere interpretati come un fallimento della politica del LDP. E la dialettica politica e partitica non potrebbe che beneficiarne.



ISSN 2037-6677

2016/3

**«Like a boat sailing against the wild current of  
populist rhetoric»: la Corte di Strasburgo di fronte  
alle restrizioni statali al ricongiungimento familiare  
con cittadini di paesi terzi**

**«Like a boat sailing against the wild current of  
populist rhetoric»: the ECHR case-law on the right of  
family reunion**

**M.C. Locchi**

Tag : European Court of Human rights, family reunion, Denmark





## «Like a boat sailing against the wild current of populist rhetoric»: la Corte di Strasburgo di fronte alle restrizioni statali al ricongiungimento familiare con cittadini di paesi terzi

di Maria Chiara Locchi

1. – Il frammento della *concurring opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, riportato in apertura del titolo della presente nota, suggerisce efficacemente la posta in gioco del caso *Biao c. Danimarca* (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Biao c. Danimarca*, 24.5.2016, ricorso n. 38590/1), con il quale la Corte EDU torna a pronunciarsi sul complesso intreccio tra politiche nazionali dell'immigrazione e diritto all'unità familiare, esercitato per mezzo del ricongiungimento familiare.

Il Sig. Ousmane Biao (primo ricorrente), originario del Togo e dal 2002 cittadino danese, lamentava la violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) – considerato isolatamente e in combinato disposto con l'art. 14 CEDU (divieto di discriminazioni) – a seguito del rifiuto, da parte delle autorità danesi, del permesso di soggiorno per la moglie (la seconda ricorrente), nata e vissuta in Ghana e senza nessun legame con la Danimarca. Il provvedimento di diniego era motivato dall'assenza, in capo a entrambi, del c.d. *attachment requirement* (requisito del “collegamento”, del “legame”), in base al quale il ricongiungimento

con un familiare extraeuropeo è subordinato, tra le altre condizioni, alla dimostrazione di un legame con la Danimarca più forte che con qualsiasi altro paese. Per via dell'impossibilità di stabilire in Danimarca la propria vita familiare, i signori Biao si sono trasferiti nel 2003 a Malmö, in Svezia, dove nel 2004 hanno avuto un figlio, di nazionalità danese *iure sanguinis*, e da dove quotidianamente il Sig. Biao si reca al lavoro a Copenaghen percorrendo il ponte Øresund, che dal 2000 collega Svezia e Danimarca.

Lo scrutinio della Grande Camera non si concentra, tuttavia, sull'*attachment requirement* – destinato, a partire dal 2000, a condizionare il ricongiungimento familiare degli stranieri legalmente residenti in Danimarca e poi esteso, nel 2002, anche ai cittadini danesi che intendessero ricongiungersi con il proprio coniuge (o partner) straniero; tale estensione era stata motivata dal Governo in relazione alla minore “integrabilità” delle coppie miste formate da un cittadino danese di origine straniera e da un coniuge straniero, spesso originario dello stesso paese.

Le censure dei ricorrenti si sono invece rivolte alla deroga all'*attachment requirement*, introdotta dal legislatore danese nel 2003 per superare i problemi posti da tale requisito all'esercizio dei diritti dei cittadini danesi che hanno deciso di soggiornare e avere una famiglia all'estero, e per i quali risultava difficoltoso dimostrare il “legame più forte” con la Danimarca. La deroga – nota come la “regola dei 28 anni” (soglia abbassata a 26 nel 2012) – prevede che, qualora uno dei due coniugi sia cittadino danese da almeno 28 anni (o straniero nato e vissuto in Danimarca, o nato all'estero ma entrato in Danimarca da piccolo, e residente legalmente da almeno 28 anni) non è necessario soddisfare l'*attachment requirement* ai fini del ricongiungimento familiare. Poiché il Sig. Biao, pur essendo cittadino danese, non risultava tra i beneficiari di tale previsione derogatoria, il ricorso si è appunto incentrato sulla “regola dei 28 anni” e, in particolare, sull'esistenza di un'ingiustificata differenza di trattamento tra cittadini danesi fin dalla nascita e cittadini danesi per motivi “sopravvenuti” (quale il Sig. Biao) e, di conseguenza, tra cittadini “etnicamente danesi” e cittadini di diversa origine etnica.

2. – Prima di arrivare all'attenzione dei giudici di Strasburgo, tanto l'*attachment requirement* quanto la deroga dei 28 anni erano già stati al centro del dibattito politico

e giuridico in Danimarca, nonché oggetto di scrutinio da parte della Corte Suprema danese (ampi stralci della decisione sono riportati ai § 27-30) e di censura da parte di diverse istituzioni e organizzazioni internazionali a tutela dei diritti umani (quali il Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza, il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, cfr. § 49-55).

Il profilo cruciale di tali pronunciamenti è il criterio differenziante alla base delle previsioni legislative danesi in materia di ricongiungimento familiare e, in particolare, l'eventuale effetto sproporzionatamente pregiudizievole di tali misure a danno di una particolare categoria di soggetti in rapporto alle altre.

La decisione della Corte Suprema danese del 2010 aveva portato ad emersione la difformità di interpretazioni di tale impatto discriminatorio: mentre la maggioranza aveva concluso per la legittimità delle norme dell'*Udlændingeloven* (la Legge sugli stranieri) ai sensi degli artt. 8 e 14 CEDU, avallando la tesi governativa sulla *ratio* della “regola dei 28 anni”, la minoranza della Corte aveva rigettato una lettura meramente formale della norma, che si fermasse, cioè, al criterio della durata del possesso della cittadinanza. La neutralità (e legittimità, ai sensi della CEDU) di tale criterio, infatti, sarebbe solo apparente, producendosi in realtà una discriminazione indiretta per motivi etnici e razziali a danno di quei cittadini danesi che – avendo acquistato la cittadinanza non alla nascita – sono nella stragrande maggioranza stranieri diventati cittadini per naturalizzazione o matrimonio. Secondo la minoranza, inoltre, la sentenza della Corte Suprema avrebbe erroneamente identificato il termine di comparazione al fine di valutare l'impatto discriminatorio: se la *ratio* della “regola dei 28 anni” era davvero quella di favorire i cittadini danesi dalla nascita, le cui famiglie sono considerate maggiormente integrabili, la situazione del ricorrente (ovvero di coloro che sono nati e cresciuti in un paese straniero e hanno acquistato la cittadinanza danese da adulti) doveva essere correttamente confrontata non con quella dei cittadini danesi (dalla nascita) nati e cresciuti in Danimarca, ma con quella dei cittadini danesi (dalla nascita) nati e cresciuti all'estero.

Nel 2014 il caso *Biao* era arrivato davanti alla Corte EDU (*Biao c. Danimarca*, 25.3.2014, sulla quale cfr. E. Ersbøll, *Biao v. Denmark: discrimination among citizens?*, EUI Working Paper RSCAS, 79, 2014), che aveva rigettato le ragioni dei ricorrenti:

pur avendo riconosciuto l'esistenza di una differenza di trattamento tra diverse categorie di cittadini, i giudici avevano considerato che il lasso di tempo particolarmente breve tra l'acquisto della cittadinanza danese da parte del Sig. Biao e il rifiuto del ricongiungimento familiare da parte delle autorità danesi – 2 anni – non consentisse di valutare la misura come sproporzionata rispetto allo scopo perseguito dalla “regola dei 28 anni”.

3. – Dopo aver ricostruito i profili generali della tutela del divieto di discriminazioni *ex art. 14 CEDU* (§ 88-94; sulla corposa giurisprudenza della Corte EDU in materia di divieto di discriminazioni cfr., tra gli altri, M.E.A. Goodwin, *Taking on racial segregation: the European Court of Human Rights at a Brown v. Board of Education moment?*, in *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 3, 2009, pp. 114-126; R. O'Connell, *Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, in *Legal Studies*, 29, 2009, pp. 211-229; J. Gerards, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 13, 2013, pp. 99-124), la Grande Camera passa a valutare l'applicazione di tali principi al caso di specie.

Il primo nodo da sciogliere riguarda l'esistenza o meno di una discriminazione e, in particolare, di una discriminazione indiretta (sul concetto di discriminazione indiretta, con particolare riferimento al caso paradigmatico *D.H. and Others v. the Czech Republic*, 13.11.2007, v. D. Strazzari, *C'è un giudice a Strasburgo! La Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela contro la discriminazione degli appartenenti all'etnia rom*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Il mosaico rom. Specificità culturali e governance multilivello*, Milano, FrancoAngeli, 2011, pp. 192-207). A tale scopo diventa cruciale accertare le modalità e gli effetti dell'attuazione della “regola dei 28 anni”: in assenza di dati statistici, che avrebbero potuto chiarire l'impatto della misura, i giudici procedono ad una vera e propria classificazione dei soggetti interessati dalla previsione legislativa (§ 111). Se, senza alcun dubbio, i cittadini danesi residenti all'estero e quelli residenti in Danimarca beneficiano della previsione derogatoria già all'età di 28 anni, anche gli stranieri nati in Danimarca, o entrati nel paese in tenera età, sono esentati dall'*attachment requirement* dopo 28 anni di residenza legale e, quindi, al compimento dei 28 anni di età o poco dopo. La sola categoria di soggetti che ne

rimarrebbe quasi totalmente esclusa è quindi quella, a cui appartiene il ricorrente, di coloro che hanno acquistato la cittadinanza danese in età adulta, rispetto alla quale le rassicurazioni del Governo sull'alleggerimento dei requisiti temporali in via di prassi amministrativa non paiono dirimenti rispetto all'esistenza di un effetto pregiudizievole. La Corte, in conclusione, aderisce alla tesi dei ricorrenti circa la discriminazione per motivi etnici, concordando con l'argomentazione della minoranza della Corte Suprema danese sul punto.

Una volta dimostrata l'esistenza di una discriminazione indiretta, l'onere della prova sulla legittimità dello scopo perseguito dalla misura discriminatoria passa al Governo, che deve però muoversi entro il margine ristretto stabilito dalla Corte in relazione, da un lato, alla irricevibilità, in una società democratica, di argomenti basati esclusivamente o prevalentemente sull'origine etnica, a prescindere dalla natura diretta o indiretta della discriminazione (cfr. *D.H. and Others*, cit., § 176, e *Timishev v. Russia*, 13.12.2005, § 58) e, dall'altro, alla necessaria dimostrazione di ragioni particolarmente consistenti a giustificazione di differenze di trattamento basate sulla nazionalità (cfr. *Gaygusuz v. Austria*, 16.9.1996, § 42, *Koua Poirrez v. France*, 30.12.2003, § 46, e *Andrejeva v. Latvia*, 18.2.2009, § 87). Lo scopo addotto dal Governo danese, come già detto, è quello di consentire agli espatriati danesi con legami forti e duraturi con la Danimarca il ricongiungimento familiare con il coniuge straniero; si tratterebbe quindi, secondo il Governo, di uno scopo legittimo, da inquadrarsi nell'ambito delle politiche di immigrazione. Esercitando sul punto un criticabile *self-restraint*, la Corte decide tuttavia di non pronunciarsi né sul profilo dell'intento discriminatorio delle autorità danesi né su quello della legittimità dello scopo (§ 121), concentrando l'attenzione sul fondamento di tale scopo.

In relazione a quest'ultimo aspetto, la Corte conclude che il Governo danese non è riuscito a dimostrare ragioni consistenti e stringenti, che non siano riconducibili all'origine etnica, a supporto della “regola dei 28 anni”.

Da un lato, infatti, il criterio differenziante non può non essere ricondotto alla “linea del colore”: mentre i danesi per cittadinanza e origine etnica, anche se nati e vissuti all'estero, sono automaticamente considerati integrati – e tale qualità, per così dire, “naturale” sarebbe idonea a trasmettersi anche ai coniugi stranieri – sui cittadini danesi di origine straniera peserebbe una sorta di stigma rappresentato da modelli di

comportamento, nei rapporti interpersonali e familiari, ritenuti incompatibili con lo stile di vita danese, con una previsione rigida di soglie e parametri quantitativi tale da non consentire di valutare le circostanze concrete dei singoli casi.

Dall'altro lato, l'autorevole precedente della Corte EDU *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, 28.5.1985, richiamato dalla stessa maggioranza della Corte Suprema danese, non risulta decisivo. È vero, infatti, che con quella decisione la Corte aveva ritenuto che “ragioni sociali persuasive” potessero giustificare differenze di trattamento, purché ragionevoli e proporzionate, basate sul momento dell'acquisto della cittadinanza, con la conseguenza di favorire i cittadini dalla nascita. Nel campo delle discriminazioni indirette a danno di cittadini per via dell'origine etnica, tuttavia, i giudici europei ricordano ora di dover tener conto dell'evoluzione degli orientamenti e degli standard di tutela internazionali, discostandosi, per la verità piuttosto apoditticamente, dal precedente di *Abdulaziz* (§ 131). L'art. 5 par. 2 della Convenzione europea sulla nazionalità, in particolare, viene indicato in questo senso come un riferimento inaggirabile, in quanto dimostrerebbe la convergenza degli Stati europei sul divieto di discriminazioni tra cittadini, dalla nascita o per motivi sopravvenuti. Considerando, inoltre, il carattere isolato della previsione legislativa danese a livello comparativo, la non invocabilità del diritto dell'UE a sostegno di tale previsione e le censure mosse dai diversi organismi internazionali a difesa dei diritti umani, la Grande Camera conclude nel senso della violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 (rimanendo invece assorbito il profilo della violazione dell'art. 8 CEDU considerato isolatamente).

4. – Il nodo problematico implicato nella risoluzione del caso *Biao* ha a che fare con la tensione tra il potere discrezionale dello Stato rispetto alle politiche dell'immigrazione – con particolare riferimento alla selezione degli ingressi e alla determinazione dei requisiti di integrazione degli stranieri migranti – e la tutela dei diritti fondamentali di cittadini e stranieri e del divieto di discriminazioni.

Le opinioni separate alla pronuncia (in tutto 4: una concorrente, una parzialmente dissenziente e due dissenzienti, di cui una individuale e una congiunta) contribuiscono ad enucleare i profili più rilevanti.

Un primo aspetto riguarda l'accertamento della discriminazione indiretta per motivi etnico-razziali, che rappresenta un banco di prova controverso dei limiti dello scrutinio della Corte in rapporto alla discrezionalità degli Stati (tra gli aspetti problematici di tale accertamento, ad esempio, figurano le modalità di prova dell'impatto sproporzionato, ai danni di un determinato gruppo, di una misura formalmente neutra in relazione alla razza, al colore o all'appartenenza ad una minoranza (cfr. su questo aspetto I. Rorive (ed.), *Proving Discrimination Cases – the Role of Situation Testing*, Migration Policy Group, Centre for Equal Rights, 2009, [www.migpolgroup.com](http://www.migpolgroup.com)). Se nel caso *Biao* non sono state prodotte evidenze statistiche al fine di valutare l'impatto discriminatorio, generalmente la Corte si è mostrata aperta rispetto alle diverse forme di ammissibilità e di valutazione delle prove, nell'ottica del ricorso a materiali extra-giuridici in funzione di interpretazione evolutiva della Convenzione.

A tal proposito, nella loro opinione dissenziente congiunta, i giudici Villiger, Mahoney e Kjølbro osservano come nel caso *Biao* lo scrutinio della Corte si sia allargato a dismisura, ben oltre i confini posti con pronunce precedenti (vengono citati, in particolare, i casi *D.H.*, cit., e *S.A.S. v. France*, 1.7.2014). La maggioranza, in particolare, non avrebbe considerato adeguatamente la giustificazione, oggettiva e ragionevole, della differenza di trattamento, da valutarsi in relazione allo scopo legittimo e alla proporzionalità tra scopi perseguiti e mezzi utilizzati, concludendo nel senso dell'assenza di “ragioni stringenti e particolarmente consistenti” alla base della discriminazione indiretta per motivi etnico-razziali (che i giudici dissenzienti, peraltro, ritengono non sussistere). Dovendosi pronunciare sul carattere discriminatorio dell'eccezione alla restrizione (la “regola dei 28 anni”) – e non della restrizione (*l'attachment requirement*) – la Corte è così giunta al risultato paradossale di garantire un'uguaglianza basata sull'“uguale non godimento” di un diritto, nella misura in cui i ricorrenti non saranno comunque titolati ad accedere al ricongiungimento familiare in Danimarca, al pari di tutti gli altri soggetti per i quali la “regola dei 28 anni” trovava invece applicazione.

Un secondo aspetto è legato ai limiti opponibili al potere dello Stato di regolare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri sul territorio, anche in relazione al ricongiungimento familiare, rispetto al quale vengono in rilievo tanto profili di

carattere tecnico-giuridico (es. il diverso *status* dei cittadini europei e dei cittadini di paesi terzi) quanto considerazioni più propriamente riconducibili alla legalità costituzionale e alla politica del diritto. Con riguardo a questo secondo piano del discorso, il caso *Biao* è infatti emblematico del difficile rapporto tra la valutazione, necessariamente politica, dei molteplici interessi sottesi al controllo dell'immigrazione da parte degli Stati e, oggi, delle istituzioni sovranazionali quali l'UE (rispetto ai quali il Governo danese difende con forza le proprie ragioni al § 80) e la tutela dei diritti fondamentali della persona, la cui centralità nella costruzione delle condizioni di convivenza in contesti pluralistici è affermata tanto dalle costituzioni democratiche quanto dalle convenzioni internazionali sui diritti umani. Da questa prospettiva la legislazione danese sul ricongiungimento familiare risulta espressione di una più generale tendenza restrittiva a concepire il concetto di "integrazione" degli stranieri quale requisito per l'accesso ad un soggiorno legale e stabile nel paese di immigrazione (si pensi ad esempio alla diffusione dei cd. "test di integrazione" in vista del rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno, sui quali cfr. R. van Oers, E. Ersbøll and D. Kostakopoulou (eds.), *A Re-definition of Belonging? Language and Integration Tests in Europe*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010 e E. Guild, K. Groenendijk and S. Carrera (eds.), *Illiberal Liberal States. Immigration, Citizenship and Integration in the EU*, Abingdon, Routledge, 2016); la Corte ha quindi mostrato di tener conto delle preoccupazioni e dei dubbi circa la legittimità di tali misure (sulle quali cfr. anche la pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE nel caso *Minister van Buitenlandse Zaken v K and A*, C-153/14).

Uno dei profili censurati dalla maggioranza in rapporto all'esistenza di una discriminazione razziale è proprio legato al ricorso a pregiudizi e stereotipi sui cittadini danesi di origine straniera (§ 125-126), che secondo le autorità statali sarebbero portati, sulla base di un vero e proprio "schema di comportamento", a sposarsi con persone dello stesso paese di origine, con minori prospettive di integrazione nella società danese. L'utilizzo in chiave restrittiva di tale discutibile "argomento culturale", peraltro difficilmente dimostrabile, è criticato con forza dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione concorrente; il giudice portoghese rimarca, non senza sarcasmo, come all'«immagine surreale dei residenti stranieri e dei cittadini danesi di origine straniera che vivono in Danimarca» (in particolare di quelli provenienti da paesi non occidentali) si opponga l'«immagine idealizzata dei

sempre fedeli danesi, nati in Danimarca, che vivono fuori dal paese» (§ 18). È proprio a partire dalla inaccettabilità di tali argomenti in funzione di limitazione del ricongiungimento familiare – ormai da considerarsi un vero e proprio “diritto” ricavabile dal diritto all’unità familiare *ex art. 8 CEDU* – che Pinto de Albuquerque contesta alla maggioranza un’eccessiva timidezza nei confronti del Governo danese. Il mancato superamento, in termini pieni e inequivoci, del principio enunciato in *Abdulaziz* in relazione alla legittimità degli scopi delle legislazioni nazionali sul ricongiungimento familiare denuncia infatti una resistenza della Corte EDU ad assumere pienamente una funzione di garanzia contro le derive populiste e discriminatorie di alcuni Stati europei, abbandonando l’approccio esclusivamente casistico incentrato sulla considerazione delle “circostanze eccezionali” (cfr., di recente, i casi *Jennesse v. the Netherlands*, 3.10.2014, e *De Souza Ribeiro v. France*, 30.6.2011) in favore di una affermazione di carattere generale nel senso della arbitrarietà, in via di principio, delle differenze di trattamento tra cittadini e stranieri legalmente residenti, sulla base del luogo di nascita, della cittadinanza e della durata della cittadinanza, in materia di ricongiungimento familiare.





ISSN 2037-6677

2016/3

**La Corte di giustizia dell'Unione europea si esprime definitivamente sull'obbligatorietà della indicazione di trattamenti chimici post-raccolta nell'imballaggio degli agrumi**

**The ECJ stated that citrus fruit labelling indicating the preserving agents and other chemical substances used in post-harvest processing is compulsory**

L. Musselli

Tag : citrus fruit, preserving agents, Spain

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





## La Corte di giustizia dell'Unione europea si esprime definitivamente sull'obbligatorietà della indicazione di trattamenti chimici post-raccolta nell'imballaggio degli agrumi

di Lucia Musselli

1. – Con la sentenza del 3 marzo 2016, (Settima Camera), causa C-26/15 P, *Regno di Spagna c. Commissione europea* (disponibile in spagnolo e francese in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)), la Corte di Giustizia conferma in sede di giudizio d'appello la legittimità, già sostenuta in primo grado dal Tribunale con sentenza del 13 novembre 2014, T 481/11, *Regno di Spagna c. Commissione*, della normativa europea che prescrive, negli imballaggi degli agrumi, l'indicazione di eventuali trattamenti chimici a cui questi possono essere sottoposti dopo la raccolta.

La sentenza, oltre alla questione specifica relativa alla compatibilità della specifica normativa europea, contenuta in un regolamento d'esecuzione adottato dalla Commissione, con il quadro normativo più generale previsto a livello europeo in materia di Organizzazione Comune del Mercato agricolo e con la disciplina di diritto internazionale adottata dalla Commissione Economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNECE), affronta due questioni giuridiche di carattere più generale concernenti, da un lato, la portata e la perimetrazione del contenuto dell'obbligo di motivazione degli atti europei e, dall'altro, la legittimità – alla luce dei principi di parità di trattamento e di proporzionalità- della normativa europea che ha introdotto

requisiti più stringenti nell'etichettatura degli agrumi, rispetto a quanto previsto per gli altri prodotti ortofrutticoli.

2. – Prima di soffermarci sulle due questioni da ultimo citate, risulta utile fare qualche cenno al quadro giuridico di riferimento rappresentato principalmente dal regolamento (CE) n. 1234/2007 del Consiglio del 22 ottobre 2007 recante «organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli» (in materia v. L. Costato, F. Albissini, *European Food Law*, Padova, Cedam, 2012). Tale regolamento, all'art. 113, intitolato «Norme di commercializzazione», prevede la possibilità per la Commissione di adottare norme di commercializzazione per prodotti ortofrutticoli freschi e trasformati stabilite tenendo conto in particolare di vari aspetti (pt. 2, lett. a): le caratteristiche specifiche dei prodotti in questione; la necessità di assicurare le condizioni atte ad agevolare lo smercio di tali prodotti sul mercato; l'interesse dei consumatori a ricevere informazioni adeguate e trasparenti sui prodotti, anche riguardo, in particolare, ai prodotti ortofrutticoli, freschi e trasformati, al paese di origine, alla categoria e, se del caso, alla varietà (o al tipo commerciale) del prodotto.

In aggiunta a ciò, nello stesso articolo, si prescrive la necessità di tenere in considerazione le raccomandazioni comuni adottate dalla Commissione Economica per l'Europa delle Nazioni Unite (lett. a), v).

Sulla base di tale previsione, che costituisce la base giuridica legittimante un intervento esecutivo di “secondo livello”, è stato adottato il regolamento di esecuzione n. 543/2011 del 7 giugno 2011 che nel suo allegato I prevede dopo le «norme di commercializzazione generali» (Parte A) specifiche e minuziose norme di commercializzazioni per le diverse varietà di frutta e verdure (mele, pere, kiwi, peperoni dolci, pomodori, uva da tavola, lattuga, etc.) con l'indicazione della definizione del prodotto, di disposizioni relative alla qualità, alla calibratura, al grado di maturazione, alla presentazione, ed alle indicazioni esterne (Parte B). La scelta dei prodotti da sottoporre a regolamentazione “specificata” avviene «previa valutazione della sua pertinenza, tenendo in considerazione i prodotti maggiormente commercializzati in termini di valore» (Cons. 5 del reg. 534/2011).

Nel *Considerandum* n. 6 del regolamento esecutivo si specifica inoltre che «al fine di evitare inutili ostacoli agli scambi», qualora occorra adottare tali norme di regolamentazione queste «devono corrispondere a quelle adottate dalla Commissione economica per le Nazioni Unite».

Con riferimento agli “agrumi”, categoria costituita essenzialmente dai limoni, dalle arance, dai mandarini e dalle loro varietà (All. I, Parte B, Parte II, punto I «definizione del prodotto») si prevede la necessità di rispettare, oltre ai requisiti comuni anche agli altri prodotti ortofrutticoli, quali quelli in materia di definizione del prodotto, di qualità, calibratura, tolleranze, un ulteriore requisito in materia di «indicazioni esterne» (pt. VI). Al riguardo, infatti, viene specificatamente richiesto che ciascun imballaggio debba recare, «in caratteri raggruppati su uno stesso lato, leggibili, indelebili e visibili dall'esterno» tutta una serie di indicazioni tra cui «ove ne venga fatto uso, indicazione degli agenti conservanti o delle altre sostanze chimiche utilizzate in trattamento post- raccolta» (lett. D), ultimo trattino).

L'utilizzo eventuale di sostanze chimiche dopo la raccolta, che possono essere di vario tipo (difenile, ortofenilfenolo, ortofenilfenato di sodio, trabendazolo, gommalacca) e sono contrassegnati dalla indicazione con lettera E seguito dal codice di riferimento della sostanza chimica (E230, E 231, E233, E 904 etc.) assolvono allo scopo pratico di preservare il frutto dal naturale invecchiamento, evitare la formazione di muffe o talora per lucidare il frutto per ragioni meramente estetiche.

Sul punto la normativa UNECE risulta invece meno stringente laddove si prevede la necessità di indicazione di tali sostanze «in funzione della legislazione nazionale del paese importatore» (UNECE Standard FFV-14 *concerning the marketing and commercial quality control of Citrus Fruit*).

La Spagna, principale produttore di agrumi a livello europeo, aveva già presentato ricorso in primo grado contro la disposizione citata la quale era stata rigettata dal Tribunale dell'Unione, contro tale decisione presenta dunque ricorso alla Corte di giustizia che si esprime con la sentenza in esame.

3. – Con il primo motivo di ricorso la Spagna contesta da parte della Commissione un errore di diritto nell'interpretazione dell'obbligo di motivazione di

cui all'art. 296 del TFUE che, come noto, sancisce il principio dell'obbligo di motivazione per tutti gli «atti giuridici». In particolare, secondo il ricorrente (primo e secondo aspetto relativi al primo motivo di ricorso), la Commissione avrebbe giustificato il proprio intervento fondandosi su alcune norme, quali l'art. 113, 2° paragrafo del regolamento n. 1234/2007 che, tra i principi richiamati per giustificare l'adozione delle successive norme regolamentari, non farebbe riferimento a motivazioni di carattere sanitario.

La Corte di Giustizia precisa, in via preliminare, la distinzione tra l'obbligo di motivazione, che costituisce una *formalità sostanziale* che si estrinseca nell'esprimere formalmente i motivi su cui riposa la decisione, dalla *fondatezza* della motivazione, collegata invece alla questione della legalità del fondamento dell'atto, che, come tale, esula dall'ambito dell'art. 296 del TFUE.

Esprimendosi invece sul ritenuto contrasto del regolamento “base” con il regolamento esecutivo, rappresentato dal fatto che, in quest'ultimo, si prescriveva l'obbligo di indicare i trattamenti chimici post-raccolta, questione che sarebbe da collegarsi alla tutela del diritto alla salute ed alla salubrità dei prodotti, come tale non contenuta esplicitamente nel reg. n. 1234/2007, la Corte ribadisce in modo deciso la legittimità dell'operato della Commissione che ha previsto norme specifiche adattate alle particolarità dei prodotti di riferimento (gli agrumi, la cui buccia presenta caratteristiche peculiari) sulla base di una lettura combinata e sistematica delle norme, volte a garantire in modo pieno la necessità di un'informazione adeguata e trasparente del consumatore.

Il richiamo inoltre alla necessità di rispettare le norme UNECE non implica peraltro, sempre secondo la Corte, la necessità di una perfetta identità tra norme europee e disciplina di diritto internazionale (pt. 25).

Con riferimento poi all'insufficiente motivazione che avrebbe fornito la Commissione nella scelta di non seguire fedelmente la normativa meno stringente sovranazionale la Corte precisa in modo assai chiaro, anche sulla base di precedente giurisprudenza (v. in part. la sentenza del 14 luglio 2005, C-26/00, *Paesi Bassi c. Commissione*, pt. 113; e la sentenza del 7 settembre 2006, *Regno di Spagna c. Consiglio*, C-310/04, pt. 58), la portata della motivazione degli atti in un'ottica che potremo

definire di tipo “sostanzialistico” (sul punto in dottrina v. M. P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, in part. p. 435).

Precisa, infatti, la Corte che se la motivazione deve essere chiara e non univoca, questo non implica che essa debba specificare tutti gli elementi di fatto o di diritto pertinenti, inoltre essa deve essere apprezzata anche con riguardo al suo contesto, oltre che all’insieme delle regole giuridiche che disciplinano il settore.

Qualora si tratti di un atto di portata generale, come quello in esame, la motivazione può limitarsi ad indicare, da una parte la situazione d’insieme che ha portato alla sua adozione e d’altra gli obiettivi generali che si propone di raggiungere (pt. 30). Inoltre, sulla base di consolidata giurisprudenza sul punto, la Corte precisa che la motivazione debba far comprendere lo scopo perseguito dall’istituzione, senza che ciò comporti la necessità di dare puntuali giustificazioni circa le differenti scelte tecniche seguite (pt. 31 sentenza in commento e sentenza 19 novembre 1998, *Regno di Spagna c. Consiglio*, C-284/94 pt. 30).

In tal senso, proponendo una lettura dell’obbligo di motivazione degli atti, intesa nell’ottica di garantire una adeguata giustificazione del processo decisionale, con particolare riguardo all’esternazione delle finalità da perseguire ed al contesto giuridico di riferimento, la Corte ribadisce la scelta di una tutela sostanziale degli interessi in gioco, anziché intendere il portato della previsione dell’art. 296 del TFUE come mero obbligo di natura burocratica teso a dar conto di tutti i più minuti aspetti dell’*iter* logico decisionale.

4. – Un secondo profilo di interesse attiene ai possibili errori di diritto relativi al controllo giurisdizionale operato dal Tribunale con riferimento ai principi di parità di trattamento e di proporzionalità.

In particolare la Spagna contestava l’*iter* argomentativo seguito dal Tribunale che aveva giustificato la distinzione tra le diverse discipline giuridiche esistenti tra agrumi e altri prodotti ortofrutticoli sulla base dell’inedito criterio (non applicato peraltro nel diverso, ma collegato settore dei limiti massimali dei pesticidi) dello «spessore della buccia» e giustificando in tal modo l’obbligo di indicazione del trattamento post raccolta solo nel caso di frutta a pelle spessa, quali gli agrumi (pt.

42). Il Tribunale aveva infatti ritenuto legittima tale previsione sulla base della considerazione che la frutta a pelle spessa, come quella presente negli agrumi ricompresi della regolamentazione europea (rimanevano esclusi i pomelo, i pompelmi ed il lime per il loro limitato impatto in termini quantitativi sul mercato europeo), potendo essere usati anche con la buccia nella preparazione di alimenti quali, dolci o conserve, liquori esponevano i consumatori ad un rischio maggiore rispetto ad altri tipi di frutta. La Corte, ritenendo tale aspetto una questione di natura fattuale che per sua natura è sottratta al sindacato del giudice di appello, ribadisce la legittimità dell'operato del Tribunale che aveva ritenuto tale previsione non in contrasto con il principio di parità di trattamento proprio sulla base delle specificità degli agrumi, quanto al possibile utilizzo della loro buccia.

Un punto invece maggiormente delicato attiene invece al profilo dell'applicabilità della disposizione in esame anche agli agrumi destinati all'esportazione.

La Corte sembra affrontare tale profilo in modo forse un pò frettoloso. Si richiama, in via preliminare, il fatto che un livello uniforme ed elevato di protezione dei consumatori tanto all'interno quanto all'esterno dell'Unione, contribuisca al mantenimento o perfino al rafforzamento della posizione commerciali dei prodotti agricoli originari dell'Unione (pt. 92). Sulla base della considerazione che la Spagna non aveva avanzato sul punto specifici argomenti tali da mettere in discussione tale aspetto e ritenendo che la questione riguardasse comunque il merito della decisione (su cui, peraltro, il Tribunale si era ampiamente soffermato) rigetta tale questione.

Se le affermazioni della Corte sono condivisibili sotto il profilo tecnico-processuale qualche dubbio suscita l'impostazione di fondo accolta.

Ora, se nessuno pone in dubbio il fatto che a livello europeo occorra garantire *standard* di tutela dei consumatori, anche più elevati rispetto a quelli internazionali desta qualche perplessità, nell'ottica di un possibile svantaggio concorrenziali degli esportatori europei nei mercati transnazionali, pretendere l'imposizione di tali standard anche all'export, laddove le norme di commercializzazione internazionali appaiono meno restrittive.

5. – La sentenza in esame presenta aspetti di estremo interesse e non solo per il riferimento a prodotti, gli agrumi, di cui anche il nostro paese è produttore ed esportatore, ma più in generale per l'opzione di fondo seguita dalle Corti europee nel bilanciamento degli interessi in gioco. Confermando in pieno la sentenza emessa in primo grado dal Tribunale dell'UE (13 novembre 2014, T-481/11) circa la legittimità della normativa europea che prevede la necessità di indicare negli imballaggi degli agrumi il possibile utilizzo di sostanze chimiche post-raccolta, si assiste ad un rafforzamento dei diritti dei consumatori a ricevere un'adeguata informazione, soprattutto nella grande distribuzione, dei trattamenti chimici o conservativi a cui posso essere sottoposti tali prodotti. Il fatto che poi tali informazioni vengano ad essere sinteticamente riassunte nell'ambito di formulette burocratiche ed oscure composte da lettere e numeri (E230, E231, E233, etc.), la cui portata non pare immediatamente comprensibile all'utenza media, costituisce un problema diverso che attiene al profilo della comunicazione esterna di tali dati su cui andrebbe svolta un'ulteriore attività di informazione e sensibilizzazione.

Sotto il profilo del rispetto dei principi di proporzionalità e parità di trattamento la Corte conferma quanto affermato dal Tribunale circa la specificità degli agrumi a buccia spessa rispetto agli altri prodotti ortofrutticoli. Tali elementi di peculiarità sono identificati nella possibilità per gli agrumi di essere trattati in modo più intenso (la Corte ricorda che i limiti massimi applicabili ai residui di 2-fenilfenolo sono fissati per gli agrumi ad un livello superiore di 50 volte quello per l'altra frutta) e nel fatto che spesso "scorze" di agrumi sono impiegati per la preparazione di alimenti e bevande.

Qualche dubbio suscita invece l'applicazione di norme più esigenti rispetto a quelle previste in sede UNECE per l'export. Il richiamo alla reputazione ed al buon nome dei prodotti agroalimentari europei anche fuori Europa appare da un punto di vista teorico ampiamente condivisibile, a condizione però che questo non si traduca in uno svantaggio di tipo concorrenziale rispetto ai prodotti extraeuropei.





ISSN 2037-6677

2016/3

**La minoranza alevita e la discriminazione religiosa: la  
Grande Camera condanna la Turchia per violazione  
degli Artt. 9 e 14 CEDU**

**Alevis' right to religious freedom: ECHR fines Turkey  
for violating the Convention**

**T. Pagotto**

Tag : Turkey, freedom of religion, Alevi





## La minoranza alevita e la discriminazione religiosa: la Grande Camera condanna la Turchia per violazione degli artt. 9 e 14 CEDU

di Tania Pagotto

1. – Il caso *İzzettin Doğan c. Turchia* offre molti stimoli che arricchiscono la giurisprudenza europea sulla relazione tra Stato e Chiese e sulla possibilità di prevedere o meno all'interno dell'ordinamento forme di supporto per una comunità religiosa, senza incorrere in discriminazioni ingiustificate. La sentenza in esame riguarda l'Alevismo, la più ampia minoranza religiosa presente in Turchia: in assenza di statistiche ufficiali, l'*Annual Report 2015*, elaborato dalla Commissione sulla libertà religiosa internazionale degli Stati Uniti ([www.uscirf.gov/countries/turkey](http://www.uscirf.gov/countries/turkey)), riporta che il 15-20% della popolazione turca appartiene a questa confessione (cfr. par. 34-37 sent. in commento). Da una parte, essa incorpora elementi sciiti e sunniti, dall'altra se ne discosta, mutuando aspetti del folklore e della tradizione popolare nazionale e locale.

Se l'Alevismo sia una religione autonoma, una branca minoritaria dell'Islam o una tradizione culturale è una questione molto dibattuta e oltrepassa lo scopo di questo contributo (par. 43-44 sent. in commento; per precedenti della Corte EDU, cfr. *Sinan Işık c. Turchia*, ric. n. 21924/05 – sulla menzione dell'appartenenza religiosa nei documenti di riconoscimento; *Mansur Yalçın et al. c. Turchia*, ric. n. 21163/11 – sui

corsi obbligatori di religione nelle scuole pubbliche; *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turchia*, ric. n. 32093/10 – sull'esenzione dal pagamento dell'elettricità rispetto a luoghi di culto dell'Alevismo). Ai nostri fini, è sufficiente rilevare che il Governo ha negato agli aleviti la possibilità di godere dei servizi religiosi pubblici, di competenza del *Dipartimento Affari Religiosi* e riservati esclusivamente ai musulmani sunniti. Alla base del diniego delle autorità turche, vi è la decisione di classificare la comunità come confraternita islamica («*Sufi order*»), negandone, quindi, la natura di fede religiosa.

2. – Da queste circostanze origina il ricorso alla Corte di Strasburgo: i ricorrenti lamentano una violazione dell'art. 9 CEDU («*Libertà di pensiero, coscienza e religione*») e dell'art. 14 («*Divieto di discriminazione*»), in quanto lo Stato avrebbe riservato un trattamento di favore ai sunniti, escludendo dai medesimi vantaggi tutte le altre minoranze religiose.

Il presente contributo si concentrerà solo su alcuni aspetti delle questioni portate all'esame della Corte EDU e approfondirà, in particolare, gli effetti discriminatori discendenti dalla qualificazione data dal Governo turco, che incidono sullo status della confessione alevita e degradano – in questo caso – la libertà religiosa a mera tolleranza fattuale (spec. par. 6-7). In seguito, affronterà la questione della differenza di trattamento, con riguardo alla legittimità dell'esistenza di eventuali posizioni speciali previste dalle legislazioni nazionali.

3. – Nel commento della sentenza, è utile tratteggiare brevemente il rapporto tra Stato e organizzazioni religiose in Turchia. Il quadro di riferimento è complesso: da una parte, lo Stato turco è descritto come «secolare» dalla Costituzione (art. 2); dall'altra, alcuni tratti della relazione istituzionale con la maggioranza musulmana sunnita sono problematici (cfr. N. Oktem, *Religion in Turkey*, in 2 *BYU Law Review* 10 (2002), 371- 404). Ad esempio, il *Dipartimento Affari Religiosi* (d'ora in poi RAD) è un ente di rilevanza costituzionale (art. 136), amministra i servizi religiosi della comunità sunnita, nomina e assume dipendenti pubblici come *muezzin* e *mufti* (ossia le persone che chiamano alla preghiera i fedeli dal minareto nelle ore canoniche e le autorità

religiose interpreti del diritto musulmano). Sia l'istituzione stessa che le attività da essa gestite sono finanziate dalla fiscalità generale; tuttavia, i soggetti appartenenti alle minoranze religiose, tra cui gli aleviti, non possono godere dei relativi benefici, riservati esclusivamente alla fede sunnita (par. 17-28 e 46-47 sent. in commento).

In secondo luogo, l'ordinamento turco non prevede alcun procedimento per la registrazione o il riconoscimento di un'organizzazione religiosa, con conseguenti divieti di varia natura. Tra questi rientrano l'impossibilità di ricevere donazioni dai propri membri, l'esclusione dei *cemevis* aleviti dalla protezione giuridica riservata ad altri luoghi di culto come moschee e chiese, il mancato riconoscimento della personalità giuridica alle comunità religiose in quanto tali e, di conseguenza, l'incapacità di accedere alla tutela giudiziaria se non attraverso le forme di associazioni o fondazioni oltre ad alcuni ulteriori divieti, sanzionati anche penalmente (par. 29-34 sent. in commento). In questo contesto si inseriscono le richieste avanzate dai membri della minoranza alevita allo Stato.

4. – 203 aleviti hanno sottoposto all'esame della Corte di Strasburgo il mancato soddisfacimento da parte del Governo delle istanze avanzate, connesse all'esercizio del loro culto. La comunità alevita richiedeva che: (a) i servizi religiosi *pubblici* amministrati dal RAD fossero garantiti anche ai cittadini aleviti, in quanto seguaci di una religione differente e autonoma dalla scuola sunnita dell'Islam; (b) i leader religiosi aleviti (*dedes*) fossero riconosciuti dallo Stato e assunti dal RAD; (c) parte dei sussidi incidenti sul budget generale fossero assegnati alla loro comunità; (d) i *cemevis* – letteralmente «case di ritrovo» – fossero identificati come luoghi di culto aleviti, analogamente alle moschee sunnite.

Il rifiuto da parte delle autorità turche di esaudire queste richieste, oggetto di ricorso, rappresenta una violazione degli artt. 9 e 14 CEDU per un duplice motivo: innanzitutto, ricondurre l'Alevismo all'interno delle confraternite islamiche costituisce un'indebita qualificazione della confessione dei ricorrenti, i quali sono assoggettati ad un numero significativo di difficoltà pratiche e divieti di ordine finanziario, organizzativo e strettamente giuridico (v. spec. *supra* par. 3). A ciò consegue, oltretutto, l'esclusione dalla possibilità di usufruire dei servizi religiosi del RAD, riservati ai sunniti (par. 71-77 sent. in commento): le disposizioni legislative

inerenti l'accesso a queste agevolazioni favorirebbero la sola confessione sunnita a detrimento degli aleviti, fatto che rappresenta una discriminazione ingiustificata per motivi religiosi (par. 15, 138-144) e viola l'art. 14 CEDU, letto congiuntamente con l'art. 9.

5. – A fronte delle circostanze dedotte nel ricorso, il Governo sottolineava l'assenza di interferenza tra la normativa nazionale censurata e la libertà religiosa dei ricorrenti e negava che l'Alevismo fosse una confessione propriamente detta, a causa della sua struttura eterogenea e dell'estrema diversità presente all'interno della comunità in tema di principi morali, cerimonie, regole e riti.

6. – Un punto singolare della sentenza in esame consiste nella tendenza della maggioranza dei giudici a rimodulare la portata delle puntuali richieste dei ricorrenti, esposte nel ricorso e negate dal Governo (v. *supra* par. 4 e par. 89 della sent. in commento). Il Collegio, infatti, focalizza l'analisi su un aspetto che non era stato messo in luce dinnanzi alla Corte: l'assenza di una procedura adeguata per il riconoscimento delle minoranze religiose (par. 115-116; cfr. M. Yildirim, *Grand Chamber Judgment in İzzettin Doğan and Others v. Turkey: More Than a Typical Religious Discrimination Case*, in *Strasbourg Observers Blog*, 18 luglio 2016, [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com)).

Il Giudice europeo riscontra l'interferenza in ragione degli effetti negativi che colpiscono gli aleviti: il rifiuto dello Stato di riconoscere la loro fede mina non solo il finanziamento dell'organizzazione religiosa ma anche l'esistenza stessa (par. 95 sent. in commento). Di fatto, è esclusa ogni possibilità di godere dei benefici derivanti dalla gestione pubblica dei servizi religiosi e l'esercizio del culto è estremamente compromesso a causa dei numerosi divieti esistenti. La Corte, quindi, si addentra nel verificare se l'ingerenza si fondi su ragioni oggettive e proporzionate.

7. – L'analisi sull'esistenza di una eventuale giustificazione rispetto alla prospettata compressione della libertà religiosa muove

dalla riflessione sulla varietà di rapporti tra Stato e Chiese distinguibili negli ordinamenti domestici degli Stati del Consiglio d'Europa. I giudici ricordano, da una parte, il margine di apprezzamento riservato alle autorità nazionali nella scelta delle forme di cooperazione con le comunità religiose e, dall'altra, il fatto che l'area di manovra all'interno della quale la legislazione statale può spaziare non è illimitata: spetta infatti alla Corte EDU valutare la conformità delle misure adottate dai Parlamenti alla luce della Convenzione (J. Pasquali Cerioli, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2011, 1-20).

Rispetto alla posizione giuridica dell'Alevismo nell'ordinamento turco, la Corte affronta il profilo della legittimità dell'inclusione dei ricorrenti nella categoria delle confraternite islamiche: individuate le significative caratteristiche che differenziano gli aleviti dalla maggioranza sunnita, ritiene l'azione statale incompatibile con l'obbligo di neutralità, che grava sugli Stati membri nei confronti delle realtà confessionali (par. 124 e 132 sent. in commento). Solamente le più alte autorità spirituali di una organizzazione religiosa hanno il potere di identificare la comunità di appartenenza in un credo, in un altro o in nessuno e definirne autonomamente l'essenza della professione di fede (par. 120-123 sent. in commento). La classificazione operata dallo Stato, non riconoscendo alla comunità alevita la natura religiosa, ne comporta l'emarginazione sociale, la perdita di adeguata protezione giuridica e la compressione della manifestazione della libertà religiosa. La Turchia ha, quindi, oltrepassato il margine di apprezzamento statale e violato l'art. 9.

8. – Con riferimento all'art. 14 in combinato disposto con l'art. 9, i ricorrenti affermano che l'esigenza di tutela e la necessità di servizi religiosi pubblici propri della comunità alevita sono comparabili a quelle dei cittadini sunniti. A differenza di questi ultimi, tuttavia, essi non ricevono servizi e benefici pubblici dal RAD e per questo lamentano di subire una disparità di trattamento ingiustificata.

Lo Stato convenuto tenta di esporre alcuni fattori che dimostrerebbero la legittimità dell'operato del RAD: i servizi religiosi sono generali e prescindono dalle varie denominazioni confessionali, i ministri sono assunti in base a parametri

oggettivi e i *cemevis* non sono assimilabili a luoghi di culto, essendo invece meri luoghi di riunione (par. 78-88 sent. in commento).

A questo proposito, la Corte osserva che la Convenzione non richiede agli Stati membri di creare una cornice normativa *ad hoc* per favorire o sostenere le Chiese. Tuttavia, qualora il Governo attribuisca ad una comunità – in questo caso la corrente sunnita della religione musulmana – uno status speciale è conseguentemente necessario che l'azione statale assicuri pari opportunità a tutte le confessioni (par. 164 e ss. sent. in commento).

Tracciato questo breve quadro teorico, la Grande Camera verifica se l'esclusione degli aleviti dal godimento dei benefici in oggetto sia conforme alla Convenzione. In particolare, sono rilevanti due aspetti del principio di non discriminazione: in linea generale, affinché si configuri una violazione dell'art. 14, è necessario che la differenza di trattamento riguardi «*persons in relevantly similar situation*» e non sia accompagnata da una giustificazione oggettiva e ragionevole (par. 156 sent. in commento); nello specifico, il divieto di discriminazione coinvolge non solo i diritti e le libertà espressamente contemplate nella Convenzione e nei Protocolli addizionali, ma abbraccia anche *ogni* altro diritto aggiuntivo garantito dallo Stato, se rientrante «nell'ambito» di una disposizione della CEDU, in questo caso l'art. 9 (par. 158 sent. in commento).

La Corte accoglie la tesi dei ricorrenti: il Governo non è riuscito a dimostrare né la ragionevolezza né la giustificazione della disparità di trattamento giuridico esistente tra sunniti e aleviti e, inoltre, non ha esposto esaurientemente le ragioni per negare i benefici richiesti dai ricorrenti e concessi esclusivamente alla confessione maggioritaria (par. 181 sent. in commento). In conclusione, nel momento in cui uno Stato preveda una condizione di favore per una confessione religiosa, è illecito per contrasto con gli artt. 9 e 14 escludere altre confessioni che versano in situazioni analoghe.

9. – Il metodo con cui la Corte accosta sunniti e aleviti per vagliare le misure legislative nazionali alla luce del principio di uguaglianza è stato oggetto di critica da parte dei redattori delle opinioni separate: il motivo principale del dissenso è la diversa lettura data dai giudici Villiger, Keller e Kjølbrot della posizione della

religione musulmana sunnita nel contesto istituzionale turco. I tre giudici considerano che «the Sunni interpretation of Islam – which is supported by the RAD – acts as a de facto “State religion” in Turkey, even though it is not recognised by the Government» (Villiger e altri, *partly dissenting e partly concurring opinion*, par. 23-26 sent. in commento). Ciò non violerebbe di per sé la Convenzione: in effetti, la Corte EDU e, prima, la Commissione, sin dal caso *Darby* hanno affermato che «a State Church system cannot in itself be considered to violate Article 9 of the Convention. In fact, such a system exists in several Contracting States and existed there already when the Convention was drafted and when they became parties to it». Cionondimeno, è necessario che gli Stati «include specific safeguards for the individual’s freedom of religion» (*Darby c. Svezia*, ric. n. 11581/85, par. 45). Tale circostanza fa assumere una diversa forma alla verifica della sussistenza di una discriminazione irragionevole: quest’ultima, infatti, deve avvenire mediante il raffronto tra due trattamenti diversi previsti per fattispecie che, invece, sono analoghe e dovrebbero pertanto essere regolate dal medesimo regime giuridico.

La Grande Camera mette in relazione la condizione giuridica degli aleviti, che non sono destinatari dei servizi *pubblici* amministrati dal RAD, con quello della comunità musulmana sunnita, considerata privilegiata perché, di contro, beneficia di tali prestazioni (par. 166-170 sent. in commento). Secondo i giudici di minoranza, argomentare sull’asserita discriminazione comparando sunniti e aleviti rispetto al godimento di servizi pubblici trascura, in realtà, l’essenza del caso in esame: «the core legal problem raised by this case, but not sufficiently addressed by the Court in the judgment, is whether it can be regarded as compatible with the Convention for one religion, in this case the Sunni interpretation of Islam, to occupy a privileged position within Turkey for historical and cultural reasons» (Villiger e altri, cit., par. 23 sent. in commento).

10. – I tre giudici evidenziano che sarebbe stato giuridicamente più corretto stabilire il confronto tra la posizione degli aleviti con quello delle altre confessioni religiose che, come gli aleviti, non usufruiscono di servizi religiosi pubblici: «we find it problematic to compare the applicants’ situation with that of the beneficiaries of the religious public service provided by the RAD, as those services are of interest only to persons adhering to the Sunni interpretation of Islam as supported by the

RAD. To conclude, the applicants' situation should have been compared, in our view, with that of other religious groups in relation to which they may certainly claim to be in an analogous or comparable situation as regards the rights and privileges granted under the domestic legislation to religions or religious groups» (Villiger e altri, cit., par. 27-28). In effetti, con particolare riferimento ad altre minoranze religiose, gli aleviti sono comunque in condizione di ingiustificato svantaggio: ad esempio, a differenza di chiese cristiane e sinagoghe, i *cemevis* aleviti non sono classificati come luoghi di culto, essendo di conseguenza esclusi dall'esenzione dal pagamento dell'energia elettrica (cfr. par. 25, 80-81 e Villiger e altri, cit., par. 15-28 sent. in commento; v. anche i precedenti cit. *supra*, par. 1; *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turkey*, ric. n. 32093/10, par. 41). Fatta rientrare, dunque, la fattispecie in esame nell'ambito dell'art. 9 e raffrontando la minoranza alevita con altre minoranze non beneficiarie di servizi pubblici, la Corte avrebbe potuto dichiarare la sussistenza di una discriminazione, senza coinvolgere la delicata questione della possibilità per uno Stato di riservare un trattamento speciale ad una confessione religiosa, aspetto che è stato oggetto di disputa all'interno della Corte.

11. – Al di là delle note di criticità, fonte di discussione nel Collegio stesso, è interessante notare che la sentenza in esame mette in luce che la libertà religiosa nel sistema della Convenzione richiede una protezione intensa per le confessioni di minoranza. In questo spirito, potrebbe forse spiegarsi l'atteggiamento iniziale della Corte di riqualificare l'oggetto del ricorso (cfr. *supra*, par. 6), azione peraltro criticata dalle opinioni separate (Villiger e altri, cit., par. 5 sent. in commento), richiamando l'attenzione sull'importanza dell'esistenza di norme statuali volte al riconoscimento positivo delle comunità religiose minoritarie.

In effetti, agli aleviti non sarebbe impedito *in via di fatto* l'esercizio del culto secondo la concezione e interpretazione dell'Islam loro propria (par. 14, 35-37 sent. in commento; cfr. Villiger e altri, *partly dissenting* e *partly concurring*, par. 10-11; Silvis, *dissenting*, pag. 77; Vehabović, *dissenting*, pag. 80 della sent. in commento): «it is clear from the undisputed facts and is generally accepted that a large Alevi community exists in Turkey which performs the cem ceremony, a fundamental element of the

Alevi faith, in the cemevis» (par. 123 ma v. anche 43, 91 e 123 e 125 sent. in commento).

Tuttavia, lo Stato non avrebbe *sufficientemente* protetto la libertà religiosa essendosi limitato, per diversi aspetti, ad una mera tolleranza fattuale: ad esempio, la legge n. 677 del 30 novembre 1925 ordina, *inter alia*, la chiusura di monasteri, tombe e luoghi di culto anche della confessione di appartenenza dei ricorrenti e vieta l'uso di alcuni titoli, tra cui *dede* (cfr. par. 52 sent. in commento), comminando la pena della reclusione e la pena pecuniaria in caso di violazione. Anche se, secondo le dichiarazioni del Governo, la legge è formalmente in vigore ma non è attualmente applicata (par. 52 e 84; cfr. anche Villinger e altri, *partly dissenting e partly concurring opinion* della sent. in commento, al par. 12), la Corte ritiene che in ogni caso le limitazioni giuridiche poste in capo ai ricorrenti ostacolano il *pieno* godimento dei loro diritti, scaturenti dall'art. 9 CEDU: «the Court has serious doubts as to the ability of a religious group that is thus characterised to freely practise its faith and provide guidance to its followers without contravening the aforementioned legislation. As to the tolerance allegedly shown by the Government towards the Alevi community, the Court cannot regard this as a substitute for recognition» (par. 127 sent. in commento).

Un approccio «sostanzialistico» di questa natura, nello scrutinio di legittimità della legislazione nazionale alla luce della Convenzione, potrebbe portare ad interessanti sviluppi nel sistema di protezione dei diritti proprio del Consiglio d'Europa, se unito ad una solida motivazione, che legittimi l'azione della Corte. La devoluzione della decisione del ricorso effettuato dagli aleviti da parte della Sezione designata alla Grande Camera segnala sicuramente la complessità e la delicatezza di questo caso, che rappresenta comunque un tentativo di rafforzare una tutela effettiva della libertà religiosa.





ISSN 2037-6677

2016/3

## **Cellule e tessuti, tra valori fondamentali e pronunce della CGUE: il caso polacco e il futuro della biomedicina**

### **Tissues and cells for transplantation: ECJ case-law**

**G. Scotti**

Tag : European Court of Justice, Poland, transplantation

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





## Cellule e tessuti, tra valori fondamentali e pronunce della CGUE: il caso polacco e il futuro della biomedicina

di Gerardo Scotti

1. – Nella causa C-29/14 dell'11 giugno 2015, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha emesso sentenza di condanna nei confronti della Repubblica di Polonia per l'inadempimento consistente nella mancata completa trasposizione della direttiva 2004/23/CE in materia di definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, nonché di altre due direttive della Commissione attuative della precedente, ossia la 2006/17/CE riguardante prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, e la 2006/86/CE, in tema di rintracciabilità, notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

È da premettere che, in un quadro normativo di sistema, la medesima direttiva 2004/23/CE (cellule e tessuti) può collegarsi alla precedente 2002/98/CEE, relativa al sangue, e alla 2010/45/CE, inerente gli organi. Tutte queste direttive di matrice europea hanno l'obiettivo comune di determinare *standards* di qualità e sicurezza elevati in materia sanitaria.

2. – Le norme comunitarie delle direttive suddette impongono agli Stati membri di conformare, nei settori medici in questione, le proprie legislazioni nazionali al fine di garantire qualità e sicurezza delle sostanze e prevenire la trasmissione di malattie nel corso delle operazioni di donazione, approvvigionamento, controllo, lavorazione, conservazione, stoccaggio e distribuzione di tessuti e cellule umane (*considerando 1,2 e 4 direttiva 2004/23*).

In particolare, nella causa in commento, veniva contestato al Governo polacco il fatto di aver si trasposto nel proprio ordinamento giuridico le direttive di cui trattasi per mezzo di una legge relativa al prelievo, conservazione e trapianto di cellule e tessuti (*Dz. U. de 2005, no 169, acte 1411*) ma di aver escluso per opera dell'articolo 1, paragrafo 2, punto 1 di detto atto principale di trasposizione la sua applicabilità anche «al prelievo e al trapianto di cellule riproduttrici, di gonadi, di tessuti fetali e di tessuti embrionali nonché di organi riproduttori e dei loro elementi» laddove invece il Governo polacco deduceva che la trasposizione delle direttive in parola si era comunque realizzata attraverso un complesso di strumenti disposti dal potere legislativo, dal potere regolamentare ovvero da organizzazioni nazionali del settore medico, ossia di quello che può essere definito «contesto giuridico generale».

Orbene, la Corte, con la sentenza *de quo*, condannava lo Stato convenuto in quanto tali atti, alla luce dei considerando 1, 2, e 4 della direttiva 2004/23 e stante perciò la centralità del principio di precauzione e prevenzione delle direttive *de quibus* nonché la finalità di qualità e sicurezza non erano sufficienti a colmare la lacuna dell'atto di trasposizione principale. Invero, la Corte ha rilevato che taluni di tali atti costituiscono, anche per espressa dizione, «orientamenti» o «raccomandazioni», e che, conseguentemente, sono sprovvisti della forza cogente incontestabile postulata dalla giurisprudenza. Pertanto, la trasposizione di dette direttive per mezzo di una molteplicità di atti combinati, ad esclusione di taluni tipi di tessuti e di cellule dalla sfera di applicazione dell'atto principale di trasposizione, non risponde alle esigenze di specificità, di precisione e di chiarezza indicate dalla giurisprudenza, facendo sicuramente sorgere profili di responsabilità in capo allo Stato convenuto.

Infine, risultava in ogni caso necessario per la Repubblica di Polonia adottare un atto di trasposizione positivo, considerato che l'articolo 31 della direttiva

2004/23, l'articolo 7 della direttiva 2006/17 e l'articolo 11 della direttiva 2006/86 prevedono espressamente l'obbligo per gli Stati membri di garantire che le disposizioni di trasposizione di dette direttive contengano un riferimento alle stesse ovvero siano accompagnate da tale riferimento all'atto della loro pubblicazione ufficiale (*v., in tal senso, sentenza Commissione/Spagna, C-360/95, EU:C:1997:624, punto 13*).

3. – Sotto un primo profilo, la sentenza di condanna inflitta alla Repubblica di Polonia segnala un profilo decisivo nel meccanismo di recepimento delle direttive dell'UE in quanto mette in evidenza come il c.d. «contesto giuridico generale» possa anche essere sufficiente nel perseguimento del risultato imposto allo Stato dalla direttiva comunitaria, purché risponda sempre positivamente ai requisiti di specificità, precisione e chiarezza, nonché sia costituito da atti dotati di forza cogente.

A tal riguardo, la giurisprudenza rammenta che le disposizioni di una direttiva devono essere attuate con efficacia cogente incontestabile, con la specificità, la precisione e la chiarezza necessarie per garantire pienamente la certezza del diritto (*v. sentenza Commissione/Grecia, C-81/07, EU:C:2008:172, punto 19*). Il principio della certezza del diritto esige una pubblicità adeguata per i provvedimenti nazionali adottati in attuazione di una normativa dell'UE, in modo tale da consentire che i soggetti di diritto interessati da tali misure siano messi in grado di conoscere la portata dei loro diritti ed obblighi nell'ambito particolare disciplinato dal diritto dell'Unione (*sent. Commissione/Belgio, C-415/01, EU:C:2003:118, punto 21*).

Ora, sebbene gli Stati abbiano la più ampia libertà nel conformare la propria legislazione agli obblighi imposti dalla direttiva, non è sempre richiesta una formale riproduzione delle disposizioni di una direttiva in una norma di legge espressa e specifica, posto che per la trasposizione della stessa può essere sufficiente, in base al suo contenuto, un contesto giuridico generale. In particolare, l'esistenza di principi generali di diritto costituzionale o amministrativo può rendere superflua la trasposizione mediante provvedimenti legislativi o regolamentari ad hoc, a condizione, tuttavia, che tali principi garantiscano effettivamente la piena applicazione della direttiva da parte dell'amministrazione nazionale e che, nel caso in

cui la disposizione della direttiva di cui trattasi sia diretta a creare diritti per i singoli, la situazione giuridica risultante da tali principi sia sufficientemente precisa e chiara e i beneficiari siano messi in grado di conoscere la pienezza dei loro diritti ed obblighi e, se del caso, di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali (S. Baroncelli, *La partecipazione dell'Italia alla governance dell'Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona. Un'analisi sulle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente*, Torino, 2008).

4. – Sul piano sostanziale deve registrarsi, invece, che la spinta legislativa generatrice delle direttive in oggetto è figlia degli anni novanta e del relativo clima di terrore sparso in tutta Europa a causa del problema del sangue infetto connesso, altresì, alla mancanza di controllo alcuno sulle trasfusioni. Sicché, al fine di realizzare un sistema europeo volto a garantire sicurezza e qualità in materia, e in conformità ai principi ispiratori, le direttive in parola si sono ispirate ad un principio presente già nel diritto dell'ambiente, il c.d. principio di precauzione (L. Marini, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Giappichelli, 2006), estremamente funzionale alla realizzazione, valorizzazione e preservazione dei diritti e dei valori fondamentali dell'individuo.

Un alto livello di sicurezza sociale si acquisisce, quindi, come naturale e irretrattabile. In particolare per la salute ogni insufficienza e ogni arretramento nel servizio pubblico sono vissuti come un diniego di giustizia (V. Zagrebelsky, *Un'introduzione al diritto fondamentale alla salute in Sanità e Diritti fondamentali in ambito europeo e italiano* (a cura di) L.S. Rossi, C. Bottari, Santarcangelo di Romagna, p.11).

La salvaguardia della salute è oggi un valore assoluto, fondamento del vivere e soprattutto del vivere insieme. Essa è valore impegnativo, sia a livello nazionale che internazionale e richiede una tenace cooperazione. L'essere umano è il soggetto di diritti: è questo l'approdo, per molti irrinunciabile, di una evoluzione più che secolare del pensiero giuridico.

Ciò che è incontrovertibile è che il trapianto offre notevoli possibilità per garantire oltre al diritto alla salute, il diritto alla vita.

Nel 1998 il Gruppo europeo di etica delle scienze e nuove tecnologie (GEE) aveva confermato l'urgenza di un controllo delle condizioni di circolazione dei tessuti e delle cellule umane la cui donazione, anonima e gratuita, deve restare un atto fondamentalmente volontario. Inoltre, l'utilizzazione crescente di tessuti e cellule umane nei trattamenti terapeutici (chirurgia plastica, cura del cancro o del diabete) nonché lo sviluppo degli scambi intracomunitari di queste materie rendevano necessario definire una normativa minima, con *standards* di sicurezza e qualità.

5. – La trattazione sulle cellule e sui tessuti oggetto di donazione e trapianti, sulla loro considerazione come cose o non cose, non può avere significato se si prescinde dalla rilevanza dei valori giuridici fondamentali.

Il valore di partenza in materia è quello che si fonda sul diritto alla vita – e che sfocia nel diritto alla salute - (come nella Costituzione spagnola all'art. 15 o in quella tedesca art.2, n.2), ponendosi il trapianto come funzionale al benessere o alla sopravvivenza. Emerge nella sua dirimpiente centralità il valore della solidarietà, paradigma assiologico del “dono”. Una solidarietà che non può prescindere da alcuni basilari principi: quello del rispetto della volontà, manifestata prima della morte, della persona defunta; quello del rispetto della sua dignità, anche dopo la morte, da parte di chiunque; quello della considerazione dei valori delle persone legate alla persona defunta da un legame di familiarità o di convivenza (Comitato Nazionale per la Bioetica, *Donazione d'organo a fini di trapianto*, 1991).

La gratuità ed il consenso informato costituiscono altri principi fondamentali sanciti dalla Convenzione di Oviedo e dalla Carta di Nizza.

La gratuità è l'espressione più pura della solidarietà sociale nonché garanzia di giustizia. Tale principio si colora di un significato pregnante solo se rapportato al principio di rilievo comunitario della dignità della persona, che fa escludere la commerciabilità di parti o elementi del corpo, e al principio di solidarietà verso il malato. La gratuità è però anche rilevante ai fini della sicurezza sanitaria atteso che costituisce condizione imprescindibile di garanzia della sicurezza dei "prodotti" derivati dal sangue o dal trattamento di cellule e tessuti e costituisce fattore decisivo di contenimento dei rischi di contagio derivante dall'uso di elementi infetti.

Il principio del consenso, invece, è posto a presidio e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, della identità, della libertà, dell'autodeterminazione, oltre che ovvio presupposto dei trattamenti sanitari.

A questi principi si affiancano i necessari obblighi, affidati ad autorità degli Stati UE, affinché si garantisca la massima qualità degli elementi biologici immessi nel circuito sanitario.

Illuminante è anche il dato relativo all'anonimato di tutti i dati raccolti: l'identità del ricevente non deve essere, infatti, mai divulgata al donatore o alla sua famiglia e viceversa. Ciò vale a trarre una riflessione non di poco conto: cellule e tessuti non costituiscono soltanto materiale biologico, ma si legano indissolubilmente alla persona del donatore, alla sua identità, in quanto contengono dati più che sensibili, ossia i suoi dati genetici.

6. – Il problema dell'armonizzazione conforme in tutti gli Stati membri dell'UE non ha scarso rilievo.

Per la realizzazione di un alto livello di sicurezza nella materia *de quo* le direttive comunitarie 2004/23/CE e successive hanno imposto agli Stati membri la necessità di affidare le operazioni di approvvigionamento di cellule e tessuti a soggetti adeguatamente competenti e formati, sotto il controllo di autorità dotate di sistemi di identificazione e tracciabilità di cellule e tessuti.

Il percorso è segnato.

Ciò malgrado non si può nemmeno dimenticare che con regolamento 1394/2007/CE e la conseguente introduzione degli ATMP, ossia di farmaci prodotti da tessuti, geni o cellule - certamente capaci di offrire opportunità terapeutiche innovative per molte malattie, ma pure oggetto d'importanti speculazioni commerciali - si è aperto uno scenario nuovo: quello della creazione di un mercato europeo del biofarmaco.

La sfida ora forse più importante è quella riuscire a far convivere le due dimensioni entro cui circolano cellule e tessuti: lo spazio della solidarietà e civiltà tipico della gratuità della donazione e l'area del mercato dei tessuti. Se da un lato la liberalità e la solidarietà sembrano costituire le spinte motrici verso una "filosofia del

corpo politico europeo” nella quale primeggiano i valori di solidarietà, gratuità e dignità, dall’altro troppo spesso si rischia di addivenire a un sistema in cui il materiale biologico fornito sia funzionale alla creazione di un mercato dominato dalle case farmaceutiche.

7. – In ultimo, anche l’utilizzo regolamentarizzato delle cellule staminali rappresenta un altro passo verso il futuro. Considerato per lungo tempo uno scarto, il cordone ombelicale rappresenta, in realtà, una riserva preziosa il cui sangue estraibile contiene cellule staminali emopoietiche dalle quali derivano tutte le cellule ematiche (globuli rossi, globuli bianchi e piastrine) utili a curare malattie genetiche come la talassemia, ma anche leucemie e linfomi. Nonostante la direttiva europea del 2004, che impone agli Stati membri di designare una o più autorità competenti in materia, non tutti i Paesi Europei hanno adottato normative sul sangue del cordone ombelicale. In paesi come Usa e Canada esistono banche private che lo custodiscono per un uso autologo. In Italia non sono consentite banche private, ma le madri che vogliono conservare il sangue cordonale possono esportarlo all'estero tramite degli intermediari. In Europa, Belgio, Francia, Olanda e Lussemburgo vietano esplicitamente la costituzione di banche private. La Francia, invece, è l'unico paese che vieta alle stesse di operare sia sul territorio che all'estero. Dunque, anche in questo ambito l’armonizzazione tra valori di solidarietà, sicurezza e regolamentazione del mercato costituisce l’obiettivo da raggiungere. Ancora una volta l’Europa non può prescindere dai valori fondamentali. Ancora una volta l’Europa non può prescindere dall’uomo che agisce per l’uomo.





## La dottrina spagnola in tema di forma di governo

di Mirko Della Malva

1. – Il biennio 2014-2015 sarà ricordato in futuro come una fase di svolta negli assetti consolidati della forma di governo dello Stato spagnolo. Nel corso di tale periodo il Paese ha assistito, infatti, ad un profondo mutamento del suo panorama politico, avviandosi al superamento (almeno temporaneo) del tradizionale parlamentarismo maggioritario.

Le ristrettezze economiche imposte dai vertici dell'Eurozona, unite all'alto tasso di disoccupazione ancora presente nel Paese (22,7% nell'aprile 2015), hanno indotto l'elettorato ad abbandonare la sua storica ripartizione in due grandi schieramenti, distribuendosi in quattro partiti di pari dimensioni, due dei quali di recentissima formazione e sostenitori di una "rigenerazione" radicale del sistema affermatosi con la *Transición*.

Nel biennio 2014-2015, il Partito popolare ed il Partito socialista hanno assistito, infatti, ad una emorragia di consensi di dimensioni sconosciute nella storia del periodo democratico, da ricondursi principalmente al ruolo dagli stessi assunto nell'attuale crisi finanziaria.

Il partito di Pérez Rubalcaba è stato accusato, in particolare, di essere il principale artefice della bolla immobiliare del 2008, mentre il gruppo politico alla

guida del Governo è stato giudicato, da quasi tre quarti dell'elettorato, incapace di affrontare la grave recessione che affliggeva il Paese, oltre che responsabile di atteggiamenti eccessivamente accondiscendenti nei confronti dell'Eurogruppo, persino ove questo aveva imposto ai cittadini gravosi ed inutili sacrifici.

Una serie di scandali hanno contribuito, poi, a minare ulteriormente l'immagine dei "partiti tradizionali", ed in particolare del PP, coinvolto in un eclatante caso di corruzione avente per protagonista il suo storico tesoriere, José Luis Bárcenas. Quest'ultimo, all'esito di una lunga vicenda giudiziaria, è stato incriminato, infatti, per aver raccolto proventi illeciti dalle grandi industrie, i quali venivano in seguito utilizzati per finanziare imprenditori e funzionari vicini al partito.

In conseguenza del vasto clima di insoddisfazione che ne è derivata, hanno visto la luce due formazioni anti-*establishment* destinate in pochi mesi a conquistare ampie fasce dell'elettorato spagnolo: *Podemos* e *Ciudadanos (C's)*.

La prima, fondata da Pablo Iglesias Turrión il 16 gennaio 2014 si è fatta promotrice di un programma incentrato sulla lotta alle grandi imprese, alle banche e alla finanza, sostenendo – allo stesso modo di *Syriza* di Alexis Tsipras - un atteggiamento critico nei confronti dell'Ue.

La seconda, guidata dal giovane avvocato Albert Rivera, ha voluto rappresentare la risposta moderata agli eccessi "sinistrorsi" di *Podemos* e, pur rimanendo fedele alla scelta liberista, ha prospettato un cambio radicale della classe dirigente e la realizzazione di una politica incentrata sulla trasparenza e la lotta alla corruzione.

I primi segnali di mutamento del quadro politico spagnolo si sono realizzati in occasione delle elezioni europee del maggio 2014 - ove il *partito viola* di Iglesias ha raccolto l'8% dei consensi e cinque seggi al Parlamento di Strasburgo – e, successivamente, nelle consultazioni per il rinnovo del Congresso regionale andaluso del 22 marzo 2015 ove si è assistito al sorprendente esordio di *C's* con il 9,28% dei voti (oltre che alla conferma di *Podemos* con il 14,84% dei suffragi).

È stato, tuttavia, con le elezioni regionali ed amministrative del 24 maggio 2015 che si è realizzata ad una vera e propria rivoluzione negli assetti politici consolidati. A livello *autonómico*, infatti, il PP ha perduto il 16% delle preferenze ottenute nelle

precedenti consultazioni del 2010 e sette degli undici governi che fino a quel momento reggeva, mentre a livello municipale è stato costretto ad abbandonare quasi tutti i comuni fino ad allora governati (compreso Madrid, Valencia e Siviglia), confermandosi alla guida di due sole delle quindici città più popolose del Paese.

Il PSOE - che dopo la sconfitta del 2014 aveva eletto Pedro Sanchez nuovo segretario - ha raggiunto, invece, un risultato solo in parte più vantaggioso: la storica formazione della sinistra progressista ha conquistato, infatti, sette governi regionali, ma la sua affermazione è stata resa possibile unicamente da una serie di accordi pre-elettorali con altre formazioni (tra cui le liste locali di *Podemos*) con le quali sarà destinata in seguito a condividere le responsabilità di governo.

I veri vincitori delle elezioni sono stati, ancora una volta, *Podemos* e *C's*. Il primo - presentatosi sotto forma di liste locali - ha trionfato in centinaia di città della Spagna centro-meridionale, assumendone la direzione sia direttamente (Barcellona) che in coalizione con i socialisti (Madrid) e divenendo la «*llave de gobierno*» per la formazione di sei Esecutivi *autonómicos*. Il secondo, forte dell'appoggio di circa l'8% dell'elettorato, ha conquistato il governo di 82 comuni ed ha partecipato alla formazione delle giunte di Andalusia (in alleanza con il PSOE), di Castilla León, La Rioja e Murcia (in coalizione con il PP).

Quest'ultima consultazione elettorale ha inaugurato, come si comprende, una nuova stagione per la politica spagnola, non più basata sul confronto tra due soli partiti nazionali, ma sulla contrapposizione tra quattro distinte formazioni, le quali - in presenza di accordi - riuscirebbero a dar vita a governi di coalizione (di incerta durata) ed - in assenza di essi - finirebbero per esporre il Paese a prolungati e preoccupanti periodi di instabilità.

1.1. - Di fronte ad un fenomeno di tale consistenza l'intervento della letteratura è stato ovviamente significativo. Da un punto di vista generale la crisi dei partiti tradizionali e la comparsa di nuove forme di partecipazione è stata delineata da A. Ramirez Nárđin, *La participación como respuesta a la crisis de la representación*, in *Rev. de derecho. pol.*, n. 90, 2014, pp. 177-210 e da I.d., *¿Mas participation igual a mejor democracia? Acerca de la critica a la democracia participativa?*, in *Derecho público europeo*, n. 94, 2015, pp. 183-218.

Un'analisi esaustiva della crisi della rappresentazione in atto pressoché in tutti i Paesi di consolidata tradizione democratica è stata tracciata, invece, da M.I. Garrido Gómez, R. Ruiz Ruiz (cur.), *Democracia, gobernanza y participación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

L'opera, composta da una serie di saggi, affronta in modo dettagliato una pluralità di questioni connesse al tema della partecipazione politica: dalla rappresentanza di genere al fenomeno della tecnocrazia, dall'incapacità dei partiti tradizionali a fronteggiare le più urgenti istanze sociali, alle moderne forme di *web democracy*. All'esito della ricostruzione l'A. propone una serie di interventi diretti a realizzare, da un lato, forme di cittadinanza sempre più inclusiva, dall'altro ad individuare modelli di partecipazione democratica alternativi al voto.

In tema di rappresentanza sono apparsi, ancora, sempre con finalità generale Á. Garrorena Morales, *Escritos sobre la democracia: la democracia y la crisis de la democracia representativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, e J. J. Solozabal Echevarria, *Reforzar la representación*, in *Rev. Esp. de Derecho Constitucional*, n. 103, 2015.

Gli atti del convegno delle Giornate internazionali di diritto costituzionale organizzate dall'Università Carlos III di Madrid (E. Pajares Montolío, *Nuevas dimensiones de la participación política: III Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional: Brasil, Italia, España Valencia*, Tirant lo Blanch 2015) propongono, infine, un'interessante comparazione tra due ordinamenti del bacino mediterraneo ed una giovane democrazia del continente latinoamericano sulla base di tre elementi, la cui valutazione è imprescindibile per cogliere le dimensioni dell'attuale crisi di sistema: la democrazia interna ai partiti, le nuove forme di partecipazione elettronica, le discriminazioni nella rappresentanza.

1.2. - Per quanto riguarda la comparsa di nuovi soggetti del panorama politico spagnolo, di particolare interesse sono le riflessioni operate dallo stesso leader di *Podemos*, Pablo Iglesias Turrión. Il nuovo interprete della politica spagnola presenta nei suoi scritti (*Disputar la democracia. Política para tiempos de crisis*, Madrid, 2014 e *Una nueva transición: materiales del año del cambio*, Madrid, 2015) una ricostruzione attenta e puntuale delle ragioni di insoddisfazione popolare nei confronti della "casta"

illustrando, altresì, le proposte del “partito viola” per porre fine all’attuale situazione di crisi e realizzare l’auspicata “rigenerazione democratica”.

Il tema della riduzione dei costi della politica, motivo quanto mai dibattuto nelle campagne elettorali del biennio, ha trovato al contrario approfondimento - seppur limitato alle autonomie regionali - in E. Aranda Álvarez, *La reducción de parlamentarios y la modificación del rég. Retributivo de los miembros de la Asambleas de las CC.AA*, in Rev. de derecho. pol, n. 90, 2014, pp. 119-164.

1.3. – La crisi della politica tradizionale ha incoraggiato, altresì, una serie di studi sul partito quale “strumento fondamentale di partecipazione democratica”.

Innanzitutto è stata analizzata la selezione dei *leaders* all’interno dei movimenti che partecipano agli scontri elettorali, confermando l’ammissibilità di una legge che renda obbligatoria la convocazione delle consultazioni primarie (D. Giménez Gluck, nel suo scritto *El derecho de asociación de los partidos políticos y la regulación legal de las elecciones primarias*, in Rev. Esp. de Derecho Constitucional, n. 102, 2014).

Successivamente è stata affrontata la questione del finanziamento delle liste, argomento rispetto al quale alcuni autori (O. Sánchez Muñoz, *La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo*, in Rev. Esp. de Derecho Constitucional, n. 104, 2015 e A. C. Santano, *La financiación ordinaria de los partidos políticos en España. Nuevas normas, viejos desafíos*, in Rev. gen. de derecho cost., n. 19/2014) hanno evidenziato la necessità di apportare modifiche alla Ley Orgánica 8/2007 dirette, in particolare, all’introduzione di *aportaciones privadas de pequeña cuantía*.

Di taglio più penalistico, ma ugualmente rilevante sotto il profilo costituzionale, è apparso altresì il saggio M. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político-criminal*, Madrid, Marcial Pons, 2015, un testo contenente una ricostruzione della questione dei “fondi neri” affluiti nelle casse dei partiti, completato da una particolareggiata ricostruzione del nuovo reato di *financiación ilegal* previsto dall’art. 304 c.p.

In materia di relazione tra i partiti politici e le autorità indipendenti, è stato pubblicato, infine, M. Salvador Martínez, *Partidos políticos y «autoridades independientes»*, in Rev. Esp. de Derecho Constitucional, n. 104, 2015.

1.4. – Come anticipato, la comparsa di nuove formazioni nel panorama politico nazionale non si è limitata ad un fenomeno di interesse meramente politologico, ponendo le basi al contrario per la realizzazione di un radicale mutamento della forma politica dello Stato spagnolo, i cui effetti non tarderanno a realizzarsi già nei primi mesi del 2016.

Le *elecciones generales* del 20 dicembre 2015 hanno confermato, infatti, quella frantumazione politica già realizzatasi a livello regionale e municipale, determinando - per la prima volta in una consultazione per il rinnovo del Parlamento - la fine del bipolarismo PP-PSOE e la ripartizione dell'elettorato in quattro grandi raggruppamenti, oltre alle consuete formazioni regionaliste.

Il Partito popolare, pur rimanendo la prima formazione del Paese (28,7%) ha conosciuto, infatti, una vera e propria “*debacle*” perdendo 18 punti percentuali rispetto alle precedenti consultazioni (2012) mentre il PSOE ha registrato il suo peggior risultato dai tempi della transizione attestandosi al 22,1% delle preferenze.

I voti non attribuiti alle due storiche formazioni di Governo sono andati a vantaggio dei due nuovi movimenti anti-politici: *Podemos* (20,7%) e *Ciudadanos* (13,9%).

Per la prima volta dall'avvento della democrazia, le consultazioni parlamentari hanno restituito un quadro incerto per la formazione del governo. Non solo, infatti, nessuno dei quattro partiti ha raggiunto la maggioranza assoluta indispensabile per la formazione di un governo monocolore, ma neppure – data la distanza ideologica che separa le quattro liste – sembrerebbero realizzarsi le condizioni per procedere alla formazione di governi di coalizione.

È venuto a determinarsi così, per la prima volta dal 1982, uno scenario di assoluta indeterminatezza per la governabilità del Paese che, nelle ipotesi più drammatiche, potrebbe assumere le connotazioni della crisi belga del 2010-12.

Data l'assenza, momentanea, di commenti attorno ad una simile “rivoluzione copernicana” del *régimen político* possono leggersi le riflessioni operate con riferimento alla situazione realizzatasi nelle CC.AA. a seguito delle elezioni del 24 maggio 2015. In particolare: J. María Reniu *Los gobiernos de coalición de las comunidades*

*autónomas españolas*, Atelier, Barcelona, 2014 e M. Begoña López Portas, *El desgaste y la Gobernabilidad como principales problemas de la política gallega*, in Rev. gen. de derecho cost., n. 20, 2015.

2. – Oltre ai citati interventi in tema di mutamento del panorama politico, la giuspubblicistica spagnola ha affrontato, come di consueto, studi relativi ai singoli organi entro i quali si articola la divisione orizzontale dei poteri.

2.1. – Grande attenzione è stata dedicata in particolare al Parlamento. F. Pascua Mateo, *Fuentes y control del derecho parlamentario y de la administración parlamentaria*, Madrid, Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 ha analizzato, innanzitutto, le diverse tipologie di atti disciplinanti la vita parlamentare, individuando per ciascuna di esse le modalità di ricorso prospettabili in sede giurisdizionale, amministrativa o costituzionale.

Proposte di riforma dell'*iter* legislativo sono state avanzate, invece, da F. Santaolalla López, *Por un nuevo procedimiento legislativo*, Madrid, Dykinson, 2015. L'A. offre una puntuale ricostruzione del procedimento di adozione delle leggi al Congresso e al Senato, sollecitando l'attuazione di una serie di proposte finalizzate alla «*racionalización del tiempo disponible*» e alla «*mayor participación*» popolare al procedimento di adozione degli atti.

Con riferimento all'ultima esigenza è stata sottolineata, in particolare, la necessità di individuare nei procedimenti di elaborazione della Costituzione e di approvazione della Ley orgánica del Tribunal Constitucional, due modelli di partecipazione ai quali ispirarsi in ipotesi di riforma.

A queste due “classiche” trattazioni di diritto parlamentare devono aggiungersi, da ultimo, almeno due interventi finalizzati ad analizzare le assemblee parlamentari sotto il profilo della crisi di rappresentanza in atto nel Paese: R. Pastor Yuste, M. Iglesias Onofrio, *La dimensión simbólica de la representación política en el Parlamento español*, in Rev. Esp. de ciencia política, n. 35, 2014, pp. 91-112 e M. Carrasco Durán, *La participación social en el procedimiento legislativo*, in Rev. de derecho. pol, n. 89, 2014, pp. 175-204.

2.2. – Un’attenzione più contenuta rispetto al Parlamento è stata dedicata, invece, allo studio dei titoli IV e V della Costituzione. Le motivazioni di una simile trascuratezza devono ravvisarsi principalmente nella collocazione temporale delle *elecciones generales*, le quali hanno impedito l’insediamento entro l’anno di un nuovo Governo e, con esso, la registrazione dei primi commenti sulle modificazioni intervenute nei tradizionali equilibri di parlamentarismo maggioritario.

Gli scarsi interventi pubblicati hanno riguardato, in ogni caso, aspetti analogamente riconducibili alla crisi politica corrente nel Paese. F. Simón Yarza ha pubblicato, in particolare, *La moción de censura: ¿constructiva u «obstructiva»?*, in Rev. Esp. de Derecho Constitucional, n. 102, 2014. Nello scritto, dopo un’accurata ricostruzione dell’istituto di razionalizzazione previsto dall’art. 67 GG e dall’art. 113 della *Ley Fundamental*, vengono presentate una serie di valutazioni favorevoli al suo mantenimento nel modello organizzativo delineato dalla Carta fondamentale. L’A., pur non dubitando, infatti, che «el mantenimiento del Gobierno por la simple razón de que no puede ser sustituido, no sirve para dotarlo de las fuerzas de que carece y prolonga indefinidamente la vida de los Gobiernos débiles», osserva d’altra parte che la previsione di una mozione di sfiducia “alla tedesca” costituirebbe un baluardo «para evitar una inestabilidad gubernamental crónica»: un’esigenza oggi più di ieri avvertita, in conseguenza della frammentazione politica realizzatasi con le elezioni europee del 2014.

2.3. – Per quanto riguarda la PA, almeno tre scritti hanno avuto poi ad oggetto il tema della trasparenza. Le forti istanze antipolitiche propagatesi nel Paese fin dai tempi delle manifestazioni degli *Indignados* e del Movimento 15-M hanno indotto, infatti, le Camere ad approvare la Ley 19/2013 *de transparencia, acceso a la información y buen gobierno*: un intervento che – non diversamente dal nostro D.lgs. 33/2013 – ha imposto l’obbligo alle PA di pubblicare una serie di indicazioni rilevanti per il cittadino interfacciatosi con esse, ivi compresi gli organigrammi “aziendali” e gli emolumenti percepiti dai responsabili di vertice.

Tra le principali novità dalla legge, meritevoli di considerazione ai fini della presente trattazione, devono ricordarsi in particolare: l’istituzione di un *Consejo de*

*Transparencia y Buen Gobierno* e la previsione di un *Registro dei gruppi di interesse*. Il primo si sostanzia in un organismo *ad hoc* istituito presso il Ministero delle finanze e dotato di funzioni di impulso e consulenza in materia di accessibilità alle informazioni, il secondo altro non è che un inventario finalizzato ad estendere la conoscibilità da parte dei cittadini dei soggetti impegnati in attività di *lobbying*.

Per un'analisi dettagliata della Ley 19/2013 si rinvia a J. L. Piñar Mañas, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, in Rev. cat. de dret púb., n. 49, 2014, pp.1-19, uno scritto critico nei confronti dell'intervento, nel quale si disapprova in particolare la previsione del diritto di accesso alle informazioni come un diritto privo di copertura costituzionale, nonché l'assenza di un adeguato impianto sanzionatorio per le amministrazioni che si renderanno inadempienti alle prescrizioni.

L'interessante tema della registrazione delle *lobbies* è stato trattato, invece, di E. R. Bartlett Castellà e S. Vèrnia Trillo, *La regulació del registre de grups d'interès a la llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern*, in Rev. cat. de dret púb., n. 51, 2015, pp. 191-208, un intervento, che pur essendo circoscritto alla disciplina in vigore nella CA catalana, contiene una serie di considerazioni generali estendibili all'intera normativa nazionale.

L'introduzione del diritto di accesso alle informazioni in sede regionale ha occupato, da ultimo, le riflessioni di C. Puiggròs Mussons, A. Viñas Ferrer, E. Pano Puey, *Reptes i dificultats dels ajuntaments catalans en matèria de transparència. Balanç de la situació de partida*, in Rev. cat. de dret púb., n. 51, 2015, pp. 54-73.

2.4. – Sul tema solitamente trascurato degli organi consultivi è apparso, invece, O. Triguero Ortiz, *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*, Madrid, Dyckinson, 2015). Il saggio traccia le caratteristiche più rilevanti del più importante organo di consulenza giuridica del Governo oltre che degli *órganos consultivos propios* delle singole Comunità autonome, soffermandosi, in particolare sulla loro natura giuridica, sulle garanzie della loro indipendenza e sull'autonomia funzionale ad essi riconosciuta dalla Legge organica 3/2004.

2.5. – Grande attenzione è stata dedicata ancora alla funzione giurisdizionale. Si deve ricordare, infatti, che il 28 giugno del 2013 il Congresso dei deputati ha adottato la legge organica 4/2013 di riforma del *Consejo General del Poder Judicial*, con la quale ha inteso rafforzare l'indipendenza e la funzionalità dell'organo di autogoverno della magistratura, introducendo altresì maggiori garanzie per i giudici sottoposti a procedimenti disciplinari.

Il nuovo testo ha esteso il diritto di elettorato passivo a tutti i magistrati non iscritti alle associazioni giudiziarie, ha istituito una *Junta Electoral* incaricata di redigere la lista degli eligendi ed ha introdotto la Commissione permanente, un organo al quale viene riservata la totalità delle decisioni del Consiglio. In materia disciplinare si è provveduto poi all'abbandono della procedura inquisitoria, incaricando una specifica figura - il *Promotor de la Acción Disciplinaria* - delle funzioni di accusa.

Commenti critici alla riforma sono contenuti in R. M. Fernández Riveira, *¿Regeneración democrática? Algunas reflexiones sobre la nueva Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial*, in *Rev. de derecho. pol.*, n. 91, 2014 pp. 137-184, in cui viene disapprovato in particolare il mancato superamento del sistema di selezione previsto dalla LOPJ del 1985, così come l'avvio di una deriva verticistica dell'organo, oggi ridotto essenzialmente alla Commissione permanente.

Ulteriori considerazioni sono contenute in M. A. Cabellos Espiérrez, *Reforma constitucional y Poder Judicial: la perspectiva de la relación entre justicia y modelo de estado*, in *Rev. de derecho. pol.*, n. 89, 2014, pp. 135-174 e M. Gerpe Landín, M. Ángel Caballos Espiérrez, *La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo*, *Rev. Esp. de Derecho Constitucional*, n. 103, 2015.

Il tema della partecipazione politica dei magistrati nel Consiglio è stato trattato, invece, da F. Garrido Carillo, *Los derechos de participación política de jueces y magistrados*, in *Rev. gen. de derecho cost.*, n. 19/2014.

2.6. – Un filone di studi è stato dedicato poi, come sempre, al *Tribunal Constitucional*. E. García de Enterría ha dato alle stampe, in particolare un saggio su *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*,

Rev. Esp. de Derecho Constitucional, n. 100, 2014 mentre M. García-Pelayo ha pubblicato un'analisi accurata sullo «*Status*» del *Tribunal Constitucional*, in Rev. Esp. de Derecho Constitucional, n. 100, 2014.

La disciplina di elezione dei membri del Collegio ha visto, invece, l'attenzione di G. Fernández Farreres, *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional*, in Rev. Esp. de Derecho Constitucional, n. 105, 2015. Nello scritto, lo studioso di Saragozza ribadisce la necessità di abbandonare il “pernicioso” sistema degli accordi politici antecedenti alle designazioni, oltre che il ricorso indiscriminato al regime della *prorogatio*, dando luogo ad un'elezione “individualizzata” di ciascun membro del collegio nel momento stesso della sua scadenza.

Con riferimento all'attività dell'organo è apparso, invece, I. Villaverde Menéndez, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*, in Rev. cat. de dret púb., n. 49, 2014, pp. 20-40, ove si affronta in particolare il tema del controllo preventivo degli Statuti di autonomia.

Due opere sono intervenute, in conclusione, sul tema del ricorso popolare diretto: J. M. Morales Arroyo (cur.), *Recurso de Amparo, Derechos Fundamentales y transcendencia constitucional: el camino hacia la objetivación del Amparo constitucional en España*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015 e P. Tenorio Sánchez, *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: perspectivas de reforma*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2014.

3. – Oltre che per la crisi del sistema politico, il 2014 sarà ricordato come l'anno in cui il Paese ha assistito all'abdicazione di re Juan Carlos I, il sovrano “protagonista” della transizione democratica. Il 2 giugno 2014, dopo quasi 39 anni di regno, il monarca della dinastia di Borbone ha manifestato pubblicamente la sua volontà di lasciare il Palazzo della Zarzuela, consegnando al Presidente del Governo Rajoy, un atto nel quale veniva indicato come suo successore il principe delle Asturie Felipe, primo erede alla Corona secondo l'ordine stabilito dall'art. 57, c. 1 CE.

In conseguenza di tale decisione, il Regno di Spagna ha dato avvio alla sua prima successione al Trono dell'epoca costituzionale.

Secondo le disposizioni previste dalla Legge fondamentale, le due Camere hanno approvato (rispettivamente l'11 e il 17 giugno) la legge organica di abdicazione: non un atto generale di rinuncia al Trono utilizzabile anche in futuro – come avrebbe voluto parte della dottrina – bensì di un testo comprensivo di un solo articolo nel quale si dispone: «*S.M. el Rey de España D. Juan Carlos I abdica la Corona de España. 2. La abdicación será efectiva en el momento de entrada en vigor de la presente ley orgánica*».

La legge organica di successione è stata ratificata dal sovrano uscente il 18 giugno 2014, come ultimo atto del suo regno, ed il giorno successivo il Parlamento in seduta comune ha accolto, secondo le disposizioni dell'art. 61 CE, il giuramento del Principe ereditario, proclamandolo re con il nome di Felipe IV.

La rinuncia alla sovranità di Juan Carlos, come prevedibile, ha offerto l'occasione di riaprire il mai sopito dibattito sull'evoluzione in senso repubblicano della *forma politica* dello Stato spagnolo.

A parere di ampi strati della popolazione l'esistenza di un Capo dello Stato ereditario doveva essere ricondotta, infatti, ad un compromesso al quale le formazioni democratiche avevano acconsentito solo temporaneamente, al fine di evitare una possibile vanificazione del processo di *Transición* ad opera delle forze ancora legate al regime franchista.

Sulla base di tale considerazione, il *reinado* di Juan Carlos avrebbe dovuto rappresentare un mero "incidente temporale", alla cui conclusione si sarebbe dato seguito ad una consultazione popolare finalizzata ad acclarare in via definitiva la forma di governo da adottare per il Paese.

La necessità di organizzare un referendum istituzionale è stata così nuovamente sollevata da *Izquierda Plural*, la lista erede del PCE, da ERC e dal partito di Iglesias, incontrando però la netta opposizione delle due storiche formazioni alternatesi alla guida del Paese.

Nel dibattito che ha formalizzato l'abdicazione, il Presidente Rajoy ha dichiarato infatti che: «la forma política de Estado no está en el orden del día de esta

sesión del Congreso de los Diputados. España es una monarquía parlamentaria con hondas raíces históricas porque así lo quieren los españoles (...) Esta es la voluntad de los españoles tal y como está recogida en la Constitución», mentre il leader del PSOE Pérez Rubalcaba, pur evidenziando la propensione repubblicana del suo partito ha ribadito che il socialismo «no es incompatible con la monarquía cuando esta institución cumple con el más escrupuloso respeto a la soberanía popular».

Il completamento delle operazioni di successione ha comportato l'abbandono del dibattito sulla trasformazione della forma di governo spagnola, senza suscitare l'opposizione dell'opinione pubblica, la quale ha dimostrato che, almeno nell'immediato, l'elettività del Capo dello Stato non costituisce uno dei temi improrogabili ai quali dare attuazione allo scopo di realizzare l'invocata riforma del sistema.

L'intera fase della successione è stata analizzata da A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación de la Corona*, in Rev. Esp. de Derecho Constitucional, n. 102, 2014.

Proposte dirette ad introdurre un regime di responsabilità civile e penale in capo ai membri della famiglia Reale sono state avanzate, viceversa, da E. Belda, *La evaluación y el control de los actos del Rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la corona*, in Rev. cat. de dret púb., n. 51, 2015, pp. 155-173.

4. – La forma di governo spagnola ha subito poi nel biennio rilevanti modificazioni anche in conseguenza dell'approvazione di talune riforme legislative. Sulla scia della razionalizzazione già avviata a livello statale e *autonómico*, le Cortes hanno adottato il 27 dicembre del 2013 la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. L'intervento ha avuto come obiettivo la semplificazione delle strutture e il contenimento dei costi dell'amministrazione locale così da rendere più razionale il sistema nel suo complesso e consentire il raggiungimento del pareggio di bilancio raccomandato dalla recente riforma dell'art. 135 CE. A tale scopo i *municipios* sono stati privati di una parte non irrilevante delle loro attribuzioni (in particolare quelle in materia di *participación en la atención primaria de salud*) e di quelle *competencias impropias* che nel corso degli anni avevano acquisito per fronteggiare la domanda sociale (educazione e cultura, promozione dell'uguaglianza, protezione dei consumatori). In tema di prestazioni sociali, gli

interventi dei Comuni sono stati ridotti, nello specifico, «a la evaluación e información de situaciones de necesidad social» e alla «atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social».

La legge 27/2013 ha fissato, inoltre, in modo dettagliato, le modalità attraverso le quali tali servizi dovranno essere prestati, precisando che i comuni di dimensioni inferiori a 20 mila abitanti dovranno dar vita a forme di «*gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas*» sotto la direzione delle *Diputaciones Provinciales* o di entità equivalenti.

L'insieme di tali innovazioni finirà, come è evidente, per incidere sull'attività e la fisionomia degli Esecutivi comunali e delle CCAA, i quali saranno chiamati a svolgere una pluralità di competenze per le quali attualmente non dispongono di personale e strutture.

Per una ricostruzione generale della riforma delle autonomie locali si rinvia alla monografia A. Domínguez Vila e altri, *Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: estudio sobre la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015. Rilievi critici – volti a considerare l'ammissibilità dell'intervento statale alla luce dell'art. 149.1.18 CE – sono contenuti, invece, in F. Velasco Caballero, *El nuevo régimen local general y su aplicación diferenciada en las distintas comunidades autónomas*, in Rev. cat. de dret púb., n. 48, 2014.

5. – In tema di riforma della Costituzione è apparso, infine, J. García Roca, *Pautas para una reforma de la constitución: un informe para el debate*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2014. L'ultimo sforzo del *catedrático* della Complutense riprende i grandi temi di riforma avanzati sin dagli anni dalla presidenza Zapatero ed oggi avvertiti con ancora più urgenza in conseguenza della crisi economico-istituzionale che colpisce il Paese: la revisione del titolo VIII della Cost., la trasformazione del Senato in una vera e propria camera di rappresentazione territoriale con funzioni autonome e distinte rispetto a quelle del Congresso, la modifica della finanza *autonómica*. A questi García Roca aggiunge inoltre: il potenziamento delle funzioni di controllo parlamentare, la riforma del TC e la previsione di una speciale tutela per taluni diritti fondamentali, suscettibili di conoscere restrizioni a causa dei vincoli derivanti dall'organizzazione comunitaria. In ogni caso, dalla lettura dell'opera sembrerebbe

emergere, più di tutti, la necessità di procedere ad un'innovazione del sistema elettorale (tale da assicurare una più estesa rappresentanza dei cittadini e, al contempo, una maggiore stabilità di Governo), senza la quale nessuna riforma della Costituzione potrebbe dirsi realmente riuscita.





## La dottrina tedesca in tema di forma di governo

di Andrea Gatti

1. – Nella presente rassegna si è scelto di ricomprendere due temi, quello della democrazia federale (§7) e quello della giustizia costituzionale (§ 8), nella forma di governo. Sebbene il loro inserimento, sotto un aspetto di teoria generale, sia controverso, metodologicamente appare ragionevole, per come è strutturato il sistema tedesco e per le circostanze contingenti (come verrà esplicitato nel corso dello scritto), riconoscere ai *Länder* e al *Bundesverfassungsgericht* una condivisione di fatto dell'indirizzo politico esercitato a livello federale da *Bundesregierung* e *Bundestag*, di carattere anche strutturale e non solo funzionale. La dottrina tedesca è, sul punto, pacifica (S. Marschall, D. Nohlen, F. Grotz, K. Schlaich, C. Landfried; così pure C. Hillgruber, U. Di Fabio, anche nei rispettivi manuali).

Sulla base di questa premessa, nel riportare l'evoluzione della forma di governo tedesca e i dibattiti dei costituzionalisti, vanno rilevati fin da principio tre elementi caratterizzanti.

In primo luogo, il sistema politico tedesco è al momento guidato dai tre partiti di Governo che insieme detengono più dell'80% del potere di voto. Nonostante la modifica del Regolamento del *Bundestag* (febbraio 2014, v. infra § 5), tale contesto ha ridotto molti spazi di manovra dell'opposizione parlamentare, che è peraltro

interamente composta dai cd. partiti anti-sistema. Nonostante la maggioranza schiacciante di cui godono i partiti di governo all'interno del *Bundestag* (BT), è in atto una riscontrabile crisi di legittimazione del sistema partitico (*infra* §§ 3 e 4) e dello stesso Parlamento (si veda *infra* § 5 la compressione dei poteri dell'opposizione e il ruolo di "sostituto legislatore" - *Ersatzgesetzgeber*, come lo definì C. Landfried, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, Nomos, 1996, 186 - riconosciuto al *BVerfG*). Questa circostanza sembra confermata anche dal progressivo aumento dei consensi per i partiti anti-sistema (per un inquadramento generale v. O. Niedermayer, *Halbzeit, Die Entwicklung des Parteiensystems nach der Bundestagswahl 2013*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen - Z-Parl*, n. 4, 2015, 830-851).

In secondo luogo (ma in stretta connessione con il primo punto) va rilevata la crescente perdita di importanza del Parlamento quale luogo di decisione politica in favore, nella prassi, del ruolo dei partiti e in particolare dei rispettivi *leader*. Le decisioni di governo vengono prese a livello partitico apicale e non raramente anche extra-parlamentare visto che uno dei tre co-firmatari del *Koalitionsvertrag*, Horst Seehofer (CSU), non siede nemmeno al *Bundestag* (per una ricognizione sull'incidenza nella prassi politica, anche parlamentare, dell'ampliamento dei poteri dei *leader* delle coalizioni, v. P. Horst, *Das Management der dritten Grossen Koalition in Deutschland 2013 bis 2015: unangefochtene Dominanz der drei Parteivorsitzenden*, in *Z-Parl*, n. 4, 2015, 852-853 e *infra* § 6). Anche la dialettica maggioranza-opposizione ha teso quindi sempre più a spostarsi al di fuori del *Bundestag*, mentre il legislatore (*Bundestag* e *Bundesregierung*) subisce una crescente influenza da parte di attori esterni alla tradizionale dinamica decisionale, ad esempio dalle *lobbies* (*infra* §§ 5 e 8).

In terzo luogo, il *gap* di potere creatosi sia dalla parziale rinuncia da parte del Parlamento di svolgere fino in fondo il suo ruolo di legislatore (per quanto attiene ai partiti di maggioranza, sempre più appiattiti sulla linea del Governo), sia dalla parziale impossibilità di svolgere la sua funzione di controllo (per quanto attiene alla debolezza parlamentare dei partiti di minoranza), è colmato da un progressivo ampliamento della sfera di intervento del *BVerfG* anche su temi tradizionalmente riservati alla politica. La trasformazione della *Bundesrepublik* da *Rechtsdemokratie* in *Richterdemokratie* è una tesi provocatoria, ma apertamente discussa (cfr. *infra* § 8).

2. – Il tema della *streitbare Demokratie* e della preservazione dei diritti fondamentali e dell'ordine costituito attraverso il bando di partiti o movimenti estremisti ha acquistato rinnovato vigore a causa dello sviluppo di due fattori: il fenomeno del crescente proselitismo dell'estremismo islamico (con particolare riguardo alle organizzazioni salafite che vengono costantemente monitorate dall'Ufficio federale per la difesa costituzionale, il *Bundesamt für Verfassungsschutz*) e il timore per l'aumento di consensi del partito neo-nazista NPD paventato prima delle elezioni in Mecklenburg-Vorpommern del 4 settembre 2016 (ma che poi si è rivelato infondato). In particolare il dibattito tra i costituzionalisti verte sulla questione se la preservazione della *freieitliche demokratische Grundordnung* debba essere o meno perseguito attraverso le previsioni costituzionali ablativo dei diritti fondamentali - di cui agli artt. 9, 10, 11, 18, 21, 73, 87a, 91 del *Grundgesetz* - che costituiscono il vincolo esplicito posto all'abuso degli stessi quando esercitati in contrasto, appunto, con i principi supremi dell'ordinamento. Per un recente approccio dogmatico al tema v. A-B. Kaiser, *Form und Funktion der freienitlichen demokratischen Grundordnung*, in *Der Staat*, n. 2, 2015, Vol. 54, 300-303 (come i contributi presentati nella scorsa *Rassegna* su questa Rivista, 2014, p. 1330). Le posizioni critiche (D. Volp, *Parteiverbot und wehrhafte Demokratie. Hat das Parteiverbotsverfahren noch eine Berechtigung?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.1, 2016, 459-463) sostengono che solo assai raramente gli strumenti di tutela dell'ordine costituzionale democratico inseriti dai Padri Costituenti nella Legge Fondamentale (e quindi non solo l'art. 21 GG sul divieto dei partiti, ma anche l'art. 9 GG sul divieto delle associazioni e l'art. 11 GG sul divieto dei comportamenti anti-democratici) sono stati utilizzati come rimedio specifico contro comportamenti illeciti e che un certo grado di estremismo rientra tra le normali patologie di ogni Stato democratico (a questo proposito, H. Meier, *"Streitbare" oder liberale Demokratie*, in *Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik*, n. 4, 2015, 193-200). La presenza di tali previsioni all'interno dell'ordinamento costituzionale renderebbe inoltre il caso tedesco un *Sonderweg*, un *monstrum* tra le democrazie occidentali. La cd. "lezione di Weimar" è invece l'argomento usato dai sostenitori dell'importanza delle disposizioni sopra citate e di come esse abbiano agito da deterrente verso una seconda "Rivoluzione legale". La rinuncia all'idea di una democrazia senza valori, neutra, ha portato ad un superamento della comprensione meramente formale del

dato democratico. La democrazia militante non si esaurirebbe poi nelle esplicite previsioni costituzionali, come appunto l'art. 21 GG, ma comprenderebbe tutto un sistema di leggi, principi e controlli (tutele, approcci), non da ultimo la previsione dell'ufficio federale per la tutela della Costituzione, che sta acquistando un'operatività ed un'autorevolezza sempre maggiore in termini di tracciatura e denuncia di attività anti-costituzionali e dal quale il Governo stesso trae legittimità per alcune delle sue decisioni (H-P. Bull, *Verfassungsschutz und/oder polizeilicher Staatsschutz? Warum wir ein Bundesinstitut für Verfassungsschutz brauchen*, in *Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik*, n. 1, 2015, 2-9). In dottrina, tra le problematiche sollevate, si inserisce anche la questione se il bando costituisca giuridicamente anche un limite preventivo e quindi a quali situazioni, in linea teorica, possa essere applicato. Di tale questione si occupa M.J. Alter, *Das Parteiverbot: Weltanschauungsvorsorge oder Gefahrenabwehr?*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 4, 2015, 671-597. L'Autore si sofferma sull'istituto del *Parteiverbot* e analizza le sue prospettive di applicazione nell'immediato futuro. L'art. 21 c. 2 GG prevede che un partito possa essere sciolto in caso in cui la sua ideologia sia in contrasto con la Legge Fondamentale, ma la linea di confine tra illegalità e legalità di un partito sembrerebbe porsi sul significato dell'espressione "prefiggersi" contenuta nell'art 21 GG, che non è naturalmente soggetta ad un'interpretazione univoca. Se è vero che condizione imprescindibile per le limitazioni alla libertà in questione è l'esistenza di comportamenti o anche solo di scopi espressamente contrari all'ordine liberal-democratico, è altrettanto vero che la determinazione della soglia di intervento deve anche dipendere, in una prospettiva più sistematica e meno storico-costituzionale, da valutazioni legate non solo dal loro grado di effettiva aggressività, ma anche da pericoli concreti, attuali e reali. È appunto il caso che può potenzialmente adattarsi all'NPD, partito di cui il Tribunale Costituzionale, di recente, è tornata ad occuparsi. Il paventato successo del NPD nelle elezioni di settembre in Mecklemburg-Vorpommern avrebbe potuto scatenare tensioni che avrebbero inverato il potenziale anti-democratico della sua ideologia. Questa è appunto la tesi sostenuta dai ricorrenti nell'ultima udienza - tenuta davanti al II *Senat* del *BVerfG* il 6 marzo 2016 - del caso presentato nel 2013 da alcuni gruppi parlamentari del *Bundesrat*. Sembrerebbe poi che questa volta non sussista più l'ostacolo procedurale (infiltrazioni di agenti dei Servizi segreti nelle pieghe dell'organizzazione) che portò

alla pronuncia di improcedibilità del 2003. La sentenza è prevista solo alla fine dell'anno. Per una ricognizione sulle ultime vicende che hanno visto l'intervento del Tribunale Costituzionale, si segnala R. C. van Ooyen, M.H.W. Moellers, *Die Parteiverbotsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, Wiesbaden, Springer, 2015, 525.

3. – La lunga convivenza a livello di Governo dei due principali partiti ha dato luogo, da alcuni anni ormai, a dibattiti circa la natura della attuale *Grosse Koalition* e del suo impatto sul sistema politico ed istituzionale tedesco. Il tipico schema fondato su alleanze tra grandi partiti guida e piccoli partiti satelliti di orientamento omogeneo al partito guida, sembra entrato ormai apertamente in crisi. La riscontrata tendenza a preferire un'alleanza tra partiti tradizionalmente avversi o comunque non appartenenti alla stessa linea politica, come nel caso delle *Grosse Koalitionen*, rispetto al tentativo di ricercare l'appoggio dei partiti anti-sistema è vista da alcuni Autori come un fattore non problematico. È questa la situazione che sottolinea O. Niedermayer, *Die brandenburgische Landtagwahl vom 14. September 2014: Die Linke wird abgestraft, bleibt aber Regierungspartei*, in ZParl, n. 1, 2015, 21-39: nelle scorse elezioni del Land Brandeburgo l'SPD, pur potendo fin da subito governare con *Die Linke*, ha preferito trattare prima con la CDU, rivelando quindi quantomeno una disposizione a preferire la via della governabilità e del compromesso piuttosto che quella dell'affinità ideologica. B. Volker, in *Komplexe Koalitionen, perplexer Wähler, perforierte Parteiprofile. Eine kritische Revision jüngerer Befunde zur deutschen Koalitionsdemokratie und ein Reformvorschlag*, in ZParl, n. 1, 2015, 82-100, analizza le ripercussioni di questa scelta (che egli attribuisce alla sola volontà dei partiti e non degli elettori) sul sistema democratico. La perdita di omogeneità politica darebbe luogo ad una vera e propria "poligamia di coalizione", in cui la scelta del partner sarebbe rimessa solo ai meri rapporti di forza e darebbe luogo a cdd. *Koalitionen der Unwilligen*, "riottose" quindi, inefficienti, sfilacciate e in continua lotta per evitare di apparire come la "seconda forza" dell'alleanza di Governo. Tutto ciò sembra portare ad un importante modifica del delicato equilibrio del sistema partitico e ad una crescente debolezza dei partiti di Governo. Per l'Autore sarebbe dunque desiderabile introdurre un premio di maggioranza sulla scorta del (nuovo) sistema elettorale italiano.

4. – La crisi di fiducia di cui soffrono i partiti tradizionali in Europa è tanto più rilevante in una nazione come la Germania che si è sempre definita come un *Parteienstaat*, concetto volto a sottolineare non solo il significativo apporto dei partiti nel sistema democratico parlamentare e pluralista, ma anche la loro concreta funzione di guida e di governo del Paese. Oltre a una serie di fattori fisiologici (come i vincoli europei e del diritto internazionale) che hanno necessariamente indebolito il ruolo del Parlamento (R. Frau, *Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 129) e che comunque lo costringono a porsi in necessario dialogo tanto con le pronunce del *BVerfG* quanto con le esigenze concrete di riferimento (il procedimento parlamentare da cui traggono legittimazione le leggi è ampiamente trattato, anche in chiave comparata, in H. Gartz, *Begründungspflicht des Gesetzgebers. Das verfassungsrechtliche Verhandlungsgebot*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 315), il sistema politico-elettorale tedesco è caratterizzato da un delicato equilibrio che pone il Parlamento su una delicata linea di confine, una *Gratwanderung* come è stata definita, tra le esigenze di stabilità e quelle di legittimazione. Un approfondimento di tale problematica è rinvenibile nei saggi contenuti in T. Oppelland (cur.), *Das deutsche Wahlrecht im Spannungsfeld von demokratischer Legitimität und politischer Funktionalität*, Berlin, BWV, 2015, 161. In particolare si segnalano, al suo interno, i saggi di H.-J. Paier, *Die Legitimität der Fünfprozentsperrklausel* e di E. Jesse, *Das Zweistimmensystem in der Bundesrepublik Deutschland - Funktionsweise, Kritik, Alternative*, che concordano sul fatto che l'ordinamento politico tedesco è inequivocabilmente teso ad un rafforzamento degli strumenti di governabilità piuttosto che di quelli di rappresentatività. Inoltre entrambi gli Autori si dicono soddisfatti del fatto che tale sistema permetta di escludere dal Parlamento i nuovi partiti anti-sistema, pur garantendo che ogni parlamentare rappresenti la nazione e l'interesse generale (art. 38 c. 1 GG).

In totale disaccordo con tale linea si pone invece E. V. Towfigh, *Das Parteien-Paradox. Ein Beitrag zur Bestimmung des Verhältnisses von Demokratie und Parteien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015. Secondo l'Autore la nascita o la crescita dei cd. partiti anti-sistema non è tanto un sintomo, quanto la causa della più grande crisi democratica tedesca. Tale crisi va ad intaccare direttamente il rapporto tra la concezione tradizionale (o anche costituzionale) della democrazia e la sua declinazione istituzionale. Nella sua analisi Towfigh ricostruisce il modello

dominante dell'ordine democratico tedesco che riconosce nella partecipazione del popolo alle scelte politiche, così come delineato dalla costante giurisprudenza del *BVerfG* (*Urt.e* 5.12.2002 - 2 BvL 5/98; 24.06.2008 2 BvE 2/08) e indaga le conseguenze che la debolezza dei partiti comporta per la forma di Governo: "deparlamentarizzazione" e "de-individualizzazione" delle decisioni lasciano sempre meno spazio all'apporto dei singoli parlamentari fino a mutare la stessa natura del processo che porta alla formazione della volontà politica che avrebbe infatti acquisito tratti sempre più marcatamente oligopolisti e sarebbe sempre più influenzato dall'azione delle *lobbies*. Partendo da queste premesse l'Autore giunge alla conclusione che il modello dei partiti per come si è strutturato in Germania ad oggi porta i partiti ad essere, paradossalmente appunto, i più importanti mezzi e nello stesso tempo i più seri pericoli per il pieno sviluppo democratico.

Una prospettiva analoga si rinviene nella raccolta di saggi di F. Decker, *Parteiendemokratie im Wandel. Beiträge zur Theorie und Empirie*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 265. Se la prima parte del volume è dedicata alla dimostrazione che ogni democrazia moderna ha necessariamente le caratteristiche di una democrazia partitica, nella seconda parte Decker ne studia i recenti sviluppi recenti in Germania (l'indagine del sistema partitico dopo le elezioni del 2013 è accompagnata dallo studio dei due partiti non attualmente presenti nel *Bundestag*, AfD e FDP, che egli definisce come possibili forze del *bürgerliches Lager* - del "centro-destra"). In particolare Decker analizza il cambiamento di ruolo del partito nella società, la trasformazione della sua tradizionale funzione di legislatore, la cristallizzazione della organizzazione interna e, nella terza parte, suggerisce alcune riforme che dovrebbero comportare un maggior coinvolgimento dei loro membri e simpatizzanti. Solo così la (apparente) crisi dei partiti si può rivelare solamente una necessaria, benefica trasformazione. Un *Wandel*, appunto.

Nell'attuale "cartello istituzionale" del panorama partitico A. Thiele, *Verlustdemokratie. Die drei Verlustebenen der Demokratie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 299, ravvisa uno degli aspetti di crisi della democrazia tedesca. La perdita di potere dell'onnipotenza decisionale del legislatore per causa della globalizzazione (e in particolare l'acquisto, da parte dell'economia, di un ruolo primario nell'agenda politica), l'appiattimento dei partiti di maggioranza sulla linea di Governo e la

resistenza dei partiti tradizionali alla formazione di altri partiti avrebbero portato all'attuale *deficit* di una sana cultura del confronto (II fattore di debolezza democratica: *Defizitäre Streitkultur*). Thiele ritiene inoltre che tale *gap* non possa essere in alcun modo colmato dai blocchi dei partiti esistenti (III fattore: *Verlust des Demos*), sia per un *deficit* organizzativo (e a questo proposito si veda anche P. Horst, *Das Management der dritten Grossen Koalition in Deutschland 2013 bis 2015*, cit.) sia per una crescente soggezione all'influenza delle *lobbies* (pp.123 ss).

5. – L'attuale sistema caratterizzato da una stabile *Grosse Koalition* e da una schiacciante prevalenza parlamentare dei partiti di maggioranza, ha indotto la letteratura giuridica a chiedersi cosa ne sia, nel concreto, dei poteri effettivi a disposizione dell'opposizione e se non sia costituzionalmente necessario o almeno legittimo rafforzare strutturalmente i poteri e le garanzie delle opposizioni per non compromettere la loro fondamentale funzione di controllo.

Nella 18ma legislatura, invero, i partiti di minoranza non raggiungono che il 18% dell'intera composizione del *Bundestag* (non è comunque un caso senza precedenti: anche tra il 1966 e il 1969 le opposizioni non costituivano che il 10% della forza del Parlamento). Per l'esperimento delle azioni che rientrano nelle tradizionali funzioni di controllo dell'opposizione, come la richiesta di convocazione di assemblea (art. 39 GG), la costituzione di una commissione d'inchiesta o di un commissione per la difesa (artt. 44 c. 1, 45 c. 2, 53 GG), il ricorso al *BVerfG* sulla interpretazione conforme di norme federali o dei singoli *Länder*, (art. 94 c. 1 GG), il Regolamento del *Bundestag* prevede un quorum del 25% di voti in assemblea (per l'esercizio dei diritti di cui agli artt. 23, 44, 56 GG) o in commissione (per quello, ad esempio, di cui all'art. 45 GG). Alla richiesta dei gruppi *Bündnis 90/Die Grünen* e *Die Linke* di procedere ad una modifica della legislazione, i partiti di maggioranza, all'inizio della attuale legislatura, hanno risposto con una modifica temporanea al Regolamento (cioè cioè destinata ad esaurirsi con la fine della legislatura): la regola del 25% è stata sostituita da un quorum minimo di 120 deputati (le opposizioni ne hanno 127 in tutto) mentre i altri casi è stato previsto che la rappresentanza dell'opposizione non potesse scendere sotto il 25% (v. § 126a della *Geschäftsordnung BT*). Alcune previsioni restano però inalterate, tra cui quella che regola il ricorso di

legittimità costituzionale in via principale al *BVerfG*. Parte della dottrina ha concluso per la parziale inadeguatezza di tali misure (S. Hölscheidt, *Die Rechte der Opposition im 18. Deutschen Bundestag*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, vol. 30, n. 3, 2015, 246 - 259). Sinistra e Verdi hanno sollevato conflitto di attribuzione al *BVerfG* chiedendo un'ulteriore ampliamento delle garanzie e, soprattutto, chiedendo che la modifica avesse validità indefinita e non limitata alla situazione contingente (*BT-Drs. 18/380, 2014*). Il recente pronunciamento del Tribunale (*Urt. 3.5.2016 – 2 BvE 4/14*) ha stabilito che la tutela dei diritti dell'opposizione, anche in caso di una maggioranza molto forte come quella attualmente presente al *Bundestag*, non richiederebbe un necessario rafforzamento dei diritti delle opposizioni attraverso una modifica costituzionale, se fosse provata - come in effetti è stato - la possibilità di un'"effettiva" opposizione, che può esplicitarsi in molti modi, anche per via extra-parlamentare. L'art. 38 GG, nel suo richiamo al "diritto individuale" di fare opposizione (che vive in capo ad ogni singolo parlamentare), ne afferma l'esercizio sia istituzionale sia - per così dire - adattandolo alle circostanze (*sowohl strukturellen als auch situativen*). Si tratterebbe dunque di una mera questione ermeneutica, facilmente superabile attraverso un'interpretazione estensiva delle già esistenti disposizioni di diritto costituzionale (v. M. Eifert, *Kein Verfassungsgebot zur Schaffung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte*, in *Jura - Juristische Ausbildung*, n. 8, agosto 2016, 960-961). Sulla stessa linea si collocano le conclusioni della maggior parte della dottrina: A. Ingold, *Das Recht der Oppositionen*, Tübingen, Mohr Siebek, 2015, 738, indaga la natura del concetto di opposizione, sia da un punto di vista costituzionale che giuridico-politico, così come prevista nel GG e come delineata dal *BVerfG* anche in relazione al principio della *Freiheitliche Demokratische Grundordnung*. Se l'opposizione, da un punto di vista politico, risulta essere un vero e proprio elemento di legittimazione (*Legitimationsbaustein*) dello stesso Governo, da un punto di vista di teoria della Costituzione l'opposizione si delinea come un concetto complesso, un *Sammelsurium*, uno strumento composto da una pluralità di processi che realizza e si realizza in una pluralità funzioni (v. in particolare § 5, pp. 363 ss). Una certa opposizione è attuata - in teoria - anche dagli stessi partiti che fanno parte della maggioranza, anche se - aggiunge Ingold - nell'attuale realtà costituzionale tedesca, il Governo e i partiti di maggioranza sono diventati un'unità politica, facendo venire a mancare del tutto o quasi la dialettica di scambio e confronto che permetta al

Parlamento di controllare effettivamente il Governo. Ma questo fattore non sposta i termini della questione perché - ed è la tesi centrale dell'Autore - da un punto di vista di teoria costituzionale, l'opposizione può definirsi non semplicemente come un'organizzazione incarnata nell'istituzione (parlamentare), ma costituisce una vera e propria funzione ed è quindi esperibile in ogni contesto e da qualsiasi soggetto legittimato. Un rafforzamento dei diritti dei gruppi parlamentari d'opposizione passerebbe dunque in primo luogo da un rafforzamento dei poteri di controllo dei singoli parlamentari.

I problemi legati alla legittimità del finanziamento indiretto (o anche detto nascosto) dei partiti presenti in Parlamento e di una conseguente, presunta, discriminazione nei confronti dei partiti extra-parlamentari sono stati affrontati in una recente ordinanza del *BVerfG* (*Beschluss* del 15.07.2015 - 2BvE 4/12). Il ricorso sollevato dall'*Ökologisch-Demokratische Partei* (ÖDP) verteva su una presunta lesione della *par condicio* (*Recht auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb*) e sulla violazione dell'art. 21 c. 1 GG e dell'art. 3 c. 3 GG. Il Parlamento federale, infatti, nel garantire un'allocatione di fondi a gruppi parlamentari, fondazioni politiche e impiegati dei gruppi politici esistenti nel Parlamento, come stabilito dai §§ 50 e 47 del *Abgeordnetengesetz*, avrebbe indirettamente finanziato le macchine elettorali dei partiti. Il *BVerfG* ha rigettato il ricorso (inammissibile) giudicando che la previsione di finanziamenti a un organo o ad un soggetto del partito politico (o anche "terzo" come nel caso delle fondazioni), non proverebbe di per sé che questi fondi siano usati per finalità elettorali. Sarebbe stato onere del ricorrente provare che il *Bundestag* avrebbe permesso una modifica di destinazione tale da dare adito ad un utilizzo abusivo degli stessi. Tale sentenza è stata biasimata da parte della dottrina. Tra i commenti più critici H.-H. von Arnim, *Anmerkung zu BVerfG, 2. Senat, Beschluss vom 15.07.2015 - 2BvE 4/12 - Zur Verletzung des Rechts auf Chancengleichheit der Parteien im politischen Wettbewerb*, in DVBl, n. 23, dicembre 2015, pp. 1529-1535) secondo il quale i giudici muovono da convinzioni inadeguate circa l'effettivo contributo che i finanziamenti possono apportare nella conservazione della sfera di influenza e sembrano nello stesso tempo ignorare la crescita vertiginosa e - a parere dell'Autore, sostanzialmente illegittima - dei finanziamenti occulti ai partiti negli ultimi anni (von Arnim osserva che, mentre i finanziamenti diretti sono aumentati negli ultimi 25 anni di circa 6 volte, quelli indiretti sono aumentati di 30 volte). Nello stesso tempo

la pronuncia, escludendo la finalità politico-elettorale di questi contributi, avrebbe ulteriormente indebolito la facoltà di controllo sui finanziamenti ai partiti da parte del potere giudiziario.

6. – Una riflessione teorica sulla natura sempre più complessa del Governo è stata portata avanti da K. König, *Operative Regierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 477. Il cuore della tesi dell'Autore si basa sulla separazione del concetto di guida politica da quello di *management* politico (in cui egli inserisce tutti quei meccanismi, tipici del sistema di Governo parlamentare, per la conservazione del potere tra i quali si troverebbe anche, ad esempio, il potere di indirizzo del Cancelliere, la cd. *Richtlinienkompetenz*). La nascita del *management*, dipenderebbe, sì, anche dall'aumento di complessità dell'articolazione delle funzioni di Governo, ma sarebbe derivata soprattutto dall'esigenza di sviluppare un fattore di aggregazione politica tendente a valorizzare la funzione conciliativa e accentratrice del Governo. La ricognizione degli aspetti caratterizzanti l'Esecutivo (il sistema, le funzioni, la costruzione, il programma, l'organizzazione e il cd. "processo" di Governo), considerati più da un punto di vista della Costituzione reale che formale, si conclude con una considerazione finale: il *Bundesregierung* è, ad oggi, un'istituzione necessariamente sempre più interdipendente da elementi esterni. Al tradizionale rapporto di forza con il Parlamento, si sono aggiunti altri attori con cui l'esercizio del potere deve fare i conti: associazioni, *lobbies*, *media* e lo stesso Tribunale Costituzionale (pp. 51 ss). Conseguenza necessaria di questo processo è una sempre maggiore *Entparlamentarisierung*, una graduale *Gouvernementalisierung*, e, ancora più specificamente, una progressiva concentrazione delle decisioni in sedi sempre più elitarie ed ufficiose. A titolo di esempio, sembra ormai assodato che la tradizionale e quotidiana riunione ristretta del Cancelliere detta *Kleine Lage* sia, ormai dall'era Kohl, seguita da un incontro ancora più ristretto (il *Küchenkabinett*) vero luogo di decisione di ogni questione politica. Quella del Cancelliere, infatti, è notoriamente la figura centrale che caratterizza la forma di Governo tedesca e che la definisce come *Kanzlerdemokratie*. König utilizza questo termine tanto per descrivere la posizione del Cancelliere rispetto agli altri membri del Governo, quanto la posizione del Governo nel suo insieme nei confronti del Parlamento (artt. 67 ss. GG). Entrambe le

relazioni, nelle spoglie disposizioni costituzionali, non sono del tutto puntualmente definibili. L'esercizio delle funzioni del Cancelliere dipende infatti, in Germania più che altrove, ancora in larga parte da molte variabili: la persona stessa del Cancelliere e la sua determinazione nell'imporre la propria linea, le esigenze concrete del Paese in quel dato momento storico, ma anche l'effettivo sviluppo del sistema partitico. L'evoluzione del concetto di *Kanzlerdemokratie* è affrontata da W.-R. Schenke, *Die Bundesrepublik als Kanzlerdemokratie - Zur Rechtsstellung des Bundeskanzlers nach dem Grundgesetz*, in *Juristische Zeitung - JZ*, n. 21, Novembre 2015, 1009-1018. L'Autore ricorda che il salto dalla *Präsidialdemokratie* di Weimar al ruolo di primo piano del Cancelliere nella RFT non è riconducibile alla volontà dei Padri Costituenti, ma all'opera politica di Konrad Adenauer e che nel tempo i poteri del cancelliere si sono ulteriormente trasformati ed hanno acquisito sempre più incisività rispetto al dettato costituzionale (cfr. al proposito anche Rassegna precedente, p. 1326). Un ruolo importante nel processo di ampliamento è stato ricoperto, ancora una volta, dal Tribunale costituzionale: Schenke riporta l'esempio di Gerhard Schröder e della "finta" crisi di Governo che gli permise di sciogliere il Parlamento ed andare a nuove elezioni. Alcuni parlamentari, che denunciavano l'artificiosità della crisi e dunque la sua sostanziale illegittimità (com'è possibile - si sosteneva - che le proposte del Governo avessero sempre ottenuto la maggioranza in ogni votazione tranne proprio in quella del voto di fiducia?), sollevarono conflitto di attribuzione, ma il *BVerfG* legittimò l'azione del cancelliere ricorrendo alla *fiction juris* della *verdeckte Minderheitsituation*, l'esistenza di una situazione segreta di una minoranza che Schröder non era obbligato a ricercare, ma che, una volta manifestata in sede di voto parlamentare, avrebbe giustificato lo scioglimento del Parlamento. Questa sentenza, aprendo sostanzialmente alla possibilità di scioglimento del Parlamento da parte del Governo, ha aumentato così considerevolmente il potere politico del Cancelliere (cfr. anche K. Nicolauß, *Kanzlerdemokratie, Regierungsführung von Konrad Adenauer bis Angela Merkel*, Wiesbaden, Springer, 2015, 444).

Ma il Governo federale non è composto solo dal *Bundeskanzler* e dai ministri. Vi rientrano infatti a pieno titolo coloro che ricoprono una figura di collegamento molto importante, gli *Staatssekretäre*. Questi funzionari, se scelti tra le fila dei membri del Parlamento, diventano *parlamentarische Staatssekretäre*. S. Mezenbach, *Die Parlamentarischen. Parlamentarische Staatssekretäre in Bund und in den Länder:*

*Rechtsgrundlage, Status, Funktionen*, Duncken & Humblot, Berlin, 2015, 414, tratta di questa figura (e di quelle analoghe che si trovano nel sistema di Governo di quattro Länder: il Meclemburgo-Cispomerania, il Nordreno-Vestfalia, la Baviera e il Baden-Württemberg), ne analizza l'importanza per la cooperazione ed il raccordo tra Governo e Parlamento, le combinazioni istituzionali, la natura delle nomine (ad esempio il doppio rapporto di fiducia che li lega ad entrambi gli organi) e le conseguenze in termini di equilibrio di poteri nel bilanciamento tra i due organi coinvolti. I segretari parlamentari si trovano infatti a rivestire due funzioni peculiari: quella di burocrate di Stato di nomina politica e quello di parlamentare. In nessun ufficio politico come in questo si riscontrano tante ambivalenze tanto che è difficile, ad oggi, stabilire a quale organo essi veramente appartengono una volta entrati in carica, ma senza dubbio sono un ulteriore strumento di legittimazione democratica dell'Esecutivo federale e di risolutore di controversie politiche tra Governo e Parlamento. Nonostante ciò, Mezenbach ritiene che, dato il loro alto numero (ben 33!), il rischio di un abuso sia assai concreto: l'attuale sistema non solo potrebbe portare ad un deficit di coordinazione nel Governo, ma, paradossalmente, anche ad una svalutazione del sistema di interazione con il Parlamento e al pericolo di un voto di scambio.

7. – Sul tema della *föderale Demokratie* e sulla ripartizione di competenze nel sistema multilivello, soprattutto a seguito delle riforme del 2006 e del 2009, si segnala la ricognizione operata da M. Heintzen, A. Uhle, *Neuere Entwicklungen im Kompetenzrecht. Zur Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusreform*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2014, 274 e soprattutto T. Herbst, *Gesetzgebungskompetenz im Bundesstaat*, Tübingen, Mohr Siebek, 2014, 412. Quest'ultimo, partendo dalla tesi della neutralità della Costituzione materiale in materia di competenza e dalla minima influenza che quella formale esercita sulle norme della stessa, sostiene che la competenza legislativa non rientra tra i principi costituzionali, come ad esempio il principio democratico, la tutela dei diritti fondamentali ed altri che sarebbero a loro volta tutti soggetti al principio della *praktische Konkordanz*, del bilanciamento di interessi e del parziale sacrificio di quello che soccombe. Non esiste nessun fondamento normativo né giurisprudenziale alla

cui base sia possibile un'espansione indefinita della competenza del *Bund* come quella degli Stati dato che le disposizioni costituzionali di volta in volta prevedono l'una e l'altra (artt. 31, 30 e 70 GG). Il cuore del saggio consiste nel sostenere che, anche se il *BVerfG.* ha da tempo preferito attribuire la competenza legislativa al *Bund* piuttosto che ai *Länder*, tale giurisprudenza, di cui l'Autore riporta e analizza le sentenze fondamentali, non rappresenta il riconoscimento di una "*competenza federale in quanto bene costituzionale*" (v. in particolare pp. 60 ss).

Ma è la questione della crisi migratoria e del diritto d'asilo che costituisce sicuramente il banco di prova più recente e controverso per ricostruire, seppur parzialmente, non solo il rapporto tra i poteri dello Stato, ma anche per operare una ricognizione della natura dei compiti del Governo federale. Il *Bund* è infatti incaricato del controllo e della difesa delle frontiere esterne. Il mancato ottemperamento di questa sua competenza non interferisce direttamente sulla competenza dei singoli Stati, ma senza dubbio incide sui principi portanti dello Stato nel suo complesso. Cosa succede se esso, espressamente, viene meno al suo ruolo? U. Di Fabio, *Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem*, in *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, n. 4, 2015, pp. 517-541 si occupa di delineare i poteri-doveri che spettano al Governo federale in materia di controllo delle frontiere e gli eventuali poteri surrogatori (ed altre vie alternative di tutela, come ricorsi al Tribunale Costituzionale) a disposizione dei *Länder* in funzione di auto-tutela. L'articolo contiene un riassunto dei temi già affrontati nel parere (*Gutachten*) rilasciato su richiesta della Baviera in risposta alla grave crisi migratoria che ha investito la Germania negli ultimi due anni; la legalità dell'attuale politica dei "confini aperti" in realtà è toccata solo incidentalmente, mentre il cuore dell'analisi è costituito dall'indagine sui presupposti giuridico-costituzionali che impegnerebbero il Governo al rispetto e all'utilizzo delle proprie prerogative. Alla luce delle disposizioni tanto del diritto interno (artt. 30 e 28 GG) quanto del diritto europeo ed internazionale filtrate attraverso il principio democratico così come sviluppato anche nel celebre *Lissabon Urteil*, l'Autore ritiene che non esisterebbe nessun obbligo di garantire un illimitato diritto individuale d'asilo (concetto diverso è invece quello di *status* di rifugiato, così come stabilito dalla prassi degli Stati europei e dalla Agenzia ONU per i rifugiati, che implica meccanismi di ripartizione e limiti di capacità d'accoglienza) e che il Governo federale "*è costituzionalmente obbligato ad adottare un efficace sistema di*

*controllo delle frontiere nazionali se il sistema europeo di controllo delle frontiere esterno e il sistema di controllo migratorio è temporaneamente o permanentemente danneggiato". L'Esecutivo non avrebbe solo la facoltà, ma, quando la sua inazione leda i diretti interessi dei Länder, il dovere di azionare i propri poteri, indipendentemente dalla linea politica che intenda adottare, in ottemperanza al principio di identità costituzionale che emergerebbe dalla lettura degli artt. 23 e 79 GG.*

D'accordo con la posizione di Di Fabio si trovano anche O. Depenheuer, C. Grabenwarter (cur.), *Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht*, Bielefeld, Schöningh, 2016, 270, che inoltre sostengono come la crisi migratoria abbia rivelato un'altra alterazione istituzionale: in forza del pluralismo politico di cui è composto il panorama costituzionale tedesco e a causa della debolezza dell'opposizione al *Bundestag*, il *Land* Baviera avrebbe *de facto* assunto il vero ruolo di opposizione nazionale. Se è vero che nei conflitti *Bund-Länder* non emerge una contrapposizione partitica, è pur vero che gli Stati conservano una propria autonomia politica ben delineata ed esplicitamente garantita dall'art. 28 GG che resta uno dei pilastri basilari della struttura della RFT. Dal momento che, a livello federale, la CSU fa parte della maggioranza di Governo, le posizioni della rappresentanza bavarese, apertamente critiche sulla politica di apertura delle frontiere, restano dunque, anche in sede federale, dotate di un loro peso indiretto nel condizionare le decisioni della propria delegazione al *Bundesrat*, della propria rappresentanza al *Bundestag* e quindi della Cancelleria (cfr. le dichiarazioni di A. Scheuer, Segretario Generale della CSU al *Bundesrat*, all'indomani del voto in Meclemburgo-Cispomerania).

In un commento al *Gutachten*, A. Peuket, C. Hillgruber, U. Foerste, H. Putzke, *Die Flüchtlingskrise rechtsstaatlich bewältigen*, in JZ, n. 8, aprile 2016, pp. 347-356, pur d'accordo con l'approccio dell'ex giudice costituzionale, identificano come fattore azionante l'obbligo di intervento del Governo non tanto il principio di identità costituzionale (assunto da Di Fabio), ma la semplice preservazione dei principi di legalità e di Stato di diritto ("*ritornare al diritto, soprattutto in situazioni di crisi, non è un segno di debolezza politica*") che regolerebbero non solo i rapporti tra organi, ma detterebbero i confini giuridici della linea politica interna allo stesso Governo. In parziale disaccordo con Di Fabio, si segnala J. Wieland, *Die Herrschaft des Rechts in der*

*Flüchtlingskrise*, in *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, n. 1, gennaio 2016, pp. 8-15, il quale ritiene che, pur all'interno di uno Stato di diritto che vincola giuridicamente i rapporti *Bund-Länder* e nonostante l'indiscutibile ruolo centrale e sempre più primario del Tribunale Costituzionale nella risoluzione dei conflitti di attribuzione, la gestione dei confini nazionali resta una questione politica. In particolare, l'intensità delle sfumature interne alle concrete misure da adottare appartengono alla sfera della discrezionalità governativa e un ricorso al Tribunale, quale quello auspicato tra le righe da Di Fabio, sarebbe, in questo caso, inappropriato.

8. – Come è noto il *Bundesverfassungsgericht* ricopre una posizione di estrema importanza nell'ordinamento tedesco e il suo tradizionale ruolo di controllo del rispetto del principio democratico e dell'equilibrio tra organi continua ad essere trattato dalla letteratura sia con riferimento al panorama interno che in un'ottica di comparazione con le altre Corti europee (seppure in forma di semplice manuale, cfr. A. von Bogdandy, C. Grabenwarter P.M. Huber, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Vol. VI, *Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum*, Heidelberg, Müller, 2016, 945). Ma la sua influenza, in considerazione del mutato quadro del sistema politico-partitico, ha assunto ultimamente ancora più spazio. L'allargamento dello spettro d'azione del *BVerfG* sta rendendo sempre più la Corte, pur con tutte le limitazioni legate all'iniziativa e all'esegesi costituzionale, un vero e proprio attore politico capace di determinare alcune decisioni fondamentali e addirittura, talvolta, di sostituirsi al Parlamento nel ruolo di co-decisore a fianco del Governo (V. H.-P. Hwang, *Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt zwischen Recht und Politik: ein unlösbares Problem*, in *Rechtstheorie*, vol. 46, n. 2, 2015, 179-206). Si pensi al recente assenso della Germania al cd. Fondo salva-Stati voluto dalla Banca centrale europea che prevede l'acquisto dei *bond* dei Paesi in cui il differenziale dello *spread* salga in maniera preoccupante. L'atteggiamento di attesa assunto dal *Bundesregierung*, rimetteva apertamente la questione (di natura primariamente politica) alla decisione del Tribunale Costituzionale. Il *BVerfG* attraverso il celebre *OMT-Urteil* (21 giugno 2016 Az. 2 BvR 2728/13) ha ritenuto che la sovranità del *Bundestag* sul bilancio non fosse compromessa dal Fondo, né che si fosse in presenza di atti *ultra vires* e - pur

nei limiti definiti dalla precedente sentenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo (ovvero, soprattutto, con riguardo all'uso proporzionato degli acquisti e della reimmissione nel mercato dei titoli non appena l'intervento non sia più necessario) - ha dato il via all'intervento. Con questa sentenza il sistema tedesco ha posto in essere un *tandem* istituzionale che ha permesso sia al Governo (che acquista così una ulteriore legittimazione), sia al Tribunale costituzionale (che rivendica il suo ruolo di controllo e di garante) di co-condurre la politica del Paese. Di questo ruolo assunto del Tribunale Costituzionale parlano anche S. Simon, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 352 e D. Murswiek, *Die Eurokrise vor dem Bundesverfassungsgericht. 'Euro-Rettungsschirm', Europäischer Stabilitätsmechanismus und Rettungsmaßnahmen der EZB*, Baden-Baden, Nomos, 2016, 726. La via del ricorso al *BVerfG* è dunque talvolta perseguita da Governo e opposizioni intenzionalmente, come mezzo per raggiungere i propri scopi politici. Infatti, se le opposizioni ravvisano nell'operato del *BVerfG* un ulteriore strumento di controllo sull'operato del Governo e della maggioranza (v. *infra* S. Sternberg, T. Gschwend, C. Wittig, B.G. Engst), il Governo ha la possibilità di utilizzare la Corte di Karlsruhe in funzione elettorale: sintomatico il caso del ricorso del Governo per testare la propria competenza sulla possibilità di concedere l'assegno per l'infanzia (*Betreuungsgeld*). Non è sfuggito all'analisi dei politologi e dei giuristi che tutti, nel Governo, erano consapevoli del difetto di competenza, ma ciò nonostante il ricorso era stato comunque tentato (Cfr. *BVerfG*, 21 luglio 2015, 1 BvF 2/13 e la nota a sentenza di M. Eifert, *Keine Bundesgesetzgebungskompetenz für das Betreuungsgeld*, in *Jura - Juristische Ausbildung* n. 11, 2015, 1264-1265).

Un altro contributo di rilievo sulla discussione sul bilanciamento tra potere del *BVerfG* ed esecutivo è rinvenibile in D. Willoweit, *Rechtsprechung und Staatsverfassung*, in *JZ*, n. 9, maggio 2016, 429-480, per il quale la natura sempre più strettamente politica delle decisioni del *BVerfG* avrebbe radici storiche: tale evoluzione farebbe infatti parte della fisiologia di un sistema che passa dalla sovranità della legge a quella della Costituzione. Willoweit, richiamandosi qui ad una prospettiva costituzionale anti-dogmatica, indaga la funzione di controllo del Tribunale Costituzionale nei confronti della politica e delle sue competenze esclusive (una ricognizione che trae la sua legittimità dalla necessità di colmare le lacune giuridiche

al fine della tutela dei diritti) e la inquadra all'interno della nuova forma di sovranità che egli ravvisa nell'espressione dei principi costituzionali che regolano la democrazia politica. Di tale rapporto di scambio e integrazione reciproca tra giustizia costituzionale e politica generalmente intesa è dato conto anche nel saggio dell'ex giudice di Karlsruhe U. Di Fabio, *Schwankender Westen. Wie sich ein Gesellschaftsmodell neu erfinden muss*, München, Beck, 2015, 272; il giurista bonnese ritiene come non possa (e non debba) essere il solo legislatore ad assumersi il compito di esprimere la volontà politica, ma che, al contrario, al di fuori del Parlamento e del Governo, anche le decisioni giurisdizionali possono costituire importanti correttivi ad un abuso del principio maggioritario (p. 140).

Il grande impatto, anche politico, delle pronunce del *BVerfG* nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico tedesco ha fatto dire ad alcuni Autori che la giurisprudenza del *BVerfG* avrebbe surclassato la stessa Legge Fondamentale nel sistema delle fonti tanto da incidere profondamente sulla declinazione della forma di Governo e determinando un passaggio di fatto da uno Stato di diritto a uno "Stato di giudizio". È l'interessante tesi avanzata da B. Rùthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden*, 2 ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 175. La concretizzazione della volontà politica della legge generale e astratta elaborata dal *BVerfG* attraverso le sue pronunce non sarebbe - egli afferma - una semplice operazione interpretativa, ma si sostanzierebbe in un'implementazione della lettera della norma e talvolta in una sua trasformazione, al fine di adattarla al tenore dei principi costituzionali. Lo stesso ricorso ai principi supremi dell'ordinamento implica necessariamente una decisione politica: il concetto di dignità umana, ad esempio, è un metro di giudizio assai variabile e può essere adattato a situazioni molto diverse.

E questo apre un'ulteriore questione: quella dell'influenza che il *BVerfG*, a sua volta, subisce da parte dell'opinione pubblica. A questo proposito, il saggio di S. Sternberg, T. Gschwend, C. Wittig, B.G. Engst, *Zum Einfluss der öffentlichen Meinung auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Analyse von abstrakten Normenkontrollen sowie Bund-Länder-Streitigkeiten 1974 – 2010*, in *Politische Vierteljahresschrift (PVS)*, n. 4, 2015, 570 - 598, basandosi sull'analisi del controllo astratto di legittimità costituzionale delle norme compiuto nell'arco di trentacinque

anni, dimostrata che molto spesso le decisioni del *BVerfG* (specialmente nei temi più eticamente sensibili, come diritto di famiglia e bioetica) sono condizionate dall'opinione pubblica e i ricorsi presentati dalle opposizioni sono tanto più accolti quanto più alto è il loro tasso di sostegno nella società e che come questa stessa condivisione sociale sia una fonte importante di legittimità delle proprie decisioni.

9. – Il crescente ruolo dei gruppi di pressione nel procedimento decisionale è senza dubbio una delle ragioni che hanno spinto molti commentatori a denunciare una certa deriva oligopolista dei partiti (sulla relazione tra potere rappresentativo e potere "silenzioso" delle *lobbies* si veda il contributo di T. Lief, *Lobbyismus und Transparenz*, in H.-H. von Arnim (a cura di), *Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, 145). In ogni caso il ricorso ai pareri esterni di lobbisti e di esperti (i cui rispettivi confini sono sempre più sottili) non è mai stato, di per sé, un problema nel sistema decisionale legislativo tedesco; basti pensare agli ufficiali *wissenschaftliche Beiräte* che hanno accompagnato la maggior parte dei ministri nel corso degli anni. Inoltre, sempre più spesso, il ricorso alle cd. *externe Sachverständige* si mostra necessario visto il grado di specificità e di complessità delle materie oggetto di legislazione. Un approccio generale, ma circostanziato, alla problematica della dicotomia tra autore materiale della legge e legislatore, è contenuta in K. von Lewinsky, *Gesetzesverfasser und Gesetzgeber, Outsourcing und fertige Produkte im Normsetzungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 70. Dopo una prima parte dedicata all'esame del processo storico di scrittura delle leggi (la pluralità di autori materiali di una legge - egli afferma - è una pratica antica ed è un concetto che rispecchia anche il processo di divisione del lavoro), viene introdotta una fenomenologia dei soggetti e dei fattori extra-parlamentari coinvolti nel processo legislativo e che possono influenzare il contenuto delle leggi: si tratta di cooperatori materiali esterni come i partiti, le associazioni di categoria, la Pubblica amministrazione, le *lobbies*, la *Ministerpräsidentenkonferenz* dei *Länder* i quali agiscono, a loro volta, all'interno di cornici legislative delineate non solo dai principi e dalle norme di diritto interno, ma anche da quelle di diritto internazionale ed europeo (sulla dispersione del potere decisionale v. anche N. Magsaam, *Mehrheit entscheidet. Ausgestaltung und Anwendung des Majoritätsprinzips im Verfassungsrecht des Bundes und der*

*Länder*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, 638); von Lewinsky sostiene che l'intervento delle *lobbies* nel processo decisionale sia un concetto di per sé neutro, ma che un eccessivo utilizzo di tale strumento rischi di far perdere al Parlamento non tanto le competenze formali, quanto quelle reali, cioè che la capacità di legiferare autonomamente su tematiche specifiche potrebbe venire inficiata da un processo di "impigritimento" portando così, sul lungo periodo, ad uno scostamento dalla volontà popolare. Pur non ravvisando alcun limite predeterminato, da un punto di vista costituzionale, all'intervento delle *lobbies* ne auspica una più incisiva regolamentazione.

Il dibattito sul ruolo dei consulenti nella stesura materiale delle leggi acquista nuova concretezza con il contributo di V. Boehme-Nessler, *Fracking-Entscheidungen durch Experten-Kommissionen?*, in NVwZ, n. 18, 2015, 1249-1258 che tratta del ruolo esecutivo assegnato alla Commissione di esperti nella redazione del progetto di legge sulla fratturazione idraulica (*Fracking-paket*). Questa legge, approvata dal *Bundestag* nel luglio 2016, prevedendo l'utilizzo di determinate tecniche e tecnologie per l'estrazione di liquidi dal suolo, ha operato *de facto*, seppur indirettamente, una selezione tra le compagnie di estrazione. L'Autore - attingendo anche dalla giurisprudenza costituzionale (*BVerfG*, 53, 30 del 1980; 18, 353 del 1965) ritiene che la decisione di affidare alla Commissione la redazione dell'intero progetto sia stata profondamente lesiva del principio democratico ex art. 20 GG e che avrebbe dovuto sussistere un'analisi e una discussione dell'aula (almeno) in sede di approvazione finale.

Da un punto di vista più generale, ad oggi, in tema di *lobby*, la questione più dibattuta consiste proprio nel delineare capacità di azione e limiti delle *lobby* all'interno dell'ordinamento politico tedesco. È già prevista nel Regolamento del *Bundestag* la possibilità che il Presidente dell'Assemblea possa istituire una lista dei gruppi di pressione (*Geschäftsordnung BT*, Allegato 2, "Registrazione delle associazioni"). Gli stessi lobbisti, in coerenza con la disciplina comunitaria e sulla scorta del già presente Registro di trasparenza europeo, ne avevano proposto una versione su base volontaria (M. Gerig, *Der rechtliche Rahmen für Lobbyisten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 8, 2014, 247-256). È al momento all'ordine del giorno del Parlamento una proposta, promossa da *Die Linke* (*BT-Drs. 18/3842, 2016*) di

istituire un registro per i gruppi pressione che operano sia con il *Bundestag* che con il Governo federale. Il disegno di legge prevede l'iscrizione obbligatoria per qualsiasi persona giuridica o fisica che intenda avere un ruolo di influenza nelle decisioni prese a livello parlamentare o di Governo. Gli esperti chiamati (anche qui) ad esprimersi sulla sua fattibilità giuridica davanti alla Commissione per le Elezioni, le Immunità e il Regolamento (12 maggio 2016) hanno espresso molte riserve al proposito. In particolare è stato osservato come il principio di trasparenza totale possa entrare in contrasto con i principi democratici e come la rappresentanza degli interessi, al contrario della trasparenza, sia un diritto fondamentale nel sistema tedesco. Assai criticata è anche la previsione di sanzioni in caso di non ottemperanza all'obbligo di iscrizione (cfr. audizioni parlamentari del prof. U. Schliesky - Direttore dello *Schleswig-holsteinischer Landtag* e del prof. H. Sodan - *Freien Universität Berlin* in [www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a01/anhoerungen/stellungnahmen/418862](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a01/anhoerungen/stellungnahmen/418862); e § 5 di M. Morlok, U. Schliesky, D. Wiefelspuetz (a cura di), *Parlamentsrecht, Nomos, Baden-Baden*, 2015, 1846, citato anche nel paragrafo seguente). È assai improbabile che si arrivi all'approvazione del registro entro l'inizio del prossimo anno (vista anche l'opposizione del Governo), ma la questione è rivelatrice del ruolo determinante e ormai irrinunciabile delle *lobbies* nel processo decisionale legislativo tedesco.

10. – Per un approccio generale alla forma di Governo tedesca e ad alcune delle sue declinazioni si segnalano infine i manuali M.G. Schmidt, *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland*, Beck, 3a ed., 2016, 128; S. Wizinger, *Das Verhältnis von Parlament und Regierung in der Bundesrepublik Deutschland*, Ravensburg, Grin, 2015, 57; B. Pieroth, B. Schlink, T. Kingreen, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Heidelberg, Müller, 31ma ed., 2015, 251; H.-G. Dederer, M. Schweitzer, *Staatsrecht III*, Heidelberg, Müller, 2016, 11ma ed., 93; S. Detterbeck, *Oeffentliches Recht*, 10ma ed., München, Vahles, 2015, 745; C. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, 7ma ed., Mohr Siebeck, 2015, 693. Un'interessante disamina del processo decisionale interno e delle strategie dei partiti tedeschi è rinvenibile nella nuova collana *Die politischen Parteien der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden-Baden. Tra le nuove edizioni si trovano *Die FDP* (2014), *Bündnis 90/Die Grünen* (2015), *Die Linke* (2015), *Die SPD* (2016); Sull'organizzazione e i rapporti tra Cancelleria e Governo (dai principi di

funzionamento alle rispettive articolazioni amministrativo-burocratiche) si guardi la ricognizione operata da V. Busse, H. Hoffmann (a cura di), *Bundeskanzleramt und Bundesregierung. Aufgaben, Organisation, Arbeitsweise*, 6a ed., Heidelberg, Müller, 2016, 224. Da segnalarsi poi, in tema di diritto parlamentare, un nuovo manuale che permette una ampia e completa ricognizione sulle ultime novità legislative e sulle sentenze costituzionali degli ultimi anni in tema di diritto parlamentare e compie un'approfondita analisi degli istituti e della loro evoluzione: M. Morlok, U. Schliesky, D. Wiefelspuetz (cur.), *Parlamentsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015, 1846. Il corposo volume è diviso in undici parti. Se la prima e la seconda sono dedicate alla storia del parlamentarismo e ai suoi principi fondanti, già dalla terza si opera una rassegna dei procedimenti principali contenuti nei regolamenti delle Camere (§§ 6-8, con particolare riguardo al tema delle operazioni di voto); la quarta parte (§§ 9-35) è dedicata fundamentalmente all'organizzazione e alla ripartizione del lavoro parlamentare (organizzazione dei gruppi e funzioni dei capigruppo, commissioni e opposizioni). La quinta parte (§§ 36-39, *Das Parlament in der offenen Gesellschaft*) è dedicata all'influenza della società civile (coscienza del Parlamento) sui lavori e i programmi della politica del Parlamento (compresi i fenomeni di lobbismo). Settima, ottava, nona e decima parte riguardano i procedimenti parlamentari, comprese le situazioni di crisi come scioglimento del Governo o del Parlamento. L'ultima parte è dedicata alle prospettive future che gli Autori ravvisano nel rafforzamento del ruolo del Governo, nell'indebolimento del parlamento nazionale e nel progressivo rafforzamento del Parlamento europeo. Infine D. Nohlen, F. Grotz (a cura di), *Kleines Lexikon der Politik*, 6a ed., München, Beck, 2015, dov'è possibile trovare una breve ricognizione sugli organi e i concetti più importanti sulla forma di Governo, anche in chiave comparata.

Tra i commentari va menzionato C. Lenz, R. Hansel, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Kommentar)*, 2 ed., Baden-Baden, Nomos, 2015, 728, fornito anche dell'analisi della prassi del Tribunale e dell'impatto delle sue sentenze più importanti; C. Gramm, S. Pieper, *Grundgesetz, Bürgerkommentar*, 3a ed., Baden-Baden, Nomos, 2015, 399, in particolare il §10 (*Verfassungsorgane und das Personal des Staates*). Da segnalare infine il commentario on-line del GG: V. Epping, C. Hillgruber, *GG Kommentar*, Beck'scher OK, 2016, diviso non solo per articoli, ma anche per argomenti.



## La dottrina statunitense in tema di forma di governo

di Neliana Rodean

1. – La letteratura giuridica statunitense nell'ultimo biennio si è occupata della forma di governo e dei profili che la definiscono e, in particolare, del prevalente e consueto approfondimento delle dinamiche dei poteri esecutivo e giudiziario.

Partendo dalle mosse dei contributi di carattere generale, si segnalano alcuni contributi che sviluppano i profili connessi alla funzione della Costituzione federale nel definire la forma di governo e il sistema costituzionale statunitense nel suo complesso. In questo senso, il libro dal titolo *A New Introduction to American Constitutionalism*, 2015, New York, Oxford U.P., 312 di M.A. Graber è un'opera completa sul costituzionalismo statunitense che non solo esamina le più significative decisioni della Corte Suprema, ma esplora dal punto di vista storico-istituzionale le diverse teorie sulla natura e lo scopo della Costituzione degli Stati Uniti. In maniera piuttosto provocatoria, l'Autore sottolinea che la Costituzione federale prevede una forma di governo peculiare che non può separare la politica dalle istituzioni. In questo senso, il vero motore del mutamento nel sistema costituzionale statunitense non sarebbe la Corte Suprema o il diritto internazionale e comparato, quanto, piuttosto, l'operato degli attori politici.

In una prospettiva di analisi storica si colloca M.A. Graber, H Gillman, *The Complete American Constitutionalism, Volume One*, New York, Oxford U.P., 2015, 576, che fornisce un'analisi completa dei più importanti dibattiti nella storia costituzionale americana e presenta le intese costituzionali che hanno strutturato il pensiero costituzionale americano a partire dall'era coloniale. In questo primo volume di una serie di otto e intitolato *Introduction and The Colonial Era*, gli Autori offrono un'introduzione al costituzionalismo americano e analizzano accuratamente i conflitti costituzionali del XVII e XVIII secolo che hanno marcato i momenti fondamentali della nascita della democrazia americana. Questa è la prima collezione di materiali che raggruppa i fondamentali documenti costituzionali e i testi dei dibattiti che hanno influenzato la cultura classica del costituzionalismo di oltreoceano esaminando in dettaglio il federalismo, la separazione dei poteri, le radici dei diritti di common law e le diverse interpretazioni dell'esperienza costituzionale inglese che divideva all'epoca i membri del Parlamento dai rivoluzionari statunitensi.

Sullo stesso tema e sull'origine rivoluzionaria del costituzionalismo americano, l'opera di T.S. Huebner, *Liberty and union: the Civil War era and American constitutionalism*, Lawrence, University Press of Kansas, 2016, 530, rappresenta uno studio unico e ambizioso della lunga Guerra Civile che comprende i dibattiti prerivoluzionari sulla schiavitù e sulla sovranità, i due grandi temi rimasti senza risposta della *Founding Era*. Integrando in prospettiva politica, militare e sociale la storia del costituzionalismo americano, il libro si concentra sui ideali dei Padri fondatori e cattura il "carattere camaleontico" di una costituzione che ha ispirato interpretazioni contraddittorie a causa della sua ambiguità relativa alla schiavitù e alla separazione dei poteri tra il governo federale e i governi statali. Analizzando il rapporto tra la generazione della Guerra civile e quella fondatrice, l'Autore offre una panoramica ambiziosa del periodo che caratterizzò la metà del XIX secolo con riguardo ai valori fondamentali articolati nella Dichiarazione di Indipendenza del 1776 e nella Costituzione del 1787. Avendo come riferimento una vasta dottrina e varie fonti quali gli statuti del Congresso, i discorsi politici, i documenti militari, le decisioni delle corti supreme, gli atti delle convenzioni così come i giornali e gli opuscoli dell'epoca, il libro incorpora la storia della Guerra civile, la storia costituzionale degli Stati Uniti e la storia afroamericana dedicando un'approfondita

esplorazione del *black activism*. Nel complesso, si tratta di un lavoro di vasta portata che rivela l'importanza e il significato della Costituzione.

Il costituzionalismo statunitense non è determinato esclusivamente dalla giurisprudenza della Corte Suprema. Andando oltre i *casebooks* tradizionali, autorevoli studiosi come H. Gillman, M.A. Graber, e K.E. Whittington adottano un nuovo e inedito approccio nel volume *American Constitutionalism: Powers, Rights, and Liberties*, New York, Oxford U.P., 2014, 1088, presentando i dibattiti più significativi della storia costituzionale americana in una maniera accurata che comprende letture delle illustri personalità e integra vari documenti e decisioni anche dei tribunali statali. Una prima edizione concentrata in un singolo volume del famoso testo in due volumi degli stessi Autori, questo libro, notevole per la sua completezza e gli spunti forniti all'analisi giuridica, è l'ideale per lo studio del diritto costituzionale statunitense. Si anticipa comunque la seconda edizione dei volumi di cui appena accennato, *American Constitutionalism, Vol. 1: Structures of Government*, New York, Oxford U.P., 2016, 786 e *Vol. 2: Rights and Liberties*, New York, Oxford U.P., 2016, 928, nella quale gli stessi Autori approcciano il diritto costituzionale da due prospettive, ovvero quella delle istituzioni e quella riguardante i diritti e le libertà fondamentali.

Un contributo all'analisi della forma di governo, nella prospettiva del ruolo che in essa svolge il federalismo, proviene dal volume di J.E. Fleming, J.T. Levy, *Federalism and subsidiarity*, New York, New York U.P. 2014, 464. Questa opera si segnala per la completezza e per i numerosi spunti forniti all'analisi giuridica dell'allocazione dei poteri negli stati federali. In chiave comparatistica i dibattiti contemporanei sul principio federale si segnala il contributo collettaneo *Understanding Federalism and Federation (Federalism Studies)*, Oxfordshire & New York, Routledge, 2015, 320, curato da A.-G. Gagnon, S. Keil e S. Mueller. Vari autori discutono le questioni chiave quale il federalismo negli Stati Uniti e nel Canada e il ruolo del Quebec, i recenti dibattiti sul federalismo comparativo e la federazione in generale, l'Unione europea come un progetto federale e l'analisi delle corti costituzionali nei sistemi federali riunendo diversi campi teorici ed empirici e le differenti prospettive, sintetizzando i principali risultati e affrontando le questioni

emergenti attraverso lenti multiple al fine di fornire nuove prospettive e approcci originali.

Nella revisione alla seconda edizione dell'analisi della Costituzione americana, M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2015, 304, propone un quadro completo dal punto di vista storico, politico e giuridico del panorama costituzionale, utile allo studio del sistema politico di oltreoceano. Allo stesso modo, il volume di M.S. Paulsen, L. Paulsen, *The Constitution: An Introduction*, New York, Basic Books, 2015, 368, intende mostrare il nucleo dell'ordinamento statunitense e valorizzare il carattere dinamico della Costituzione affrontando temi delicati del costituzionalismo contemporaneo che coinvolge questioni importanti dai poteri di guerra all'assistenza sanitaria, dalla libertà di parola al possesso di armi, dalla libertà religiosa ai diritti civili. Attraverso i classici esempi, ma anche mediante l'illustrazione della giurisprudenza della Corte Suprema, questo libro enfatizza i fattori storici e culturali che hanno profondamente influenzato il diritto costituzionale statunitense. Gli Autori, partendo dalla nascita della Costituzione nel 1787, offrono un panorama delle disposizioni, dei principi e delle interpretazioni, introducono i lettori ai personaggi e alle polemiche che hanno caratterizzato la legge suprema negli oltre 200 anni dalla sua creazione. Esamina la Costituzione degli Stati Uniti quale documento risultante da una serie di scelte tra le istituzioni, concentrandosi sulle sue origini nel pensiero politico e sulla sua struttura e le sue modifiche, J.R. Vile, *The United States Constitution: one document, many choices*, New York, Palgrave Macmillan, 2015, 203. Inoltre, *In Defense of the Constitution* di G.W. Carey (Indianapolis, Liberty Fund Inc., 2014, 217) propone la teoria di James Madison e il suo modello di separazione dei poteri nell'ordinamento statunitense di matrice federale, dedica un capitolo alla Corte Suprema e al *judicial review*, illustra il Federalist 78, spiega la teoria dell'*original intent* ma anche affronta il tema controverso dell'aborto.

Diversamente, il libro di A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, New York, Basic Books, 2015, 640, propone un approccio interpretativo della Costituzione americana, mostrando il rapporto di complementarità tra la componente scritta e quella non scritta. L'Autore insiste sul significato letterale delle predisposizioni del fondamentale documento, spiegando

come la soluzione ai diversi enigmi costituzionali non si trova solo tra le sue righe, ma si devono cercare al di là di esso, nel vasto patrimonio di valori, precedenti e prassi che lo integrano e lo completano. Inoltre, lo stesso autore affronta una serie di questioni che coinvolgono la Costituzione e la Corte Suprema attraverso la lente delle differenze geografiche nell'opera dal titolo *The Law of the Land: A Grand Tour of Our Constitutional Republic*, New York, Basic Books, 2015, 376. L'Autore presenta il panorama tipicamente americano del diritto e dei suoi più grandi "profeti" costituzionali attraverso un diario di viaggio nel quale mostra il ruolo dell'elemento geografico nella stesura dei testi fondamentali e come la geografia influenza l'interpretazione costituzionale. Nonostante uniti sotto un'unica Costituzione, gli stati federati rimangono distinti, separati, ognuno con la propria costituzione e cultura. Le idiosincrasie geografiche aggiungono più che altro un carattere locale. L'interpretazione regionale del diritto e della giustizia ha plasmato e rimodellato la nazione nel corso della storia e la Costituzione degli Stati Uniti quale documento unificante resta comunque diversa da quella degli stati che compongono la federazione.

Un'analisi critica della Costituzione viene proposta da M Tushnet in una prima edizione in brossura del suo classico contributo sulla teoria costituzionale americana dal titolo *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Lawrence, University Press of Kansas, 2015, 376. Il libro, diviso in due parti, critica inizialmente le cinque "grandi teorie" del diritto costituzionale e dell'interpretazione giuridica – giurisprudenza della storia, della democrazia, della sociologia, antiformalismo e intuizionismo –, per poi, descrivere criticamente la dottrina costituzionale da una prospettiva sociologica e offrire un diverso approccio della teoria della costituzione e una distinta interpretazione della Costituzione quale documento solenne del governo, dello stato burocratico, della religione e del mercato. Lo stesso Autore, assieme a M.A. Graber e S. Levinson, propone per la prima volta *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York, Oxford U.P., 2015, 1112, un contributo che consiste in un'introduzione concisa e accurata di 47 saggi sulla Costituzione americana offrendo una panoramica completa, aggiornata, moderna, interdisciplinare e provocatoria allo stesso tempo del diritto costituzionale statunitense.

A.R. Amar, L. Adams, *The Bill of Rights Primer: A Citizen's Guidebook to the American Bill of Rights*, New York, Skyhorse Publishing, 2015, 424, si soffermano ad offrire una raccolta e una guida preziosa per comprendere le libertà statuite nella Dichiarazione dei diritti e che va al di là di una conoscenza di base: è un libro di riferimento per tutte le libertà americane. Chiaro, comprensivo e ben strutturato, questo testo presenta una breve rassegna storica degli eventi, delle persone, dei decreti, della legislazione, e dei vari scritti, così come le tappe culturali nell'Inghilterra e nelle colonie americane e che hanno influenzato i Padri Fondatori nella stesura della Costituzione degli Stati Uniti e della Dichiarazione dei diritti. Con utili commenti a margine, il libro fornisce un'analisi accurata della *Bill of Rights* quale documento pieno di significati in evoluzione modellato da eventi storici quali la Guerra civile e la Ricostruzione.

La Dichiarazione dei diritti è uno dei documenti più influenti nella storia moderna; raffigura l'ispirazione per quella che sarebbe diventata la più potente democrazia del mondo. Infatti, in ogni fase della storia americana, la Dichiarazione è stata una pietra di paragone per valutare la legittimità delle pratiche legali, sociali e politiche. Non solo gli attivisti per i diritti civili hanno tratto ispirazione dalla proclamazione dei diritti inalienabili, ma altrettanto gli individui l'ha invocano per denunciare gli abusi governativi. In questa sintesi esaustiva della Dichiarazione sulla vita americana, che va dal 1776 ad oggi, A. Tsesis, *For Liberty and Equality: The Life and Times of the Declaration of Independence*, New York, Oxford U.P, 2015, 410, mette in luce i molti modi – alquanto sorprendenti – in cui questo documento ha influenzato la politica, il diritto e la società americana. La redazione della *Bill of Rights*, gli emendamenti costituzionali inseriti durante la Ricostruzione, il New Deal, il movimento per i diritti civili – tutti sono fortemente in debito con i principi del governo rappresentativo sanciti dalla Dichiarazione. L'Autore, dimostrando il ruolo centrale della Dichiarazione nella vita politica e sociale, nei dibattiti del Congresso e nelle decisioni presidenziali, si concentra su come le generazioni successive devono adattare e interpretare il suo significato, pur insistendo sui fallimenti a causa degli ideali troppo alti sanciti nel documento.

Sul significato, sulla portata e sulle problematiche relative alla revisione della Costituzione e al rinnovamento dei suoi emendamenti si sofferma M.R. Levin, *The*

*Liberty Amendments*, New York, Threshold Editions, 2014, 272. Il libro raffigura un capolavoro sugli emendamenti volti a ristabilire l'equilibrio tra il governo centrale e quello degli Stati. L'Autore si sofferma sulle origini della Costituzione e sui pensieri dei *Framers* per proporre undici specifiche modifiche costituzionali allo scopo di ripristinare la Repubblica americana. Le sue proposte sono soltanto idee ormai condivise da molti tra le quali i vincoli di mandato per i membri del Congresso e per i giudici della Corte Suprema, le limitazioni sulla tassazione e sulla spesa federale. La necessità di riformare la legge fondamentale statunitense viene illustrata da J.R. Vile, *Re-Framers: 170 Eccentric, Visionary, and Patriotic Proposals to Rewrite the U.S. Constitution*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2014, 397. Il libro è la revisione più completa di tutte le principali proposte di emendamento o addirittura per riscrivere alcune disposizioni della Costituzione degli Stati Uniti. Vi sono raccolte oltre 170 proposte fin dalle origini della nazione ai giorni nostri; comprende proposte avanzate da quasi ogni gruppo politico, compreso i sostenitori della democrazia parlamentare, comunisti, democratici, libertari, progressisti, repubblicani, socialisti, e membri del Tea Party; presenta i principali dibattiti che hanno preceduto la stesura della Costituzione; fornisce dati biografici sulle personalità che attivamente hanno sostenuto e proposto di modificare o sostituire il testo fondamentale; include appendici contenenti il testo integrale e tutti i 27 emendamenti costituzionali. Per di più, nella sua quarta edizione e completamente aggiornata dell'*Encyclopedia of Constitutional Amendments, Proposed Amendments, and Amending Issues, 1789-2015* J.R. Vile (Santa Barbara, ABC-CLIO, 2015, 655) presenta in modo esaustivo la maggior parte delle modifiche costituzionali compiute e degli emendamenti proposti, fornisce commenti chiari sui 27 emendamenti costituzionali adottati nel corso della storia degli Stati Uniti, nonché analizza i vari temi su cui vertono altre proposte tuttora in corso. L'enciclopedia in due volumi articola questioni importanti in riferimento al processo costituzionale di modifica e contiene proposte e pareri per ulteriori cambiamenti necessari alla Costituzione, inclusi quelli suggeriti da altri attori al di fuori del Congresso.

È stato sempre sostenuto che coloro che possono cambiare la Costituzione anche la controllano. Perciò, "il popolo" è in grado di controllare la Costituzione attraverso l'*amending process* previsto dall'articolo V della Costituzione stessa. Negli ultimi anni tale articolo è stato oggetto di dibattiti da parte della dottrina che ha

criticato la sua complessità e difficoltà, il suo carattere antidemocratico e troppo formale. D.P. Guerra, *Perfecting the Constitution: The Case for the Article V Amendment Process*, Lanham, Lexington Books, 2015, 254, dimostra che, al contrario, l'articolo V è un'estensione unica e potente della tradizione americana del costituzionalismo scritto, rappresenta una logica estensione dello sviluppo costituzionale americano ed è un potente strumento usato fin dai tempi dei federalisti per discutere sulle c.d. *formal constitutional amendment rules*. Contrariamente ai critici contemporanei, l'Autore dimostra come l'articolo V resta un elemento vitale nell'architettura costituzionale statunitense e non un “documento sacrificabile”, rimane il testo più chiaro e evidente per registrare i desideri sovrani del popolo per quanto riguarda le alterazioni dei loro diritti fondamentali. Alla fine, l'articolo V è un baluardo essenziale per mantenere un testo scritto che protegge i diritti delle persone sia contro le élite che contro se stessi.

Il senatore M. Lee, *Our Lost Constitution: The Willful Subversion of America's Founding Document*, New York, Sentinel, 2015, 256, racconta le drammatiche e poco conosciute storie dietro sei delle disposizioni più indispensabili della Costituzione. Egli mostra con chiarezza come quasi ogni abuso del potere federale oggi è radicato nella Costituzione: ad esempio il passaggio della *Obamacare* nonostante dell'*Origination Clause*; le raccolte senza mandato dei dati privati da parte della NSA nonostante il quarto emendamento; la produzione normativa da parte delle agenzie non elette nonostante la clausola sul potere legislativo che appartiene solo al Congresso. Fortunatamente, la Costituzione ha sempre avuto i suoi difensori e il senatore Lee insiste attraverso questo libro sulla necessità di resuscitare la “Costituzione perduta” e ripristinare e difendere le libertà fondamentali.

Un esame innovativo attraverso quale mette in risalto le tensioni derivate da varie definizioni dei diritti universali e dei diritti fondamentali sanciti nella Costituzione statunitense viene affrontato da S.A. Simon, *Universal Rights and the Constitution*, Albany, State University of New York Press, 2015, 196. L'Autore si interroga sulla natura dei diritti universali: sono essi diritti costituzionali esclusivamente considerati in chiave americana, o sono basati almeno in parte sui principi che trascendono i confini di un determinato paese, come ad esempio i requisiti di libertà e dignità? Esplorando il diritto costituzionale attraverso il prisma

di questa domanda fondamentale, il libro espone le decisioni della Corte suprema e l'ambiguità intrinseca sui diritti fondamentali nell'interpretazione costituzionale. Rigettando l'idea dell'interpretazione costituzionale "difettosa", l'Autore offre un quadro singolare volto a fornire le basi più chiare per le interpretazioni dei diritti, pur preservando il ruolo significativo ma limitato per gli argomenti universali; egli si riferisce alle congiunzioni essenziali nei dibattiti contemporanei su tali argomenti considerando, ad esempio, il diritto alla privacy, la pena di morte e il ruolo del diritto straniero nell'interpretazione costituzionale.

Si concentra sulla stessa prospettiva della Costituzione imperfetta J.E. Fleming, *Fidelity to Our Imperfect Constitution: For Moral Readings and Against Originalisms*, New York, Oxford U.P., 2015, 264. L'Autore rifiuta l'originalismo e difende ciò che Ronald Dworkin aveva chiamato la "lettura morale" della Costituzione degli Stati Uniti o un "approccio filosofico" dell'interpretazione costituzionale. Egli si riferisce alla concezione della Costituzione come l'incarnazione dei principi astratti che non codificano regole storiche concrete e nella loro interpretazione essi richiedono giudizi normativi su come possano essere meglio compresi senza andare alla ricerca meramente storica e alla scoperta di significati originali relativamente specifici. Secondo l'Autore, gli *originalists* avrebbero sancito una Costituzione imperfetta che non impone un'interpretazione fedele dei suoi significati. Diversamente, approfondisce la dialettica tra *living constitution* e l'*originalism* J.M. Balkin, *Living originalism*, Cambridge, Belknap Press, 2014, 480. Secondo l'Autore, uno dei principali studiosi costituzionali dei nostri tempi, l'originalismo e il costituzionalismo vivente, spesso considerati diametralmente opposti, sono in realtà compatibili. Così Balkin sostiene la teoria costituzionale che dimostra il perché le moderne concezioni dei diritti e le libertà civili e la protezione del moderno stato di sicurezza nazionale, così come la salute, la sicurezza e l'ambiente, sono pienamente coerenti con il significato originale prescritto nella Costituzione. Inoltre, egli mostra come, sia liberali e conservatori, hanno svolto un ruolo importante nel progetto di costruzione della nazione e nel percorso costituzionale.

La teoria dell'"originalismo" ritorna a focalizzare l'attenzione sulla "pura" Costituzione del 1787. Il libro proposto da M.S. Bilder, *Madison's Hand: Revising the Constitutional Convention*, Cambridge, Harvard U.P., 2015, 384, valorizza l'influenza

della cultura classica del costituzionalismo di oltreoceano, ricostruendo i lavori della Convenzione di Filadelfia al fine di rinforzare la tesi, sostenuta da gran parte della dottrina, secondo cui la stesura della Costituzione ha raffigurato la radicale innovazione nella cultura politico-giuridica statunitense.

Sulle fonti ispiratrici della forma di governo americana e sull'importanza dei saggi del *Federalist* si concentra S. Levinson, *An Argument Open to All: Reading "The Federalist" in the 21st Century*, Yale U.P., 2015, 364. L'Autore ripropone un nuovo approccio a ciò che è forse il più famoso tratto della storia costituzionale americana, ossia teoria dell'*original intent* esaminando ciascun saggio nella prospettiva di rinnovamento e reinterpretando il testo alla luce delle esigenze della società moderna pur preservando la cultura tradizionale americana e suggerendo l'opportunità di un governo mondiale.

Si interroga sul perdurante significato del «We the people» T.E. Patterson, *We The People: An Introduction to American Government*, 11 edn., McGraw-Hill Education, 2014, 671, nel quale sviluppa il dibattito intorno al potere del popolo nella forma di governo delineata dai Padri fondatori.

Nel volume *We the People, Volume 3: The Civil Rights Revolution*, Cambridge, Belknap Press, 2014, 432, B. Ackerman inizia la sua discussione partendo dalla sfida coraggiosa di Rosa Parks, rivedendo il clamoroso "I Have a Dream" di Martin Luther King, la leadership di Lyndon Johnson nel Congresso, per arrivare ad esaminare le decisioni della Corte suprema e ridefinire il significato di uguaglianza, il movimento per porre fine alla discriminazione razziale – temi che secondo l'Autore hanno decisamente cambiato il significato della Costituzione americana. Il punto di riferimento di Ackerman si trova negli Statuti del 1960: il *Civil Rights Act* del 1964, il *Voting Rights Act* del 1965 e il *Fair Housing Act* del 1968. Sfidando l'analisi giuridica convenzionale e sostenendo invece che la politica costituzionale abbia il suo ruolo preponderante, l'Autore descrive le complesse interazioni tra i rami del governo, tra esso e il popolo, mettendo in risalto i leader come Everett Dirksen, Hubert Humphrey e Richard Nixon che hanno contribuito al reale cambiamento, non solo formale, nella lotta per i diritti civili. È la rivoluzione dei diritti civili che ha trasformato la Costituzione e il *constitutional change* non è avvenuto attraverso l'attivismo giudiziario o mediante un procedimento di revisione sancito dall'articolo

V. Le argomentazioni di Ackerman sono particolarmente importanti in un momento in cui la Corte Roberts stava compromettere le principali conquiste della Seconda Ricostruzione americana.

2. – L’analisi giuridica relativa al potere esecutivo si concentra sull’istituzione del Presidente. La dinamica del potere esecutivo di fronte alle sfide del costituzionalismo viene affrontata nel libro *Reclaiming accountability: transparency, executive power, and the U.S. Constitution* (Chicago, University of Chicago Press, 2015, 283). L’Autrice, H. Kitrosser, delinea il presidenzialismo statunitense dalle sue origini fino alle amministrazioni Bush e Obama, dimostrando i suoi effetti sull’intero ordinamento politico attraverso argomentazioni chiare e concise sulla “supremazia” e l’“esecutivo unitario” e spiegando come questi concetti sono profondamente in contrasto con i principi democratici sanciti dalla Costituzione. Con il suo libro, la Kitrosser fa leva sul potente correttivo già prescritto nella Costituzione tra cui il potere del Congresso e delle corti in grado di bilanciare il potere presidenziale, o altri strumenti attraverso quali si potrebbe rivendicare la responsabilità del governo.

*The law of the Executive Branch: Presidential Power* di L. Fisher (New York, Oxford U.P., 2014, 458) raccoglie l’esame su argomenti che spaziano dal c.d. "costituzionalismo esecutivo" configurato dai *Framers* alla presidenza di Barack Obama, principalmente concentrandosi sulla natura e sulla corretta portata del potere esecutivo davanti alle situazioni di emergenza, cercando di rispondere in maniera esaustiva agli interrogativi sul ruolo dell’esecutivo all’interno dell’ordinamento giuridico americano, sulle sue origini e prerogative.

Dal Proclamazione di George Washington sulla neutralità del 1793, vi è stato un continuo dibattito sulla corretta portata e sull’esercizio dei poteri presidenziali. *The unilateral presidency and the news media: the politics of framing executive power* di M Major (New York, Palgrave Macmillan, 2014, 196), presenta la più stimolante disamina sull’argomento dell’“esecutivo unitario” e sui poteri unilaterali della presidenza americana di fronte al silenzio della Costituzione. Utile per comprendere la logica delle diverse prospettive istituzionali, l’Autore insiste sull’esistenza di poteri presidenziali non scritti sottratti al controllo di altre istituzioni ma annotando al contempo le incertezze soggiacenti al tema dell’equilibrio dei poteri in una maniera

unica che descrive le prerogative presidenziali e il potere esecutivo illustrato attraverso mass-media. Ebbene, sugli abusi del potere presidenziale si occupa P.J. Cooper, *By order of the president: the use and abuse of executive direct action*, Lawrence, U.P. of Kansas, 2014, 531. L'Autore offre una guida convincente su questi poteri e mostra come vari presidenti da George Washington a Barack Obama hanno usato e abusato del loro potere mediante gli *executive orders*, *presidential memoranda*, direttive sulla sicurezza nazionale emanati nel tentativo di realizzare i loro obiettivi nel nome della nazione.

In prospettiva più teorica si segnala l'approfondimento delle c.d. "*executive prerogatives*", della scarsità dei limiti espliciti e della posizione che legittima la tendenziale espansione dei poteri del Presidente nelle situazioni di emergenza da parte di W.G. Howell, D.M. Brent, *Thinking About the Presidency: The Primacy of Power*, Princeton, Princeton U.P., 2015, 224. Ebbene, il ruolo del Presidente quale capo dell'esecutivo che deve comunque svolgersi all'interno dei limiti della Costituzione viene analizzato infine da W.G. Howell, *An American presidency: institutional foundations of executive politics*, Boston, Pearson, 2015, 552. Lo studioso S.B. Prakash (*Imperial from the beginning: the constitution of the original executive*, New Haven, Yale U.P., 2015, 464) offre il primo saggio davvero completo sulla presidenza così come originalmente impostata dai Padri Fondatori. Attingendo a una vasta gamma di fonti, questo volume ricostruisce i poteri e i doveri presidenziali, il mandato e la struttura istituzionale della carica di presidente, l'autorità nella politica estera, il ruolo di comandante in capo durante le situazioni di emergenza, i rapporti con il Congresso degli Stati Uniti, ecc – un'analisi ambiziosa e alquanto imparziale ma sufficiente per dimostrare come questo ufficio è stato a lungo considerato una istituzione monarchica.

Anche dal punto di vista del principio di *checks and balances*, i poteri del Presidente e i suoi rapporti con altri organi dello Stato sono al centro di numerose analisi in questo biennio. In particolare, in una edizione aggiornata, L. Fisher (*Constitutional conflicts between Congress and the President*, Lawrence, University Press of Kansas, 2014, 384), partendo da una prospettiva storica, affronta la tendenza di impostare un assetto istituzionale caratterizzato da rapporti a geometria variabile nel quale i poteri del presidente si sono espansi drasticamente.

Il processo decisionale e il bilanciamento dei poteri tra l'esecutivo e il legislativo è tema di dibattito nel volume di G. Sin, *Separation of powers and legislative organization: the President, the Senate, and political parties in the making of House rules*, New York, Cambridge U.P., 2014, 212. Alla luce dei rapporti tra il Presidente, Senato e Congresso, questo libro si focalizza sulle norme costituzionali relative al procedimento legislativo, compie un esame delle più importanti modifiche costituzionali in materia dal 1879 al 2013 nonché presenta il ruolo e le divisioni all'interno dei partiti che influenzano le decisioni politiche.

Sempre nella "dialettica" tra Congresso e Presidente, il ruolo dei c.d. "zar" nominati dal Presidente in specifici ambiti (lotta al traffico di droga, al terrorismo, ecc) e le conseguenti problematiche costituzionali concernenti a questi collaboratori presidenziali con specifiche mansioni, che sono responsabili solo davanti ad esso e non al Congresso, vengono analizzati da J.S. Vaughn, J.D. Villalobos nel libro dal titolo *Czars in the White House: The Rise of Policy Czars as Presidential Management Tools*, Ann Arbor University of Michigan Press, 2015, 248. L'indagine si propone come una ponderazione a largo raggio della politica degli "zar" adottata dalla Casa Bianca non soltanto nell'ottica storica ma soprattutto giuridico-costituzionale. Gli Autori espongono in maniera critica l'aspetto della loro legittimità costituzionale e sostengono che il meccanismo adottato dal Presidente minaccia l'equilibrio tra i poteri costituzionali così come le dinamiche istituzionali e la complessità del governo federale. Essi presentano un'analisi approfondita sulla nomina, sul ruolo e il potere dei vari "zar" sull'energia nella metà degli anni '70, della droga alla fine del 1980, sull'AIDS nel 1990, sulla sicurezza nazionale dopo il 9/11 da George W. Bush, sulle questioni interne fondamentali da parte del Presidente Obama.

Una elaborata analisi della presidenza degli Stati Uniti in prospettiva storico-istituzionale viene esposta da S.M. Milkis e M. Nelson nell'ottava edizione del volume *The American Presidency: Origins and Development, 1776-2014* (Thousand Oaks, CQ Press, 2015, 624) nella quale si espongono le origini costituzionali di tale ufficio e dei fattori sociali, economici, politici e internazionali che lo hanno caratterizzato nel tempo. Inoltre, M. Nelson (*The Evolving Presidency Landmark Documents, 1787-2014*, Thousand Oaks, CQ Press, 2015, 328) raccoglie oltre cinquanta documenti ufficiali per esporre, in contesto storico, l'evoluzione della presidenza statunitense.

Anche R.J. Ellis si sofferma sulla storia della presidenza americana nel volume *The Development of the American Presidency*, Rotledge, 2015, 670. Inoltre aprono un dibattito sull'esecutivo statunitense R.J. Ellis e M. Nelson nell'opera *Debating the Presidency; Conflicting Perspectives on the American Executive*, Thousand Oaks, CQ Press, 2014, 288. Inoltre si concentrano sul tema dell'*executive power* e sul futuro della forma di governo statunitense B. Balogh, B.J. Schulman, *Recapturing the Oval Office: New Historical Approaches to the American Presidency*, New York, Cornell University Press, 2015, 320. Mettendo a confronto la democrazia Americana e la configurazione istituzionale degli Stati Uniti con altre forme di governo, S.L. Taylor, M.S. Shugart, A. Lijphart e B. Grofman di *A Different Democracy: American Government in a 31-Country Perspective*, New Haven, Yale U.P., 2014, 392, si interrogano sui cambiamenti della forma di governo statunitense e sul impatto giuridico-istituzionale connesso all'eventuale nomina di un Primo ministro e il suo rapporto col Presidente, sull'esistenza di tre o più rami del Congresso invece di due e sulla complessità del processo decisionale.

Risalendo nel tempo, si segnala l'accurata biografia dedicata al Presidente Adams. Nella biografia, *John Quincy Adams: American visionary*, New York, Harper Collins Publishers, 2014, 672, F. Kaplan mettere in evidenza la vita drammatica del poco conosciuto e tanto frainteso sesto presidente degli Stati Uniti, John Quincy Adams, e rivela come la sua visione progressiva aveva guidato la sua vita personale e politica. In una raccolta di materiali inediti, Kaplan segna i principali tratti della personalità del leader abolizionista e federalista fervente che ha creduto fortemente sia nelle libertà individuali che nel ruolo del governo quale motore di progresso e prosperità. In questi modi Adams raffigura il predecessore di Lincoln, Roosevelt e Obama.

Il volume di R. Brookhiser, *Founders' Son: A Life of Abraham Lincoln*, presenta la vita di Abraham Lincoln cresciuto nell'ombra del Padri Fondatori ed espone come gli ideali di Washington, Paine e Jefferson hanno determinato la sua visione sulla guerra civile e sulla questione della schiavitù. Diversamente da quanto considerato da maggior parte degli americani, il presidente più amato e ammirato viene descritto dallo storico J. McKee Barr (*Loathing Lincoln: an American tradition from the Civil War to the present*, Baton Rouge, Louisiana State U.P., 2014, 488) come un peggiore capo

dell'esecutivo che ha sfidato la Costituzione, il potere federale e l'idea di l'uguaglianza razziale e ha lasciato un'impronta negativa sulla storia statunitense che risente tutt'ora la sua influenza.

Rimane all'attenzione della dottrina lo studio per la vita politica e privata dei presidenti degli Stati Uniti. Nell'opera *41: inside the presidency of George H.W. Bush*, Ithaca, Cornell U.P., 2014, M. Nelson e B.A Perry presentano la vita del 41esimo presidente americano. Lo stesso presidente come uomo politico ma altrettanto come padre viene raccontato da suo figlio, George W. Bush, il 43esimo presidente degli Stati Uniti nel volume *41: A Portrait of My Father*, New York, Crown Publishers, 2014, 294. Tra la vasta letteratura sull'istituto della presidenza e sull'operato dei singoli presidenti si segnalano inoltre i volumi sul quarantesimo presidente degli Stati Uniti. Si ripropone in una edizione aggiornata il contributo di D. Mervin, *Ronald Reagan and the American presidency* (Oxfordshire & New York, Routledge, 2014, 248). Il volume di H.W. Brands, *Reagan: the Life*, Doubleday, 2015, 826, presenta uno studio coinvolgente dell'uomo che ha sconfitto il comunismo sovietico e ha compiuto una "rivoluzione economica", sulla base dei diari, discorsi, dichiarazioni, lettere e memorie del presidente, e interviste ai suoi collaboratori che coglie l'eredità di Reagan che lascia un'ombra su un ordine politico ancora in gran parte conservatore. Il suo nome nella politica americana è più citato di ogni altro presidente. Nessun altro presidente del XX secolo aveva riuscito a plasmare il quadro politico americano così profondamente. R. Boshier, propone la sua biografia (*Ronald Reagan: 40th US President*, Minneapolis, ABDO Pub. Co., 2014, 112) e C. Shirley e L. Cannon (*Last Act: The Final Years and Emerging Legacy of Ronald Reagan*, Thomas Nelson, 2015, 496) raccontano il capitolo finale della vita di Reagan che nessuno ha finora coperto. In una coinvolgente narrazione gli Autori rivelano alcuni file sigillati e informazioni riservate proponendo un libro che estende la nostra conoscenza sulla storia americana e su questo presidente.

Ovviamente non mancano i volumi dedicati ad altri presidenti tra cui si segnalano gli studi approfonditi sulla politica del presidente Nixon. Il suo primo mandato, segnato dalla guerra del Vietnam e dalla politica di "contenimento" per proteggere la credibilità dell'America, viene presentato nell'opera *Richard Nixon and the Vietnam War: the end of the American century* di D.F. Schmitz (Lanham, Rowman &

Littlefield, 2014, 186) Nonostante la percezione di sconfitta degli Stati Uniti e il fallimento clamoroso nelle relazioni estere americane, questo libro fornisce un'analisi accurata della politica di Nixon affrontando le decisioni politiche nel contesto più ampio della società americana dopo la seconda guerra mondiale e le principali controversie sorte nella strategia attuata in Vietnam.

Un interessante percorso storico viene esplorato da W.E. Leuchtenburg. Il volume da egli proposto, *The American President: From Teddy Roosevelt to Bill Clinton*, New York, Oxford U.P., 2015, 496, brillantemente cattura il ruolo centrale dei presidenti statunitensi del XX secolo nel plasmare gli affari interni ed esteri della nazione. Il suo libro congiunge studi essenziali sulla presidenza nell'epoca moderna, sulle personalità dei diciassette uomini che hanno occupato questo ufficio e sulla vita americana negli ultimi cent'anni a partire da Roosevelt e fino a Clinton, sostenendo, in maniera convincente, la tesi secondo cui la 'presidenza imperiale' è diventata un'istituzione 'pericolosa'.

*The unsustainable presidency: Clinton, Bush, Obama, and beyond* (New York, Palgrave Macmillan, 2014, 416), di W.F. Grover; J.G. Peschek offre una panoramica approfondita che pone a confronto il processo decisionale durante le amministrazioni di Clinton e di George W. Bush, con ulteriore dibattito sulla presidenza Obama e sul futuro dell'ufficio del capo dell'esecutivo in epoca moderna. Secondo gli Autori, davanti al cambiamento climatico globale e al declino della supremazia militare degli Stati Uniti, la presidenza americana è un ufficio "insostenibile" che non è in grado di offrire soluzioni ai problemi odierni che l'America e il mondo devono affrontare.

Infine, come prevedibile, si registra un certo interesse per la presidenza Obama. Oltre ad un'importante biografia del Presidente (M. Keller, *Obama's Time: A History*, New York, Oxford U.P., 2015, 352) rilevanti opere dettagliano la sua rielezione tra le quali si segnala la curatela di J.S. Vaughn e J.R. Mercieca *Rhetoric of Heroic Expectations: Establishing the Obama Presidency*, Texas A & M U.P., 2014, 306, il volume *The Stranger: Barack Obama in the White House* di C. Todd (New York, Little, Brown & Co., 2014, 528) e l'opera di F. Harris, *The Price of the Ticket: Barack Obama and the Rise and Decline of Black Politics*, New York, Oxford U.P., 2014, 240.

Non manca la letteratura concentrata sulla valutazione della politica del 44esimo presidente. In questo senso, D.E. Bernstein, T. Cruz, *Lawless: The Obama Administration's Unprecedented Assault on the Constitution and the Rule of Law*, New York, Encounter Books, 2015, 216, presentano alcune decisioni politiche dell'amministrazione Obama prese in contrasto con Costituzione e lo Stato di diritto. Inoltre, *The People vs. Barack Obama: The Criminal Case Against the Obama Administration* di B. Shapiro (New York, Threshold Editions, 2015, 304) offre un'analisi definitivamente determinante della presidenza di Barack Obama ed esplora sotto profilo critico le politiche e le decisioni che hanno dominato l'agenda nazionale e internazionale di questa amministrazione. Un'interessante contributo sulla politica dell'immigrazione e sui poteri presidenziali durante l'attuale amministrazione viene proposto da C.L. Lyons, *Presidential power: has President Obama overstepped his authority*, Washington DC, CQ Press, 2015, 240. L'Autrice presenta le recenti mosse del Presidente Obama per plasmare la politica degli Stati Uniti in materia di immigrazione al fine di ripristinare i rapporti diplomatici con Cuba, scelte che hanno suscitato nuove polemiche sui limiti del potere presidenziale.

Del ruolo della presidenza nelle situazioni di crisi si occupa J.P. DePlato, *The cavalier presidency: executive power and prerogative in times of crisis*, Lanham, Lexington Books, 2014, 232. Inoltre, perdura nella letteratura di questo biennio l'argomento sui poteri del Presidente in materia di sicurezza nazionale e guerra al terrorismo. In questa direttiva si iscrivono le opere di A.A. Ryan, *The 9/11 Terror Cases: Constitutional Challenges in the War against Al Qaeda*, Lawrence, Univesity Press of Kansas, 2015, 256 in cui, collocando le tensioni a cui si è sottoposto l'assetto istituzionale nei periodi di crisi post-11 settembre, l'Autore presenta principali decisioni della Corte Suprema e ripropone le sue critiche alle decisioni presidenziali di George W. Bush e insiste sulla continua espansione del potere esecutivo durante la presidenza di Barack Obama; da J.A. Jarmon, *The New Era in U.S. National Security: An Introduction to Emerging Threats and Challenges*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2014, 312, che si concentra sulle situazioni emergenti e le minacce del secondo decennio del XXI secolo; da C. Savage, *Power wars: inside Obama's post-9/11 presidency*, New York, Little, Brown & Co., 2015, 784, e R.C. Hendrickson, *Obama at War: Congress and the Imperial Presidency*, Lexington, University Press of Kentucky, 2015, 192, che analizzano e criticano fortemente le decisioni del Presidente in carica

sulla politica estera; C. Dueck, *The Obama Doctrine: American Grand Strategy Today*, New York, Oxford U.P., 2015, 336; M.J. Glennon, *National Security and Double Government*, New York, Oxford U.P., 2014 che presenta le disfunzionalità istituzionali e i rapporti tra le “istituzioni Madisoniane” – Presidente, Congresso, Corte Suprema.

Per di più, tra i contributi esplicitamente collegati al ruolo del Segretario di Stato nella politica estera si iscrive la biografia su Hillary Clinton, Segretario di Stato durante il primo mandato del Presidente Obama (K. Ghattas, *The secretary: a journey with Hillary Clinton from Beirut to the heart of American power*, New York, Picador, 2014, 400). Inoltre, nel volume *Duty: memoirs of a Secretary at war* (New York, Alfred A. Knopf, 2014, 618) l'ex Segretario della Difesa degli Stati Uniti, Robert Michael Gates, racconta la sua esperienza personale con i presidenti George W. Bush e Barack Obama durante le guerre in Iraq e Afghanistan. In un libro di memorie, meticolosamente accurato, Gates ci porta dietro le quinte dei santuari più intimi del governo e del potere militare statunitense durante le guerre in Iraq e Afghanistan, illustrando le figure iconiche, le trattative e le situazioni critiche durante il suo mandato e offrendo valutazioni quasi spietate su Dick Cheney, Joe Biden, Hillary Clinton e sui Presidenti Bush e Obama.

Da ultimo, si nota una particolare attenzione dalla dottrina verso la figura del vice-presidente. J. Witcover, *The American vice presidency: from irrelevance to power*, Washington DC, Smithsonian Books, 2014, 592, racconta la storia della vicepresidenza americana elaborando un esame esaustivo di ciascuno dei 47 vicepresidenti, comprese le biografie personali e il loro operato, e rivolgendo uno sguardo critico verso alcune decisioni prese o mancate durante il loro incarico. L'Autore esplora il ruolo e le responsabilità dei vicepresidenti e mostra come da una figura irrilevante e inefficace, negli ultimi decenni, il vicepresidente degli Stati Uniti è diventato assistente *de facto* del Presidente, è diventato molto più influente ed ha assunto maggiore potere nella politica americana. Riferendosi in particolare a Walter Mondale, Al Gore, Dick Cheney e Joe Biden, Witcover riporta le manovre politiche e i giochi di potere dietro le quinte della storia politica americana che hanno trasformato tale ufficio da un semplice premio di consolazione in una vera istituzione con funzioni che vanno oltre quelle costituzionalmente attribuite. Inoltre,

non tanto dissimile si rivela il contributo di J.C. Baumgartner; T.F. Crumblin, *The American vice presidency: from the shadow to the spotlight*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2015, 234.

Infine, non manca la letteratura sui discorsi presidenziali. In una monografia che li annovera, F. Austermuhl (*The great American scaffold: intertextuality and identity in American presidential discourse*, Amsterdam, John Benjamins Publishing Co., 2014, 347) presenta un'ampia analisi che include tutti i discorsi inaugurali e i messaggi sullo Stato dell'Unione che si estende dal 1789 al 2008, nonché i principali discorsi sulla politica estera e di sicurezza dopo il 1945.

3. – Il potere giudiziario si conferma come sempre al centro dell'interesse della dottrina. Risulta quantitativamente dominante l'attenzione per la Corte Suprema e il sistema giudiziario in generale, segnalandosi tra la vasta letteratura R.H. Fallon Jr., J.F. Manning, D.J. Meltzer, D.L. Shapiro, *Hart and Wechsler's the federal courts and the federal system*, St. Paul, Foundation Press, 2015, 1494; L.S. Mullenix, M.H. Redish, G. Vairo, *Understanding federal courts and jurisdiction*, New Providence, LexisNexis, 2015, 732; M. Allen, M. Finch, C.L. Roberts, *Federal courts: context, cases, and problems*, New York, Wolters Kluwer, 2015, 1138. Inoltre, varie raccolte di materiali e sentenze si rendono utili allo studio del sistema giudiziario statunitense tra cui L. Epstein, T.G. Walker, *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice*, CQ Press, 2015, 820; J.R. Siegel, *Federal courts: cases and materials*, New York, Wolters Kluwer, 2015, 1098; D.M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics: Struggles for Power and Governmental Accountability*, W.W. Norton & Co., 2014, 1122. In chiave storica, sull'evoluzione del potere giudiziario, K.A. Randazzo, R.W. Waterman, *Checking the courts: law, ideology, and contingent discretion*, Albany, State University of New York Press, 2014, 216, offre una ricostruzione della struttura dell'ordinamento giudiziario federale.

Aspetti più specifici di organizzazione dell'ordinamento giudiziario statunitense sono descritti nella nuova edizione del volume *The Supreme Court* di L. Baum (Thousand Oaks, CQ Press, 2015, 256) in cui l'Autore esamina ogni aspetto importante della Corte Suprema: dalla selezione alla nomina dei giudici, dalla struttura alla creazione dell'agenda della Corte, dal processo decisionale e ai fattori

determinanti nelle decisioni, dalle politiche all'impatto della Corte sulla forma di governo e sulla società americana in generale. Si richiama l'attenzione alla lettura di alcune opere che focalizzano il sistema di elezione e la nomina dei giudici. In tal senso, si propongono due volumi H.M. Kritzer, *Justices on the ballot: continuity and change in state supreme court elections*, New York, Cambridge U.P., 2015, 297 e C.W. Bonneau; D.M. Cann, *Voters' verdicts: citizens, campaigns, and institutions in state Supreme Court elections*, Charlottesville, University of Virginia Press, 2015, 163. Lo stesso processo di nomina dei giudici federali con particolare sguardo ai cinque giorni di audizioni al Senato per la elezione del primo giudice afro-americano della Corte Suprema, Thurgood Marshall e la sua eredità e influenza sulle politiche per i diritti civili viene poi minuziosamente descritto da W. Haygood *Showdown: Thurgood Marshall and the Supreme Court Nomination That Changed America*, New York, Vintage Books, 2015, 416.

In questo biennio tra le opere che prendono in considerazione la storia, la teoria e il metodo dell'interpretazione giudiziaria, si richiama l'attenzione per i contributi di R.J. Regan, *Constitutional History of the US Supreme Court*, Washington DC, Catholic University of America Press, 2015, 408; L. Fisher, *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton, Princeton U.P., 2014, 320.

Uno studio generale sul potere giudiziario, *judicial process* e *judicial review* è proposto da L. Fisher, *On the Supreme Court: without illusion and idolatry* (Boulder, Paradigm Publishers, 2014, 242; ripubblicato nel 2016 da Oxfordshire & New York, Routledge). L'Autore espone la Corte Suprema in un ricco contesto storico e politico, dimostrando come le sue interpretazioni sulle leggi e sulla Costituzione devono essere necessariamente condivise dagli altri rami di governo, dagli stati nonché dal pubblico, motivo per cui la Corte esercita un controllo giurisdizionale e non manifesta la sua supremazia giudiziaria e non esprime l'ultima o esclusiva parola sulla Costituzione. Del tema classico del *judicial supremacy*, che individua nei giudici della Corte Suprema l'ultimo arbitro dell'interpretazione costituzionale si occupa N. Devins, L. Fisher nel loro affascinante libro *The democratic constitution* (New York, Oxford U.P., 2015, 343) nel quale affrontano temi quali il federalismo, la separazione dei poteri, l'ampliamento delle prerogative presidenziali in tempo di guerra, il razzismo, la privacy, le libertà di parola e di religione, e sostengono che il

coinvolgimento degli *nonjudicial actors* nell'interpretazione costituzionale rendono la Costituzione più stabile e più coerente con i principi da essa sanciti così come più protettiva nella tutela dei diritti individuali e delle minoranze. Inoltre, nel volume *The Last Democrats: How America Fought and Lost the War Against Judicial Supremacy* (J.P. Dailey, 2014, 536) J.P. Dailey racconta la storia di come il Presidente Roosevelt abbia perso tutto quello che in precedenza è stato guadagnato in termini di conquista di tale supremazia da parte di quattro presidenti – Jefferson, Madison, Jackson e Lincoln.

Il quadro tra realtà e mito del processo decisionale nelle corti statunitensi viene descritto da P.C. Corley, A. Ward, W.L. Martinek, *American Judicial Process: Myth and Reality in Law and Courts*, Oxfordshire & New York, Routledge, 2015, 496. Invece, sugli aspetti più tecnici dei meccanismi decisionali del supremo giudice federale statunitense si sofferma C.J. Peters (ed.), *Precedent in the United States Supreme Court*, Dordrecht, Springer, 2014, 231. L'Autore in cui si occupa dell'importanza del precedente nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, mentre la *judicial philosophy* dei giudici della Corte Suprema nelle decisioni chiave del 2014 evidenziando i punti di vista politico e ideologico che prevalgono nei pareri o nel dissenso di ogni giudice della Corte è minuziosamente descritta da G. Epps, *American justice 2014: nine clashing visions on the Supreme Court*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2014, 177. Inoltre, T. Smith, *Judicial Review in an Objective Legal System*, New York, Cambridge U.P., 2015, 302, richiama l'attenzione sulle dicotomie e le divergenti opinioni dei giudici inerenti alle dominanti teorie dell'originalismo, del *living constitutionalism* e minimalismo in un inedito approccio sul *judicial review* operato dalla Corte Suprema statunitense.

Uno studio generale sul potere giudiziario è svolto da M.C. Miller, *Judicial Politics in the United States*, Boulder, Westview Press, 2014, 448, in cui si enfatizzano alcuni aspetti chiave quali la nomina dei giudici, l'organizzazione del sistema giudiziario, il ruolo dell'opinione pubblica e dei gruppi d'interesse e la loro influenza sul meccanismo decisionale della Corte Suprema, la giurisdizione d'appello federale nonché il potere giudiziario sotto il profilo interdisciplinare e della separazione dei poteri così come l'operato dei membri della Corte Suprema limitato sia dalle teorie giuridiche che dalla politica.

Tra le dinamiche che riconducono alla configurazione di una *governance* costituzionale si pongono i meccanismi di reciproci condizionamenti non soltanto tra l'esecutivo e il legislativo ma altrettanto tra il potere giudiziario e questi ultimi, in un intreccio che incide sulla forma di governo e sui diversi ambiti del diritto costituzionale. Tale aspetto è analizzato da nel volume R.L. Pacelle, *The Supreme Court in a separation of powers system: the nation's balance wheel*, Oxfordshire & New York, Routledge, 2015, 312. Restando nell'ottica "relazionale", il rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario viene affrontato da A.L. Harvey, *A mere machine: the Supreme Court, Congress, and American democracy*, New Haven, Yale U.P., 2014, 366. L'Autrice fornisce elementi di prova dell'atteggiamento della Corte Suprema, che è infatti straordinariamente deferente alle preferenze del Congresso nelle sue sentenze costituzionali. Se in passato il potere legislativo reagiva alle decisioni della Corte mediate le c.d. *legislative overrides*, soprattutto in materia di diritti civili, Harvey, svolgendo un accurato studio del *Medicaid*, nota un rovesciamento della bilancia dei poteri e guarda alla Corte analizzando le dinamiche interistituzionali che condizionano a volte il voto dei giudici, rendendo la Corte un'istituzione non più indipendente e in grado di decidere a prescindere dalle preferenze dell'organo elettivo (p. XII). Ricalcando il consiglio di Thomas Jefferson, l'Autrice suggerisce di «let mercy be the character of the law-giver, but let the judge be a mere machine» (p. XVII). Davanti ad una legge che permette al governo di multare le persone sprovviste di assicurazione medica, la decisione del giudice del 2012 sulla famosa *Obamacare* è stata rafforzata tagliando i fondi per gli Stati che si rifiutano di partecipare ad un nuovo programma di espansione dell'assistenza sanitaria per i poveri.

Il giudice del U.S. Second Circuit, R.A. Katzmann, *Judging statutes*, Oxford & New York, Oxford U.P., 2014, 171, sostiene che nel rapporto tra il legislativo e la Corte Suprema, il Congresso è tenuto ad informare la suprema istanza sulla produzione normativa ma anche sulla sua interpretazione delle leggi federali da esso adottate allo scopo di evitare ogni ambigua successiva interpretazione da parte della Corte Suprema. Nonostante alcuni giudici, come giudice Scalia, credano che la Corte dovrebbe considerare solamente il linguaggio delle leggi, il giudice Katzmann spiega il processo giudiziario attraverso due approcci interpretativi, ossia il *purposivism* (in

riferimento allo scopo della legge) e il *textualism* (relativo esclusivamente al contesto testuale della legge).

La struttura del potere giudiziario statunitense viene meglio compresa considerando la reputazione dei giudici e questo aspetto è decisamente sviluppato da N. Garoupa e T. Ginsburg (*Judicial Reputation: A Comparative Theory*, Chicago, University Of Chicago Press, 2015, 272) nel quale gli Autori spiegano come la reputazione non è soltanto una qualità di per sé ma una qualità individuale dei singoli giudici.

In questo biennio la dottrina è stata attirata altresì dalla figura degli assistenti dei giudici, del loro ruolo nell'organizzazione del lavoro della Corte Suprema nonché della loro nomina. Al riguardo si segnala C. Cushman, T.C. Peppers, *Of Courtiers and Kings: More Stories of Supreme Court Law Clerks and Their Justices*, Charlottesville, University of Virginia Press, 2015, 448.

A testimonianza dell'interesse anche per i giudici federali di grado inferiore e del loro operato si consiglia il volume di L.S. Mullenix, M.H. Redish, G.M. Vairo, *Understanding Federal Courts and Jurisdiction*, New Providence, LexisNexis 2 edn., 2015, 828, che fornisce una ricca discussione dell'Articolo III della Costituzione sul sistema giudiziario federale e sul ruolo del Congresso nella giurisdizione dei tribunali federali. Medesime disposizioni costituzionali sono illustrate ugualmente A.S. Newton, *Federal courts and judgeships: types, issues, and profiles*, New York, Nova Science Publishers, 2015, 188. Inoltre, P. Low, J. Jeffries Jr., C. Bradley, *Federal Courts and the Law of Federal-State Relations*, St. Paul, Foundation Press, 2014, 1450, raccolgono in una nuova edizione che copre il vasto periodo dal famoso caso *Marbury v. Madison* fino alla fine del 2013 le più significative pronunce dalle corti federali nonché il loro rapporto con la Corte Suprema.

Non mancano ovviamente le biografie sugli autorevoli esponenti dell'ordinamento giudiziario e la letteratura sui vari periodi in cui la Corte Suprema statunitense fu presieduta da alcuni *chief justices*, volte a valorizzare, al di là del ruolo dei singoli giudici, l'operato della Corte come istituzione. In questo senso, si segnala I. Carmon, S. Knizhnik, *Notorious RBG: The Life and Times of Ruth Bader Ginsburg*, New York, Harper Collins Publishers, 2015, 240, e S. Dodson, *The Legacy of Ruth Bader Ginsburg*, New York, Cambridge U.P., 2015, 326; L. Hirshman, *Sisters in Law*:

*How Sandra Day O'Connor and Ruth Bader Ginsburg Went to the Supreme Court and Changed the World*, New York, Harper Collins Publishers, 2015, 416 sulle personalità femminili che hanno coperto tale incarico. Si nota l'interesse per la *chief justiceship* di John Marshall di cui si occupa H.G. Unger, *John Marshall: The Chief Justice Who Saved the Nation*, Boston, Da Capo Press, 2014, 384 e non mancano le biografie del giudice Scalia tra le quali si segnala B.A. Murphy, *Scalia: A Court of One*, New York, Simon & Schuster, 2014, 656. Ci propone una singolare biografia su William Howard Taft, il 27esimo Presidente degli Stati Uniti (1909-1913) diventato giudice supremo (1921-1930), L.L. Gould, *Chief executive to chief justice: Taft betwixt the White House and Supreme Court*, Lawrence, University Press of Kansas, 2014, 204.

Invece, del periodo più recente, si occupano vari studi che dedicano un ampio spazio al ruolo del giudice Roberts e che analizzano le dinamiche decisionali della Corte durante questa *chief justiceship*. Il volume *American Justice 2015: The Dramatic Tenth Term of the Roberts Court* di S.V. Mazie (Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2015, 180) è la guida indispensabile per la giurisprudenza più controversa della Corte Suprema in questo biennio. Sulla Corte Roberts e sul dibattito intorno all'interpretazione della Costituzione si concentra il volume di M. Coyle, *The Roberts court: the struggle for the constitution*, New York, Simon & Schuster, 2014, 464, che presenta le motivazioni che hanno portato ad una coalizione in seno della Corte e all'annullamento del *Affordable Care Act*. Brillante analisi di Marcia Coyle sulla High Court che si estende ad altri temi che ha diviso la suprema istanza nell'ultimo periodo, come ad esempio gli *originalists* contro i pragmatisti sulla tematica del diritto di detenere armi e l'interpretazione del Secondo Emendamento. Inoltre, il suo volume espone la tendenza dei giudici conservatori di adottare una certa strategia per portare i relativi casi sulla strada giudiziaria verso la Corte Suprema. Uno studio generale sull'approccio interpretativo della Costituzione da parte dei giudici federali e sul procedimento di revisione è svolto da J.P. Stevens, *Six Amendments: How and Why We Should Change the Constitution*, New York, Little, Brown & Co., 2014, 192, nel quale l'Autore identifica sei modi specifici per modificare la Costituzione senza compromettere la democrazia, la sicurezza e il benessere dei cittadini americani.

Dal tema del *corporate speech* versus *human speech* nel controverso caso *Citizens United v. Federal Election Commission* (558 U.S. (2010), Doc. No. 08-205,

www.supremecourt.gov) fino alle decisioni sull'*Obamacare* e sul matrimonio gay, la Corte Suprema del *Chief Justice* John Roberts ha profondamente influenzato la politica americana. Eppure la Corte rimane un'istituzione avvolta dai misteri e le motivazioni dei nove giudici sono spesso poco trasparenti. Ora, in *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*, L. Tribe e J. Matz dimostrano in maniera sorprendente come la Corte Roberts abbia riveduto il senso e il significato della Costituzione. Questo libro, arrivato in un momento di *make-or-break* per la nazione e la Corte, prende in considerazione le decisioni su argomenti chiave tra cui la libertà di parola, la *privacy*, il diritto di voto e il potere presidenziale fornendo spunti originali e raccontando affascinante storie delle persone oltre che dei giudici.

M.I. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court: Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, Pantheon, 2015, 544, esamina i disaccordi sul significato della Costituzione e ci illumina sul dibattito pubblico e politico tra i giudici, tra la Corte e gli altri rami del governo e tra la Corte e il popolo.

Nessun diritto sembra più fondamentale che la libertà di parola sancita dal Primo Emendamento. Il volume *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind--and Changed the History of Free Speech in America* di T. Healy (New York, Picador, 2015, 352) evoca il cambiamento di opinione del giudice Oliver Wendell Holmes, uno scettico che per tutta la vita aveva manifestato disprezzo per i diritti individuali, compreso il diritto di esprimere le proprie opinioni politiche, nel 1919, aveva scritto un parere dissenziente che sarebbe diventato l'affermazione canonica della libertà di parola negli Stati Uniti. Perché Holmes ha cambiato idea? Tale questione si trova alla base di questo libro attraverso quale l'Autore, sulla base di lettere recentemente scoperte, ricostruisce la trasformazione di Holmes da avversario in eroe del Primo Emendamento.

In un libro provocatorio (*Overruled: The Long War for Control of the U.S. Supreme Court*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, 288) D. Root ricostruisce la lunga guerra sul *judicial activism* e *judicial restraint* dall'era della schiavitù, la Guerra civile e la Ricostruzione fino alle battaglie dei giorni nostri sui diritti, sul controllo delle armi, sui matrimoni omosessuali e sulla riforma sanitaria. Degli stessi temi si occupa J. Waltman, *Principled Judicial Restraint: A Case Against Activism*, New York, Palgrave Pivot, 2015, 117, presentando in chiave storica la nascita del attivismo

conservatore, la teoria del *judicial restraint* e la dottrina statunitense dal “vecchio attivismo” alla Corte Warren.

Sul principio “one person, one vote” e sulle decisioni significative della Corte Warren – in particolare sui casi *Baker v. Carr* e *Reynolds v. Sims* – si sofferma J.D. Smith, *On Democracy's Doorstep: The Inside Story of How the Supreme Court Brought "One Person, One Vote" to the United States*, New York, Hill and Wang, 2015, 384. Sullo stesso tema dei diritti di voto si iscrive il volume di C. Rivers, *The Congressional Black Caucus, Minority Voting Rights, and the U.S. Supreme Court*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2014, 228 che esamina il divario tra l’approccio razziale del caucus dei deputati di colore nel Congresso degli Stati Uniti d’America e la prospettiva della Corte Suprema sulla condizione e la rappresentanza dei cittadini afroamericani. Nonostante difendano gli interessi politici delle minoranze, sia la Corte Suprema degli Stati Uniti che il *Congressional Black Caucus* sono in disaccordo sull’intento e sulla portata del *Voting Rights Act* (VRA) e sull’interpretazione della clausola prevista dal Quattordicesimo Emendamento. In tal senso, l’Autrice prende in esame alcuni casi specifici, da *Rodgers v. Lodge* del 1982 al *NAMUDNO v. Holder* del 2009, valutando gli orientamenti delle due istanze in materia di uguaglianza razziale e concludendo, sorprendentemente, che l’interpretazione originalista dell’emendamento insieme ad una revisione della suddivisione dei distretti elettorali possono al meglio tutelare gli interessi politici della minoranza.

*America's other clan: the United States Supreme Court* di A.I. Slomovitz (San Diego, Cognella, 2014, 224) esplora la giurisprudenza della Corte Suprema in materia di diritti civili nel corso della storia. Nella stessa direzione si muovono anche P.C. Hoffer, W.H. Hoffer e N.E.H. Hull nella loro opera collettanea *The Supreme Court: An Essential History*, Lawrence, University Press of Kansas, 2014, 504, che indagano sulle decisioni della Corte relative ai diritti degli indiani nel XIX secolo, sui fattori che hanno influenzato la decisione della Corte in *Roe v. Wade* o su altri eventi sociali, culturali, economici e politici che hanno condizionato il giudice federale nel pronunciare le sue sentenze.

In questo libro, *The Case Against the Supreme Court* (New York, Penguin Books, 2015, 400), E. Chemerinsky mostra come, per oltre due secoli, la Corte Suprema è stata molto più propensa a tollerare gli abusi di potere del governo che fermarli.

Sulla base di una ricca raccolta di sentenze, alcune famose, altre poco conosciute, l'Autore passa in rassegna, dalla Prima guerra mondiale fino al tragico evento del 11 settembre, i c.d. "errori" della Corte Suprema in settori chiave, tra cui la tutela delle minoranze, la discriminazione in base al sesso e l'abbandono dell'*original intent* nelle sentenze pronunciate in tempo di crisi. Nell'ambito della tutela di alcuni diritti e libertà si raccomanda la lettura dei volumi P. Wallenstein, *Race, sex, and the freedom to marry: Loving v. Virginia*, Lawrence, University Press of Kansas, 2014, 278; J. Pierceson, *Same-sex marriage in the United States: the road to the Supreme Court and beyond*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2014, 280.

Quando la Corte Suprema degli Stati Uniti presenta una decisione, i giornalisti semplificano e drammatizzano le complesse questioni giuridiche, mettendo in evidenza pareri contrari e sottolineando i conflitti e le divergenze tra i giudici. Nonostante gli americani credano fortemente nella legittimità della Corte come istituzione, nel volume *The Limits of Legitimacy: Dissenting Opinions, Media Coverage, and Public Responses to Supreme Court Decisions* (Ann Arbor, University of Michigan Press, 2015, 254) M.A. Zilis ci illumina su questo legame tra giurisprudenza e opinione pubblica. Alcuni autori scelgono casi più specifici come ad esempio G.F. Burnett, *The safeguard of liberty and property: the Supreme Court, Kelo v. New London, and the takings clause*, Lanham, Lexington Books, 2015, 165 e I. Somin, *The grasping hand: Kelo v. City of New London and the limits of eminent domain*, Chicago & London, University of Chicago Press, 2015, 356, che sono due opere che analizzano in dettaglio l'interpretazione e la conseguente reazione popolare al caso della Corte Suprema *Kelo v. New London* (2005).

L'impatto della giurisprudenza della Corte Suprema è anche valutato in termini di effettiva applicazione delle sue decisioni nell'assetto del federalismo. In tal senso, si segnala il contributo in chiave comparatista dell'ordinamento statunitense di G. Baier, *The Courts and Federalism: Judicial Doctrine in the United States, Australia, and Canada*, Vancouver, UBC Press, 2014, 225, che, utilizzando metodi descrittivi ed empirici politologici e giuridici, indaga su come le sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti hanno plasmato il principio federale mettendo a confronto la *judicial doctrine* quale variabile indipendente per descrivere il federalismo statunitense, australiano e canadese.

4. – In questo biennio appare poco approfondito il ruolo del potere legislativo. Oltre ai contributi precedentemente menzionati nel contesto del rapporto con gli altri rami del governo e il bilanciamento dei poteri, evocativi al riguardo sono le nuove edizioni di alcuni volumi S.S. Smith, J.M. Roberts, R.J. Vander Wielen, *The American Congress*, New York, Cambridge U.P., 2015, 444; R.H. Davidson, W.J. Oleszek, F.E. Lee, *Congress and Its Members*, Thousand Oaks, CQ Press, 2015, 125; B.A. Loomis, W.J. Schiller, *The Contemporary Congress*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2015, 240.

In una prospettiva storica, P. Squire, *The Evolution of American Legislatures: Colonies, Territories, and States, 1619-2009*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2014, 450, evoca lo sviluppo istituzionale tra continuità e cambiamento delle legislature, a cominciare dalla prima assemblea coloniale del 1619. Sull'efficacia del processo decisionale e sull'attivismo di alcuni membri del Congresso si soffermano C. Volden e A.E. Wiseman, *Legislative Effectiveness in the United States Congress: The Lawmakers*, New York, Cambridge U.P., 2014, 260, mentre S. Workman, *The dynamics of bureaucracy in the US government: how Congress and federal agencies process information and solve problems*, New York, Cambridge U.P., 2015, 208, affronta in maniera trasversale l'intervento delle agenzie federali nel processo decisionale e la loro influenza sull'agenda politica e sull'attività legislativa del Congresso.



## AUSTRALIA - La detenzione off-shore degli immigrati al vaglio della Alta Corte d'Australia e della Corte Suprema di Papua Nuova Guinea

di Davide Bacis

Il fenomeno dell'immigrazione irregolare si è da sempre presentato come una sfida per le istituzioni dei paesi riceventi. Le soluzioni poste in essere sono state le più disparate, ma spesso gli strumenti forniti dalle legislazioni nazionali hanno dimostrato la propria inadeguatezza per far fronte a situazioni tanto complicate. Al contrario, i responsabili delle politiche d'immigrazione hanno dato prova di una certa miopia, occupandosi esclusivamente di quella che potrebbe essere definita una questione logistica e rimandando indefinitamente la necessaria adozione di politiche sociali di integrazione, che flussi migratori quali quelli che stiamo vivendo richiedono.

Di segno ancora diverso rispetto alla mera gestione dei flussi migratori e al ricollocamento degli individui sul territorio sono le politiche adottate da alcuni paesi che, istituendo severe sanzioni quali il rimpatrio e la detenzione, tentano di creare un forte deterrente all'arrivo di stranieri sul proprio territorio. Tra i paesi ad aver introdotto un sistema di deterrenti estremamente rigido, va annoverata l'Australia, la quale ha anche adottato particolari strumenti di gestione dei richiedenti asilo che, recentemente, sono stati oggetto di pronunce sia della Alta Corte d'Australia, sia della Corte Suprema di Papua Nuova Guinea (PNG).

Al fine di poter meglio comprendere la portata delle sentenze in analisi, è necessario ricostruire il quadro giuridico in materia di immigrazione e diritto d'asilo vigente in Australia e oggetto del *decisum* delle due Corti.

Anzi tutto, è opportuno ricordare che l'Australia è parte della Convenzione sullo stato dei rifugiati, approvata a Ginevra nel 1951. La Convenzione dà la definizione del concetto di rifugiato ed enumera i requisiti che un individuo deve possedere per esservi ricompreso: inoltre, e soprattutto, la Convenzione stabilisce gli obblighi che le parti contraenti hanno nei confronti dei soggetti che rientrano in tale definizione.

Gli obblighi di derivazione internazionale di cui alla Convenzione sono stati recepiti dal Legislatore nazionale con l'approvazione del *Migration Act 1958 (Cth)*, ai sensi del quale, lo straniero che arrivi in territorio australiano è titolare del diritto di richiedere il c.d. visto di protezione, che verrà concesso solo qualora al richiedente venga riconosciuto lo *status* di rifugiato. Dal momento che, potenzialmente, chiunque fosse arrivato su suolo australiano aveva facoltà di richiedere protezione internazionale, il fenomeno degli sbarchi clandestini – soprattutto nelle isole più lontane dalla costa – è sensibilmente aumentato nel corso degli anni, tanto da portare il Governo conservatore del Primo Ministro Howard, in carica ininterrottamente dal 1996 al 2007, ad adottare una politica caratterizzata dalla previsione di forti deterrenti all'immigrazione clandestina. Tre sono i meccanismi istituiti allo scopo di porre un freno al fenomeno: innanzitutto, i richiedenti asilo giunti clandestinamente in Australia venivano sottoposti a detenzione per tutta la durata del procedimento di esame della loro richiesta, senza, per altro, che potesse essere proposta istanza di revisione alla competente Corte. Inoltre, qualora la domanda d'asilo fosse stata accolta, al rifugiato sarebbe stato riconosciuto un visto temporaneo, della durata di soli tre anni, accompagnato da stringenti limitazioni relativamente l'accesso ai servizi sociali, alla sanità e all'istruzione. Laddove, invece, la richiesta d'asilo fosse stata respinta, il diritto d'appello alla *Federal Court* per un riesame della decisione subiva fortissime limitazioni procedurali.

Nonostante il tentativo del Governo Howard, gli sbarchi nel biennio dal 1999 al 2001 sono stati due volte il numero di sbarchi del decennio precedente. Insoddisfatto del risultato delle politiche di deterrenza adottate dal suo Governo e preoccupato per

le imminenti elezioni, il Primo Ministro Howard ha dato il via alla c.d. *Pacific Solution*, un vasto processo di riforma della legislazione vigente, con il fine di assicurarsi che un richiedente asilo che fosse arrivato su una parte ben definita del territorio australiano, individuata per legge, non potesse avvalersi del diritto sancito dal *Migration Act* del 1958. Più nel dettaglio, con l'approvazione da parte del Parlamento, avvenuta il 27 settembre 2001, di una serie di provvedimenti legislativi, tra cui il *Migration Amendment Act (No.1) 2001 (Cth)*, è stata creata una nuova categoria di territori, gli *excised offshore places*, che ricomprendono tutte le isole australiane sufficientemente lontane dalla madre patria tanto da essere generalmente identificate con la locuzione "territori esterni". Contestualmente, la riforma ha introdotto una nuova categoria di richiedenti asilo, i cc.dd. *offshore entry person*, vale a dire i richiedenti asilo che, senza permesso, sono giunti su uno dei territori rientranti nell'elenco degli *excised offshore places*. Al soggetto di cui alla definizione precedente non è riconosciuta la facoltà di presentare una richiesta d'asilo mentre si trova in Australia, salvo che il Ministro dell'Immigrazione decida, con una determinazione discrezionale presa per iscritto, di consentirlo. La legislazione, infine, ha previsto che un *Immigration officer*, membro delle forze armate, potesse usare qualsiasi mezzo necessario per trasferire una *offshore entry person* da un *offshore entry place* verso una *declared country*. Con quest'ultima espressione, l'ordinamento australiano definisce un Paese altro rispetto all'Australia, individuato dal Ministro dell'Immigrazione, al quale spetta il compito di dichiarare che suddetto Paese possieda alcuni requisiti, tra cui un'effettiva procedura per garantire protezione internazionali ai richiedenti asilo. Due sono i Paesi ritenuti idonei dal Ministro e che, in seguito, hanno concluso accordi con il Governo australiano per la gestione dei flussi migratori: PNG e Nauru. Entrambi i Paesi hanno acconsentito alla costruzione di centri di accoglienza, in cui, di fatto, detenere i rifugiati nelle more dell'esame delle loro richieste di asilo che, tuttavia, anche se accolte non avrebbero dato seguito al ricollocamento in territorio Australiano, dipendendo quest'ultima opzione dalla sola volontà dell'Esecutivo.

Alla luce di quanto detto, si può osservare che la riforma del diritto d'asilo introdotta dal Governo Howard ha, di fatto, mancato di prevedere le proprie conseguenze. Infatti, sia in caso di accoglimento della domanda, sia in caso di diniego, il soggetto richiedente non avrebbe saputo dove andare.

Con l'elezione dei laburisti e l'insediamento del Primo Ministro Rudd, l'intero sistema ha iniziato ad essere smantellato a partire dal 2008, su iniziativa del Ministro all'Immigrazione Evans, forte oppositore delle politiche restrittive del Governo precedente. Tuttavia, a partire dal 2012, sia il Governo laburista del Primo Ministro Gillard, sia il secondo Governo Rudd hanno nuovamente fatto ricorso alla c.d. *Pacific Solution*, riaprendo i centri di detenzione a PNG e Nauru. Diversamente dalla soluzione adottata nel 2001, tuttavia, i laburisti hanno rinegoziato gli accordi già conclusi con Nauru e PNG, prevedendo per quest'ultimi un ruolo di maggior rilievo. Nello specifico, i richiedenti asilo il cui *status* di rifugiato venisse confermato sarebbero accolti dai due Paesi citati, al contrario, in caso di mancato riconoscimento di suddetto *status*, i richiedenti asilo avrebbero visto il protrarsi, a tempo indefinito, della detenzione presso i centri di accoglienza, salvo la remota possibilità del sorgere di alternative concrete.

Come accennato, il sistema di trasferimento e detenzione istituito dall'Australia è stato oggetto di revisione. Nello specifico, l'Alta Corte è stata chiamata a decidere della legittimità del centro di detenzione istituito sull'isola di Nauru, mentre la Corte Suprema di PNG si è espressa sulla legittimità del centro istituito sull'isola di Manus – facente parte del territorio papuano. Le due Corti, come vedremo, hanno raggiunto conclusioni molto diverse tra loro: l'Alta Corte ha, infatti, confermato la legittimità della politica d'immigrazione adottata da più governi nel corso degli anni; al contrario, la Corte Suprema papuana si è espressa con forza contro la *Pacific Solution*, ordinando al Governo papuano e, contestualmente, intimando all'Esecutivo australiano di intraprendere ogni azione necessaria al fine di interrompere la violazione dei diritti costituzionali dei soggetti detenuti nel summenzionato centro di accoglienza.

Prima di poter procedere con l'esame delle due sentenze, va ricordato che la Costituzione australiana non contiene un *bill of rights*, né rimanda espressamente ad altri strumenti giuridici per la protezione dei diritti. È tuttavia possibile riscontrare, da parte della Corte, un limitato tentativo di ricavare diritti impliciti dal testo costituzionale – si veda il caso *Australian Capital Television v. Commonwealth* del 1992 con cui, di fatto, la Corte ha riconosciuto la libertà d'espressione come implicitamente tutelata dalla Costituzione. Ciononostante, il giudizio di revisione costituzionale è generalmente incentrato sul rispetto dei principi della separazione dei poteri e del

rispetto della clausola federale. Al contrario, la Costituzione della Papua Nuova Guinea contiene un catalogo di diritti, parte riconosciuti a tutti, come diritti umani, parte riconosciuti ai soli cittadini.

Il caso su cui l'Alta Corte d'Australia è stata chiamata a pronunciarsi, *Plaintiff M68/2015 v. Minister for Immigration and Border Protection* deciso con sentenza del 3 febbraio 2016, è stato portato dinanzi la Corte da una donna di nazionalità bengalese. La ricorrente era giunta in Australia via mare ed immediatamente trasferita sull'isola di Nauru. Rientrata in Australia per motivi di salute, prima che le autorità competenti disponessero il suo ritorno nel centro di accoglienza che la ospitava, ha presentato ricorso contro il Ministro dell'Immigrazione. Oggetto del contendere non era la detenzione in sé, di fatto disciplinata dall'ordinamento di Nauru e pertanto estranea alla giurisdizione della Corte, quanto la mera partecipazione e il finanziamento delle operazioni di trasferimento. Delle molte richieste sollevate da ambo le parti, quelle che maggiormente meritano di essere considerate sono le seguenti: il Governo australiano aveva facoltà, ai sensi della *section 61* della Costituzione, di concludere il *Memorandum of Understanding* con il Governo di Nauru per il trasferimento degli stranieri irregolari giunti in Australia via mare? Le condotte adottate dal Governo al fine di dare effetto alle disposizioni dell'accordo con la Repubblica di Nauru erano autorizzate da una valida legge del *Commonwealth* australiano?

I giudici della Corte hanno risposto affermativamente ad entrambe le questioni sollevate dalle parti, avallando la condotta del Governo e dichiarando legittimo il suo coinvolgimento nelle operazioni caratterizzanti la c.d. *Pacific Solution*. Tuttavia, il *reasoning* si è principalmente concentrato sulla seconda domanda proposta. La ragione la si riscontra nel fatto che una risposta affermativa al secondo quesito avrebbe necessariamente comportato una risposta affermativa anche al primo. La Corte, infatti, ha ritenuto che l'azione del Governo si collocasse perfettamente all'interno dei limiti posti alla sua competenza dalla Costituzione. La conclusione dell'accordo – il *Memorandum of Understanding* summenzionato – con la Repubblica di Nauru rappresenterebbe l'esecuzione di un atto legislativo del Parlamento. Nello specifico, infatti, la Corte prende atto che il Parlamento australiano ha approvato, nel giugno 2015 e quindi quando la ricorrente aveva già adito l'Alta Corte, il *Migration Amendment (Regional Processing Arrangements) Act 2015*, con il quale modificava alcuni aspetti della

previgente disciplina contenuta nel citato *Migration Act* del 1958. Con l'approvazione del testo menzionato, il Parlamento ha espressamente previsto, alla *section 198* AHA, la possibilità che il Governo partecipasse e finanziasse operazioni di trasferimento e detenzione di rifugiati giunti irregolarmente in Australia. Sempre per espressa previsione legislativa, l'atto di riforma approvato nel 2015 esplica effetti retroattivi, a partire dal 18 agosto 2012. Essendo stato concluso il 29 agosto 2012, l'accordo con Nauru rientrerebbe nel campo di applicazione della riformata disciplina. Pertanto, il Governo, conclude la Corte, si è limitato a dare esecuzione ad una legge validamente approvata dal Legislatore. Corollario di questa conclusione è che il Governo abbia agito nei limiti di cui alla *section 61* della Costituzione. Quest'ultima, infatti, descrive cosa debba intendersi come potere esecutivo nei seguenti termini: «The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen's representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth». Appare, quindi, evidente come l'azione dell'Esecutivo, ritenuta di mera esecuzione della legge, rientrasse nei parametri stabiliti dalla disposizione costituzionale oggetto di giudizio.

Le conclusioni a cui è giunta la Corte Suprema di PNG sono, come anticipato, di segno opposto rispetto a quelle raggiunte dalla sua controparte australiana. La ragione va riscontrata nella profonda diversità tra i due contesti costituzionali in cui le Corti si trovano ad operare. Come detto, infatti, la Costituzione papuana contiene un catalogo dei diritti e, nel caso di specie, ha potuto operare una valutazione sulla compatibilità della c.d. *Pacific Solution* con i diritti costituzionalmente garantiti dall'ordinamento papuano. Nello specifico, la disposizione oggetto dell'esame della Corte è la *section 42* della Costituzione, ai sensi della quale nessuno può essere privato della propria libertà personale contro la sua volontà, se non nei casi espressamente stabiliti dalla disposizione stessa e disciplinati, nel dettaglio, dalla legge. La lettera (g) della *section 42* stabilisce che sia ammessa la detenzione allo scopo di prevenire l'ingresso illegale di stranieri nel territorio di PNG o al fine di agevolarne l'espulsione o l'extradizione. Con lo scopo di garantire copertura costituzionale agli accordi intercorsi tra PNG e Australia, il Parlamento ha approvato il *Constitution Amendment (No 37) (Citizenship) Law 2014*, che introduce la lettera (ga) alla *section 42* e che consente la detenzione per ottemperare agli accordi internazionali in materia di immigrazione approvati dal Ministro competente.

Con la decisione presa all'unanimità del 26 aprile 2016 nel caso *Namab v. Pato*, due sono le questioni su cui i giudici della Corte si sono pronunciati: il trasferimento da parte dell'Australia verso Papua Nuova Guinea dei richiedenti asilo e la successiva detenzione violano il diritto alla libertà personale di quest'ultimi, garantito ai sensi della *section 42* della Costituzione? La *section 1* del *Constitution Amendment (No 37) (Citizenship) Law 2014* – volta a emendare la Costituzione, al fine di garantire copertura costituzionale agli accordi conclusi con l'Australia e a consentire una deroga al divieto di privazione della libertà personale di cui alla *section 42* – è costituzionalmente legittima?

Quanto al primo quesito, i giudici della Corte hanno esaminato la compatibilità della detenzione nei centri di accoglienza con la formulazione precedente la riforma del 2014 della *section 42*. Come già accennato, la norma in esame vieta qualsivoglia restrizione della libertà personale, salvo i casi tassativamente previsti dalla Costituzione. Nella materia oggetto di causa, vale a dire l'immigrazione irregolare, è prevista la possibilità di ricorrere alla detenzione qualora lo straniero entri o rimanga nel territorio papuano illegalmente. Nel caso di specie, i richiedenti asilo detenuti sull'isola di Manus non avevano però alcuna intenzione di entrare in PNG, tantomeno di soggiornarvi. Non solo, la loro permanenza sull'isola era dovuta alla decisione arbitraria dei Governi australiano e papuano, la cui condotta non ha minimamente tenuto conto della volontà dei soggetti trasferiti. Ciò significa che la fattispecie prevista dalla lettera (g) della *section 42* non può trovare applicazione nel caso concreto, dovendosi, pertanto, ritenere applicabile il generale divieto di restrizione della libertà personale.

In seguito, i membri della Corte si sono chiesti se la detenzione potesse essere compatibile con il riformato testo della norma oggetto d'analisi. Al fine, tuttavia, di poter dare una risposta al quesito, i giudici hanno ritenuto necessario sospenderne l'esame per affrontare la questione della legittimità della legge di revisione costituzionale che ha apportato la modifica. Dopo una panoramica esaustiva sul procedimento di revisione, che il Parlamento sembrerebbe aver rispettato, la Corte ha ricordato che, al fine di poter considerare legittima una modifica della Costituzione nella parte in cui disciplina i diritti fondamentali, è necessario che la legge di revisione indichi, ai sensi della *section 38* della Costituzione, in modo preciso lo scopo di voler

sottoporre a restrizione uno dei diritti e, naturalmente, a quale diritto intende applicarla, ma soprattutto che suddetta restrizione sia necessaria, proporzionale e ragionevole per una società democratica che abbia riguardo per il rispetto dei diritti e della dignità umana. Sulla base di quest'ultima considerazione, i membri della Corte hanno ritenuto che la *section 1* del *Constitution Amendment Act* non rispondesse ai requisiti di necessità, proporzionalità e ragionevolezza, rendendola, pertanto, costituzionalmente illegittima. Da ciò deriva, come conseguenza naturale dell'illegittimità della revisione, l'illegittimità della lettera (ga) della *section 42*, pertanto i membri della Corte hanno ritenuto di non interrogarsi sulla compatibilità della detenzione con la riformata *section 42*.

Nonostante la decisione della Corte e l'ordine di intraprendere ogni azione necessaria per terminare la detenzione illegale dei quasi 900 richiedenti asilo trattenuti sull'isola di Manus, il centro non sembra essere stato oggetto di grossi cambiamenti, tanto che la stessa Corte Suprema sembrerebbe aver chiesto ai rappresentanti dei detenuti di ricorrere di nuovo per richiedere dei *consequential orders*, con cui la Corte darebbe esecuzione alla propria decisione del 26 aprile. Nel frattempo, i Governi di Australia e PNG non sono ancora stati in grado di raggiungere un accordo ed il centro rimane operativo. Il 4 maggio, inoltre, alcuni detenuti del centro hanno presentato ricorso alla Alta Corte d'Australia, denunciando la violazione di alcuni dei loro diritti fondamentali da parte di entrambi gli Stati e richiedendo il trasferimento in Australia che, con la scarsa probabilità, per le ragioni di ordine costituzionale citate in precedenza, che la Corte riconosca le loro doglianze.

Il Governo australiano, in conclusione, si trova nella condizione di non poter più contare sull'appoggio del Governo dei PNG, vedendosi costretto ad individuare strade alternative – non potendo contare nemmeno su Nauru, vista la ridotta dimensione dell'isola – per il collocamento dei richiedenti asilo che giungeranno in territorio australiano in futuro.