DPCE online – n. **4/2016**

ISSN: 2037-6677

DPCE ONLINE

– D P C E o n l i n e –

Direttore responsabile
Giuseppe Franco Ferrari

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

Tel. (+39) 02.5836.5227
mail: dpceonline@dpce.it
Sito internet: www.dpce.it

ISSN : 2037-6677

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

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

Comitato scientifico

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

Redazioni territoriali

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

Collaboratori stranieri

Charles F. Abernathy (USA), Rainer Arnold (Germania), José Asensi (Spagna), Boguslaw Banaszak (Polonia), Daniel Barbu (Romania), Richard Bauman (Canada), Victor Bazán (Argentina), Christian Bidegaray (Francia), Andrea Biondi (UK), Torsten Bjerkén (Svezia), Carlos Blanco de Morais (Portogallo), Roberto L. Blanco Valdés (Spagna), Allan Brewer Carías (Venezuela), Bojko Bucvar (Slovenia), Laurance Burgogue-Larsen (Francia), Paolo Carozza (USA), Alberto Ricardo Dalla Via (Argentina), José Alfonso Da Silva (Brasile), Francis Delpérée (Belgio), Carlos Delpiazzo (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

S. Ceccanti, *Tre crisi lampo tra problemi contingenti e difficoltà strutturali / Three lightning crises, between contingent problems and structural hurdles* p. 1

SAGGI/ARTICLES

N. Palazzo, *La riforma costituzionale in Armenia / The constitutional reform in Armenia* p. 11

M. Rosti, *El derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado frente al extractivismo en Argentina. El caso de la comunidad Campo Maripe / The right to consultation and previous, free and informed consent for 'extractivismo' in Argentina. The case of the Campo Maripe community* p. 49

P. Viola, *Lingua e diritto nella Costituzione nepalese del 20 settembre 2015: "diversità non discordante" e stato multiculturale / Language and law in the Nepalese constitution of 20 September 2015: 'non-contrasting diversity' and the multicultural state* p. 77

CASI E QUESTIONI/TOPICAL ISSUES

L'Unione europea e i diritti umani / European Union and human rights

L. Borlini, *L'Unione Europea: attore 'globale' nella protezione e promozione dei diritti umani? Limiti e prospettive / The EU as a Global Human Rights Actor? Limits and Perspectives* p. 93

F. Casolari, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti / The respect of the rule of law within the legal order of the European Union: A drama in two acts* p. 135

A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della* rule of law *in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione? / The health of the rule of law in Europe: a generalized decline in the new states of the European Union?* p. 175

M. Daicampi, *I meccanismi di tutela dello stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione europea: rassegna di alcuni recenti documenti di portata generale / Safeguard Guarentees of the Rule of Law in the EU: an overview of recent general documents* p. 205

NOTE E COMMENTI/SHORT ARTICLES AND COMMENTS

C. Correndo, *Protection of Women from Domestic Violence Act 2005: la Corte Suprema indiana amplia il raggio d'azione della legge dichiarando l'incostituzionalità di parte della sezione 2(q) / Protection of Women from Domestic Violence Act 2005: The Indian Supreme Court expands the scope of the law by honding unconsitutional some passages in § 2(q)* p. 225

M. Petri, *Conflitto di norme o questione interpretativa? La primazia del diritto internazionale nel caso Al Dulimi della Corte di Strasburgo / Norm conflict or interpretative matter? The primacy of international law in the Al Dulimi Grand Chamber judgment of the Strasbourg Court* p. 237

G. Ragone, *Il delicato ruolo del giudice tra valutazioni scientifiche controverse e scelte politico-discrezionali in materia di OGM / The delicate role of the judge, among controversial scientific evidence and discretionary choices, in the field of GMOs* p.251

L.A. Scialla, *Il difficile bilanciamento tra principio di trasparenza e presunzioni generali di riservatezza. Una delicata questione ancora aperta - Corte di Giustizia dell'Unione* p. 261

europea (nona sezione). Sentenza 14 luglio 2016, causa C- 271/15 P, Sea Handling SpA c Commissione europea / The difficult balance between tranparency and general privacy presumptions. A delicate and still open issue – CJEU (ninth section). Decision, 14 July 2016, C- 271/15 P, Sea Handling SpA v. European Commission

G. Stendardo, *La quantificazione del danno morale in caso di violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Giorgioni v. Italia (n. 43299/12) / The quantification of the non-material damage following the breach of Article 8 of the European Convention on Human Rights: the Giorgioni v. Italy case (nr. 43299/12)* p.271

RASSEGNE COMPARATE/COMPARATIVE REVIEW

F. Raimondo, *La dottrina britannica in tema di diritti / The most recent English scholarship on rights* p. 277

D. E. **Tosi,** *La dottrina spagnola in tema di diritti / The most recent Spanish scholarship on rights* p. 289

L. G. **Sciannella,** *La dottrina belga in tema di diritti / The most recent Belgian scholarship on rights* p. 301

A. Ciammariconi, *La dottrina portoghese in tema di amministrazione/ The most recent Portuguese scholarship on rights* p.311

I. Spigno, *La dottrina canadese in tema di diritti / The most recent Canadian scholarship on rights* p.327

C. Sartoretti, *La dottrina statunitense in tema di diritti / The most recent American scholarship on rights* p.344

ISSN 2037-6677

Tre crisi lampo tra problemi contingenti e difficoltà strutturali

di Stefano Ceccanti

1. – *Le tre crisi e le loro analogie* – Nell'arco di poche settimane tre grandi democrazie europee hanno visto altrettante crisi di Governo senza passare né per una sfiducia parlamentare né per elezioni anticipate, tutte risolte in modo analogo: tempi rapidi e sostanziale continuità delle maggioranze parlamentari. Cameron si è dimesso il 24 giugno e, dopo la selezione del nuovo leader del Partito Conservatore, May si è insediata il 13 luglio. Valls ha rinunciato alla carica il 6 dicembre, dopo averlo preannunciato il giorno precedente, e lo stesso giorno è stato sostituto da Cazeneuve. Matteo Renzi si è formalmente dimesso l'8 dicembre, Gentiloni è stato incaricato l'11 ed ha giurato il giorno 13. Per gli studiosi di diritto pubblico comparato eventi di questo tipo sono particolarmente interessanti per riflettere insieme su analogie e differenze, sia nel breve sia nel lungo periodo.

Evidentemente le analogie non possono essere forzate oltre ad una certa soglia. La principale è quella della conferma del carattere recessivo delle crisi parlamentari in senso stretto nelle forme che prevedono il rapporto fiduciario. Contrariamente a quanto si possa credere, tuttavia, questo ha comunque a che fare con la responsabilità politica intesa in senso lato e, in ultimo, con la responsabilità in sede elettorale. Due delle tre crisi (Regno Unito e Italia) dipendono infatti da un voto

popolare in altrettanti referendum, voto in cui i leaders di governo erano stati obiettivamente sconfitti. Infatti Cameron si è dimesso all'indomani del referendum sulla Brexit del 23 giugno, Renzi ha preannunciato le dimissioni la sera stessa della consultazione sulla riforma costituzionale (4 dicembre) e le ha poi congelate su richiesta del Presidente Mattarella fino all'approvazione definitiva della legge di bilancio. Nel terzo caso (Francia) la crisi si è invece legata a un'elezione futura, quella presidenziale, in vista della quale il Primo Ministro in carica avrebbe avuto problemi insormontabili a ricoprire una carica unificante nel momento in cui entrava in una competizione interna per le primarie: le dimissioni sono infatti avvenute il giorno successivo alla sua discesa in campo per le primarie. Ovviamente qui l'analogia è parziale: vi è stata un'indubbia pressione del Presidente del Repubblica, ma di per sé, come accaduto con Chirac (1988), Balladur (1995) e Jospin (2002), il Primo Ministro avrebbe potuto rimanere in carica.

Il controllo e la responsabilità politica non scompaiono quindi per il fatto che diventino recessivi i tradizionali strumenti di sanzione (la sfiducia parlamentare, il rigetto della fiducia), semplicemente essi si spostano verso il momento elettorale, passato o futuro. Si tratta di quel controllo "senza sanzione parlamentare immediata" di cui parla da vari anni Philippe Lauvaux.

Ciò detto, seguendo l'ordine cronologico delle crisi, andiamo ad esaminare nel dettaglio le specificità di ciascuno dei tre sistemi costituzionali e dei connessi sistemi di partito per comprendere meglio le differenze.

2. – *Il caso inglese: rispetto delle regole tradizionali e le tensioni costituzionali persistenti sulla Brexit* – Nel caso inglese la crisi si è svolta nel rispetto delle regole tradizionali. Per quanto piuttosto rari gli avvicendamenti in corso di legislatura a maggioranza invariata dei Premier in carica dall'inizio della stessa sulla base di una legittimazione popolare diretta non sono impossibili: nell'ultimo trentennio vi erano stati i precedenti delle staffette Thatcher-Major del novembre 1990 e Blair-Brown del giugno 2007. Si trattava comunque di sostituzioni legate alla presentazione dell'entrante come candidato Premier del partito per le successive elezioni e, in questo senso, presentabili solo come momentanee eccezioni alla responsabilità in sede elettorale. Non a caso nessuno discute l'unione personale delle due figure di

leader di partito e di Primo Ministro. Per questa ragione esse erano intervenute non troppo a ridosso del voto futuro, in modo da presentare il candidato come già dotato di una significativa esperienza di governo, ma neanche troppo a ridosso del voto precedente, rispetto a cui segnava comunque una discontinuità. La scansione normale era quella di metà legislatura: infatti Major subentra al terzo anno e Brown al secondo. La novità del cambio odierno è che l'esito del referendum impone il ricambio solo dopo un anno dall'inizio della nuova legislatura.

Non si può però non dire che questo passaggio, a differenza dei precedenti, rivela un certo grado di tensioni costituzionali e non solo politiche. Le staffette precedenti avvenivano dentro un quadro di riferimenti costituzionali condivisi e di semplici tensioni politiche interne al partito dominante. Qui, invece, il risultato del referendum non risolve affatto la questione sottoposta agli elettori anche in termini costituzionali: quali conseguenze della Brexit nel Regno Unito? Quali conseguenze procedurali rispetto al ruolo del Parlamento nella trattativa con la Ue? Quali possibili conseguenze sul rilancio di ipotesi secessioniste in parti del territorio come la Scozia? Che dire di possibili ulteriori referendum sulla stessa materia? Per di più, oltre al terreno costituzionale anche quello politico che lo ha tradizionalmente supportato nel senso della stabilità pone problemi di tenuta rispetto alle tradizionali divisioni tra i partiti.

In altri termini la rapidità della soluzione della crisi non può comunque nascondere tensioni anche costituzionali del tutto inedite e persistenti. Non si tratta della terza staffetta del trentennio ma della prima di un quadro costituzionale molto meno condiviso che in passato. La continuità della maggioranza è infatti più apparente che reale: si tratta di una continuità nella sua conformazione di monocolore del Partito Conservatore, ma la discontinuità di indirizzo sul tema della Brexit espone a conflitti politici e costituzionali tutt'altro che semplici per il resto della legislatura.

3. – *Il caso francese: l'onda lunga del quinquennato e le tensioni sulla tripolarizzazione che si può stabilizzare* – Il 2002, con l'applicazione della riforma del quinquennato del 2000 e il restauro della logica istituzionale col calendario elettorale che ha posto stabilmente le presidenziali prima delle legislative, hanno segnato più di quanto non

si creda l'evoluzione dell'ordinamento francese. I quattro turni elettorali a distanza di poche settimane hanno reso trasparente e privo di ambiguità il ruolo del Presidente come leader della maggioranza parlamentare finendo così col portare i turni a sei, includendo cioè il ricorso alle primarie presidenziali. Se il Presidente è a tutti gli effetti leader di partito, fuori da qualsiasi retorica gaulliana di *rassembleur* del Paese intero, è difficile resistere all'obiezione democratica di una selezione larga che subentri a quella di partiti con una base militante molto ristretta.

Da questo punto di vista la scelta del Partito Socialista di procedere a primarie aperte nel 2011 si è presentata come un precedente persuasivo per qualsiasi forza di opposizione a vocazione maggioritaria con più di un candidato competitivo. Nel caso in questione il centrodestra aveva sia la volontà di preparare l'alternanza presidenziale come il Ps nel 2011/2012 sia di evitare che Sarkpzy si imponesse come candidato. Restava però il problema dello schieramento che esprime l'uscente. In genere, nelle varie esperienze comparate, anche se non negli Usa, se il suo livello di approvazione è ancora alto o comunque tale da farlo ritenere competitivo, non è soggetto a riselezione. Questo era stato il caso di Sarkozy nel 2012, ma non era evidentemente quello di Hollande. Del resto questo era già stato evidenziato dalla sostituzione tutt'altro che rituale e continuista di Primo Ministro tra Ayrault e Valls nell'aprile 2014: con essa, per rimediare ai problemi di consenso, Hollande aveva chiaramente privilegiato una linea di socialismo liberale fino lì decisamente minoritaria nel Ps francese. I nuovi ritmi del quinquennato sarebbero infatti tali dal dissuadere il Presidente dal procedere a ricambi di Primo Ministro, essendo del tutto evidente che è comunque il Presidente il soggetto forte della diarchia. Chirac sostituì Raffarin con Villepin nel maggio 2005 solo per dare una qualche risposta alla sconfitta al referendum sul Trattato di Lisbona, mentre Sarkozy mantenne Fillon per tutta la legislatura.

La sostituzione tra Valls e Cazeneuve appare il prodotto di una singolare eterogenesi dei fini: il Ps pensa originariamente alle primarie per il gennaio 2017 solo come strumento di pacifica rilegittimazione di Hollande. Tuttavia vari elementi imprevisti, come il successo di Fillon e non di Sarkozy in quelle del centrodestra del novembre 2016, e l'uscita dal Governo del giovane ministro dell'economia Macron in campo come indipendente, spiazzano la ricandidatura di Hollande. A quel punto

l'uscente deve rinunciare e il candidato naturale diventa Valls proprio per le ragioni per le quali era stato scelto a suo tempo come Primo Ministro. La candidatura alle primarie preclude sostanzialmente la prosecuzione a Matignon (sia per i problemi pratici di gestione della campagna sia per non dare l'impressione di utilizzare la carica istituzionale a fini personali) e ciò impone il tempestivo ricambio con Cazeneuve.

A prima vista, al di là di questa eterogenesi dei fini, di primarie indette per confermare un candidato che poi rinuncia a presentarsi, tutto, esattamente come nel Regno Unito, sembra funzionare: la crisi è rapida e sostanzialmente indolore, qui per di più a fine legislatura, il candidato è competitivo, il sistema post-2002 si arricchisce delle primarie che rivitalizzano le forze politiche portando a votare quattro milioni e mezzo per le sole primarie del centrodestra e forse più di un milione anche per quelle della maggioranza di governo.

Tuttavia al di sotto di questa apparente tranquillità e della convinzione che il doppio meccanismo maggioritario di Presidenziali e legislative sia un potente argine anti-estremisti e anti-frammentazione, è obiettivamente difficile non vedere alcuni seri scricchiolii: per la prima volta dal 1965 è probabile, anche se non scontato come appare oggi, prevedere sin dall'inizio che un candidato di matrice estremista arrivi al ballottaggio. Non vale più di tanto il paragone col 2002: allora si trattò di una sorpresa per certi versi casuale, dovuta sia alla coabitazione quinquennale lunga che aveva fatto percepire una riduzione di distanze tra centrodestra e centrosinistra e anche di una tattica suicida di Jospin che aveva moltiplicato le candidature a sinistra per riunificare meglio al ballottaggio. Le Pen padre era arrivato al ballottaggio col 16,9% dei voti validi, con una sorta di sorpasso in discesa. Qui invece stiamo parlando di una tripolarizzazione che pare abbastanza stabile, con Le Pen figlia stabilmente sopra il 20%. Rilevanti anche le conseguenze di lungo periodo di un ballottaggio di questa natura: la convergenza al secondo turno di una parte decisiva degli elettori di centrodestra e di centrosinistra sul candidato alternativo a Marine Le Pen, pur ragionevolmente vincente, sarebbe forse tale da stabilizzare un bipolarismo di tipo nuovo, sistema contro anti-sistema. Anche qui non vale il paragone con il 2002: allora Le Pen padre prese al ballottaggio solo il 17,8% e pertanto era ragionevole attendersi, superata quella parentesi, il ripristino del bipolarismo

tradizionale. Qui invece nessuna delle odierne previsioni attribuisce al candidato del 'sistema' più del 60% dei voti al secondo turno. Può funzionare bene un sistema in cui la seconda forza è stabilmente di matrice estremista ed in cui la terza è solo una debole alleata della prima?

4. – *L'Italia post-referendum: crisi breve, ma regole incerte e quadri-polarizzazione emergente* – Nella vita recente del secondo sistema dei partiti, dal 1994 ad oggi, la recente crisi non appare in sé particolarmente preoccupante e non solo per la sua breve durata.

Le precedenti crisi in corso di legislatura furono almeno in metà dei casi ben più lunghe e tormentate.

Si partì per l'appunto con due casi ben diversi. Il Governo Dini giurò il 17 gennaio 1995, mentre Berlusconi si era dimesso il 22 dicembre 1994 e il cambiamento avvenne con un capovolgimento di maggioranza (restò solo la Lega mentre si aggiunse il centrosinistra). Nella legislatura successiva Prodi si dimise il 9 ottobre 1998, mentre d'Alema giurò il 21 ottobre con un cambiamento parziale di maggioranza (uscì Rifondazione ed entro l'Udr di Mastella e Cossiga).

Qui troviamo però anche due precedenti analoghi a quello odierno. Il successivo D'Alema 2 fu tempestivo: alle dimissioni del 18 dicembre 1999 fece riscontro il giuramento di quattro giorni dopo; a differenza di oggi vi fu però qualche assestamento di maggioranza con l'ingresso di Democratici e Udeur sorti nel frattempo (il secondo come evoluzione dell'Udr). Sia tempismo sia continuità vi furono nel passaggio tra il D'Alema 2 che si dimise il 19 aprile 2000 e l'Amato 2 che giurò il 26 aprile. Analoga nella legislatura successiva la vicenda del passaggio, con continuità di maggioranza, dal Berlusconi 2, dimessosi il 20 aprile 2005, al Berlusconi 3, che giurò il 23 aprile.

Il caso del Governo Monti si pone a metà strada, perché la maggioranza cambiò (uscì la Lega ed entrò il centrosinistra nonché l'Udc), ma in tempi brevi: dimissioni di Berlusconi il 12 novembre 2011 e giuramento il successivo giorno 16.

Tempi brevi con continuità di maggioranza segnarono poi il passaggio da Letta (dimissioni 14 febbraio 20149 e Renzi (giuramento 22 febbraio).

Qui però gli elementi di preoccupazione strutturale, a ben vedere, sono persino maggiori dei due casi precedenti. Il primo è l'incertezza sulle regole elettorali, che invece sono ben salde nel Regno Unito e in Francia e che, per di più, sembrano tendere inerzialmente verso sistemi proporzionali debolmente selettivi. Una tendenza che finisce col ratificare le spinte spontanee alla frammentazione in un quadro di culture politiche ben diverso da quello delle appartenenze stabili del primo sistema dei partiti. In quel contesto sistemi debolmente selettivi si limitavano a fotografare un quadro statico, mentre oggi forme analoghe potrebbero preludere a effetti di sistema fortemente disgregativi. Al momento il panorama sembra concentrarsi su una sostanziale quadripartizione tra due forze grandi (Pd, M5s) e due medie (Fi, Lega Nord). Il secondo elemento di preoccupazione è dato dagli esiti più probabili di equilibri nelle due Camere che escono dal referendum confermativo come immutate, dotate entrambe del potere fiduciario, nonostante la forte diversità delle loro basi elettive, con l'esclusione dei 18-25 enni al Senato. Tali esiti si possono ricondurre in sostanza a due: mancanza in almeno una delle due assemblee di una qualsiasi maggioranza; sviluppo di un bipolarismo di tipo nuovo, analogo a quello francese con analoghi problemi di lungo periodo e maggiori dubbi sulla reciproca consistenza delle forze, tra polo pro-sistema ed antisistema. A questa frammentazione dei partiti rischia di aggiungersi peraltro quella interna ai partiti col probabile uso del voto di preferenza sia al Senato (addirittura su scala regionale) sia per larga parte della Camera, in presenza di partiti e correnti molto meno strutturati di quanto non fossero prima del 1993, quando peraltro le preferenze erano utilizzate solo alla Camera.

4. – *Ad ulteriore complicazione…la crisi europea* – Se agli elementi precedenti di problematicità dei contesti nazionali (in Italia più forti che altrove) aggiungiamo anche l'incertezza sull'avvenire delle istituzioni dell'Unione europea (in un quadro di estrema debolezza sia della Commissione sia del Parlamento, nonostante la legittimazione diretta del suo Presidente sperimentata nel 2014) il quadro si presenta a tinte ancora più fosche con i fattori di crisi che si cumulano. Un rilancio del processo di unificazione europea avrebbe infatti bisogno in ciascuna delle tre democrazie più grandi rimaste nella Ue (Francia, Germania e Italia) di esecutivi

autorevoli e non divaricati, sia di coalizione analoga a quella che governa le istituzioni europee sia più ristretta rispetto ad essa. Che si produca però un effettivo allineamento dei tre pianeti in questione appare più il prodotto, al momento, dell'ottimismo della volontà più che del pessimismo della ragione, soprattutto per l'Italia.

ISSN 2037-6677	2016/4

La riforma costituzionale in Armenia

The constitutional reform in Armenia

Nausica Palazzo

Abstract

The present article deals with the constitutional reform enacted in Armenia on December 2015. The paper purports to highlight both the new framework for fundamental rights and liberty, and the transition from a semi-presidential to a parliamentary government, including the recently enacted electoral law. Its final aim is to show how the structure and functioning of the party system risks to impair the most significant changes that the reform could bring about.

Tag: Armenia, constitution, reform, parliamentary, government

ISSN 2037-6677

La riforma costituzionale in Armenia

di Nausica Palazzo[1]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Breve cronistoria dei passaggi della riforma costituzionale. – 3. Armenia in contesto: gli eventi storici di rilevanza costituzionale. – 4. Un nuovo quadro dei diritti e delle libertà. – 5. Le modifiche all'assetto istituzionale della Repubblica di Armenia e le ricadute sul piano dei diritti. – 5.1. La forma di governo e la riallocazione del potere nel triangolo istituzionale. – 5.2. Sistema dei partiti e formula elettorale. – 5.3. Potere giudiziario e Corte costituzionale. – 6. Conclusioni.

1. – Introduzione

Il 6 dicembre 2015 il popolo armeno ha approvato una ambiziosa riforma costituzionale. Il Parlamento ha riscritto interamente il Capo destinato alla disciplina dei diritti e delle libertà fondamentali. Anche la parte istituzionale è stata oggetto di incisive modifiche, derivanti, in particolare, dall'introduzione di una forma di governo parlamentare in luogo della precedente forma di governo semipresidenziale.

[1] Il presente articolo è aggiornato all'1 luglio 2016, data in cui è stato sottoposto a referaggio

Si procederà nel seguente modo: prima si ripercorreranno le tappe fondamentali della riforma; poi si analizzeranno, in due parti distinte, il nuovo quadro in materia di diritti e libertà fondamentali e le modifiche alla parte istituzionale della Costituzione. La parte relativa ai diritti sarà preceduta dalla ricostruzione degli eventi storici che più hanno segnato la storia armena, condizionando anche la formulazione di alcune disposizioni presenti nel nuovo testo (l'occupazione ottomana, il genocidio, l'invasione sovietica); quindi si procederà con un'analisi di dettaglio delle disposizioni concernenti: i) i diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino; ii) i diritti sociali e le libertà economiche. Infine, le modifiche della parte istituzionale saranno affrontate analizzando la redistribuzione del potere tra Presidente della Repubblica, Capo del Governo, Assemblea (c.d. triangolo istituzionale); il sistema partitico e le modifiche introdotte in tema di legge elettorale; il "nuovo" Potere giudiziario e le funzioni della Corte costituzionale.

Conviene precisare sin d'ora che l'ordinamento armeno presenta una serie di singolarità che suggeriscono prudenza nell'approcciarvisi. Oltre ad essere un'enclave religiosa e culturale nello spazio caucasico, l'Armenia presenta un'indiscussa unicità dal punto di vista linguistico: pur avendo subito l'influenza del greco, del persiano e delle altre lingue caucasiche, l'armeno è l'unico idioma a far parte dell'omonimo ramo delle famiglie indoeuropee.

Da un punto di vista più strettamente giuridico e politologico, l'Armenia è attualmente considerata ciò che si definisce un semi-consolidato regime autoritario[2] o una "managed democracy" (*upravlyayemaya demokratiya*), definizione introdotta dalle autorità russe negli anni Duemila per connotare le democrazie ex-sovietiche dotate di un apparente pluralismo istituzionale (in realtà "manovrato" dalle autorità al potere)[3]. Nella classificazione di Carothers, rientra in quella "zona grigia" in cui l'Autore colloca Paesi, pur non esplicitamente qualificabili come autoritari, in cui vi è un potere politico forte e accentrato nelle mani del Presidente[4]. In una simile

[2] A. Iskandaryan (2013), *'Armenia', Nations in Transit*, Freedom House report, available at the following URL: <www.freedomhouse.org/report/nations-transit/2013/armenia#.VaZpOk1OW72>, [last accessed 15 Feb. 2016].
[3] T.J. Colton - M. McFaul (2003), *Popular Choice and Managed Democracy: The Russian Elections of 1999 and 2000*, Washington, DC: Brookings Institution Press.
[4] T. Carothers (2002), *The End of the Transition Paradigm*, 2 Journal of Democracy 9.

direzione, si muove, infine, la classificazione di Diamond, secondo cui l'Armenia sarebbe inquadrabile tra gli "ambiguous regimes"[5], assieme a Georgia e Ucraina.

Si tratta, in definitiva, di un ordinamento insidioso per il comparatista, disseminato (invero non diversamente da altri ordinamenti) di crittotipi. Si segnala in promo luogo il crittotipo di derivazione sovietica, su cui vi sarà modo di soffermarsi, mitigato da tutta una serie di elementi non verbali di derivazione cristiana. La forte influenza del pensiero cristiano, dimostrata dalla proclamazione costituzionale della Chiesa apostolica armena quale religione di stato e da tutta una serie di guarentigie e privilegi ad essa garantiti, differenzia nettamente l'Armenia dalle restanti esperienze post-sovietiche.

Tale precisazione naturalmente non intende sollevare l'autore dalla responsabilità di ciò che scrive, ma vuole chiarire sin da subito che uno studio della riforma costituzionale armena dovrà tenere conto di una serie di singolarità di contesto che avranno un peso preponderante rispetto al testo normativo, e non una funzione di mero ausilio.

2. – Breve cronistoria dei passaggi della riforma costituzionale

La revisione totale della Costituzione ha seguito il procedimento indicato dall'art. 111 della Costituzione del 2005. Sia le leggi di revisione che l'adozione di un nuovo testo devono essere sottoposte a referendum, su iniziativa del Presidente della Repubblica o dell'Assemblea nazionale (referendum confermativo obbligatorio). La decisione di indire il referendum spetta al Presidente. L'intervento necessario del Parlamento può collocarsi a monte o a valle, in forma di proposta o approvazione dell'iniziativa presidenziale, in ambo i casi votata a maggioranza assoluta. Se il Presidente presenta obiezioni o osservazioni, l'Assemblea è tenuta ad approvare, in seconda votazione, il testo a maggioranza dei due terzi.

Il procedimento di riforma della Costituzione prende le mosse da un atto formale del Presidente della Repubblica Serj Sargsyan (iniziativa presidenziale). Il 4

[5] L. Diamond (2002), *Thinking about Hybrid Regimes*, 2 Journal of Democracy 30.

settembre 2013 questi ha nominato con proprio decreto[6] una Commissione speciale per le riforme costituzionali, con il compito di redigere un progetto di revisione della Costituzione. L'allora vigente Costituzione del 1995, già revisionata nel 2005, è stata infatti integralmente rimpiazzata da un nuovo testo composto da 220 articoli (in luogo dei 117 precedenti); tra questi, solo i primi due articoli sono rimasti invariati.

La Commissione, in particolare, ha licenziato la proposta di riforma il 21 agosto 2015; di qui, ottenuto l'approvazione del Presidente; successivamente, su proposta dell'Assemblea nazionale, che ha approvato la riforma il 5 ottobre 2015, il Presidente ha indetto un referendum nazionale confermativo, calendarizzato al 6 dicembre 2015.

Ai fini della validità del referendum era previsto un quorum pari a un quarto del numero degli aventi diritto al voto. Tale quorum è stato ampiamente raggiunto in occasione delle consultazioni, durante le quali si è recato al voto più del 63 per cento degli elettori. Con il 50,51 per cento di "sì" il popolo armeno ha dunque approvato la riforma costituzionale. La nuova Costituzione è stata pubblicata il 21 dicembre 2015 sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica di Armenia (*Pashtonakan Teghekagir*) ed è entrata in vigore il giorno successivo[7]. L'esito referendario è ormai incontrovertibile, essendo decorso il termine entro il quale presentare ricorso dinanzi alla Corte costituzionale[8].

Non sono mancate, tuttavia, denunce di gravi irregolarità da parte di organizzazioni internazionali (intimidazioni nelle sedi elettorali, sostituzioni di

---

[6] I decreti presidenziali, in base alla Legge della Repubblica armena sule fonti giuridiche, sono inseriti nella gerarchia delle fonti al di sotto della Costituzione, delle leggi del Parlamento e delle pronunce della Corte costituzionale, e vi si può far ricorso soltanto nei casi e nei limiti previsti dalla Costituzione. Si tratta di una gerarchia che potremmo definire «onnicomprensiva». Essa contempla al suo interno non solo gli atti che inquadreremmo come atti normativi in senso stretto, ma anche le pronunce dei giudici, della Corte costituzionale, gli atti delle persone giuridiche, delle associazioni e degli enti pubblici. La Legge sulle fonti giuridiche è reperibile (in lingua inglese) al seguente URL: <www.translation-centre.am/pdf/Translat/HH_orenk/Legal_Acts/Legal_Acts_en.pdf> [ultimo accesso: 4 feb. 2016].

[7] Per una cronologia ancor più dettagliata si veda: M. Mazza - C. Filippini, *Tendenze del costituzionalismo eurasiatico post-sovietico: il caso armeno*, in DPCEonline, n. 4, 2015, 16 ss.

[8] Termine peraltro assai breve, di cinque giorni *ex* art. 73, par. 3 della «Legge della Repubblica di Armenia sulla Corte costituzionale» del primo giugno 2006. Il testo della legge è reperibile al seguente URL in lingua francese: <www.concourt.am/english/law_cc/law_%20cc_fr.pdf> [ultimo accesso 4 feb. 2016].

persona, falsificazione di verbali e manipolazioni tali da consentire l'esercizio del diritto voto ad elettori defunti)[9].

3. – Armenia in contesto: gli eventi storici di rilevanza costituzionale

Alcune delle disposizioni contenute nei primi tre capitoli rivestono un ruolo centrale nell'economia della Costituzione e sono il precipitato di alcuni eventi storici. La storia costituzionale armena è infatti legata a doppio filo ad eventi quali l'occupazione ottomana, i tragici avvenimenti che nel 1915 diedero luogo al genocidio armeno perpetrato dalla Turchia, l'appartenenza dal novembre 1920 – anno dell'invasione dell'Armata rossa – alla Russia, poi Unione sovietica, e la storica contesa della striscia di territorio azerbaigiano Nagorno-Karabakh[10].

L'Armenia è il primo Paese ad aver adottato la religione cattolica come religione ufficiale, nel 301 d.C., e, più in generale, la culla di una tra le più antiche comunità cristiane al mondo. Dal XV al XX secolo, il sistema delle *millet* adottato dagli ottomani ha consentito lo sviluppo della religione cattolica e della Chiesa apostolica armena[11], grazie a un sistema di protezione che esentava "formalmente" le religioni cattolica ed ebraica dalla persecuzione cui le altre comunità religiose andarono

[9] European Platform for Democratic Elections (2015), *Preliminary statement on the conduct of the Constitutional Referendum. Citizen Observer Initiative and European Platform for Democratic Elections*, available at:
<www.epde.org/tl_files/EPDE/EPDE%20PRESS%20RELEASES/Armenia%20COnstit%20Ref_Statement%207%20Dec_Fin_EN.pdf> [last accessed 4 Feb. 2016].

[10] La contesa del Nagorno-Karabakh è un conflitto armato tenutosi nella piccola enclave del Nagorno-Karabakh, nel sud-ovest dell'Azerbaigian, svoltosi tra il 1992 e il 1994. Ivi, la popolazione a maggioranza etnica armena, con il sostegno dalla Repubblica Armena, facendo leva sulla legge dell'Urss allora vigente, proclamò la nascita della Repubblica del Karabakh Montagnoso. Al momento dell'ultima revisione del presente scritto, il conflitto nella striscia del Nagorno-Karabakh ha subito una forte recrudescenza. In occasione degli scontri almeno 70 soldati armeni hanno perso la vita. Per una panoramica sulle origini e lo sviluppo del conflitto, v. N. Ronzitti, *Il conflitto del Nagorno Karabakh e il diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2014. V. anche S. Jesperson (2013), *Ethnicity, Nationalism and Conflict in the South Caucasus. Nagorno-Karabakh and the Legacy of Soviet Nationalities Policy*, 65(1) Europe-Asia Studies 160-162; C. Tokluoglu (2011), *The Political Discourse of the Azerbaijani Elite on the Nagorno-Karabakh Conflict (1991–2009)*, 63(7) Europe-Asia Studies 1223-1252.

[11] La Chiesa apostolica armena appartiene alle Chiese ortodosse orientali, ovvero alle Chiese che accettarono i concili ecumenici fino al terzo (Nicea, Costantinopoli ed Efeso), con esclusione dunque del quarto: il Concilio di Calcedonia del 451 d.C.

incontro[12]. Si comprende dunque la proclamazione della Chiesa apostolica armena come chiesa di Stato in Costituzione (art. 18)[13] – la cui missione esclusiva fu evidenziata per la prima volta nella Costituzione emendata del 2005 – e lo status speciale ad essa accordato per il tramite della Legge sulla libertà di coscienza[14]. In particolare, tra i privilegi riconosciuti alla Chiesa apostolica armena, rientrano: il riconoscimento di effetti giuridici alla (sola) cerimonia nuziale cristiana, la previsione della facoltà di istituire una rappresentanza permanente della stessa presso ospedali, scuole, penitenziari etc. (a differenza delle altre commissioni, per le quali l'esercizio della facoltà è subordinata a una istanza), il complessivo riconoscimento del ruolo morale e pedagogico della Chiesa, quale istituzione fondativa dell'identità nazionale e dell'eredità culturale del Paese, l'esenzione dall'obbligo di registrazione cui le altre confessioni religiose sono soggette[15].

Parimenti, i fatti del 1915, passati alla storia come genocidio degli armeni[16] – il "grande male" (*medz yeghern*) –, offrono elementi di interpretazione delle disposizioni costituzionali che racchiudono aspirazioni pan-nazionali, nell'intento di tenere unita la Nazione armena, che la diaspora ha sanguinosamente diviso. È in questa ottica che vanno letti l'art. 19 della vigente Costituzione, nella parte in cui proclama un solenne legame con la diaspora e un impegno a «facilitare il ritorno in patria»; e l'art. 47, par. 3 e 4, nella parte in cui riconoscono in capo agli individui di etnia armena un diritto soggettivo ad acquisire la cittadinanza dal momento in cui stabiliscono la residenza in Armenia, e prevedono che «gli individui di etnia armena acquisisc[a]no la cittadinanza … attraverso una procedura semplificata prescritta dalla legge». La formulazione è assai più articolata della precedente: l'art. 11, par. 2 la Costituzione del 2005 riconosceva, infatti, il solenne legame con la diaspora e il fine della conservazione dei valori storici e culturali degli armeni residenti in altri Stati, senz'altro aggiungere.

---

[12] K.H. Karpat (2002), *Studies on Ottoman Social and Political History: Selected Articles and Essays,* Leiden: Brill. Si noti che il sistema delle *millet* non impedì all'Impero di perpetrare persecuzioni nei confronti del popolo armeno.

[13] Già art. 8.1, par. 2 della Costituzione del 1995.

[14] Legge concernente la libertà di coscienza e le comunità religiose del 17 giugno 1991, nel testo consolidato risultante dagli emendamenti adottati nel 1997 e 2001.

[15] J. Temperman (2010), *State-Religion Relationships and Human Rights Law: Towards a Right to Religiously Neutral Governance*, Leiden: Brill, 46 f.

[16] M. Flores, *Il genocidio degli armeni*, Bologna, Il Mulino, 2007.

La fase di dominio del potere sovietico contrassegna un'ulteriore, essenziale parentesi storica (semmai di parentesi possa parlarsi). Si è già avuto modo di segnalare il crittotipo di derivazione sovietica. Questo è rinvenibile, in particolare, nell'accentuazione del ruolo del Presidente e in una tendenza al centralismo democratico, da intendersi come un approccio del partito di maggioranza improntato alla "libertà di discussione, unità d'azione", favorita dall'essersi tali partiti sviluppati intorno a una figura carismatica. La torsione in senso presidenzialista-plebiscitario, retaggio sovietico presente nella totalità delle Repubbliche della CSI (ad eccezione della Moldavia)[17], spiegherà una forte incidenza sulla forma di governo e di Stato.

Più in generale, nell'area caucasica ed ex URSS, l'eredità sovietica ha continuato ad esercitare un peso formidabile sulla disciplina dell'assetto delle istituzioni statali, assai più che altrove[18]. Ad esempio, i Paesi dell'Europa centrale (con esclusione quindi dei Paesi baltici), pur rientranti per lungo tempo nella sfera d'influenza dell'URSS, sono riusciti ad affrancarsi – prima e più – da tale pesante eredità storica; mentre per i Paesi della Comunità degli Stati indipendenti (CSI)[19] l'affrancamento si è mostrato più faticoso. Ciò per due ordini di ragioni: a differenza dei primi, i Paesi appartenenti alla CSI non hanno goduto di un periodo di indipendenza prima di essere attirati nell'orbita dell'URSS; in secondo luogo, tali Stati non hanno sperimentato un'economia di mercato, se non in misura assai limitata[20].

Il legame con la Russia è oggi più che mai evidente, in particolare, in ambito economico (si segnala la dipendenza energetica dalla Russia, che detiene per mano di Gazprom l'80 per cento delle infrastrutture energetiche in Armenia, cui si aggiunge il

---

[17] C. Filippini, *L'evoluzione costituzionale delle repubbliche dell'ex URSS*, in S. Bartole - P. Grilli di Cortona (cur.), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale : èlites, istituzioni e partiti*, Giappichelli, Torino, 1998, 119.

[18] Per alcuni cenni sulla transizione delle Repubbliche ex-sovietiche v. J. Massias, *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, Presse Universitaire de France, coll. Droit fondamental, Droit politique et théorique, Paris, 1999, 19 ss.

[19] A oggi fanno parte della CSI: Armenia, Azerbaigian, Russia, Kazakistan, Kirghizistan, Moldavia, Russia, Tagikistan, Turkmenistan, e Uzbekistan, a seguito del ritiro di Georgia e Ucraina.

[20] C. Filippini, *Le riforme costituzionali nelle repubbliche della CSI successive all'adozione delle prime costituzioni postsovietiche: una democratizzazione impossibile*?, in A. Di Giovine - S. Sicardi (cur.), *Democrazie impossibili*, Atti del Convegno dell'Associazione DPCE, Torino, Università degli Studi, 29 marzo, 2002, 307.

controllo più che maggioritario nel settore bancario, dell'aviazione, etc.) [21], sugellato dall'ingresso dell'Armenia nell'Unione economica euroasiatica[22].

Per quanto riguarda più nel dettaglio la transizione del Paese, la dichiarazione di indipendenza del 1991 è stata sottoscritta con l'intento, da una parte, di sviluppare i valori democratici della prima Repubblica indipendente (fondata il 28 marzo 1918) e, dall'altra, di ripristinare una giustizia storica lungamente denegata[23]. Alla base dello Stato vi sono conseguentemente obiettivi di costruzione e di conservazione: la costruzione della nuova entità nazionale non può prescindere dalla preservazione della memoria storica – anche se sarebbe più corretto parlare di "affermazione" di una memoria storica attraverso la sua narrazione, a causa della politica di negazionismo perseguita da alcuni Paesi (*i.e.*, la Turchia).

Ottenuta l'indipendenza nel 1991, gli sforzi del costituente e del legislatore si indirizzavano verso l'emancipazione del sistema giuridico dal modello di stampo sovietico. Se sulla carta la transizione è terminata, non vanno taciuti gli iniziali problemi di successione delle leggi nel tempo e di uso strumentale da parte del Governo di leggi sovietiche (vigenti prima della proclamazione dell'indipendenza) per la compressione di alcune libertà fondamentali[24]. La portata di tale transizione si mostrava sin da subito enorme in estensione, poiché il collasso del comunismo non segnava semplicemente il crollo di un sistema economico e giuridico, ma ancor più e ancor prima di un *Lebenswelt*, di un vero e proprio stile di vita[25]. Si potrebbe quasi immaginare l'attuale ordinamento come un corpo soggetto a trazione, esposto in altre parole all'esercizio di forze divergenti: da una parte le ineluttabili ragioni della modernizzazione, che hanno ispirato la riforma costituzionale, e dall'altra le

[21] J. Nixey, *The Long Goodbye: Waning Russian Influence in the South Caucasus and Central Asia*, Chatam House Breefing Paper, VI, 2012, 5.

[22] Sulla genesi dell'Unione economica euroasiatica v. M. Ganino, *Introduzione*, in C. Filippini (cur.), *La Comunità di Stati Indipendenti a più di venti anni dalla dissoluzione dell'Urss*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, 16 ss.

[23] La Dichiarazione d'indipendenza è disponibile in lingua francese al seguente URL: <www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=2602&lang=frn> [ultimo accesso 23 feb. 2016].

[24] S. Khachatryan (2007), *Problematic Issues Concerning the Freedom of Association and Group/Collective Rights in the Republic of Armenia*, 3 Brigham Young University Law Review 639-664.

[25] S. Avineri (1998), *On Problems of Transition in Postcommunist Societies*, 19 Cardozo Law Review 1934. In maniera non dissimile anche la Georgia, l'Ucraina e il Kygyrstan hanno incontrato numerose difficoltà nell'implementazione di riforme, costituzionali e di attuazione costituzionale, di ispirazione occidentale.

invincibili forze della tradizione, che ben si comprendono analizzando la storia del Paese.

4. – Un nuovo quadro dei diritti e delle libertà

Tra le due disposizioni rimaste invariate spicca l'art. 1, ai sensi del quale «[l]a Repubblica di Armenia è uno stato di diritto, sovrano, democratico e sociale». Il riferimento al carattere sociale dello Stato è tutt'altro che scontato, dal momento che rappresenta una anomalia nel contesto delle Repubbliche ex-sovietiche, ove si è preferito evitare l'uso del lemma "sociale" per sbarrare la strada a qualsiasi nostalgica rievocazione dello Stato socialista[26].

Nella parte dedicata all'enunciazione dei diritti fondamentali è evidente quella inevitabilità del diritto comparato – e della conseguente circolazione dei modelli – di cui oggi si parla[27]. Il prodotto di tale comparazione è facilmente riscontrabile ad esempio nelle "generic provisions"[28], ossia in quelle disposizioni presenti nella quasi totalità delle Costituzioni. Verificare l'esistenza delle disposizioni generiche significa predicare l'esistenza di una grammatica costituzionale comune, di cui oggi è davvero difficile negare l'esistenza, quantomeno sulla carta.

L'Armenia accetta tale grammatica sin dall'indipendenza. La nuova Costituzione conferma le disposizioni c.d. generiche concernenti la libertà di espressione, la libertà di religione, i diritti proprietari, la clausola di uguaglianza[29]; nonché la libertà di riunione e associazione, il diritto alla riservatezza, la libertà da detenzione e arresto arbitrari[30].

---

[26] Un'altra vistosa eccezione, assieme all'Armenia, alla tendenza a omettere i riferimenti allo Stato sociale si ritrova nei testi costituzionali di Kazakhstan, Ucraina e Bielorussia.
[27] M. Tushnet (2009), *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, 49 Virginia Journal of International Law 987.
[28] D.S. Law - M. Versteeg (2011), *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism,* 99 California Law Review 1199.
[29] Le disposizioni citate, secondo il censimento degli Autori sono presenti, al 2006, in almeno il 97 per cento delle Costituzioni scritte. Cfr. *Ibidem*, 1200.
[30] Le disposizioni citate sono presenti, al 2006, in almeno il 90 per cento delle Costituzioni scritte. Cfr. *Ibidem*, 1200.

Nella specie, la nuova Costituzione dedica i primi 22 articoli all'enumerazione delle «Fondamenta dell'ordine costituzionale», tra le quali rientrano la dignità dell'individuo, il suo corredo di diritti e libertà fondamentali, la separazione dei poteri, la garanzia dell'autonomia locale, il pluralismo ideologico e il sistema multipartitico, la tutela della religione e della famiglia, la protezione della patria da attacchi all'integrità del territorio, e tutta una serie di simboli nazionali, incluso il «legame con la diaspora armena».

Il Capitolo 2, dedicato alla descrizione analitica dei diritti e delle libertà fondamentali e dei diritti civili, presenta un chiaro influsso del costituzionalismo di derivazione occidentale, veicolato anche dalla rinnovata partecipazione del Consiglio d'Europa (Commissione di Venezia) alla redazione del progetto di riforma. In particolare, sin dal 2013, anno dell'insediamento della commissione specializzata per le riforme costituzionali in Armenia, la Commissione di Venezia ha emanato sei pareri sulle rispettive versioni del "concept paper" e del disegno di riforma della Costituzione. La partecipazione della Commissione ha avuto il merito di aumentare la pubblicità del procedimento di riforma e di accendere su di questo i riflettori della comunità internazionale. Essa è inoltre stata di pungolo al miglioramento del *drafting* e il contenuto sostanziale di numerose disposizioni costituzionali, anche se non di rado le sue raccomandazioni sono risultate disattese (ad es., in materia di requisiti di residenza per ottenere l'elettorato attivo ovvero di riconoscimento in capo alla Corte costituzionale del potere di invalidare il risultato elettorale).

La sezione dedicata ai diritti, si noti, non è semplicemente emblematica della circolazione di modelli giuridici. Sembrerebbe piuttosto il prodotto di un trapianto, talora meccanico[31], di analoghe disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, della Carta di Nizza e dell'*acquis* della Corte europea dei diritti dell'uomo[32].

---

[31] Appella Institute for Policy Analysis and Dialogue (2015), *Opinion on Constitutional Reforms in Armenia*, 4, available at the following URL: <http://apellainstitute.org/wp-content/uploads/2015/11/Opinion-on-Constitutional-Reforms-Apella-Institute-English.pdf> [last accessed 3 Mar. 2016].

[32] Un esempio significativo in tal senso è l'introduzione del diritto al servizio civile in alternativa alla leva militare (e in esito all'esercizio dell'obiezione di coscienza): «Paragraph 3 of Article 40 provides a constitutional guarantee to the right to alternative service. This is an outstanding way of securing the implementation of the case of Bayatyan v. Armenia7 and has to be praised». Cfr. Venice Commission, *Preliminary Opinion on the Draft Amendments to the Constitution to Chapters 1 to 7 and 10 of*

Un primo allineamento agli standard occidentali in materia era già stato compiuto in occasione della revisione costituzionale "internazionalmente guidata" del 2005, cui aveva preso parte la Commissione di Venezia. Tra le modifiche di rilievo si segnalarono in particolare la centralità attribuita alla dignità dell'uomo nell'art. 3 del Capitolo dedicato alle "Disposizioni fondamentali" e nell'art. 14 del Capitolo sui "Diritti fondamentali e libertà dell'uomo e del cittadino"; l'istituzione dell'Ombudsman a tutela di tali diritti; la innovativa (nell'area geopolitica considerata) elencazione dei casi in cui la legge può limitare la libertà personale sottoponendo un soggetto a detenzione o perquisizione (riserva di legge rinforzata per contenuto)[33].

Assieme all'elencazione dei capisaldi del costituzionalismo occidentale si rinvengono disposizioni salutate positivamente dagli studiosi e dalla Commissione di Venezia, riguardanti, nello specifico, la parità di genere (art. 30), i diritti dei bambini (art. 37)[34], l'obiezione di coscienza rispetto alla leva militare (art. 41), il diritto ad una buona amministrazione (art. 50), il diritto di accesso alle informazioni (art. 51). Ad esse si accompagna una più puntuale elencazione dei diritti da riconoscersi all'imputato e all'indagato, sulla cui formulazione ha evidentemente influito anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Costituzione del 1995, in armonia con i testi costituzionali coevi, racchiudeva importanti disposizioni a tutela del diritto all'ambiente (art. 36), del diritto al riposo (art. 30), del diritto a uno standard di vita «adeguato» ed all'abitazione (art. 31). Il nuovo testo non rinnega le conquiste dell'ultimo ciclo costituzionale, salvo riformulare in termini più angusti il diritto alla salvaguardia dell'ambiente (ora arricchito dell'obbligo ricadente su ciascun cittadino di proteggere le risorse ambientali, ma privato dell'obbligo statale di assicurarne la protezione)[35] ed

---

the Republic of Armenia (Opinion n° 757/2014), 2015, 9, < http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2015)015-e > [last accessed 22 Feb. 2015]. Si segnala inoltre l'influenza della giurisprudenza Cedu nella formulazione dell'articolo 26, in tema di libertà personale.

[33] Su cui: C. Filippini, *La revisione "internazionalmente guidata" della Costituzione della Repubblica di Armenia*, in DPCE, n. 2, 2006, 607-614.

[34] Diritto "avvenieristicamente" inteso come pretesa a che le considerazioni espresse dal bambino siano tenute in debito conto in tutte le scelte che lo riguardano direttamente.

[35] Allo Stato è infatti oggi richiesto semplicemente di promuovere la preservazione delle risorse ambientali. Cfr. Appella Institute for Policy Analysis and Dialogue (2015), *Opinion,* cit., 4.

espungere il diritto a uno standard di vita «adeguato» e all'abitazione[36]; ciò probabilmente in virtù della sfavorevole congiuntura economica. Le principali novità attengono dunque al ridimensionamento dei diritti più spiccatamente sociali, mentre sul versante dei diritti civili e fondamentali della persona si registra uno sforzo di maggiore precisione formale e un'articolazione delle fattispecie maggiormente in linea con i più recenti cicli costituzionali, pur ricalcando a grandi linee i diritti di cui al precedente testo.

Per quanto riguarda il Capitolo dedicato ai diritti sociali ed economici, come anticipato, non si può evitare di notare una "degradazione" di alcuni diritti sociali a pretese condizionate al perseguimento di fini non necessariamente compatibili con la natura di uno Stato che si autoproclama «sociale» (v. art. 1).

Il riferimento è agli articoli 84 e 85 del terzo Capitolo della Costituzione, dedicato agli obiettivi primari della politica statale in materia economica, sociale e culturale, ove il diritto a un'esistenza dignitosa e il diritto all'assistenza sanitaria sono riconosciuti «in armonia con quanto prescritto dalla legge». La formulazione del diritto alla salute non muta, in verità, rispetto alla precedente; tuttavia, si segnala un'apertura del settore sanitario all'iniziativa economica privata, secondo il principio della sussidiarietà orizzontale.

Ancora, gli articoli a tutela dell'inviolabilità della vita privata e familiare, dell'onore e reputazione (art. 31), dell'inviolabilità della dimora (art. 32) e, infine, della riservatezza delle comunicazioni (art. 33) si avvalgono di una riserva rinforzata per contenuto, che inibisce la compressione del diritto, se non al ricorrere di circostanze qualificate. Ebbene, tra le circostanze individuate dalla Costituzione spicca «il benessere economico della Nazione». Nel complesso si segnala l'introduzione del necessario bilanciamento tra diritti sociali e obiettivi del bilancio dello Stato, con particolare riferimento al contenimento della spesa pubblica.

L'apertura ad un'economia più strettamente "di mercato", e non più "sociale di mercato", si evince inoltre dall'art. 59, rubricato «Libertà di iniziativa economica e garanzia della competizione economica». L'articolo, infatti, da un lato ribadisce una riserva di legge per l'introduzione e la regolamentazione del monopolio, dall'altro, al

[36] Parimenti, lo Stato si impegna non più ad assicurare bensì a promuovere la costruzione di abitazioni *ex* art. 86 Cost.

paragrafo terzo, costituzionalizza per la prima volta i fondamentali del diritto antitrust, sancendo il divieto di posizione dominante o di monopolio, il divieto di competizione sleale e il divieto di stipulare intese restrittive. Ciò in armonia con la tendenza a promuovere la concorrenza e la competizione nel mercato, inaugurata all'indomani delle dichiarazioni di indipendenza delle Repubbliche ex-sovietiche.

5. – Le modifiche all'assetto istituzionale della Repubblica armena e le ricadute sul piano dei diritti

L'assetto istituzionale della Repubblica di Armenia è stato toccato ancor più incisivamente dalla riforma. Celebrata come uno dei Paesi post-sovietici più democratici[37], la Repubblica di Armenia ha nei suoi primi anni di vita dimostrato un'adesione formale a molti dei cardini dello Stato di diritto[38]. Ciò è avvenuto soprattutto a causa dell'abnorme concentrazione di potere nelle mani del Presidente della Repubblica e del partito di affiliazione (c.d. *one-party rule*). Nel corso degli anni la Costituzione non è riuscita a porre limiti al potere, e solo in minima parte è riuscita a conformare a se stessa il processo politico. Le cause potrebbero essere molteplici, e necessiterebbero di ulteriore approfondimento. Tra queste si potrebbero far rientrare provvisoriamente, e in primo luogo, le dinamiche del sistema politico-partitico, e, in secondo piano, l'opzione per una forma di governo incline a favorire una concentrazione del potere e una gerarchizzazione degli assetti di governo.

Nei prossimi paragrafi si tenterà di ricostruire la forma di governo armena in chiave diacronica e ripercorrere la riallocazione, operata dalla riforma, del potere all'interno del triangolo istituzionale composto da Presidente della Repubblica, Governo e Parlamento. Si procederà successivamente ad analizzare il sistema

[37] L'Armenia si è infatti dotata nel 2003 di un Codice penale che prevede l'abolizione della pena di morte, e dopo l'adesione al Consiglio d'Europa il 25 gennaio 2001 ha sottoscritto la CEDU e 10 dei suoi Protocolli addizionali. È firmataria inoltre di numerosi Trattati internazionali in tema di protezione dei diritti dell'individuo, quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, la Convenzione sui diritti del fanciullo e nel 2003 diventa infine membro dell'Organizzazione mondiale del commercio.

[38] K.E. Bravo (2007), *Smoke, Mirrors and the Joker in the Pack: On Transitioning to Democracy and the Rule of Law in Post-Soviet Armenia*, 29(3) Houston Journal of International Law 489-580.

elettorale e il sistema dei partiti, per trarne alcune conclusioni provvisorie in tema di democraticità dell'ordinamento, in generale, e di apertura dei processi elettorali, in particolare. L'attenzione sarà infine rivolta al sistema giudiziario e alla Corte costituzionale.

5.1. – La forma di governo e la riallocazione del potere nel triangolo istituzionale

Si tenterà qui di ricostruire in via diacronica la forma di governo dell'Armenia, al fine di chiarire le ragioni per cui si è optato, nel 2015, per una transizione dal regime semipresidenziale originario al regime parlamentare.

In precedenza, a partire dall'indipendenza ottenuta nel 1991, l'Armenia si era dunque dotata di una forma di governo semipresidenziale a tendenza presidenzialista. Al pari di altre realtà post-sovietiche[39], ha difatti subito una forte attrazione rispetto al modello della Repubblica socialista federativa sovietica della Russia (RSFSR), poi Federazione di Russia (FR), affermatosi tra il 1991 e il 1992.

La forma di governo in questione non era direttamente riconducibile al semipresidenzialismo dei Paesi di democrazia classica, e in specie al modello francese[40], andando a configurare un autonomo "tipo" post-sovietico, cui sono riconducibili le forme di governo dei vari Paesi della CSI, inclusa la forma prototipica russa[41]. I riferimenti all'esperienza francese sarebbero al più un canale di legittimazione della supremazia del Presidente[42] (si è parlato in proposito di «une

[39] Per un'analisi sistematica delle forme di governo degli Stati ex-sovietici, v. C. Filippini, *Evoluzione delle forme di governo nelle Repubbliche dell'ex Urss*, in *Id.*, *La Comunità di Stati Indipendenti a più di venti anni dalla dissoluzione dell'Urss*, cit., 105-176; per la forma di governo armena v. in part. 124-128.

[40] Individua le ragioni dello snaturamento del modello francese da parte delle Repubbliche del CSI D. Chalus, *L'importation du droit constitutionnel français par les Etats de la C.E.I.*, in droitconstitutionnel.org, 3-5.

[41] M. Ganino, *Dallo Zar al Presidente*, CUESP, Milano, 1999, 169-170; M. Ganino, *1993/2003. Dieci anni di Costituzione della Russia tra attuazione e modifiche non formali*, in M. Ganino, A. Di Gregorio, C. Filippini, *La Costituzione della Russia a dieci anni dalla sua adozione*, Giuffré, Milano, 2005, 229 ss.

[42] A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e circolazione del modello francese in Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 1997.

importation du droit constitutionnel français soumise à la volonté de légitimer la suprématie présidentielle»[43]).

Il Presidente, in base alla "piccola Costituzione"[44] del 1991, era eletto a suffragio universale diretto e rimaneva in carica sette anni, successivamente ridotti a cinque. In armonia con tale assetto di governo, accanto alla figura del Presidente si prevedeva quella di un Governo legato, quest'ultimo, da un rapporto di fiducia con il Parlamento.[45] Ma ciò che contribuisce maggiormente a distinguere l'esperienza armena da quella francese è il rapporto tra il Presidente e il Primo Ministro. Posto che nella piccola Costituzione del 1991 e nella Costituzione del 1995 si enuncia il potere presidenziale di nomina e revoca del Primo Ministro e di nomina e revoca dei membri del Governo, ecco che la forma di governo sembra avvicinarsi al tipo orleanista o a parlamentarismo duale, caratterizzato dalla doppia dipendenza dell'Esecutivo dal Parlamento e dal Presidente. In Francia il meccanismo della doppia dipendenza è stato, al contrario, abbandonato dai costituenti del '58: non v'è traccia nel testo costituzionale del potere di revoca del Primo Ministro; mentre si ha nella prassi un mero invito del Presidente alle dimissioni.

La figura del Presidente, come si diceva, è stata nei primi anni della Repubblica fortemente influenzata dal tipo sovietico. Se da un lato, infatti, a differenza della maggior parte dei Paesi del CSI, l'Armenia non riconosce inizialmente un potere di annullamento dei decreti normativi dell'Esecutivo, dall'altra si inseriscono tutta una serie di previsioni tali da far inquadrare la forma di governo più correttamente tra le forme "parlamentari con Presidente"[46]. Tra queste rientra certamente il potere illimitato di scioglimento dell'Assemblea[47], il potere di emanare atti normativi aventi forza di legge (al pari di Azerbaijan, Tagikistan, Turkmenistan, Bielorussia, Georgia,

---

[43] D. Chalus, *L'importation du droit constitutionnel français par les Etats de la C.E.I.*, cit., 8.

[44] Definisce la "piccola Costituzione dell'Armenia" la Legge costituzionale sulle basi dell'ordinamento statale indipendente C. Filippini, *La revisione "internazionalmente guidata" della Costituzione della Repubblica di Armenia*, cit., 607.

[45] L.A. Nocera, *L'Armenia diventa una repubblica parlamentare?*, in Diritto pubblico dei Paesi dell'Europa Centro-Orientale, 17.12.2015. Disponibile qui: <http://users2.unimi.it/dirpubesteuropa/2015/12/larmenia-diventa-una-repubblica-parlamentare/> [ultimo accesso 22 lug. 2016].

[46] M.S. Shugart - J.M. Carey (1992), *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics,* Cambridge: Cambridge University Press.

[47] Art. 55, par. 3 della Costituzione armena del 1995.

Uzbekistan, Ucraina, Kazakhstan e Kirghizstan[48]), peraltro in assenza di controfirma ministeriale, il diritto non solo di presiedere ma di convocare le riunioni del Governo, mentre analogo potere è riconosciuto al Primo Ministro solo in caso di autorizzazione presidenziale o richiesta da parte della maggioranza dei ministri, ovvero in caso di incapacità del Presidente a svolgere le sue funzioni[49].

La centralità del ruolo del Capo dello Stato ha subito un'ulteriore rafforzamento nel corso della seconda ondata di revisioni costituzionali che ha interessato buona parte delle Repubbliche del CSI nella seconda metà degli anni '90. Tale rafforzamento è risultato abbastanza evidente in Kazakhstan e Kirghizstan, dove si è recepito il modello russo del Presidente "governante" (il riferimento è al potere di emanare decreti normativi, chiamati *ukazy,* e ordinanze), aggiungendo l'ulteriore potere di emanare decreti con forza di legge su delega del Parlamento[50]. In esito a tale seconda ondata, seppur con differenze di dettaglio, lo sbilanciamento di poteri in favore del Capo dello Stato trovava conferma nella totalità dei Paesi del CSI[51]. In Turkmenistan bisogna aggiungere un ulteriore dato, consistente nell'esservi stato fino al 2013, anno in cui sono svolte le prime elezioni multipartitiche, un partito unico (di derivazione presidenziale) rappresentato in Parlamento (il Partito Democratico).

Nella Repubblica di Armenia, una prima rilevante revisione della forma di governo è avviata nel 1998 dal Presidente Kotcharian. La Commissione istituita da Kotcharian si propone l'obiettivo di eliminare la doppia dipendenza del Governo dal Parlamento e dal Presidente. A tale timida diluizione dei poteri del Presidente e riforma in senso semipresidenziale *à la* francese si opponevano i partiti di minoranza, secondo i quali era più opportuno introdurre una forma di governo parlamentare. Il progetto del Presidente, ad ogni modo, non venne approvato

---

[48] Tuttavia, il potere di emanare atti normative aventi forza di legge in Armenia è limitato dalla subordinazione gerarchica di tali atti alla Costituzione e alle leggi. Così anche Bielorussia, Georgia, mentre Uzbekistan, Ucraina, Kazakhstan e Kirghizstan restringono ulteriormente il dominio di tali atti richiedendo che siano emanati *in esecuzione* della Costituzione e delle leggi.

[49] Art. 68 della Costituzione armena del 1995.

[50] Art. 53, par. 4 della Costituzione del Kazakhstan del 1995 e art. 68, par. 1 della Costituzione del Kirghizstan del 1993, nella versione emendata del 2003.

[51] C. Filippini, *Le riforme costituzionali nelle repubbliche della CSI successive all'adozione delle prime costituzioni postsovietiche: una democratizzazione impossibile*?, in A. Di Giovine - S. Sicardi (cur.), *Democrazie impossibili,* cit., 311.

tramite referendum a causa del mancato raggiungimento del quorum (pari a 1/3 degli elettori registrati)[52].

Nel 2005 Kocharyan riusciva, invece, ad ottenere l'approvazione popolare dell'agognata riforma della Costituzione, necessaria in vista dell'adesione al Consiglio d'Europa. La modifica otteneva, infine, l'avallo della Commissione di Venezia, pur in presenza di forti perplessità manifestate in ordine al riconoscimento di eccessivi poteri al Presidente della Repubblica[53]. Le novità introdotte rafforzavano complessivamente la posizione del Governo e del Parlamento di fronte al Presidente[54]. Se da una parte la cornice istituzionale restava per lo più invariata[55] (si pensi all'istituto della fiducia, alla mozione di sfiducia, alla prerogativa presidenziale di nomina del Primo Ministri), l'operata riduzione delle prerogative presidenziali trovava attuazione attraverso due fondamentali modifiche: l'eliminazione del potere presidenziale di revoca unilaterale del Primo Ministro e dell'illimitato potere di scioglimento dell'Assemblea[56]. Conseguenza patente di ciò era dunque la necessità di nominare un Governo in grado di godere dell'approvazione parlamentare.

Gli emendamenti adottati non sembravano però consentire all'Esecutivo di ritagliarsi una posizione di rilievo nell'edificio costituzionale. L'operato del Governo è stato contrassegnato da una lunga inerzia sotto il profilo della difesa dei diritti umani, vuoi per timore reverenziale nei confronti del Presidente, vuoi per intrinseca incapacità dovuta ai profondi *cleavages* sociali di cui i partiti erano vettore. Anche la prassi applicativa (amministrativa) ha sollevato perplessità. L'introduzione nella Costituzione del 2005 dell'Ombudsman (art. 18), pur avendo consentito la creazione di una figura potenzialmente rilevante nella difesa dei diritti avverso le lesioni perpetrate a ogni livello di governo, non ha mancato di mostrare lacune

[52] P. Gélard, *Élections présidentielles en Arménie*, in *L'actualité constitutionnelle dans la CEI en Mongolie extérieure*, in Revue française de droit constitutionnel, 2003, n° 55, 648.
[53] Venice Commission, *Agreed Conclusions Of the Meetings between the Venice Commission's Working Group And the Representatives of the Armenian Authorities (Yerevan, 2 June 2005)*, in *Second Interim Opinion on Constitutional Reforms in the Republic of Armenia (Opinion no. 313/ 2004)*, 2005, 7 ff.
[54] M. Lorusso, *I processi di democratizzazione in Armenia, Georgia e Azerbaijian: Ordinamento presidenzialista e modelli di sviluppo democratico*, intervento al Convegno ASIAC 2008: Asia Centrale e Caucaso. Percorsi di studio e ricerca, Levico Terme (TN) 27-28 giugno 2008.
[55] D. Petrosyan (2010), *The Political System of Armenia: Form and Content*, 17 Caucasus Analitycal Digest 9.
[56] Lo scioglimento era azionabile solo in ipotesi di mancata approvazione del programma di governo da parte dell'Assemblea, per due volte consecutive, nell'arco di due mesi e nelle altre ipotesi di inerzia qualificata *ex* art. 74, par. 1 Cost.

organizzative e sollevare dubbi circa la sua indipendenza rispetto al Potere esecutivo (stando a quanto riferisce il Consiglio d'Europa)[57].

La maggior quota di potere politico è stata gradualmente concentrata nelle mani del Presidente e delle agenzie esecutive (con la conseguente contemporanea marginalizzazione di Esecutivo e Giudiziario); nel contempo, è andata consolidandosi un'economia politica imperniata sul monopolio. La nascita della Nazione si è basata fin dalle origini sulla razionalizzazione (in senso weberiano) dell'«esclusione» degli attori politici ed economici minori. I confini tra le *élite* politiche e quelle economiche sono divenuti sempre più porosi, da quando noti oligarchi hanno cominciato a ricoprire sistematicamente incarichi parlamentari e governativi[58]. Non stupisce, dunque, che le due principali innovazioni che la riforma intende recare con sé siano un'economia neoliberista e la forma di governo "equilibrata" per eccellenza (quantomeno per tradizione storica): il parlamentarismo.

Lo strapotere del Capo dello Stato, che ha fin dalla nascita caratterizzato la Repubblica, sembra ora andare incontro a un drastico ridimensionamento a seguito del passaggio da una forma di governo semipresidenziale (invero, superpresidenziale[59]) ad una parlamentare.

A seguito della riforma del 2015, il Presidente armeno, "amputato" dei poteri principali e relegato a un ruolo meramente cerimoniale, dovrà confrontarsi con un Esecutivo forte, plasmato sul modello del *Westminster Cabinet Executive*[60]. L'*incipit* del

---

[57] S. Payaslian (2011), *The Political Economy of Human Rights in Armenia: Authoritarianism and Democracy in a Former Soviet Republic*, London: I.B.Tauris, 120.

[58] Sul punto: A. Ishkanian (2015) *Self-Determined Citizens? New Forms of Civic Activism and Citizenship in Armenia*, 67(8) Europe-Asia Studies 1213. Tra tutti, si faccia l'esempio di Abrahamyan, attuale Primo Ministro, noto produttore di vino e *brandy* e proprietario nel 2015 di circa ventiquattro società.

[59] Facciamo qui riferimento alla nozione di superpresidenzialismo stipulata da Micheal Steven Fish: «An apparatus of executive power that dwarfs all other agencies in terms of size and the resources it consumes; a president who enjoys decree powers; a president who de jure or de facto controls most of the powers of the purse; a relatively toothless legislature that cannot repeal presidential decrees and that enjoys scant authority and/or resources to monitor the chief executive; provisions that render impeachment of the president virtually impossible; and a court system that is controlled wholly or mainly by the chief executive and that cannot in practice check presidential prerogatives or even abuse of power». Cfr. M. Steven Fish (2000), *The Impact of the 1999-2000 Parliamentary and Presidential Elections on Political Party Development*, paper presented at the 2000 meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, IL. Vedi anche: M. Ganino, *Oltre il semipresidenzialismo: Il modello della Russia "post-sovietica"*, in L. Pegoraro - A. Rinella, Semipresidenzialismi, Cedam, Padova, 1997, 185 ss.

[60] Appella Institute for Policy Analysis and Dialogue (2015), *Opinion*, cit., 5.

Capitolo dedicato al Governo lo chiarisce sin da subito: «Il Governo è l'organo supremo del Potere esecutivo». Una figura di grande rilievo sarà d'ora in poi quella del Primo Ministro, la cui nomina spetta al Presidente a seguito di designazione da parte dell'Assemblea[61]. Il Governo, in aggiunta, non sarà più formato all'indomani delle elezioni presidenziali bensì delle elezioni parlamentari. Restano invariate le disposizioni relative al rapporto di fiducia tra il Governo e l'Assemblea, carattere consustanziale a una forma di governo parlamentare[62], e l'obbligo di dimissioni in caso mancata approvazione del programma di governo ovvero di mozione di sfiducia approvata dal Parlamento.

Al Governo, a differenza che in passato[63], si riconosce un ampio potere di indirizzo politico. Tale organo detiene il comando delle Forze armate (il Primo Ministro è infatti il Comandante supremo delle Forze armate) e assume ora gran parte delle decisioni in materia di politica estera[64].

Tra i poteri genuinamente presidenziali rientrano il potere di concedere la grazia (art. 135), il riconoscimento dei titoli onorifici (art. 136) e altri poteri tipicamente cerimoniali. A conferma del ridotto ruolo del Presidente della Repubblica, si noti che le proposte presentate al Presidente, che generalmente provengono dal Primo Ministro (es., per la nomina di membri del Comando supremo delle Forze armate), consentono a questi soltanto di formulare obiezioni entro tre giorni[65]. Se l'organo proponente competente non accetta i rilievi formulati, il Presidente è obbligato ad emanare l'atto richiesto ovvero adire la Corte costituzionale.

Si diceva, la Costituzione ora attribuisce il potere di indirizzo politico, prima spettante al Capo dello Stato, al Primo Ministro. Secondo le opposizioni l'attuale Presidente della Repubblica Sargsyan avrebbe profuso tanto impegno nella riforma per mantenersi al timone del Paese. La Costituzione del 1995 impediva infatti al

---

[61] Precisamente, dopo la nomina ed entro cinque giorni, il Capo dello Stato nomina i Ministri e il vice Primo Ministro proposti dal Primo Ministro oppure – se non ne condivide le opzioni – ha la facoltà di adire la Corte costituzionale (non già di respingere la proposta).

[62] G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2013, *passim*.

[63] La Costituzione del 1995 non assegnava esplicitamente il potere di indirizzo politico né al Presidente, né al Governo. Alla luce delle disposizioni costituzionali risultava difficilmente dubitabile, tuttavia, che tale potere spettasse al Presidente.

[64] Il Presidente, infatti, stipula trattati, ma solo su proposta del Primo Ministro (art. 132, par. 1, n. 1), e così vale anche per la nomina del personale diplomatico (art. 132, par. 1, n. 2).

[65] Art. 139, par. 2 Cost.

Presidente di ricandidarsi dopo due mandati; mentre sarebbe possibile, in un simile rinnovato contesto istituzionale, ricoprire nuovamente un ruolo di primissimo piano (Primo Ministro o anche Presidente di Assemblea) senza incorrere nel limite dei due mandati[66].

L'aspetto più interessante della revisione costituzionale consiste, dunque, nell'aver imposto il passaggio da una forma di governo semipresidenziale ad una parlamentare. L'unico Paese dell'area, oltre alla Croazia, ad avere operato una transizione in tale direzione è la Moldavia. In Moldavia trattavasi peraltro di una forma di governo autenticamente semipresidenziale, sul modello francese più che "post-sovietico", avendo subito l'influenza della Romania, dove si importò appunto il modello francese. Il "caso moldavo" è quindi un importante banco di prova dell'effettività (o meno) delle transizioni di regime in tal senso.

Il Parlamento moldavo ha introdotto la forma di governo parlamentare attraverso una revisione costituzionale nell'estate del 2000. La riforma, nata su iniziativa parlamentare, è stata portata avanti nella convinzione che il regime semipresidenziale avesse mostrato numerose disfunzioni, con effetti negativi in termini di implementazione delle riforme necessarie per il Paese. Una concentrazione del potere politico nel Governo avrebbe invece garantito una maggior speditezza del processo decisionale.

Il semipresidenzialismo *à la* moldava funzionava in maniera non dissimile al modello francese, come si è detto. Tale caratteristica era sovente causa di stallo decisionale, dovuto ai fenomeni di coabitazione o all'oscillante supporto della maggioranza parlamentare[67]. In conseguenza di ciò il presidente Lucinschi proponeva di introdurre una forma di governo presidenziale, senza tuttavia riuscire a raggiungere il necessario consenso parlamentare per indire il referendum

---

[66] Cfr. A. Galyan, *Gearing towards Consensualism or Unrestrained Majoritarianism? Constitutional Reform in Armenia and its Comparative Implications*, in ConstitutionNet, 23.10.2015. Sargsyan ha comunque negato di volersi candidare alla carica di Primo Ministro alle prossime elezioni del 2017, dichiarando di aver intrapreso la modifica costituzionale per superare i difetti noti della forma di governo semipresidenziale (tipicamente lo stallo decisionale che rischia di crearsi in situazioni di coabitazione) e aumentare la stabilità dell'Esecutivo.

[67] «The intense personal rivalries of the former nomenklatura checked the power of the executive and as Way explains, the 'legislature has consistently constrained presidential authority to a degree not seen in Moldova's post-Soviet neighbours'». Cfr. S.D. Roper (2008), *From Semi-Presidentialism to Parliamentarism: Regime Change and Presidential Power in Moldova*, 60(1) Europe-Asia Studies 118.

costituzionale. In tutta risposta il Parlamento introduceva nell'estate del 2000 una serie di emendamenti costituzionali volti a instaurare un regime parlamentare. Ciò che maggiormente interessa ai fini della presente analisi è, tuttavia, la concreta implementazione della transizione dalla prima alla seconda forma di governo. Gli studi – in particolare politologici – sul tema insistono sulla natura anomala di tale forma di governo parlamentare. L'"ironia" risiede precisamente nel fatto che il Presidente della Repubblica dispieghi un'influenza ancora maggiore nel rinnovato regime, grazie al solido appoggio della maggioranza parlamentare. La principale modifica riguarda infatti le modalità di elezione del Presidente, ora eletto dal Parlamento, non tanto i concreti poteri che questi può esercitare. Permangono, in particolare, il potere di nomina del Primo Ministro, sapientemente esercitato attraverso la nomina di Governi "affini", definiti "tecnici", ed il potere di veto legislativo; ciò a tal punto che si ritiene che nessuna decisione significativa possa essere adottata senza il preliminare assenso presidenziale. A ciò si aggiunga che dal 2000 la Moldavia ha sacrificato il fine della governabilità, a causa della forte instabilità degli Esecutivi.

Oltre all'accresciuta instabilità degli Esecutivi, l'esperienza moldava insegna che, se da una parte è pacifico che l'elezione diretta del Presidente non assicura una maggiore rilevanza del suo ruolo politico (come dimostrano i casi di Austria, Irlanda e Islanda), dall'altra neppure la sua elezione parlamentare consente di limitarne l'influenza politica. Secondo la predizione di Suleiman, avveratasi nel caso moldavo, «a president in a parliamentary regime can be very powerful if the president's party wields an absolute parliamentary majority»[68]. La previsione può applicarsi al caso armeno solo in parte. Se per un verso è innegabile il ridimensionamento formale del ruolo del Presidente della Repubblica, il confermato potere di nomina del Governo e la sicura prevalenza del partito del Presidente in Parlamento (Partito Repubblicano), non consentono di escludere che la figura del Capo dello Stato diventi un'"eminenza grigia", in grado di influenzare le principali scelte politiche. Resta ovviamente un'affermazione tutta da verificare. Sarà in particolare da verificare l'esistenza della volontà politica di mantenere una forte figura

[68] E. Suleiman, *Presidentialism and Political Stability in France*, in J. Linz - A. Valenzuela (Eds.) (1994), *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives,* Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

presidenziale. Ove i timori dell'opposizione dovessero inverarsi – e cioè che la riforma avrà come unico obiettivo quello di superare il divieto costituzionale di rielezione a Capo dello Stato di Sargsyan –, ecco che il Primo Ministro assumerà una posizione centrale nell'architettura istituzionale, marginalizzando la figura del Capo dello Stato.

5.2. – Sistema dei partiti e formula elettorale

Veniamo alle elezioni politiche[69]. Se è vero che esse costituiscono il tradizionale «acid test»[70] della democraticità di un ordinamento, il test in Armenia non può ritenersi finora superato. È utile ricordare in proposito il diffuso senso di non accettazione del risultato elettorale, che spinge costantemente il Paese, all'indomani delle elezioni politiche e delle consultazioni referendarie, sull'orlo di una crisi di Stato (vedi in particolare le elezioni presidenziali del 2003[71], il referendum confermativo degli emendamenti del 2005 e l'ultimo referendum del dicembre 2015); vanno poi rammentati l'asimmetrica libertà di accesso ai media per i candidati, il mancato aggiornamento delle liste elettorali (con inclusione di deceduti e non residenti), la prassi del voto militare coatto[72], il ricorso a pratiche di "ballot stuffing" (intimidazioni e uso della violenza presso seggi elettorali), le falsificazioni del risultato elettorale[73] (in armonia con l'adagio staliniano «non conta chi voti ma chi conta i voti»[74]), l'uso di schede con il segno di spunta già stampato sul Presidente uscente. Tutto ciò induce a parlare di uno stile tipicamente "armeno" del voto.

---

[69] Per un elenco delle elezioni tenutesi in Armenia dal 1998, v. il sito web: Election Guide (2015), *Armenia*, disponibile al seguente URL: <www.electionguide.org/countries/id/12/> [ultimo accesso 10 feb. 2016].

[70] E. Herzig (1999), *The New Caucasus: Armenia, Azerbaijan and Georgia*, London: Royal Institute of International Affairs, 33.

[71] OSCE/ODIHR (2003), *Final Report on Presidential Elections in Armenia 1*, 28.04.2003, <www.osce.org/odihr/elections/armenia/14054?download=true>. [last accessed 4 Febr. 2016].

[72] Si tratta di una prassi in virtù della quale i militari sono costretti a votare secondo le istruzioni del proprio diretto superiore, esercitando un voto palese, in luogo del consueto voto all'interno della cabina elettorale. OSCE/ODIHR (1998), *Final Report on Presidential Elections in Armenia 3-5*, 9.04.1998, <www.osce.org/odihr/elections/armenia/14192?download=true>. [last accessed 4 Febr]. 2016]

[73] Per una completa panoramica, v. K.E. Bravo (2007), *Smoke, Mirrors and the Joker in the Pack*, cit., 513 ff.

[74] Citato in E. Herzig (1999), *The New Caucasus,* cit., 33.

La breve storia repubblicana, del resto, è percorsa da consultazioni elettorali riconosciute anche dagli osservatori come non conformi agli standard internazionali e talvolta da episodi sanguinosi[75].

Sia consentito un cenno alla parte della riforma costituzionale dedicata al sistema elettorale.

Il nuovo sistema elettorale si ispira apertamente al sistema italiano introdotto con la legge del 6 maggio 2015, n. 52 (c.d. *Italicum*)[76]. L'art. 89 della nuova Costituzione stabilisce che l'Assemblea nazionale debba essere eletta con formula proporzionale e che, qualora dalle elezioni non emerga una maggioranza politica stabile, neppure attraverso la formazione di coalizioni, si possa (ma non si debba) procedere a un secondo turno di votazioni[77]. L'articolo contiene poi una norma di rinvio al Codice elettorale, che fisserà le norme di dettaglio e le procedure per il secondo turno di votazione, nonché le condizioni per la formazione delle coalizioni elettorali. Non è specificato peraltro che cosa si intenda per maggioranza politica «stabile». L'articolo è volutamente ellittico sul punto, per evitare di ingessare troppo il funzionamento del sistema elettorale[78].

---

[75] Basti richiamare alla mente l'irruzione nel Parlamento di cinque uomini armati nel 1999. L'episodio culminò con l'assassinio del Primo Ministro Sargsian e del Presidente dell'Assemblea nazionale Demirjian e con la presa in ostaggio dei membri del Parlamento. A seguito dell'assassinio non fu identificato alcun mandante, ma in un sol colpo l'allora Presidente della Repubblica Kocharian riuscì ad eliminare i suoi principali avversari politici e a consolidare il proprio comando (conservando la carica di Presidente dal 1998 al 2008). Country watch (2015), *Country Report: Armenia*, 20, available on <www.countrywatch.com> [last accessed 30 Mar. 2016].

[76] La circolazione del modello italiano è dovuta al contributo dei professori Stefano Ceccanti e Carlo Fusaro, che ne hanno esposto le linee principali in un convegno tenutosi a Yerevan nel novembre 2015. Cfr. M. Mazza - C. Filippini, *Tendenze del costituzionalismo eurasiatico post-sovietico,* cit., 17. Sul punto vedi anche il primo parere della Commissione di Venezia: Venice Commission, *First Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (Chapters 1 to 7 and 10) of the Republic of Armenia (Opinion n° 757/2014)*, 2015, par. 79, 14, <www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)037-e> [last accessed 22 Feb. 2016].

[77] Con ciò l'Armenia si aggiunge al ristretto novero di Paesi che adottano il maccanismo del ballottaggio per liste/coalizioni di liste e non per attribuire singoli seggi in collegi uninominali. Tra questi rientrano: San Marino, Messico, Corea del Sud, e a livello locale la Francia (a livello municipale, dipartimentale e regionale) e l'Italia (a livello comunale). Sul punto v. C. Fusaro, *Del rifiuto di rafforzare la governabilità per via elettorale*, in Quaderni costituzionali, n. 3, 2015, 734.

[78] Cristallizzare in Costituzione un sistema elettorale ha infatti come inconveniente quello di fissare tale sistema in una fonte del diritto che per la sua modifica richiede maggioranze aggravate. L'articolo è stato alleggerito in risposta alle preoccupazioni avanzate della Commissione di Venezia: Venice Commission, *First Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (Chapters 1 to 7 and 10) of the Republic of Armenia (Opinion n° 757/2014)*, 2015, par. 80, 14,

Le caratteristiche principali del nuovo quadro elettorale armeno sono dunque: i) allocazione con metodo proporzionale dei seggi; ii) contestuale ricerca del conseguimento dell'obiettivo di stabilità, con previsione di un secondo turno elettorale tra i due partiti o coalizioni di partiti più votati. Se quindi da un lato il modello di riferimento è il sistema elettorale italiano, d'altra parte l'art. 89 non sembra imporre ma solo consentire l'introduzione, attraverso il Codice elettorale, di alcuni degli elementi caratteristici dell'*Italicum*[79].

Il Parlamento, in ottemperanza al dettato costituzionale, ha adottato entro il primo giugno il nuovo Codice elettorale. In sintesi, il nuovo sistema unisce liste bloccate e meccanismo preferenziale. Sulla scheda elettorale, l'elettore dovrà nella prima pagina indicare il partito (o coalizione) prescelto e nella seconda un candidato di distretto (con il sistema delle preferenze). I voti ottenuti dal partito saranno prima aggregati a livello nazionale attraverso il sistema dei più alti resti. È questo lo stadio in cui bisogna verificare che il partito o la coalizione abbiano superato la soglia di sbarramento del 5 o 7 per cento. In seguito, la cifra nazionale sarà divisa in due parti: il 50 per cento dei seggi deriverà dai candidati indicati nella lista (bloccata) di partito, e il restante 50 per cento sarà allocato a livello distrettuale attraverso il metodo D'Hondt.

Il Codice prevede un secondo turno elettorale, che può essere evitato ove: i. un partito (o coalizione) abbia ottenuto la maggioranza dei seggi (53 su 105); ii. entro sei giorni alcuni partiti/coalizioni siano in grado di formare un'alleanza che riesca a ottenere la maggioranza dei seggi (in base all'assegnazione preliminare)[80].

Al ballottaggio possono accedere soltanto le due forze politiche che abbiano conseguito il maggior numero di voti. Essendo, tuttavia, prevista un'ulteriore facoltà di formare alleanze politiche per correre al ballottaggio, nel caso in cui tale alleanza

---

<www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)037-e> [last accessed 22 Feb. 2015]. Al citato paragrafo si legge: « … the Venice Commission rapporteurs had recommended enshrining in the Constitution only the main principles of the electoral system, in order to ensure the necessary flexibility in the future development of that system. Many details have thus been removed from Article 89. Yet, the possibility of a second round between the two most voted parties of alliances is mentioned, which gives a binding framework for the adoption of a certain type of proportional electoral system … ».

[79] Ad esempio, la previsione di un ballottaggio per coalizioni oltre che partiti costituisce un elemento che già consente di distanziare il sistema elettorale armeno da quello "italico".

[80] Art. 97, par. 1 del Codice elettorale.

sia composta dai due partiti (o coalizioni) con il più alto numero di voti, accederà al ballottaggio la terza forza politica in ordine di successione[81].

Sembra potersi affermare che il legislatore armeno abbia – consapevolmente o inconsapevolmente – operato una deviazione dal modello italiano. Al di là delle differenze di dettaglio tra le due leggi elettorali (tra tutte, il *favor* che il legislatore armeno mostra nei confronti delle coalizioni), esistono alcune differenze di sistema tra i due ordinamenti, che si ritiene possano avere un profondo impatto nell'implementazione della legge.

In Italia, a partire dalla sentenza n. 1 del 2014, la Corte costituzionale ha attivamente guidato la transizione al nuovo sistema elettorale, indicando i principi da bilanciare e i criteri il cui mancato rispetto avrebbe senz'altro dato luogo a una dichiarazione di incostituzionalità della legge (tant'è che vi è chi già parla di una prossima declaratoria di incostituzionalità del premio di maggioranza, per mancata previsione di una percentuale minima di elettori cui i voti della lista vincente al ballottaggio dovrebbero corrispondere)[82]. In particolare, è ormai acquisito alla coscienza dei costituzionalisti che il duplice obiettivo della governabilità e della speditezza del processo decisionale, nella logica di un sistema a base proporzionale, possa essere perseguito solo a patto di rispettare «il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri valori e interessi costituzionalmente protetti»[83].

La legge elettorale italiana, dunque, è in qualche modo blindata dal controllo di costituzionalità, nel senso che tale sentenza ha costituito una guida a monte e sarà eventualmente parametro di costituzionalità a valle dell'emanazione della legge. Non altrettanto può dirsi dell'ordinamento armeno. La Corte costituzionale non manca, infatti, di mostrare la sua ossequiosa deferenza nei confronti del legislatore. In aggiunta, l'eterogeneità delle funzioni ad essa assegnate (che più avanti elencheremo) rischiano di generare un sovraccarico di lavoro in grado di distrarre la Corte dalle questioni di maggior rilevanza costituzionale. La legge elettorale di attuazione mancherà dunque con ogni probabilità del contributo di una corte "forte" nella definizione del delicato bilanciamento tra governabilità e rappresentatività.

[81] Art. 98, par. 3 del Codice elettorale.
[82] Per tutti v.: A. Pace, *La riforma Renzi-Boschi: Le ragioni del no*, in Rivista AIC, n. 2, 2016, 7.
[83] Il passaggio è riportato in E. Rossi, *Storia di un "falso"? L'*Italicum *e la "governabilità"*, in Quaderni costituzionali, n. 3, 2015, 749.

Mancherà in ultima analisi un sindacato di costituzionalità simile in estensione e profondità a quello italiano.

Un secondo gruppo di differenze attiene al sistema partitico. Nel regime previgente, i partiti politici armeni hanno certamente subito l'influenza negativa della forma di governo superpresidenziale in termini di mancato pluralismo. Il fattore che, secondo alcuni, ne ha più ostacolato il processo di consolidamento non sarebbe però tanto la forma di governo quanto l'ostilità che i partiti di opposizione hanno sistematicamente incontrato nel processo di radicamento[84] (ove per radicamento si intende la continuità dell'attività, la capillarità della diffusione sul territorio e la capacità di aumentare le *chance* di elezione di un candidato)[85]. Su un piano opposto, tali partiti hanno beneficiato di una formula elettorale mista, in cui la componente proporzionale ha comunque consentito di sviluppare un radicamento maggiore rispetto ai partiti di Paesi quali Kyrgyzstan e Ucraina[86], dotati di soli *single-member district* (e quindi ancor meno rappresentati in Parlamento). I partiti di minoranza armeni possono dunque definirsi "a debole radicamento" (non assente ma comunque debole).

In ottica diacronica tali partiti si distinguono in partiti storici, partiti nati in occasione dell'indipendenza e partiti di terza generazione[87]. Al primo gruppo appartengono Dashnak o Federazione Rivoluzionaria Armena (FRA), fondato in Georgia nel 1980 con l'intento di aggregare tutta una serie di movimenti indipendentisti; il Partito Socialdemocratico e il Partito Liberaldemocratico. Gli ultimi due, tuttavia sono lentamente scomparsi o diventate forze extra-parlamentari. Lo sviluppo dei partiti indipendentisti è stato invece influenzato dal divieto di svolgere attività politica, emanato durante il periodo comunista. Il principale partito d'indipendenza, il Movimento Nazionale Armeno (MNA), fondato da alcuni leader della c.d. Commissione Karabakh, ha rivestito un ruolo cruciale nell'ottenimento

[84] L'Appella Institute for Policy Analysis and Dialogue fa ad esempio riferimento alle vessazioni subite dal leader di Armenia Prosperosa, uno dei due partiti di opposizione in grado di contendere al Partito repubblicano la vittoria alle scorse elezioni del 2015. Le vessazioni sarebbero il frutto di una campagna di discredito apertamente sponsorizzata dallo Stato. V. Appella Institute for Policy Analysis and Dialogue (2015), *Opinion,* cit., 6.

[85] M. Steven Fish (2000), *The Impact of the 1999-2000 Parliamentary and Presidential Elections,* cit.

[86] J.T. Ishiyama - R. Kennedy (2001) *Superpresidentialism and Political Party Development in Russia, Ukraine, Armenia and Kyrgyzstan*, 53(8) Europe-Asia Studies 1177-1191.

[87] J.C. Baumgartner (Ed.) (2002), *Party Politics in Armenia: A Primer, Occasional Paper,* Center for Policy Analysis, American Univ. Armenia, 2-6.

dell'indipendenza del Paese. Appartengono a tale gruppo il Partito Repubblicano, attualmente alla guida del Paese, il Partito Democratico d'Armenia e l'Unione Nazionale Democratica. In ultimo troviamo i partiti di terza generazione, emersi all'indomani delle elezioni presidenziali del 1991. Tra questi, gli unici partiti attualmente rappresentati in Parlamento sono il Partito dello Stato di Diritto (conservatore e filoeuropeo), Eredità (nazional-liberale) e Armenia Prosperosa (social-conservatore)[88].

Per comprendere più a fondo il sistema partitico, tuttavia, è necessaria una classificazione che tenga conto del sostrato ideologico dei partiti. Ci si potrebbe attendere a questo punto una classificazione che raggruppi i partiti a seconda di un'ideologia conservatrice o progressista. Eppure un simile criterio di classificazione avrebbe un'utilità descrittiva (e, ancor più, conoscitiva) piuttosto limitata, in quanto non prenderebbe in considerazione il principale *cleavage* esistente a partire dall'indipendenza: pacifismo v. nazionalismo[89]. La politica è profondamente intrecciata con la politica estera, a tal punto che quest'ultima rappresenta una metonimia della politica.

Il Presidente Levon Ter-Petrossian è stato sconfitto nel 1998, dopo sette anni consecutivi di mandato, sul tema della gestione del conflitto del Nagorno-Karabakh attraverso un approccio pacifista[90]; similmente, questioni come la doppia cittadinanza per i membri della diaspora, le relazioni diplomatiche da tenersi con la Turchia, la Russia e l'Unione europea, si mostrano altamente divisive.

Da una parte dunque si trovano quei partiti come MNA, il Partito Repubblicano, Armenia Prosperosa e il Partito dello Stato di diritto che presentano un approccio equilibrato verso i principali attori internazionali (Russia, Unione europea, etc.) e un approccio parimenti cauto nella normalizzazione delle relazioni diplomatiche con la Turchia. Dall'altra si hanno quei partiti connotati da un profondo sentimento nazionalista. Tra tutti, la Federazione Rivoluzionaria Armena (FRA), che, nonostante l'appartenenza all'Internazionale socialista a partire dal 1907,

---

[88] Gli altri partiti attualmente rappresentati in Parlamento sono il Partito Repubblicano, con 68 seggi, FRA e MNA, partiti di opposizione.

[89] G. Ter-Gabrielian, *Explaining Armenia: An Insider's View*, Armenian News Network / Groong, 1998. Available at <www.groong.org/ro/ro-19980207.html> [last accessed 1 Jul. 2016].

[90] I. Mamamdov, T. Musayev, *Il conflitto tra Armenia e Azerbaigian. Storia, diritto, mediazione*, Centro di studi e ricerche sull'Azerbaigian della Sapienza - Università di Roma, 2015.

ha da sempre mantenuto posizioni ostili verso la Turchia, nella misura in cui e fintantoché la Turchia non riconoscerà ufficialmente il genocidio armeno; sì come ha dichiarato il suo sostegno alla lotta indipendentista dell'enclave del Nagorno-Karabakh nei confronti dell'Azerbaigian.

In aggiunta a quanto si è detto, è necessario considerare che i partiti non sono del tutto "istituzionalizzati", nella misura in cui tendono a svilupparsi intorno alla figura di un leader carismatico, anziché distinguersi sulla base di una specifica ideologia. Un trend osservato consiste infatti nella creazione di nuove formazioni politiche da parte di leader di partiti sconfitti o di correnti interne minoritarie (si pensi al caso del Partito Comunista, successivamente divisosi in sei partiti e all'Unione Nazionale Democratica, da cui sono nati quattro partiti). La debolezza ideologica è, poi, controbilanciata da un forte sentimento di identità nazionale che, come visto, interseca trasversalmente la maggioranza dei gruppi politici. Ne consegue che la competizione elettorale si mostra come una "battaglia per il posizionamento" di alcuni potenti leader, piuttosto che una genuina competizione impostata su differenze ideologiche[91].

Delineato brevemente il contesto partitico, si può affermare che una legge elettorale così congegnata punta evidentemente ad accrescere la stabilità del Governo. D'altra parte, il sacrificio imposto a partiti lungamente schiacciati dallo strapotere del partito di maggioranza (Partito Repubblicano) e dei suoi leader non appare proporzionato. La trasposizione *sic et simpliciter* del problema della stabilità in contesti a debole radicamento dei partiti rischia di rallentare ulteriormente lo sviluppo di un'opposizione in grado di garantire l'alternanza politica. E rischia, al contrario, di consolidare la non contrastata centralità politica del partito di governo.

Le prime elezioni successive all'approvazione del Codice elettorale saranno sicuramente un banco di prova di quanto qui si va affermando. Non si dimentichi inoltre che l'obiettivo della stabilità ha indotto alla modifica dell'assetto di *checks and balances* finora esistenti attraverso un affievolimento degli strumenti di controllo dell'Esecutivo. Tale obiettivo può rivelarsi adeguato in contesti caratterizzati da un adeguato livello di pluralismo politico-partitico, allo scopo di raggiungere un assetto

[91] A. Ishkanian (2015), *Self-Determined Citizens? New Forms of Civic Activism and Citizenship in Armenia*, 67(8) Europe-Asia Studies 1213.

bipolare; esso è invece pericoloso in contesti semi-autoritari, caratterizzati dalla presenza di partiti di opposizione agonizzanti. Ciò perché alle porte vi è il costante rischio di aprire la strada all'ulteriore consolidamento del partito al potere, sbarrandola ai partiti minori, artificialmente mantenuti in vita per dare una parvenza di democraticità al sistema.

5.3. – Potere giudiziario e Corte costituzionale

La prassi applicativa ha per lungo tempo risentito di uno stato di subordinazione delle corti al Potere esecutivo, in parte dovuto all'eredità della concezione sovietica del giudice come "rubber stump for the Prosecutor"[92]. E ciò nonostante l'enfatica – quanto nominalistica – proclamazione dell'indipendenza del Potere giudiziario di cui all'art. 97 della Costituzione del 1995. Tra gli altri fattori che incidono sul concreto operare del Potere giudiziario e dell'apparato amministrativo si segnala il diffuso livello di corruzione[93]. Soltanto nel 2005 il Parlamento ha introdotto una serie di emendamenti costituzionali per sancire la separazione dei poteri e il principio di indipendenza esterna del Potere giudiziario, onorando così l'impegno assunto in sede di adesione al Consiglio d'Europa. Nel 2007 è stato poi adottato il Codice dell'ordinamento giudiziario[94], con l'innovativa introduzione di una serie di guarentigie a tutela della serenità di giudizio del magistrato e dell'indipendenza delle Corti: immunità funzionale[95], irremovibilità, immunità della sede, autodichia, etc.

---

[92] S. Payaslian (2011), *The Political Economy of Human Rights in Armenia,* cit.

[93] Secondo Transparency International il fenomeno della corruzione è «endemico, diffuso a tal punto da permeare qualsiasi livello la società». Tra i settori maggiormente vulnerabili si segnalano il Potere giudiziario, il settore sanitario e le forze di polizia. V. Transparency International*, The state of corruption: Armenia, Azerbaijan, Georgia, Moldova and Ukraine*, 02.06.2015, disponibile in lingua inglese al seguente URL: <www.transparency.org/whatwedo/publication/the_state_of_corruption_armenia_azerbaijan_georgia_moldova_and_ukraine>, [ultimo accesso 2 set. 2016].

[94] Il Codice dell'ordinamento giudiziario del 21 febbraio 2007 è disponibile in lingua inglese al seguente URL: <www.legislationline.org/topics/country/45/topic/9> [ultimo accesso 10 feb. 2016].

[95] Alla proclamazione dell'immunità si accompagnano una serie di garanzie procedurali da osservarsi al momento dell'arresto, detenzione e irrogazione di sanzioni amministrative (art. 13, par. 2 e 3 del Codice dell'ordinamento giudiziario): « … 2. A judge may not be arrested, with the exception of cases in which the arrest is performed at the time of or immediately after committing a

Prima di tali modifiche l'applicazione del diritto e l'interpretazione della *rule of law* erano condizionate da un senso di impotenza dei giudici[96] e di simmetrica deferenza nei confronti della maggioranza. Tanta parte nella percezione di tale senso di impotenza ha avuto il potere presidenziale di nomina e revoca dei giudici, anche in qualità di Presidente del Consiglio di Giustizia, organo di autogoverno della magistratura. Oggi i giudici delle corti di prima istanza e delle corti di appello sono ancora nominati dal Presidente della Repubblica, ma su designazione del Consiglio supremo di giustizia, organo di autogoverno formalmente indipendente dall'Esecutivo (art. 166, par. 6 Cost.). Anche i giudici della Corte di Cassazione sono nominati dal Presidente della Repubblica, ma in questo caso a seguito di designazione da parte dell'Assemblea nazionale[97].

Le modifiche consentono di assicurare una maggiore indipendenza sul piano formale del Potere giudiziario; ma si può nutrire – e vi è chi già nutre[98] – qualche legittimo dubbio sulla concreta capacità delle nuove norme di assicurare al Giudiziario un'alterità sostanziale rispetto all'Esecutivo.

Parimenti, è stata notata l'inerzia delle Corti costituzionali, quando istituite, nello spazio geopolitico considerato[99]. Ad esempio, dal 1997 al 2000 le Corti di

---

crime. The arrest of a judge shall be immediately communicated to the President of the Republic and the Cassation Court Chairman. Within 24 hours of the arrest, the arrest decision shall be forwarded to the President of the Republic and the Cassation Court Chairman … 3. A judge may not be detained, involved as a defendant, or subjected to administrative liability by court procedure without the consent of the President of the Republic, given on the basis of a proposal by the Republic of Armenia Justice Council».

[96] K.E. Bravo (2007), *Smoke, Mirrors and the Joker in the Pack*, cit. Secondo l'A. un'applicazione «seria» del diritto risulta inibita da un senso di impotenza, quand'anche di paura: l'art. 25 della Legge sullo status dei giudici, nel prevedere che «[i] giudici [abbiano] il diritto di possedere e indossare armi di servizio e mezzi speciali di difesa», esprimerebbe emblematicamente la fragilità della posizione dei giudici.

[97] L'Assemblea nazionale sceglie i giudici di Cassazione a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, a partire da una rosa di tre candidati presentata dal Consiglio supremo di Giustizia (art. 166, par. 3 Cost.). Se è concesso sollevare alcuni dubbi, l'utilizzo della maggioranza qualificata dei tre quinti, se da un lato rappresenta una forma di tutela e di coinvolgimento delle opposizioni, dall'altro può condurre alle note pratiche di lottizzazione partitica, e per questa via alla politicizzazione del Potere giudiziario.

[98] L'Appella Institute for Policy Analysis and Dialogue di Yerevan, ad esempio, ha espresso alcune perplessità nei seguenti termini: «Although these changes in the mode of appointment and removal of judges, as well as the tenure of judges may have certain positive effect on the independence of the judiciary, they are unlikely to affect the current status of judicial independence in any significant way».

[99] É. Baudoin, *Justice Constitutionnelle et État post-soviétique*, Presses Universitaires de la faculté de droit de Clermont Ferrand, Clermont-Ferrand, 2005.

Armenia, Uzbekistan, Azerbaijan, Kirghizistan e Bielorussia non sono mai state investite di questioni di legittimità costituzionale degli atti presidenziali[100].

All'interno della nuova Costituzione, la disciplina della Corte costituzionale si rinviene nello stesso Capitolo dedicato alle corti giudiziarie e al Consiglio supremo di Giustizia, nonostante la richiesta della Commissione di Venezia di redigere un Capitolo distinto[101]. Si tratta tuttavia di un organo di garanzia esterno al Potere giudiziario. La Corte si compone di nove giudici: tre di derivazione governativa, tre di designazione presidenziale, tre di provenienza giudiziale (scelti dall'Assemblea generale dei giudici, da non confondersi con il Consiglio supremo di giustizia); i suoi componenti sono poi eletti dal Parlamento a maggioranza dei tre quinti (art. 166, par. 1). Nei Paesi ex-sovietici è riscontrabile una certa tendenza a riconoscere alle Corti costituzionali una serie di funzioni assai eterogenee. Non solo quindi è riscontrabile un'accettazione generalizzata del sindacato di costituzionalità delle leggi approvate dalla maggioranza per mezzo di un organo costituzionale al di sopra delle parti (con l'eccezione del Turkmenistan); ma è anche diffusa la formale investitura di poteri assai ampi, soprattutto se considerati in ottica comparata. Oltre ai tipici poteri di controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti formalmente equiparati, e al potere di risolvere il conflitto tra poteri dello Stato, tra le competenze della Corte rientrano: la messa in stato d'accusa del Capo dello Stato[102], il giudizio di costituzionalità dei partiti politici[103], i ricorsi elettorali (scaturiti in occasione delle elezioni parlamentari, presidenziali e dalle consultazioni referendarie)[104], il giudizio di ammissibilità del referendum, il controllo di costituzionalità degli atti di normazione secondaria, il controllo di costituzionalità delle revisioni costituzionali, la verifica dei poteri dei parlamentari (v. art. 168)[105].

---

[100] M.-É. Baudoin, *Droit et révolution dans l'espace post-soviétique les lendemains de la révolution par le droit*, en Revue du centre d'histoire "Espace et culture", n° 27, 2008, 106.

[101] Venice Commission, *First Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (Chapters 1 to 7 and 10) of the Republic of Armenia (Opinion n° 757/2014)*, cit., par. 146, 23.

[102] Il potere di *impeachment* è presente, oltre che in Armenia, in Azerbaijan, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldavia, Russia e Ucraina. Cfr. A. Mazmanyan (2015), *Judicialization of politics: The post-Soviet way*, 13(1) International Journal of Constitutional Law 204.

[103] Il giudizio di costituzionalità dei partiti politici è un potere chiaramente importato dall'esperienza tedesca. Esso è presente in Armenia, Georgia e Moldavia.

[104] Tale funzione è presente anche in Georgia, Kazakhstan, Moldavia. In Kyrgyzstan riguarda le sole lezioni presidenziali e in Azerbaijan le sole elezioni presidenziali e parlamentari.

[105] G.F. Ferrari, *"Altre" funzioni*, in *Id.* (cur.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, UTET, Torino, 2010, 308 ss.; *Id.*, *Le forme di controllo di costituzionalità "anomale"*, in *Dpce*, n. 1, 2000, 351 ss.; M. Mazza, *La*

Data la grande quantità di casi in cui può pronunciarsi, l'attivismo della Corte è fisiologico, non patologico: essa è strutturalmente indotta a decidere su questioni «puramente politiche»[106]. Vi sono poi una pletora di soggetti abilitati a ricorrere, inclusi ora i cittadini, precisamente mediante un ricorso diretto per violazione di diritti e libertà fondamentali (art. 169, par. 1, n. 8)[107]. Si noti che la possibilità di tutelare diritti fondamentali è stata riconosciuta soltanto in tempi recenti. La Costituzione del 1995 non prevedeva una simile possibilità, ed è solo con la revisione del 2005 che si introduce la legittimazione al ricorso del Difensore dei diritti umani, cui si consente di denunciare una non conformità al Capitolo 2 della Costituzione ("Libertà e diritti civili e umani fondamentali") di leggi, risoluzioni del Parlamento, decreti e ordini presidenziali, atti primoministeriali e atti degli enti locali[108]. A tale possibilità, come ricordato, oggi si aggiunge il ricorso diretto del cittadino per lesione di diritti fondamentali[109].

È d'obbligo una nota a proposito dei ricorsi elettorali: la Corte «decide sui conflitti» scaturenti dalle elezioni; non ha invece il potere di invalidare le elezioni in caso di violazioni. Trattandosi di una disposizione non modificata, è improbabile che la sua giurisprudenza, assestatasi nel senso dell'inesistenza del potere di annullare le elezioni[110], cambi.

---

giustizia costituzionale in Europa orientale, Padova, CEDAM, 1999, 343; A. Di Gregorio, *L'influenza del contesto politico sulla composizione e l'attività della Corte costituzionale 18 della Russia: un problema vecchio con recenti conferme*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, Giappichelli, 2011, 313-337.

[106] R. Hirschl (2006), *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75(2) Fordham Law Review 721.

[107] Ai sensi dell'articolo 169, par. 1, è abilitato a ricorrere "chiunque", dopo avere esaurito tutti i rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento, quando, in esito a una sentenza di merito di una corte, la persona contesta la legittimità costituzionale della disposizione di un atto normativo applicato dalla corte. Dall'applicazione deve inoltre discenderne una violazione dei diritti e libertà fondamentali, di cui al secondo Capitolo della Costituzione.

[108] Art. 101, par. 1, pt. 8, così come emendato dalla revisione costituzionale approvata con referendum del 27 novembre 2005.

[109] L'introduzione del ricorso diretto del cittadino per violazione dei diritti è stata in più occasioni auspicata dal Presidente della Corte costituzionale. Si veda a titolo di esempio G. Harutunian, *Défis contemporains de la garantie du droit de l'homme a la justice constitutionnelle*, rapport à la 15e conférence internationale d'Erevan consacrée au 15e anniversaire de la Constitution de la République d'Arménie, 2010, <www.concourt.am/armenian/structure/president/articles/yerevan2010_fr.pdf> [visionné le 10 avr. 2016].

[110] A tal proposito vedi la sentenza della Corte cost. della Repubblica di Armenia, *In re Elezioni a Presidente della RA*, apr. 16, 2003, DCC-412, con cui la Corte riconosce le violazioni denunciate dai ricorrenti senza tuttavia annullare il risultato elettorale. In compenso propone di indire un "referendum di fiducia" sul Governo, strumento davvero eccentrico, anche in ottica comparata, e

Neppure la Corte è del tutto immune ai problemi di contesto. Essa opera pur sempre in una "managed democracy". È stato sostenuto, a tal proposito, che le Corti costituzionali post-sovietiche mostrano un grado maggiore di attivismo giudiziario quando vi è incertezza sull'esito elettorale (e, quindi, quando esiste una reale competizione elettorale)[111], ai limiti della creatività giurisprudenziale. Si tratta di situazioni abbastanza rare per Paesi come l'Armenia, e impensabili in Paesi dell'Asia centrale come il Kazakistan, il Tajikistan, l'Uzbekistan, l'Azerbaigan, a vocazione più spiccatamente autoritaria. Il coinvolgimento in questioni di pura politica può invece essere richiesto direttamente dall'*establishment* politico. In tal caso l'attivismo della Corte è frutto di diretta manipolazione. Quest'ultima opzione è statisticamente più frequente, rispetto all'attivismo derivante da situazioni di incertezza elettorale.

6. – Conclusioni

L'Armenia ha deciso di intraprendere una nuova strada, caratterizzata da un maggiore pluralismo istituzionale formale, attraverso l'adozione di una forma di governo parlamentare. La transizione da un regime semipresidenziale ad uno parlamentare costituisce uno degli aspetti più interessanti della riforma, trattandosi di un raro esempio di transizione in una simile direzione[112]. Il comparatista dovrà dunque tenere i riflettori accessi sull'assetto di governo armeno nei prossimi anni, per verificare l'effettività, la praticabilità e la desiderabilità di una simile transizione.

Volendo tracciare un bilancio provvisorio della riforma, le novità introdotte sul piano dei diritti, se da una parte costituiscono la fedele trasposizione dei più avanzati standard di tutela riconosciuti a livello internazionale, dall'altra risentono di un contesto fortemente inaridito da anni di corruzione, concentrazione del potere, esercizio cauto ed ossequioso del potere di rendere giustizia. Tale affermazione è

non previsto dalla Costituzione. L'introduzione di un potere di invalidazione delle elezioni era stato richiesto dalla Commissione di Venezia: Venice Commission, *First Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (Chapters 8, 9, 11 to 16) of the Republic of Armenia (Opinion n. 757/2014)*, 2015, par. 51, 9, <www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)038-f> [last accessed 22 Feb. 2015].

111 A. Mazmanyan (2010), *Constrained, Pragmatic, Pro-democratic: Appraising Constitutional Review Courts in Post-Soviet Politics*, 43(4) Communist & Post-Communist Studies 409.

112 A. Galyan, *Gearing toward Consensualism or Unrestrained Majoritarianism?,* cit.

particolarmente calzante per le disposizioni dedicate ai diritti e alle libertà fondamentali; mentre per quanto riguarda i diritti sociali, si è assistito ad un contemperamento con le esigenze di contenimento della spesa pubblica, con contestuale apertura nei confronti del settore privato.

In Armenia, e negli Stati ex-sovietici in genere, è poi riscontrabile una tendenza a sovraccaricare le Corti costituzionali di funzioni ampie ed eterogenee. Non sempre a tale investitura, tuttavia, corrisponde un esercizio adeguato della funzione di garanzia costituzionale. Si è per converso notata l'esistenza di una tendenza "bipolare" della Corte, ai limiti della creatività giudiziale nei periodi di incertezza elettorale, ma deferente nei periodi di "normalità" istituzionale. Ciò evidentemente conduce a riprodurre una giustizia costituzionale intermittente e rischia di nuocere fortemente all'immagine della Corte.

Lo studioso di diritto costituzionale italiano dovrà invece monitorare l'attuazione della formula elettorale, atteso che questa è stata presa in prestito dalla Repubblica di Armenia prima ancora di ricevere attuazione in Italia. Si diceva, la finalità dichiarata della riforma è quella di implementare un maggiore pluralismo istituzionale e sociale. Tuttavia, la traccia seguita non pare essere sempre coerente. Il già di per sé agonizzante sistema partitico dovrà andare incontro ad un'ulteriore barriera all'ingresso rappresentata dal sistema ipermaggioritario all'italiana adottato, seppur con alcune attenuazioni dovute alla preferenza accordata alle coalizioni (e in generale al "political bargaining"). La trasposizione del problema della stabilità in contesti a debole radicamento dei partiti, si è detto, rischia di rallentare ulteriormente lo sviluppo di un'opposizione in grado di garantire l'alternanza politica.

In aggiunta, il problema centrale di molti Stati appartenenti alla CSI, tra questi l'Armenia, è l'esser caratterizzati da un sistema politicamente bloccato[113]. I partiti, ad eccezione del Turkmenistan, nella seconda metà degli anni Duemila cominciano ad essere "tollerati" dal Presidente, a patto che non destabilizzino il quadro esistente e non mettano a repentaglio la centralità del partito del Presidente, come ha mostrato

[113] M.-É. Baudoin, *Droit et révolution dans l'espace post-soviétique les lendemains de la révolution par le droit*, cit., 111.

lo scioglimento forzoso del "Quartetto di opposizione" formato nel 2014 dai partiti FRA, Eredità, MNA, e Armenia Prosperosa[114].

L'Armenia con i suoi tropi, i suoi usi e i suoi nodi storici irrisolti continua a barcamenarsi tra il presente e il passato. Una nuova Costituzione, nella continuità degli uomini e degli usi, non cambierà le cose. Questa avrà la possibilità di incidere sull'assetto politico-istituzionale del Paese soltanto se accompagnata da una risoluta volontà della classe politica di rigenerarsi e riscoprire la carica polemica del costituzionalismo nei confronti del potere; o se frutto di un rovesciamento dell'attuale regime, sulla scia delle rivoluzioni colorate di Georgia, Ucraina e Kirghizistan. L'affermazione può sembrare forte, ma non fa altro che rimarcare l'impossibilità di un cambiamento in un sistema politicamente bloccato, ulteriormente blindato da una legge elettorale selettiva, in cui le *élites* al potere continueranno realisticamente a mantenere il timone del Paese per i prossimi decenni. Intende, poi, rimarcare la cautela e circospezione con cui uno studioso ha il dovere di analizzare la riforma costituzionale posta in essere, che ben agisce sul terreno della modellistica costituzionale, senza agire sul terreno di quella politica.

[114] Sulla genesi del Quartetto v. L. Fuller, *Armenian Opposition Launches New Wave Of Protests*, Radio Free Europe/Radio Liberty, 28.09.2014. Available at: <www.rferl.org/content/caucasus-report-armenia-opposition-protests/26610291.html> [last accessed 15 Jun. 2016].

ISSN 2037-6677

El 'modelo extractivista' y los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio en la Argentina de hoy[1]

di Marzia Rosti

SUMARIO: 1. – Los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico argentino. 2. – Los conflictos por la tierra. 3. – El 'modelo extractivista' y los pueblos indígenas. 4. – La Ley 26.160 de emergencia de la propiedad comunitaria indígena de 2006. 5. – Los derechos indígenas en la Provincia de Neuquén. 6. – La YPF-Chevron en Vaca Muerta y la comunidad Campo-Maripe. 7. – Unos vacíos legales: el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado. 8. – Conclusiones.

1. – Los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico argentino

La segunda mitad del siglo XX representó para los pueblos indígenas[2] de Argentina un momento muy esperado, puesto que el país se alineó en tema de

[1] Una primera versión de este texto con el título *El derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado frente al extractivismo en Argentina. El caso de la comunidad Campo Maripe* ha sido presentada en el Congreso 2016 de la Asociación de Estudios Latinoamericanos-LASA, New York (27-30 de Mayo de 2016), en el Panel *Política Indígena en América Latina: Autonomía, Participación, Consulta y Consentimiento Libre Previo e Informado (CPLI),* Sección *Ethnicity, Race, and Indigenous Peoples (ERIP)*; Organizadores y Moderadores del Panel: Dra. Alexandra Tomaselli (Karl-Franzens University of Graz, Austria; European Academy of Bolzano-EURAC, Italia) Dr. Jason Tockman (University of British Columbia, Canada), disponible en https://lasa.international.pitt.edu/esp/congress.

[2] El censo de 2010 revela una población total de 40.117.096 habitantes, de los cuales 955.032 son indígenas, que viven sobre todo en las provincias de Chubut (8,5%), Neuquén (7,9%), Jujuy (7,8%), Río Negro (7,1%), Salta (6,5%), Formosa (6,1%) y La Pampa (4,5%), véase http://censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalpais.asp.

derechos indígenas a las políticas adoptadas por las otras naciones de Latinoamérica, caracterizadas por el fenómeno denominado de 'emergencia indígena'[3].

En efecto, la reforma constitucional de 1994 derogó el inc. 15 del art. 65 de la Constitución, que atribuía al Congreso la tarea de "Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo" e introdujo un amplio catálogo de derechos indígenas en el art. 75 inc. 17, que dispone: "Corresponde al Congreso […] reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, trasmisible ni susceptible de gravámenes y embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones"[4].

En cuanto a la legislación, como Estado federal, a nivel nacional, ya en 1985 se aprobó la *Ley 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes* que declaró "de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la nación, respetando sus propios valores y modalidades" (art. 1), precisó que "se entenderá como

---

En 2004-2005 la Encuesta Complementaria de los Pueblos Indígenas (ECPI) indicó que la población indígena representaba el 1,7% (600.329 individuos) de la población total entonces estimada en 40.091.359. Datos no oficiales indicaron cifras distintas que iban de un mínimo de 600.000 individuos en 24 comunidades a un máximo de 1.500.000 en 31 comunidades, véase www.indec.mecon.ar/webcenso/ECPI.

[3] El fenómeno empieza en los años 80 con la aprobación – a nivel internacional – del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y – a nivel nacional – con las reformas constitucionales aprobadas por los países latinoamericanos y que reconocieron un amplio catálogo de derechos a los pueblos indígenas presentes en los respectivos territorios. Al respecto, se vea: J. Bengoa, *La emergencia indígena en América latina*, 2008, 2° ed.; R. Yrigoyen Fajardo (ed.), *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en América latina*, Lima, 2010; A. S. Bronstein, *Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión*, 1998, en www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/indigenous/bronste.htm; S. Lanni, *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli, 2011, y M. Rosti, *I diritti indigeni in America latina fra profili storici e dinamiche attuali*, in *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo. La nascita dell'Osservatorio sulla sostenibilità culturale*, P. Bilancia (eds.), Napoli, 2016, pp. 145-156.

[4] Para las constituciones véase www.biblioteca.jus.gov.ar.

comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad" (art. 2), a las cuales, a través de la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas (desde ahora Re.Na.Ci., art. 2), se les reconocerá la "personería jurídica", requisito fundamental para gozar del estatus necesario para reivindicar los derechos y acceder a algunos beneficios (por ejemplo subsidios etc.) entre los cuales la adjudicación a "título gratuito" de tierras (artt. 7 y 9)[5] que en el futuro serán inembargables, inejecutables y no podrán ser enajenadas durante un período de 20 años, exentas de pago de impuestos nacionales y libres de gastos o tasas administrativas[6].

La *Ley 23.302* creó también el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), encargado de implementar las políticas indígenas en coordinación con las provincias y de mantener el citado Re.Na.Ci. instituido en 1995 y, desde 2010, también el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas (desde ahora Re.No.Pi.), es decir, un registro de las organizaciones que "ostenten la representación mayoritaria de las comunidades indígenas de un mismo o de distintos pueblos indígenas a nivel provincial, regional o nacional". Además, en 2004, se crearon el Consejo de Participación Indígena (CPI) y, en 2008, el Consejo de Coordinación (CC), para garantizar una mayor participación y presencia de los pueblos originarios en los programas del INAI[7].

---

[5] Art. 7: "La adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, **debidamente inscriptas**, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, en caso necesario en las zonas próximas más aptas para su desarrollo. La adjudicación se hará prefiriendo a las comunidades que carezcan de tierras o las tengan insuficientes; podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares. La autoridad de aplicación atenderá también a la entrega de títulos definitivos a quienes los tengan precarios o provisorios". **La negrita es de quien escribe.** Para la *Ley 23.302*, véase http://indigenas.bioetica.org/leyes/23302.htm.

[6] Art. 11: "inembargables e inejecutables […] con la prohibición de su enajenación durante un plazo de veinte años a contar de la fecha de su otorgamiento"; art. 9: "los beneficiarios estarán exentos de pago de impuestos nacionales y libres de gastos o tasas administrativas".

[7] En realidad, la presencia indígena en ese organismo carece de real efectividad: el CPI no tiene una secretaría permanente, ni presupuesto propio, ni siquiera una oficina, no funciona regularmente, no fija fechas de reuniones ni tiene capacidad de autoconvocatoria. Se reune solo por decisión del presidente del INAI, esporádicamente (cada varios meses por 2 o 3 días) y con la agenda establecida por los funcionarios estatales.

Dentro de la estructura federal, desde los años 80, las provincias[8] en las que hay una población indígena significativa han elaborado una normativa constitucional y leyes sobre el tema de carácter general o enfocadas en temáticas específicas[9]. Se trata de una competencia concurrente con la federal como establece la Constitución (art. 75 inc. 17) y como ha precisado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (desde ahora CSJN) en el fallo *Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad* del 10 de diciembre de 2013, cuando dispuso que "tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal […] dichos estándares federales se encuentran contenidos y especificados tanto en el marco constitucional sub examine y el Convenio 169 de la OIT como así también en la ley nacional de política indígena y su decreto reglamentario"[10].

Para concluir este sintético cuadro, como recuerda la CSJN -desde el año 2001- entró en vigor en Argentina el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989[11] y – en 2007 – Argentina firmó su adhesión a la Declaración de los Derechos Indígenas de la ONU (UNDRIP).

2. – Los conflictos por la tierra

Desde que en 1994 se reconocieron los derechos indígenas en la Constitución nacional y, concretamente, "la preexistencia étnica y cultural [...], la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan [...] su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten", los conflictos por la tierra han aumentado de manera significativa

[8] Argentina es un país federal integrado por 23 Provincias.
[9] La bibliografía es amplia, una síntesis actualizada al 2011 se encuentra en J. Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Argentina, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Copenhague, 2012, en http://unsr.jamesanaya.org/esp, y en la publicación anual de IWGIA, *El Mundo Indígena*, en www.iwgia.org. Para un recorrido histórico véase también M. Carrasco, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, Buenos Aires, 2000, y el sitio http://indigenas.bioetica.org.
[10] www.infojus.gob.ar/jurisprudencia/FA13000190-confederacion_provincia_accion-federal-2013.htm.
[11] M. M. Gomiz, J. M. Salgado, *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno* argentino, Neuquén, 2010, 2° ed.

en el país porque, por un lado, los pueblos originarios empezaron a reivindicar sus derechos sobre las tierras[12] ancestrales de las que fueron desalojados y que a menudo han ocupado, sabedores de la existencia del texto constitucional y de los documentos internacionales ratificados por Argentina y, por otro, hay personas o empresas nacionales o extranjeras que compraron aquellas tierras hace tiempo y que defienden sus derechos basándose en el ordenamiento jurídico y en la legislación del país.

Se trata de conflictos territoriales surgidos – digamos – como consecuencia de dos precisos momentos de la historia de las relaciones entre los pueblos originarios y el Estado argentino.

El primero, en la segunda mitad del siglo XIX cuando, tras las campañas militares[13] contra los indígenas que todavía vivían en algunas áreas del territorio nacional, el Estado les quitó la mayoría de sus tierras para venderlas o distribuirlas a

[12] Sobre todo en la zona sur en las Provincias de Río Negro, Neuquén y Chubut y en la del norte en las Provincias de Salta, Jujuy y Formosa.

[13] Se trata de la Conquista del desierto de 1880 en las regiones de Patagonia y de La Pampa, que extendió la frontera interna argentina hasta el río Negro, y de la Campaña del Chaco de 1884, en el norte, que desplazó la frontera hasta el río Bermejo.
El sugestivo nombre 'Conquista del desierto' muestra que las áreas'desiertas' se denominaban así porque los europeos no se habían afincado todavía en ellas, eran las habitadas efectivamente por los indígenas. El desierto era desierto a pesar de la presencia humana, pero esta presencia no era blanca sino mestiza y por lo tanto carente de 'humanidad reconocible'.
Los datos oficiales militares indicaron que habían sido 10.656 los indígenas fallecidos durante la campaña de ocupación del espacio pampeano-patagónico y que había habido casi 13.000 indígenas entre prisioneros y reducidos voluntariamente. En el Chaco los muertos llegaron a 1.679. A estos datos hay que añadir los muertos por hambre o enfermedades.
Sobre el tema la bibliografía es muy amplia y por lo tanto se remite, por ejemplo, a los estudios de H. Clementi, *La frontera en América. Una clave interpretativa de la Historia Americana*, Buenos Aires, 1985-1988, 4 v.; N. T. Auza, *La ocupación del espacio vacío: de la frontera interior a la frontera exterior. 1876-1910*, en G. Ferrari, E. Gallo (coomp.), *La Argentina del Ochenta al Centenario*, Buenos Aires, 1980, pp. 61-89; T. Halperin Donghi, *Una Nación para el Desierto argentino*, prólogo de Roy Hora, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2005; W. M. Delrio, *Memorias de expropiación. Sometimiento e incorporación indígena en la Patagonia (1872-1943)*, Bernal, 2010; R. J. Mandrini, *La Argentina aborigen: de los primeros pobladores a 1910*, Buenos Aires, 2008; C. Martínez Sarasola, *Nuestros paisanos los indios. Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en la Argentina*, Buenos Aires, 1996; E. H. Mases, *Estado y cuestión indígena. El destino final de los indios sometidos en el sur del territorio (1878-1930)*, Buenos Aires, 2010; M. Valko, *Los indios invisibles: de la apoteosis al confinamiento, secuestro y destierro*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007. Por fin los estudios de M. Quijada, *La ciudadanización del 'indio bárbaro'. Políticas oficiales y oficiosas hacia la población indígena de la Pampa y la Patagonia, 1870-1920*, en *Revista de Indias*, 1999, 217, pp. 676-704; *De mitos nacionales, definiciones cívicas y clasificaciones grupales. Los indígenas en la construcción nacional argentina. Siglos XIX a XXI*, en W. Ansaldi (coord.), *Calidoscopio latinoamericano. Imágenes históricas para un debate vigente*, Buenos Aires, 2004, pp. 425-450; *Repensando la frontera sur argentina: concepto, contenido, continuidades y descontinuidades de una realidad espacial y étnica (siglos XVIII y XIX)*, en *Revista de Indias*, 2002, 224, pp. 103-142, y M. Quijada, C. Bernand, A. Schneider, *Homogeneidad y Nación con un estudio de caso: Argentina, siglos XIX y XX*, Madrid, 2000.

inversores nacionales o extranjeros y para realizar el proyecto de desarrollo económico, social y cultural de la nación. Y el segundo momento, más reciente y llamado proceso de 'extranjerización' de la tierra, promovido por el presidente Carlos Saúl Menem durante sus presidencias (1989-1999), cuando se vendieron a inversores extranjeros casi el 10% de las tierras donde se encontraban el 90% de los recursos naturales[14], sin tener en cuenta que, al mismo tiempo, con la reforma constitucional de 1994, se estaban reconociendo los derechos indígenas muchas veces sobre las mismas tierras que se vendían.

Hay que resaltar que, en la primera fase de los conflictos territoriales, hubo tantas iniciativas[15] a nivel provincial para regular la posesión indígena de la tierra, como sentencias de la justicia provincial[16] que reconocieron los derechos de las comunidades sobre las mismas, basándose principalmente en el concepto de 'preexistencia étnica y cultural'; pero cabe destacar – como observa Gomiz – que "el Poder Judicial evidencia un comportamiento resistente a pronunciarse no sólo sobre los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, sino, incluso, a mencionar en

[14] Recordamos los casos del norteamericano Douglas Tompkins, con casi 35.000 hectáreas de tierras con recursos naturales entre las provincias de Corrientes, Entre Ríos, Santa Cruz, Neuquén y Tierra del Fuego, y del inglés Joe Lewis, que compró aproximadamente 18.000 hectáreas en Patagonia alrededor del Lago Escondido. Por último, la Compañía de Tierras Sur Argentino, que representa a la Empresa Benetton y que posee alrededor de 900.000 hectáreas de tierra en la provincia de Chubut, adquiridas en el año 1991, de las cuales la familia Curiñanco reivindica casi 500 hectáreas. Sobre esta controversia véase el sitio www.santarosarecuperada.com.ar y M. Rosti, *La terra contesa fra diritto e cultura: Compañía de Tierras del Sur Argentino versus Curiñanco-Rúa Nauhelquir*, en *THULE. Rivista italiana di studi americanistici. Monografica. I diritti delle popolazioni indigene e il diritto indigeno nelle Americhe*, 2009-2010, 26/27-28/29, pp. 477-499.

[15] En la provincia de Jujuy, con el Programa de Regularización y Adjudicación de Tierras de Población Aborigen (1997), se entregaron 33 títulos a comunidades indígenas entre 2006-2007, pero queda pendiente la titulación de otras comunidades regidas por el mismo programa o por la *Ley n. 26.160 de Emergencia* de 2006 (cfr. § 4), la provincia de Salta en 1991 otorgó un título comunitario a la Asociación Lhaka Honat, integrada por 60 comunidades; sin embargo, la construcción de obras dentro del territorio ha generado un conflicto que ha llegado hasta el sistema interamericano de derechos humanos; la provincia de Neuquén en 1964 creó reservas de tierras a favor de comunidades indígenas, sin embargo existen todavía algunos conflictos con particulares.

[16] Véase: Oñate, Dolorindo y otros c/Rago, Pablo y otros s/Interdicto de retener, Expte. 14.886-14-00, Juzgado Civil y Comercial n. 5 de la III Circunscripción Judicial de Río Negro, fallo del 4.09.2002; Quintriqueo, José c/ Newbery, Tomás s/ Acción autónoma de nulidad de sentencia, Expte 14.446 del Juzgado Civil de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Neuquén, junio de 2003; Sede Alfredo y otros c/Vila, Herminia y otros s/desalojo, Expte. 14012-238-99, Juzgado Civil y comercial de la III Circunscripción Judicial de Río Negro, agosto de 2004.

sus sentencias la *calidad* de indígenas – y en su caso otorgar efectos jurídicos – a quienes son parte de procesos judiciales"[17].

Además, en los últimos años la situación ha cambiado bastante, porque para los gobiernos nacional y provinciales de este periodo los objetivos prioritarios para el crecimiento económico del país han sido – y son todavía – los proyectos de las industrias extractivas (agropecuarios, mineros y petroleros), aunque afecten al conjunto de los derechos de los indígenas: tierras, recursos naturales, alimentación, salud y desarrollo. Y sobre este asunto, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner, en ocasión de una de las dos reuniones celebradas con los representantes indígenas en mayo de 2010, declaró que, si en el futuro se localizaran en los territorios indígenas recursos naturales estratégicos para el país, el gobierno optaría antes por su explotación que por la protección de los derechos indígenas reconocidos o reivindicados sobre las tierras ancestrales[18].

Es obvio que las palabras de la Presidenta suscitaron no pocas perplejidades entre los activistas de los derechos indígenas pero – en efecto – así ha actuado el gobierno.

3. – El 'modelo extractivista' y los pueblos indígenas

La profunda crisis política, económica y social que se vivió en el país durante los años 2001 y 2002 afectó también a los pueblos originarios, fundamentalmente por las estrategias que se adoptaron en materia económica durante los gobiernos de Kirchner (2003-2007) y Fernández (2007-2011; 2011-2015) para volver a levantar al país y que se basaron en la producción y exportación de productos agrícolas[19] y en

[17] M. M. Gomiz, *El derecho constitucional de propriedad comunitaria indígena en la jurisprudencia argentina*, en F. Kosovsky, S. L. Ivanoff (comp.), *Dossier propiedad comunitaria indígena*, 2015, p. 136, y D. Rodríguez Duch, *El derecho de las comunidades originarias*, cit., y el más reciente *Apuntes sobre Propiedad comunitaria indígena*, en F. Kosovsky, S. L. Ivanoff (comp.), *Dossier propiedad comunitaria indígena*, 2015, p. 38.

[18] Los pormenores de dichas reuniones se publicaron una semana más tarde y la grabación audio de las declaraciones de la Presidenta se colgó en el sitio de la revista *Mu*, n. 49, 17 de octubre de 2011, http://lavaca.org por Darío Aranda, que la transcribió para publicarla en el mismo sitio con el título *Gobierno, extractivismo y pueblos originarios*. De Aranda véase también *Argentina originaria. Genocidios, saqueos y resistencias*, Buenos Aires, 2011, y *Tierra Arrasada. Petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del siglo XXI*, Buenos Aires, 2015 y los muchos artículos y ensayos en http://darioaranda.wordpress.com.

[19] Sobre todo de soja, de la que se ha convertido en uno de los principales productores: de los 10 millones de hectáreas cultivados en 2001 se ha pasado a 12 millones en 2003 y, en 2010, a 19

la explotación de los recursos naturales, principalmente gas y petróleo, para satisfacer sobre todo las necesidades energéticas nacionales.

El apoyo al *modelo extractivista*[20] ha implicado la penetración de la 'frontera extractiva' (es decir agropecuaria, minera e hidrocarburífera)[21] con la complicidad de las mismas instituciones, en áreas del país que – hasta hacía poco – habían quedado excluidas, o casi, de los proyectos de explotación y cuyos territorios se dedicaban a otras actividades o, si no, porque eran los territorios en los que residían algunas comunidades originarias o porque eran territorios reivindicados por ellos, provocando el consiguiente incremento de las tensiones, que a menudo degeneraban

millones, es decir, el 56% de la tierra del país cultivada, y para 2020 el objetivo es de 25 millones de hectáreas pasando de 52 a alrededor de 71 millones de toneladas de producto (+34%). Del boom de la soja el gobierno ha sacado provecho con las *retenciones,* es decir con los impuestos obligatorios fijados en un 35% de las ganancias por las exportaciones agrícolas, que han incrementado las entradas fiscales, poniendo a disposición mayores recursos económicos públicos destinados después en parte a políticas de ayudas sociales y de desarrollo del país. El *Plan Estratégico Agroalimentario y Agroindustrial Participativo y Federal (PEA)* presentado en septiembre de 2011, además de dar énfasis al "modelo sojero", ha fijado como objetivo para 2020 incrementar la producción de trigo (+60%), maíz (+106%) y girasol (+45%). Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación htpp://www.maa.gba.gov.ar/2010/pea2. Sobre la expansión de la frontera agrícola se vea por ejemplo A. Rofman, *El avance de la frontera agrícola en regiones extrapampeanas*, en *Voces en el Fénix. Rebelión en la granja*, 2012, 12, pp. 104-111, en www.vocesenelfenix.com/; sobre la expansión de la soja: M. Teubal, *Soja transgénica y crisis del modelo agroalimentario argentino*, en *Realidad Económica*, mayo-junio de 2003, 196, en www.ger-gemsal.org.ar/publicaciones/articulos-en-revistas/soja-transgenica-y-crisis-del-modelo-agroalimentario-argentino/, y *Expansión de la soja transgénica en la Argentina*, 2013, en http://es.slideshare.net/ramoncopa/promesas-peligrosch4teubal.

[20] Cfr. M. Svampa, E. Viale, *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*, Buenos Aires, 2015, y E. Gudynas, *Extractivismos. Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza*, Cochabamba, 2015, y la amplia bibliografía al final de ambas las publicaciones; además los estudios de N. Giarracca y de M. Teubal, entre los cuales se recuerda: N. Giarracca, *La tierra que no miramos*, en *Conciencia social. Nueva época*, septiembre de 2006, año VI, en www.ger-gemsal.org.ar/publicaciones/articulos-en-revistas/la-tierra-que-no-miramos, y *La tragedia del desarrollo: disputas por los recursos naturales en la Argentina*, en *Sociedad*, 2007, vol. 3, en www.ger-gemsal.org.ar/publicaciones/articulos-en-revistas/la-tragedia-del-desarrollo-disputas-por-los-recursos-naturales-en-la-argentina; N. Giarracca, M. Teubal, *Disputas por los territorios y recursos naturales: el modelo extractivo*, en *Revista ALARSU*, Nueva Epoca#5, 2010, pp. 113-133, en www.ger-gemsal.org.ar/publicaciones/articulos-en-revistas/disputas-por-los-territorios-y-recursos-naturales-el-modelo-extractivo.

[21] En el norte del país, donde hay empresas mineras en las áreas desérticas, los indígenas muestran su preocupación -además de por la soja- por el alto consumo de agua para la extracción de recursos naturales, porque se está agotando este recurso fundamental para la cría de animales, la agricultura de subsistencia de las comunidades y la producción y cosecha de la sal, una actividad importante para la economía tradicional de la zona (región de las Grandes Salinas que abarca Salta y Jujuy). Por fin, hay temores por la posible contaminación no solo por la actual actividad minera y petrolera, sino también por las que han sido desarrolladas en las décadas anteriores, sin controles medioambientales adecuados.

en episodios de violencia y que terminaban a veces con el desalojo de las comunidades[22] y – casi siempre – con el ingreso de la empresa en su territorio.

Por lo que se refiere a los recursos naturales, desde el año 2004 el gobierno ha promovido algunas iniciativas[23] para incrementar las inversiones en la búsqueda y explotación de reservas energéticas en los yacimientos convencionales[24] y sobre todo en los no convencionales, que han llevado – desde el punto de vista de la búsqueda – al descubrimiento en el año 2010 del yacimiento de Vaca Muerta en la provincia de Neuquén[25] y – desde el punto de vista legislativo – a la aprobación en el año 2012 de la *Ley 26.741 de Soberanía Hidrocarburífera* que ha declarado "de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones" (art. 1), disponiendo por lo tanto, la expropiación del 51% de la compañía petrolífera Repsol YPF-Yacimientos Petrolíferos Fiscales (artt. 7-12) y la puesta en marcha de su nacionalización,

[22] Las comunidades una vez desalojadas han tenido que migrar a ciudades o pueblos cercanos en busca de una ocupación y viven en condiciones de marginación y miseria, o se han quedado a vivir al margen de sus territorios ancestrales. En este último caso, los desmontes realizados han hecho inaccesibles o indisponibles los materiales tradicionalmente utilizados para la construcción de viviendas y para la cría de animales de caza y pesca e impiden el acceso a sitios de importancia cultural y espiritual (por ejemplo, los cementerios).

[23] En 2004 creó Energía Argentina Sociedad Anónima (Enarsa) como ente encargado de la búsqueda en campo energético; en 2006 el *Decreto 546/06* y la *Ley Corta 26.197/06* estimularon a todas las provincias del país para que atrajesen inversiones para este sector y la *Ley 26.190* puso en marcha el Programa de Generación con Recursos Renovables (GENREN).

[24] D. Di Risio, H. Scandizzo, *La inseguridad jurídica tiene rostro petrolero*, en *Voces en el Fénix. Tierra prometida*, 2013, 25, pp. 126-133, que remite al *Plan Estratégico de YPF 2013-2017*; D. Di Risio, M. Gavaldá, D. Pérez Roig, H. Scandizzo, *Zonas de Sacrificio. Impactos de la industria hidrocarburífera en Salta y Nortepatagonia*, Observatorio Petrolero Sur, 2012, y en versión digital en www.opsur.org.ar/blog/2012/05/03/libro-zonas-de-sacrificio-impactos-de-la-industria-hidrocarburifera-en-salta-y-norpatagonia; H. Scandizzo, *YPF, Nuevos desiertos y resistencias. De la privatización a los no convencionales*, 14 de abril de 2014, p. 11, en www.opsur.org.ar/blog/2014/04/14/ypf-nuevos-desiertos-y-resistencias.

[25] La compañía estadounidense EIA-Energy Information Administration evaluó en el año 2013 la producción de Vaca Muerta en 27.000 millones de barriles de crudo, es decir 10 veces más que las reservas actuales, y en 802 TCF de gas, es decir, 45 veces las reservas actuales, situando a Argentina por detrás de China y de Estados Unidos para las reservas no convencionales. Por lo tanto, el *Plan Estratégico de YPF 2013-2017* estimó una reducción de las importaciones, se alcanzará la autosuficiencia y eventualmente la exportación de los excedentes.

controlando así el yacimiento de Vaca Muerta. Pero, al año siguiente, el gobierno tuvo que crear las condiciones necesarias para atraer las inversiones y la tecnología para explotar las potencialidades de esa zona y, en consecuencia ha emanado el *Decreto 929/13-Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos* que ha previsto algunos privilegios para los futuros inversores en el sector, con la condición de que inviertan en los primeros cinco años por lo menos "un mil millones (U$S 1.000.000.000)" de dólares estadounidenses (art. 3)[26]. El decreto – conocido como "decreto Chevron" – es del 11 de julio de 2013, es decir, de cinco días antes del anuncio de la firma – el 16 de julio de 2013 – de un acuerdo con la empresa estadounidense Chevron, que habría invertido 1.240 millones de dólares para obrar en las zonas de Loma La Lata y de Loma Campana en el área de Vaca Muerta, convirtiéndose así en el primer inversor extranjero del país en el campo petrolífero. En este contexto tiene cabida el caso de la comunidad de Campo Maripe ilustrado en el § 6.

4. – La Ley 26.160 de emergencia de la propiedad comunitaria indígena de 2006

En noviembre de 2006, el incremento de las reivindicaciones territoriales, de los conflictos sociales y de las críticas a los programas de inversión y desarrollo llevó al gobierno nacional a promulgar la *Ley 26.160 de Emergencia de la propiedad comunitaria indígena*, que declaró "la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes" (art. 1), suspendió los desalojos de los territorios ancestrales (art. 2) y encargó al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) la realización, en los tres años siguientes, de

[26] Art. 6: desde el quinto año gozarán del "derecho a comercializar libremente el mercado externo el veinte por ciento (20%) de la producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos producidos […], con una alícuota del cero por ciento (0%) de derechos de exportación […]. Los beneficiarios que comercializaren hidrocarburos en el mercado externo […] tendrán la libre disponibilidad del cien por ciento (100%) de las divisas provenientes de la exportación de tales hidrocarburos, en cuyo caso no estarán obligados a ingresar las divisas correspondientes a la exportación del veinte por ciento (20%) de hidrocarburos líquidos o gaseosos".

"relevamientos técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas" (art. 3).

A tal fin, en 2007 el INAI instituyó el Programa Nacional de Relevamiento de las Comunidades Indígenas[27], sin embargo, por la falta de resultados, la ley ha sido prorrogada ya dos veces: en 2009[28] hasta noviembre de 2013 y, nuevamente, hasta noviembre de 2017, cuando resultó que, seis años después del comienzo del programa, decenas de comunidades habían sido desalojadas y el relevamiento territorial se había realizado en pocas provincias, por la oposición de los gobiernos locales y la pasividad del gobierno nacional[29]. En efecto, el *Informe* de la Auditoría General de la Nación[30] de 2012 y la *Nueva Advertencia sobre la inejecución de la ley 26.160* de ENDEPA[31] de 2013 denunciaron, primero, que en seis años se habían realizado solo el 12,48% de demarcaciones territoriales de las solicitadas por aproximadamente 1.600 comunidades[32]; segundo, que las encuestas casi no se habían empezado en las provincias donde se registraba un alto número de comunidades y una alta conflictividad – o sea Salta, Jujuy, Formosa, Chaco y Neuquén donde viven casi el 65% de las comunidades indígenas – mientras que en

[27] Se prevé un trabajo técnico y de campo coordinado entre el INAI, los organismos académicos y las provincias y un análisis de la organización socio-cultural de las comunidades (usos, tradiciones y ocupaciones de tierras). Los datos recogidos se incluirán en un Informe cartográfico y una Carpeta técnica, que contiene las indicaciones prácticas para legalizar las tierras.

[28] En octubre de 2008 el INAI declaró que solo se habían aprobado 6 proyectos provinciales de relevamiento territorial y que solo 2 provincias (Salta y Santiago del Estero) estaban en condiciones de recibir los fondos destinados al mencionado relevamiento.

[29] S. I. Braticevic, J. L. Cabana, *Aplicación de políticas públicas orientadas a Pueblos Indígenas. Un análisis comparativo del avance de la frontera agraria y sus contraddicciones con el Programa de Relevamiento de la Ley 26.160*, en *Revista Estado y Políticas Públicas*, 2, 2014, pp. 187-204; M. Rosti, *Terre ancestrali e risorse naturali: i diritti indigeni nell'Argentina odierna fra tutela e sviluppo economico*, en *RiMe. Rivista dell'Istituto di Storia dell'Europa Mediterranea,* 11/2, 2013, pp. 173-204, en http://rime.to.cnr.it.

[30] El *Informe* de la Auditoría General de la Nación del 2012 se encuentra en www.agn.gov.ar/informes/informesPDF2012/2012_083.pdf.

[31] Equipo Nacional de Pastoral Indígena (ENDEPA), *Nueva advertencia sobre la inejecución de la Ley 26.160. La brecha entre las declaraciones y la realidad en materia de derechos territoriales indígenas*, 2013, en http://es.slideshare.net, al cual se remite para los detallados cuadros y comentarios. Se recuerda que ENDEPA, en 2011, realizó un primer informe sobre el tema: *Advertencia sobre la inejecución de las leyes nacionales 26.160 y 26.554*.

[32] "De un total de 1578 comunidades, solo se llevaron a cabo los relevamientos en 197. (…) En Río Negro se relevó el 40 por ciento de las comunidades (50 de 124), en Santiago del Estero el 23 por ciento (12 de 52), 17 por ciento en Misiones (18 de 103), 13 por ciento en Chubut (14 de 108) y 10 por ciento en Jujuy (30 de 295 comunidades). Chaco registra 101 comunidades, pero solo se ultimaron los censos catastrales de dos. En Neuquén existen al menos 61 comunidades y no se relevó alguna", datos extraídos de *Tres años más para relevar los territorios indígenas*, 26 de septiembre de 2013, en http://odhpi.org/.

aquellas donde hay solo un 2,4% de comunidades – o sea La Pampa, Córdoba, Santa Cruz, San Juan, Catamarca, Entre Ríos, La Rioja y Tierra del Fuego – la realización había sido de cerca del 80% y, finalmente, que el INAI ya había gastado alrededor del 80% de los fondos disponibles, la mitad de los cuales sin alguna justificación.

A estos datos hay que añadir otros documentos y recomendaciones sobre el tema[33], entre los cuales destacamos la petición oficial de James Anaya de 2011, en aquella época Relator Especial de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que – del 27 de noviembre al 7 de diciembre de aquel año – visitó Argentina y en particular las provincias donde se habían registrado más violaciones, o sea Neuquén, Río Negro, Salta, Jujuy y Formosa, concluyendo su recorrido en Buenos Aires donde, en una conferencia de prensa, adelantó el contenido del *Informe* oficial[34] que iba a presentar en 2012 al Consejo de Derechos Humanos en Ginebra[35]. Y ya en aquella ocasión Anaya expresó su preocupación por la falta de protección de los derechos ancestrales de los pueblos originarios y por la política extractiva perseguida por el Gobierno y llamó la atención al gobierno para que controlara que se tutelaran los derechos de los indígenas en mayor medida[36].

---

[33] ENDEPA en la *Nueva advertencia* recuerda las recomendaciones, desde 2010, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y del Comité de Derechos Humanos; del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los informes anuales de la Organización Internacional del Trabajo; entre 2011 y 2012 también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó al gobierno argentino y, por fin, se recuerdan los documentos del Relator de la ONU James Anaya, ya citados aquí.

[34] J. Anaya, *Declaración a los medios del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas al concluir su visita a Argentina*, 7 de diciembre de 2011, en http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones.

[35] J. Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Argentina. Informe del relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Copenhague, 2012, en hwww.iwgia.org/regiones/latin-america/argentina y también en http://unsr.jamesanaya.org/esp/country-reports/la-situacion-de-los-derechos-humanos-de-los-pueblos-indigenas-en-argentina, que lleva por título *La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina*, A/HRC/21/47/Add.2, 4 de julio de 2012.

[36] Si bien señaló que se dieron "pasos importantes para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales tradicionales, existe todavía en Argentina una falta de seguridad jurídica generalizada respecto de estos derechos" (J. Anaya, *La situación*, cit., p. 34) apuntó que "A través de los años, los proyectos agropecuarios y de industrias extractivas existentes en Argentina han afectado a un conjunto de derechos de los pueblos indígenas, incluyendo sus derechos a sus tierras y recursos naturales, así como sus derechos a la alimentación, la salud y el desarrollo" (J. Anaya, *La situación*, cit., p. 19). Y -como recuerda Scandizzo- resaltó que "el Estado debe controlar al sector privado, a las empresas que extraen recursos. Si eso no sucede, no hay respeto pleno para los pueblos indígenas" y definió la técnica del *fracking* para la explotación de los no convencionales como un método "particularmente riesgoso" (H. Scandizzo, *YPF, Nuevos desiertos y resistencias*, cit., p. 7).

Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU amonestó al Estado por los desalojos y las violencias contra las comunidades originarias, denunciando el avance minero en los territorios indígenas, los desmontes, la soja transgénica y el uso de agrotóxicos, exhortando a modificar de manera urgente estas políticas.

En el ámbito de los relevamientos, llama la atención la pasividad o incluso la oposición de los gobiernos nacional y locales para desbloquear la situación, así como emerge que detrás del avance de las industrias agro-pecuarias y extractivas en los territorios indígenas se encuentran las mismas instituciones, en lugar de empeñarse en garantizar los derechos indígenas reconocidos a nivel local, nacional e internacional.

Finalmente, resulta importante evidenciar que – a diferencia de los otros países de América latina – el citado Programa de Relevamiento, tal y como dispone la *Ley 26.160 de Emergencia* del 2006, constituye solo una parte del cumplimento de las obligaciones estatales hacia los pueblos originarios, porque no incluye ni la fase de la 'demarcación' ni de la 'titulación' de las tierras, ni tampoco la solución de los conflictos por la reivindicación de los territorios de los que los indígenas fueron despojados. Faltando las dos etapas sucesivas al relevamiento – observa Zimerman – "el territorio indígena queda expuesto a intrusiones e intromisiones por parte de funcionarios estatales o de terceros y se limitan las posibilidades de defensa de las comunidades, lesionando la preservación de las formas culturales"[37].

5. – Los derechos indígenas en la Provincia de Neuquén

De las 23 provincias que forman Argentina, Neuquén[38] es la segunda en densidad de población indígena (7,9%) y entre las primeras en yacimientos de hidrocarburos[39]: está situada efectivamente en la llamada Cuenca Neuquina[40], la más

[37] S. Zimerman, *Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio indígena*, en F. Kosovsky, S. L. Ivanoff (comp.), *Dossier propiedad*, cit., 2015, p. 165.

[38] La provincia se encuentra en el extremo noroeste de Patagonia tiene una superficie di 94.078 km² y el censo de 2010 indica una población total de 565.242 habitantes, de los cuales el 7.9% son indígenas repartidos entre mapuches (21.5%), tobas (13%) y guaraní (11%), en http://w2.neuquen.gov.ar/la-provincia/sobre-neuquen.

[39] Las 10 provincias petroleras son: Salta, Jujuy, Formosa, Mendoza, La Pampa, Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

importante del país en yacimientos de gas y de petróleo convencionales y por el potencial en las reservas de los no convencionales y tiene por lo tanto una gran importancia estratégica para el gobierno local y nacional controlar el territorio y sus recursos naturales, pero dedica una escasa atención a los derechos indígenas que están reconocidos en el art. 53 de la Constitución provincial, reformada en el año 2006 para adaptarse a la Constitución nacional (art. 75 inc.17, cfr. § 1)[41].

En 1989 con la *Ley 1800* la provincia adoptó la citada *Ley 23.302* y en cuanto a la asignación de las tierras, en base a la normativa vigente, desde los años 60 hasta los 90 el sistema adoptado por el gobierno de Neuquén fue el de las *reservas,* es decir, el de asignar por decreto tierras rurales consideradas *fiscales* a las "agrupaciones indígenas [...] para la utilización permanente y definitiva de las tierras que ocupan", pero respetando una serie de requisitos y de condiciones bien determinadas[42]. A finales de los años 80 se añadió "el otorgamiento de escrituras translativas de dominio"[43] y, finalmente, el reconocimiento a las comunidades de la "personería jurídica como asociaciones civiles" como condición "para la escrituración de las tierras a los mapuches"[44].

A pesar del *corpus* de normas internacionales, nacionales y provinciales vigentes en materia, en los últimos años la 'frontera extractiva' ha conseguido penetrar en los territorios indígenas de la provincia, con un incremento de los conflictos territoriales e incluso una criminalización[45] de la protesta indígena: en el año 2013 el *Informe*

---

[40] Comprende las provincias de Neuquén, Mendoza, Río Negro y La Pampa.

[41] Art. 53: "La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor", en http://indigenas.bioetica.org/leyes/23302.htm.

[42] Decretos 737/64; 1608/64; 977/66; 1039/72; 3204/86; 1588/86; 3228/86; 3866/88; 4171/88; 4220/87; 3203/86; 2500/89 e 2916/93, cfr. M. M. Gomiz, *La propiedad comunitaria indígena en la Provincia de Neuquén. Aportes jurídicos para garantizar el derecho a las tierras, territorios y recursos*, p. 2 y nota 4, ponencia del III Congreso Nacional de Derecho Agrario Provincial, Neuquén, 2015, en http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/49724.

[43] *Ley provincial 1759* del 1988.

[44] M. M. Gomiz, *La propiedad comunitaria*, cit., p. 2.

[45] De las 42 causas penales que afectan a 241 mapuches, 25 son por delito "de usurpación", 10 por "desobediencia o impedimento de funciones" y 7 por "daños, lesiones, obstrucción de tránsito y

ODHPI denunció que todavía no había sido emanada "alguna disposición provincial (ley, decreto, resolución o acuerdo) [que] reglamente el respeto a los derechos indígenas" y que "esta falta de normas [...] se potencia porque los jueces y funcionarios encargados de decidir y aplicar el derecho en los casos concretos, no aplican directamente la Constitución Provincial o las normas federales y de derechos humanos sino que optan para remitirse a las reglamentaciones inferiores para negar o restringir en la práctica el ejercicio de esos derechos reconocidos"[46].

Efectivamente solo en junio de 2012 se firmó un acuerdo entre el gobierno provincial y el INAI para poner en marcha el *Programa Nacional de Relevamiento Territorial de las Comunidades Indígenas,* previsto en la citada *Ley 26.160* de 2006[47], a los que se han añadido otros dos acuerdos: uno a tiempo limitado que preveía la suspensión durante 90 días (prorrogables a otros 90 días más) de las inscripciones de las comunidades indígenas de la provincia de Neuquén en el Re.Na.Ci. (que caducó el 20 de septiembre de 2012 y no se prorrogó) y otro, que daba más margen, que preveía que todas las inscripciones en el Re.Na.Ci. efectuadas por las comunidades de Neuquén se transmitieran a la Dirección de Personas Jurídicas Provincial en donde se habrían ocupado de ellas, pero que, una vez llegadas allí, generalmente se quedaban varadas.

Hay que tener en cuenta que tras la reforma constitucional de 1994, la *personería jurídica* se ha convertido en el eje de todas las relaciones entre las instituciones y las comunidades indígenas, porque para éstas últimas supone el requisito fundamental para poder reivindicar sus propios derechos, pero como tiene que ser concedida por las instituciones – además a dos niveles: nacional y provincial – se ha convertido en un instrumento valiosísimo en manos de las propias instituciones que – si no la reconocen – privan a las comunidades originarias del único medio del que disponen para poder acceder a políticas que les favorezcan. Un ejemplo son los acuerdos

coacción". Desde el año 2005 al 2012 se han puesto en marcha 60 procesos contra los mapuches "por ejercicio de derechos colectivos y constitucionalmente reconocidos" ODHPI, *Informe de Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Patagonia*, 2013, p. 29, en http://odhpi.org/, y M. M. Gomiz, *Criminalización del pueblo Mapuche en Argentina*, en F. Gómez Isa, M. Berraondo (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Bilbao, 2013, pp. 405-423.

[46] ODHPI, *Informe*, cit., p. 22, en http://odhpi.org.

[47] *Convenio Interjurisdiccional para la Ejecución del Programa Nacional de Relevamiento Territorial de las Comunidades Indígenas*, que dispuso la formacón de una Comisión Ejecutora Interjurisdiccional y de un Equipo Técnico Operativo (ETO).

citados, que han intentado mantener la política del gobierno neuquino retardando la concesión a nivel provincial de la *personería jurídica* incluso a esas comunidades que ya la habían obtenido a nivel nacional al inscribirse en el Re.Na.Ci. puesto que – si no – habrían adquirido ese *status* jurídico-legal para poder reivindicar sus propios derechos.

Este tipo de política fue inaugurada en 2002 por el gobernador Jorge Sobisch con el *Decreto provincial 1184/2002 – Personería de las agrupaciones indígenas. Reconocimento,* que intervino en los artículos 1-4 de la *Ley 23.302*[48] relativos a la inscripción en el Re.Na.Ci., solicitando ulteriores requisitos[49] con respecto a los requeridos por la ley nacional, cuando ésta solo pedía la "autoidentificación" (art. 2 cfr. §1).

Como consecuencia de todo esto, en los últimos 20 años ninguna comunidad de la provincia ha logrado obtener el reconocimiento de la propia *personería jurídica* a nivel local, y, a nivel nacional, durante 7 años, el INAI no inscribió en el Re.Na.Ci. a esas comunidades de la provincia de Neuquén[50]: en resumen, se ha privado a las comunidades del instrumento necesario para poder reivindicar y defender sus propios derechos, mientras que precisamente la complicidad entre las instituciones locales y nacionales ha permitido a las compañías petrolíferas obtener permisos y concesiones para entrar en los territorios considerados todavía *fiscales*, pero que están habitados o que han sido reivindicados por las comunidades, pudiendo ignorar las protestas.

---

[48] La provincia de Neuquén ha considerado que el Gobierno federal no tuviese la competencia para registrar a las comunidades indígenas, que en cambio le habría correspondido al gobierno provincial porque entran a formar parte de las atribuciones "del poder de policía" de las Provincias y, según esta interpretación en 2006 presentó a la CSJN una petición para anular la registración en el Re.Na.Ci. de 6 *personerías jurídicas* concedidas a las comunidades neuquinas Lof Logko Purran, Lof Gelay Ko, Lof Wiñoy Folil, Lof Maripil, Lof Lefiman y Lof Wiñoy Tayiñ Raquizuam. M. M. Gomiz, *Personería Jurídica de comunidades indígenas: un fallo clave*, en ODHPI, *Boletín*, mayo de 2014, n. 9, pp. 17-22. Sobre el fallo se remite también a S. Ramírez, *Personería jurídica de las comunidades indígenas. Procesos de Consulta*, en *Revista de Derechos Humanos*, 2014, año III, n. 7, en www.infojus.gob.ar/silvina-ramirez-personeria-juridica-comunidades-indigenas-dacf150042-2014-09/123456789-0abc-defg2400-51fcanirtcod.

[49] "Reglamentación Art. 2. Reconocimiento. Registro: […] Los requisitos necesarios que deberán acreditar los peticionantes para el reconocimiento de la personería jurídica, serán los que a continuación se detallan y los que surjan a partir del trabajo de campo a realizarse con todas y cada una de las comunidades mapuches: a) Su identidad étnica. b) Una lengua actual o pretérita autóctona. c) Una cultura y organización social propias. d) Que hayan conservado sus tradiciones esenciales. e) Que convivan en un hábitat común. f) Que constituyan un núcleo de por lo menos diez asentadas", *Decreto 1184/2002* del 10 de julio de 2002.

[50] M. Gomiz, *Personería Jurídica*, cit., p. 1.

La Confederación Mapuche de Neuquén (CMN) presentó un Recurso Extraordinario Federal contra el *Decreto provincial 1184/2002* ya en el año 2002 y – después de 11 años – la CSJN ha emitido la citada sentencia el 10 de diciembre de 2013[51] (cfr. §1), definida como "un fallo clave" en materia de derechos indígenas porque, además de declarar la inconstitucionalidad del decreto[52], ha precisado – por primera vez – los ámbitos de competencia federal y provincial en materia de los derechos indígenas: las provincias en sus actividades tienen que respetar igualmente "los estándares establecidos en el orden normativo federal [...] dichos estándares federales se encuentran contenidos y especificados tanto en el marco constitucional sub examine y el Convenio 169 de la OIT como así también la ley nacional de política indígena y su decreto reglamentario"[53]; después ha confirmado el criterio de "autoidentificación" como punto clave para reconocer la identidad indígena en lugar del "criterio opuesto de identificación por el Estado", previsto por el Decreto[54] que "expresamente impone recudos y condiciones que significan una clara restricción y regresión respecto de lo establecido en materia de derechos y políticas indígenas a nivel federal" y, por último, ha sentado un precedente importante sobre el derecho de consulta previa, en cuanto – se lee – "el decreto 1184/02 fue dictado omitiendo dar participación previa a las entidades que representan a los pueblos indígenas del Neuquén, desconociendo así la obligación establecida por el Convenio 169" en el art. 6[55].

---

[51] CSJN, *Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, 10 de diciembre de 2013.

[52] La inconstitucionalidad del decreto deriva del hecho de que el gobierno provincial ha pretendido reglamentar una ley nacional cuando dicha facultad está atribuida por la Constitución al Presidente de la Nación (arts. 99 inc. 2 e 126).

[53] CSJN, *Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, 10 de diciembre de 2013, p. 6.

[54] Se lee: "[…] el decreto impugnado no solo no prevé el concepto de autoidentificación establecido por el art. 2 de la ley nacional 23.302 y por el art. 1 inc. 2 del Convenio 169 de la OIT como un criterio fundamental de inscripción, sino que lo sustituye por el principio opuesto de identificación del Estado", p. 7.

[55] Art. 6: "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a

Y con respecto a esto, Gomiz ha observado que, si por una parte, se ha rechazado "la errónea interpretación" de que "la Constitución Nacional prevé un derecho genérico a la participación de las comunidades"[56], por otra parte, "pero no se exige expresamente que deba acudirse al mecanismo específico de la consulta, como la idea que tampoco la Constitución impone que tal participación deba efectivizarse de manera previa a la adopción de medidas legislativas o administrativas"[57].

La CSJN ha declarado por lo tanto la inconstitucionalidad del decreto "en la medida que no se adecua al 'umbral mínimo' establecido en el orden normativo federal" y ha exhortado a la provincia a poner en consonancia la política y la legislación en materia de derecho indígena "a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen del bloque normativo federal, en particular en cuanto a la identificación por vía de autoconciencia, en cuanto el asentamiento mínimo de tres familias y en cuanto a la consulta obligatoria al pueblo originario".

6. – La YPF-Chevron en Vaca Muerta y la comunidad Campo Maripe

En este contexto se encuentra el citado (§ 3) acuerdo firmado en 2013 entre la empresa petrolera de mayoría estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales (desde ahora YPF) y la multinacional Chevron, para explotar en gran escala y mediante fractura hidráulica o *fracking* el área denominada Vaca Muerta[58], en la provincia de Neuquén,

---

cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Además la violación de los artt. 5, 18 e 19 UNDRIP y el art. 75 inc. 17 Constitución nacional (cfr. §1).

[56] Era la interpretación del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén en la misma causa cuando, en 2009, aceptó parcialmente la petición de inconstitucionalidad de la Confederación Mapuche.

[57] M. M. Gomiz, *Personería Jurídica*, cit., p. 20.

[58] Vaca Muerta es un yacimiento petrolífero que alcanza una superficie de casi 30.000 km² y parece ser que es la mayor reserva de petróleo y gas no convencional del Cono Sur y una de las mayores del mundo. La empresa YPF controla 12.000 km² y el acuerdo con Chevron se explica solo por la urgencia de YPF de tener un socio tecnológico e inversor para explorar y explotar Vaca Muerta ante la imposibilidad de hacerlo con sus propios recursos. Los analistas estiman una inversión para el próximo quinquenio que oscila entre 37.000 y 60.000 millones de dólares.
Son numerosos los artículos, las noticias y los comentarios sobre este tema, entre los cuales se señala el de C. Malamud, *El pacto YPF-Chevron sobre Vaca Muerta y la peculiar deriva de la 'soberanía energética' Argentina*, en *Comentario Elcano*, 2013, 48, en www.realinstitutoelcano.org, y se remite a los textos ya citados en la nota 20 de Svampa, Vitale y de Gudynas.

que permitiría al país ahorrar miles de millones de dólares en la importación de gas y petróleo, llegar al autoconsumo y, quizás, exportar las excedencias[59]. Sin embargo, esta oportunidad desde el punto de vista energético y estratégico para Argentina se enfrenta con muchos problemas, entre los cuales recordamos dos interrelacionados entre sí. Primero, las dudas que presenta desde el punto de vista medioambiental[60] la utilización de la técnica de fractura hidráulica y, segundo, la oposición del pueblo Mapuche, ya que dicho yacimiento se encuentra integralmente en una región que estos consideran parte de su territorio ancestral y, consecuentemente, las actividades afectan al territorio de más de veinte comunidades que – como es sabido – no fueron consultadas ni participaron absolutamente en la evaluación del impacto originado por el método no convencional.

De entre todas estas, señalamos el caso de la comunidad de Campo Maripe[61], que vive en Loma Campana (Añelo), en donde la YPF-Chevron, gracias al citado *Decreto 929/13* del 11 de julio de 2013 realiza exploraciones recurriendo a la técnica del *fracking* y procede a la apertura de algunos campos petrolíferos[62] con repercusiones desde el punto de vista ambiental, social y, en particular, por lo que respecta al presente estudio, con una violación de los derechos de la comunidad misma, puesto que el yacimiento se encuentra en su territorio ancestral y no ha podido oponerse porque en 2013 carecía todavía de *personería jurídica* – ya que el gobierno local tardaba en reconocérsela basándose en el *Decreto provincial 1184/2002* – mientras que la compañía petrolífera, gracias precisamente al *Decreto 929/13,* pudo entrar en su territorio.

Las posiciones empezaron a cambiar desde el momento en el que la citada sentencia de la CSJN del 10 de diciembre de 2013 declaró inconstitucional el *Decreto*

[59] Según YPF, en Vaca Muerta hay 117 trillones de pies cúbicos de gas y 40.000 millones de barriles de petróleo, lo que multiplicaría por 10 las reservas argentinas. La compañía prevee de incrementar la extracción de petróleo del 29% y del gas del 23%. H. Scandizzo, *YPF, Nuevos desiertos y resistencias. De la privatización a los no convencionales*, 14 de abril de 2014, p. 11, en www.opsur.org.ar/blog/2014/04/14/ypf-nuevos-desiertos-y-resistencias.

[60] Hay muchas noticias de accidentes por escape de sustancias contaminantes, además de la perplejidad por las consecuencias técnicas del *fracking*, por ejemplo la contaminación de las faldas acuíferas o el peligro de terremotos.

[61] Vive en el área Paraje Vanguardia, localidad Añelo, Departamento homónimo, provincia de Neuquén (Ruta Provincial Nro 17 Km 14); integradas por alrededor de 144 personas, repartidas en 35 familias, que desde el 2011 han vuelto a ocupar aquel territorio.

[62] Hay otras compañías petroleras: Exxon, Apache ed EOG (USA), Américas Petrogas, Azabache, Antrim Energy, Madalena Ventures (Canadá), Total (Francia) e Wintershall (Alemania).

provincial 1184/2002: las protestas de los indígenas aumentaron hasta el 9 de octubre de 2014, cuando se organizaron unas barricadas en las carreteras y algunas mujeres se encadenaron a las torres del *fracking,* reivindicando – tal y como se leía en la rueda de prensa – que "1. Se regularice la seguridad de nuestras tierras comunitarias; 2. Se registre nuestra comunidad en Personería jurídica; 3. Se aplique el derecho a la Consulta en todo proyecto a aplicar en nuestras tierras"[63].

La intervención de algunos funcionarios del gobierno local puso fin a la protesta y, el 24 de octubre de 2014, el gobernador Sapag concedió la "personería jurídica al Lof Campo Maripe" (art. 1) con el *Decreto provincial 2407/14*. En enero de 2015 se inició el "relevamiento técnico jurídico-catastral", y los resultados se dieron a conocer el 21 de agosto de 2015 con la presentación del *Informe Histórico Antropológico,* un texto de unas 250 páginas que reconstruye el proceso histórico de las tierras y demuestra cómo las 11.000 hectáreas reivindicadas forman parte del territorio de la comunidad mapuche que resulta anterior a la provincia, porque los primeros datos sobre ellos registrados datan del año 1927, mientras que la provincia fue creada en 1955[64]. Sin embargo, el gobierno local negó la ocupación precedente del territorio por parte de la comunidad mapuche, retirando incluso a los técnicos que participaron en las primeras fases del relevamiento territorial.

No se puede decir que el caso esté cerrado porque aún queda por realizar la 'demarcación' y la 'titulación' del territorio, con las cuales dejaría de estar bajo régimen de *tierra fiscal*, es decir, de terreno de propiedad del Estado o de la provincia, transfiriendo de manera definitiva la propiedad a la Comunidad, y además hay que garantizar todavía el derecho a la consulta.

7. – Unos vacíos legales: el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado

[63] *Acción directa Mapuche: cierre de caminos de Vaca Muerta*, 9 de octubre de 2014, en http://odhpi.org/.
[64] En los años 70 una parte de la tierra fue absorbida por la propiedad de Andrés Vela, que desalojó la comunidad obligádola a vivir en los márgenes del área y, solo en 2011 la comunidad volvió a ocupar su propia tierra originaria. Relevamiento Territorial Lof Campo Maripe, Pueblo Mapuce, Provincia de Neuquén, *Informe histórico Antropológico*, responsables Jorgelina Villareal y Luisa Meza Huencho, junio 2015, pp. 39-40, en www.8300.com.ar/wp-content/uploads/2015/08/Informe-Hist%C3%B3rico-Antropol%C3%B3gico-presentado.pdf. Participaron el Longko del Lof Campo Maripe, Albino Campo, el representante de la Conferedación Mapuche, Jorge Nahuel.

Con respecto al derecho a la consulta se notan dos importantes vacíos legales en materia: el primero se refiere al hecho de que todavía no hay una legislación nacional que 'obligue al Estado' a realizar procesos de consulta a las instituciones indígenas de los pueblos originarios, afectados por proyectos de inversión y explotación económica en su tierra y, el segundo, al hecho de que tampoco existe 'una ley' que regule el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en los procesos de elaboración de textos legislativos o reglamentarios que les afecten[65].

Esto a pesar de que la Constitución nacional 'asegure' a los pueblos indígenas "su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten" (art. 75 inc. 17 de la Const. Nac.) y a que Argentina haya ratificado el Convenio OIT 169 y que haya firmado su adhesión a la Declaración de los derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2007 (UNDRIP), que establecen los siguientes estándares internacionales respecto al derecho a la consulta: 1. la consulta es un deber propio de los Estados (OIT 169, art. 6.1); 2. debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos (OIT 169, art. 6.1 y UNDRIP art. 19); 3. debe realizarse de buena fe (OIT 169, art. 6.2 y UNDRIP art. 19); 4. antes de adoptar o aplicar leyes o medidas administrativas que puedan afectar directamente a las comunidades (OIT 169 art. 6.1 y UNDRIP art. 19); 5. antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (UNDRIP art. 32.2); 6. antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentran en las tierras donde habitan los pueblos indígenas (OIT 169, art. 15.2); 7. antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (UNDRIP art. 30) y – finalmente – 8. que la

[65] Evidenciado también por el Relator Anaya que, entre las recomendaciones, escribe que "El Estado debe elaborar un mecanismo o procedimiento de consulta de acuerdo a los estandares internacionales, para aumentar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan, lo que podría ser desarrollado con el apoyo del sistema de las Naciones Unidas en Argentina", J. Anaya, *La situación*, cit., p. 34.

consulta debe llevarse a cabo con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado (OIT art. 6 y UNDRIP artt. 19 y 32)[66].

En cuanto al consentimiento, el Estado no podrá llevar adelante acciones sin el acuerdo de los pueblos indígenas afectados en los siguientes casos: cuando el proyecto implique el traslado de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales y la reubicación (ILO 169, art. 16.2); cuando se proceda al almacenamiento o la eliminación de materiales peligrosos en sus tierras y territorios (UNDRIP, art. 29). Además, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que generen efectos como: la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y la contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, impactos sanitarios y nutricionales negativos y de larga duración, abuso y violencia[67].

Cabe destacar que estas normas o criterios son parte del ordenamiento jurídico argentino y que la Constitución nacional dispone que deben de ser aplicadas en todas las Provincias (art. 31), las cuales en sus constituciones locales reiteran algunos de estos derechos[68] y que será nula, de nulidad absoluta, toda medida de carácter legislativo o administrativo susceptible de afectar – directa o indirectamente – a sus derechos o a la integridad como pueblos y que haya sido adoptada omitiendo el procedimiento de consulta previa[69].

---

[66] La síntesis es de M. C. Galvis Patiño, *Consulta, consentimiento y veto*, en *AportesDPLF – Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, septiembre 2010, n. 14, pp. 11-13; Due Process Law Foundation, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, DPLF-OXFAM, 2015, y *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, DPLF, 2011.

[67] Vease también la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el importante caso *Saramaka vs. Suriname* (2007).

[68] Sobre el consentimiento libre, previo e informado muy interesante es el ensayo de A.Whitmore, *Los Pueblos Indígenas y las industrias extractivas*, en F. Gómez Isa, M. Berraondo (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Bilbao, 2013, pp. 207-244. Además AA. VV., *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América latina*, 2012, y R. Z. Yrigoyen Fajardo, *El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*, en M. Aparicio (ed.), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Barcelona, 2011.

[69] En los casos en los que la consulta se refiera a proyectos que no generan los impactos indicados o cuando se trate de medidas legislativas o administrativas (UNDRIP artt. 19 y 32) y no se llegue a un acuerdo o al consentimiento, por un lado, las comunidades no tienen el derecho a vetar el proyecto

De esta forma queda claro que uno de los ejes del Convenio OIT 169 es el derecho a la consulta, que se presenta como el instrumento para proteger otros derechos fundamentales allí regulados, frente a la adopción de medidas estatales que puedan afectar a la vida cotidiana o a la supervivencia de los pueblos indígenas y, en particular, el derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales que son los derechos que esencialmente se pretende proteger mediante la misma consulta y son los derechos más vulnerados por los Estados.

En otras palabras se introduce "una obligación estatal" de profundas consecuencias para los pueblos indígenas, porque – observa Ramírez – los reconoce como "sujetos colectivos de derecho público interno, cuya voluntad [el Estado] debe considerar e incorporar". Se trata de una "participación específica" reservada a los pueblos indígenas, o sea, no se trata de un mero derecho de participación política ya reconocida a los ciudadanos (argentinos) en convenios y declaraciones internacionales, sino que es "un derecho a la participación colectiva como pueblos al que se suman los derechos políticos reconocidos para cada uno de sus integrantes, en pie de igualdad con el resto de los ciudadanos"[70].

Sin embargo – hasta hoy – en Argentina no existe ninguna legislación o reglamentación que haga efectivos tales derechos y el INAI es un organismo secundario, de limitado presupuesto y que carece de la capacidad decisoria, para hacer efectivos los derechos de los pueblos originarios. Su actuación se limita a realizar recomendaciones, que las demás agencias estatales – federales y provinciales – no están obligadas a adoptar y que generalmente no aceptan o ignoran.

Con la utilización del derecho a la consulta se alcanzaría una nueva organización política, creando nuevos caminos para que los pueblos indígenas pudieran dar a conocer su opinión, cuando las decisiones que se debieran de tomar les afectaran directamente.

8. – Conclusiones

o la medida legislativa y, por el otro, los Estados no tienen una completa discrecionalidad, porqué tienen siempre que respetar normas y principios del Estado de Derecho.

[70] S. Ramírez, *Personería jurídica de las comunidades indígenas. Procesos de Consulta*, en *Revista de Derechos Humanos*, 2014, año III, n. 7, p. 152, en www.infojus.gob.ar/silvina-ramirez-personeria-juridica-comunidades-indigenas-dacf150042-2014-09/123456789-0abc-defg2400-51fcanirtcod.

No hay duda de que en las últimas décadas Argentina ha dado pasos importantes en el ámbito de los derechos indígenas, sin embargo existe una "brecha significativa"[71] entre el marco normativo y su implementación por distintas razones históricas, políticas, económicas y socio-culturales, que han creado con los años unas barreras entre la sociedad y los pueblos originarios.

Así pues, me atrevería a afirmar que en Argentina (como también en el resto del continente) en los últimos años los pueblos originarios están viviendo una "situación paradójica" -como la define Silvina Ramírez[72]- porque "por una parte, se encuentran bajo el paraguas protector de un material normativo abundante", o sea, normas nacionales e internacionales que reconocen un amplio catálogo de derechos indígenas, así como también a nivel regional, ya que el sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado una doctrina en su defensa[73]; pero, por otra parte, sin embargo, la realidad de los pueblos originarios es distinta, porque se encuentran en una situación de violación de sus derechos, de conflictos y de reivindicaciones territoriales, sin que el Estado intervenga de manera satisfactoria. Ramírez explica que la "razón económica se convierte, si bien no en la única, en la fundamental para entender por qué ya bien entrado el siglo XXI, alcanzar un Estado igualitario sigue siendo una utopía"[74]. Una 'razón económica' que explica muy bien la historia de las relaciones entre los pueblos originarios y el Estado-Nación desde el siglo XIX y las políticas de absorción y eliminación de las diferencias culturales promovidas hasta la mitad del siglo pasado.

A pesar de las denuncias, el gobierno ha continuado hasta ahora con su política de beneficiar a las empresas petroleras, mineras, sojeras y forestales; el avance en el

[71] La expresión es del anterior Relator Especial Rodolfo Stavenhagen (2006).
[72] S. Ramírez, *Prefacio*, en *Voces en el Fénix. Tierra prometida*, 2013, 25, pp. 7-8, y de la misma autora *Igualdad como Emancipación: Los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas*, en *Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 2007, pp. 33-50, en www.cdh.uchile.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=64.
[73] Se recuerdan: *Comunidad Indígena Mayagna Sumo de Awas Tingni c/ Nicaragua* (2001); *Yakye Axa c/Paraguay* (2005) y *Saramaka vs. Suriname* (2007). Véase los sitios de la Comisión Interamericana () y de la Corte Interamericana (www.corteidh.or.cr) y sobre Awas Tingni el texto de F. Gómez Isa (dir.), *El caso Awas Tingni. Derechos Humanos entre el local y lo global*, Bilbao, 2013.
[74] S. Ramírez, *Prefacio*, en *Voces en el Fénix. Tierra prometida*, 2013, 25, p. 8.

territorio indígena parece imparable y se podría definir la situación que están viviendo los pueblos originarios como una 'tercera Conquista'[75].

Por lo tanto, a los próximos gobiernos les queda la tarea de conciliar las necesidades de desarrollo y de crecimiento económico y social con los derechos indígenas reconocidos por el ordenamiento jurídico y de poner en marcha nuevas políticas que resalten las diferencias, para realizar ese tan citado 'Estado plurinacional'.

[75] La primera fue la de los españoles a partir de 1492; la segunda la organizaron los nuevos Estados-Naciones durante el siglo XIX, para conseguir el control efectivo del territorio.

ISSN 2037-6677	2016/N.4

Lingua e diritto nella Costituzione nepalese del 20 settembre 2015: "diversità non discordante" e stato multiculturale

Language and law in the Nepalese constitution of 20 September 2015: 'non-contrasting diversity' and the multicultural state

Pasquale Viola

Abstract

The essay analyzes the relationship between national languages and law in the 2015 Nepalese Constitution, in order to reveal that the historic, cultural, linguistic and political plot - who comes before the dogmatic construction of law - is nothing else that the background from which emerges the Nepalese State-Nation.

Tag

Language and Law; 2015 Constitution of Nepal; State-Nation; South Asia Constitutionalism; Multicultural State

ISSN 2037-6677

Lingua e diritto nella Costituzione nepalese del 20 settembre 2015: "diversità non discordante" e stato multiculturale

di Pasquale Viola

SOMMARIO: 1. – Il costituzionalismo asiatico e l'ordito culturale nepalese. 2. Lingue e Costituzione. 3. – La 'Language Commission'. 4. – Lo State-Nation Nepal: la 'diversità non discordante'.

1. Il costituzionalismo asiatico e l'ordito culturale nepalese

Il costituzionalismo dell'Asia meridionale, vibrante e tumultuoso[1], rappresenta la traduzione in termini giuridici di realtà politico-sociali fra le più complesse al mondo. Se da un lato l'India rimane il punto di riferimento della comparazione Oriente-Occidente[2]; dall'altro non si può escludere l'importanza di Pakistan, Sri

[1] M. Tushnet and M. Khosla, *Unstable Constitutionalism. Law and Politics in South Asia*, CUP, Cambridge, 2015.

[2] W. Menski, *Beyond Europe*, in E. Örücü e D. Nielken, *Comparative Law. A handbook*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007; D. Amirante, *Post-modern constitutionalism in Asia: perspectives from the Indian experience*, in NUJS Law Review, vol. 6, 2(2013); Id., *Lo stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, BUP, Bologna, 2014; Id., *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1(2015), pp. 1-36; E. Basile e M. Torri (curr), *Il subcontinente indiano verso il terzo millennio*, FrancoAngeli, Milano, 2002. Per il dibattito sulla classificazione del modello giuridico indiano in chiave eurocentrica si rinvia a D. Amirante, *Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, pp. 239-260; K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato. I Principi fondamentali*, Giuffré, Milano, 1992; R. David e C Jauffret-Spinosi, *I grandi*

Lanka, Bangladesh e Nepal nell'indagare le scelte progettuali di composizione del conflitto politico/culturale e le attitudini risolutive delle rispettive Costituzioni[3].

Particolarmente significativo appare il caso del Nepal, che, ad oggi, fra nazionalismo etnico e civile[4] sta attraversando una lunga e tormentata fase di *state-building*[5] di grande interesse anche euristico, in quanto consente alla dottrina comparatistica persino riflessioni in prospettiva diacronica. Infatti, espressioni come 'monarchia', 'rivoluzione', 'lotta di classe', 'guerra civile', 'lotta per i diritti civili e politici' possono apparire 'fuori dalla storia'[6], ma in realtà descrivono il presente dello stato nepalese. Non si tratta, quindi, di un mero *revival*, espressione rispolverata anche per indicare i conflitti etnici in Europa[7], ma di un'operazione a cuore aperto di cui non si può conoscere l'esito.

Se comparata alle tradizioni costituzionali occidentali, quella nepalese è senz'altro recente, tanto da potersi parlare di storia costituente, più che costituzionale[8]. Dall'entrata in vigore del *Government of Nepal Act* del 1948 –

---

sistemi giuridici contemporanei, CEDAM, Padova, 2004[5]; A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 2008[3].

[3] J. Hutchard, M. Ndulo e P. Slinn, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth. An Eastern and Southern African Perspective*, CUP, Cambridge, 2004; M. Rosenfeld e A. Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2012; M. Tushnet and M. Khosla, *Unstable Constitutionalism*, cit.; T. Ginsburg e R. Dixon, *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2011; P. R. Brass, *Routledge Handbook of South Asian Politics. India, Pakistan, Bangladesh, Sri Lanka, and Nepal*, Routledge, New York, 2010; R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2014.

[4] M. Malagodi, *Forging the Nepali Nation through Law: A Reflection on the use of Western Legal Tools in a Himalayan Kingdom*, in *Studies in Ethnicity and Nationalism*, Vol. 8, 3(2008), pp. 433-452.

[5] S. Hangen, *Creating a "New Nepal": The Ethnic Dimension*, East-West Center Washington, Washington, 2007; S. Bhandari, *Self-Determination & Constitution Making in Nepal. Constituent Assembly, Inclusion, & Ethnic Federalism*, Springer, Singapore, 2014; M. Malagodi, *The End of a National Monarchy: Nepal's Recent Constitutional Transition from Hindu Kingdom to Secular Federal Republic*, in *Studies in Ethnicity and Nationalism*, Vol. 11, 2(2011), pp. 235-251; M. Rasaratnam e M. Malagodi, *Eyes wide shut: persistent conflict and liberal peace-building in Nepal and Sri Lanka*, in *Conflict, Security & Development*, (3)2012, pp. 299-327.

[6] P. Jha, *Battles of the New Republic: A Contemporary History of Nepal*, Hurst & Co., London, 2015. Non a caso, il Prologo del libro di Jha si apre con un aneddoto: durante una lezione alla JNU sulle relazioni internazionali, la 'fine della storia' di Fukujama e la vittoria del capitalismo, l'Autore ricevette un messaggio da parte di Hari Roka in cui si annunciava la deposizione di Gyanendra, ultimo re del Nepal. Pur non volendo noi mettere in discussione la veridicità dell'accaduto, ne è innegabile il carico simbolico: mentre si professa il punto di arrivo della storia, si compie un avvenimento radicalmente antitetico alla tesi di Fukuyama.

[7] C. de Stefano, *Dissoluzione e ristrutturazione statuale sullo spazio ex-sovietico*, in *DPCE*, 2(2015), pp. 503-526, riprendendo l'espressione proposta da A. Smith, *The Ethnic Revival*, CUP, Cambridge, 1981.

[8] Nell'arco di sessant'anni sono state prodotte sei Costituzioni: The Government of Nepal Act del 1948, in vigore per due anni; l'Interim Government of Nepal Act del 1951, in vigore per otto anni;

costituzione ottriata per assecondare le richieste inclusive degli strati sociali abbandonati a loro stessi –si sono succedute ben cinque Carte fondamentali[9], che hanno soddisfatto le esigenze politiche delle classi dominanti, concretizzando perlopiù compromessi a breve termine[10]. La necessità di procedere a un vero e proprio *state-building* si è percepita solo a seguito della rivoluzione maoista del 2006, che ci ha consegnato un quadro fatto di transizioni: dalla monarchia alla repubblica, dall'autoritarismo alla democrazia e al riconoscimento dei diritti umani, da una politica egemonica a un sistema partecipativo, da uno stato religioso ad uno laico, dall'accentramento alle autonomie locali[11].

La nuova Carta costituzionale nepalese del 20 settembre 2015, prodotto dell'Assemblea costituente eletta nel novembre 2013 e composta dai democratici-riformisti del Partito del Congresso e dagli ex-ribelli maoisti, si pone, quindi, un duplice obiettivo: da un lato, unificare le pluralità etniche nepalesi e, dall'altro, salvaguardarne le diversità.

Nella realtà sociale descritta, la questione linguistica assume un rilievo centrale, essendo «uno dei più pervasivi e pressanti problemi costituzionali della moderna vita politica[12]», non solo asiatica ma globale. A tal fine, basti pensare alle relazioni fra la pluralità linguistica e i servizi pubblici, l'educazione, la legislazione, la giurisdizione e, ovviamente, alla scelta linguistica che impegna la PA nello svolgimento della funzione amministrativa[13].

Tuttavia, per analizzare il rapporto fra lingua e diritto in Nepal è necessario, in primo luogo, introdurre nozioni di carattere storico-sociale e religioso, al fine di tracciare delle tassonomie culturali nelle quali si è sedimentato il 'particolato'

---

la Costituzione del Regno del Nepal del 1959, in vigore undici mesi; la Costituzione del Nepal del 1962, durata ventotto anni; la Costituzione del Regno del Nepal del 1990, in vigore per diciassette anni e la Interim Constitution of Nepal del 2007, sostituita dalla Costituzione attualmente vigente. Per una ricostruzione storico-giuridica si veda S. Bhandari, *Self-Determination & Constitution Making in Nepal. Constituent Assembly, Inclusion, & Ethnic Federalism*, cit.

[9] P. Jha, *Battles of the New Republic: A Contemporary History of Nepal*, cit.

[10] S. Bhandari, *Self-Determination & Constitution Making in Nepal. Constituent Assembly, Inclusion, & Ethnic Federalism*, cit.

[11] Yash Ghai, *The old order is dying, the new order is not yet born. Politics of constitution demolishing and constitution building in Nepal*, in A. H. Y. Chen, *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, CUP, Cambridge, 2014, pp. 367-390.

[12] S. Choudhry, *Managing linguistic nationalism through constitutional design: Lessons from South Asia*, in *International Journal on Constitutional Law*, 4(2009), pp. 577-618, cit. p. 577.

[13] Cit.

linguistico. L'attuale caratteristica multiculturale del Nepal, infatti, è il risultato dell'intreccio fra condizioni morfologiche uniche al mondo e dell'isolamento cui è stato costretto dal regime imposto nel 1846 dal generale Jang Bahadur Rana e durato sino al 1950. Incuneato fra lo stato indiano e quello cinese, il Nepal è attraversato longitudinalmente dall'Himalaya, nelle cui valli si sono insediati gruppi etnici parzialmente isolati[14] e dalle caratteristiche socio-culturali atipiche[15].

Il report elaborato nel 2014 – su commissione del Governo nepalese – dal Central Boureau of Statistics ha individuato 125 gruppi etno-castali, ordinati in cinque insiemi: *caste-origin groups*, newar, adibasi/janajati, musulmani e altri. A loro volta, le suindicate categorie sono state classificate in ulteriori gruppi sub-culturali: *caste-origin*, adibasi/janajati, dalit, madhesi caste-origin groups (primo livello socio-culturale), madhesi caste origin groups (secondo livello socio-culturale), dalits (terzo livello socio-culturale dei madhesi), tarai (madhesi), musulmani e gruppi culturali residuali. Sul piano religioso si evidenzia una forte maggioranza hindu, con una presenza notevole di buddisti (9% della popolazione), musulmani, kirant e cristiani.

La frammentazione etnica si risolve, quindi, sul piano linguistico, in una pluralità di 'first languages'[16] che, in determinati casi, si sviluppano isolatamente e

---

[14] La propensione all'apertura culturale e allo scambio linguistico è spesso dettata dalle attività economiche di una collettività. Eccezione all'isolazionismo etnico nepalese è rappresentato dai Newa, originari della Valle di Kathmandu, stanziati in aree urbane e dediti al commercio e all'artigianato. Sul punto vedi S. Toba, I. Toba e N. Rai, *Diversity and Endangerment of Languages in Nepal*, UNESCO Kathmandu Office, Kathmandu, 2005.

[15] Central Boureau of Statistics, *Population Monograph of Nepal*, Vol. II (Social Demography), Kathmandu, 2014, pp. 2 ss.

[16] Riguardo alla scelta nell'utilizzo dei termini 'mothertongue' e 'first language', è preferibile optare per la medesima soluzione adottata dal Central Boureau of Statistic, il quale ha evidenziato che la complessità dinamica che investe il fenomeno linguistico nepalese non permette una ricostruzione accurata dell'identità sociolinguistica della popolazione. Infatti, il termine 'madrelingua' si riferisce alla prima forma di linguaggio appresa durante l'infanzia dai genitori nell'ambiente domestico, ma, come evidenziato dal CBS Nepal del 2011 (e ripreso, poi, dal report del 2014), spesso i soggetti intervistati hanno indicato come lingua-madre quella appresa dal campo sociale e dal contesto mediatico in cui vivevano. Per evitare di utilizzare indiscriminatamente il termine 'madrelingua', il CBS ha preferito l'utilizzo del sintagma 'first language'. Sul punto vd. Central Boureau of Statistics, *Population Monograph of Nepal*, Vol. II, cit., Tav. 1.1 e pp. 52 ss: «Census enumerators were not provided with a list of languages/dialects spoken in Nepal during the data collection of 2011. As a result, several blurry, indistinct or wrong language names were enumerated as responses to mother tongues and second languages. […] 123 languages were identified in Nepal (despite being small in area), merging a number of indistinct languages as 'others' (spoken by 21,173 respondents) in the lack of complete information, while 47,718 respondents were coded as non-responses». La distinzione fra 'mothertongue' e 'first language', però, essenziale sul piano degli studi sociologici e antropologici, non incide nell'interpretazione delle scelte linguistico-normative del Legislatore.

non possono essere ricondotte ad alcun ceppo linguistico. Ad oggi, in Nepal si contano 123 lingue di diversa matrice: indoeuropea, sinotibetana, austroasiatica e dravidica[17]; mentre il kusunda non ha alcuna relazione genetica con altre lingue[18].

La lingua ufficiale è il nepalese, parlato dal 48.61 % della popolazione, affiancato da numerose altre lingue: maithali, bhojpuri, tharu, tamang, newar, magar, bajjika, urdu, avadhi, limbu, gurung, che a livello provinciale possono essere riconosciute come lingue ufficiali. Tuttavia l'inglese, pur non avendo un riconoscimento formale, si è imposto come lingua franca per motivi pratici legati al commercio e al turismo, ma è escluso dalle sedi istituzionali ufficiali.

Sul piano politico le diversità linguistiche qui esposte sono state oggetto di programmi aventi finalità talvolta contrapposte. Durante il regime della dinastia Rana, la diversità e l'isolamento, coniugate alla quasi totale assenza di reti stradali e di comunicazione, hanno fatto sì che la popolazione stanziasse sul territorio nepalese, evitando l'emigrazione verso l'India e la Cina. Durante il Panchayat System (1960 – 1990, in cui si realizzava una pseudo-democrazia senza partiti e, salvo la rappresentanza dei cittadini nelle assemblee di villaggio, il potere era accentrato nelle mani del monarca)[19], la politica del '*one nation, one language*' fu intollerante nei confronti delle lingue indigene, portando – secondo alcuni studi condotti da Noonans e Dahal[20] – all'estinzione, fra altre lingue minori, del majhi, del kumbale e del bayu.

Il successivo cambio di rotta nelle politiche linguistiche si è avuto con la Costituzione del 1990, in cui agli artt. 6 co. 2 e 18 co. 1 fu riconosciuto il diritto fondamentale a un'educazione nel 'first language' e l'obbligo da parte dello stato di preservare la diversità linguistica di ogni comunità[21].

---

[17] Central Boureau of Statistics, *Population Monograph of Nepal*, Vol. II (Social Demography), cit.
[18] S. Eagle, *The language situation in Nepal*, in R. Kaplan e R. Baldauf Jr, *Language Planning and Policy in Asia Vol.1. Japan, Nepal, Taiwan and Chinese Characters*, Multilingual Matters, Bristol, 2008.
[19] M. Lawoti. *Looking Back, Looking Forward: Centralization, Multiple Conflicts, and Democratic State Building in Nepal*, East-West Center Washington, Washington, 2007, p. 6 ss.
[20] Sulla 'nepalizzazione' e/o la scomparsa delle lingue vedi M. Noonan, *The fall and rise and fall of the Chantyal language* in 'Southwest Journal of Linguistics', XV(1996), voll. 1-2, pp. 121-135; B. M. Dahal, *Linguistic perspectives and priorities in Nepal*, in P. Sharma e L. Friedman, *Seminar Papers in Linguistics*, Institute of Nepal and Asian Studies, Tribhuvan University, Kathmandu, 1976, pp. 153-167.
[21] Art. 6 co. 2 Cost. [1990]: «Tutte le lingue parlate come madrelingua nelle varie zone del Nepal sono lingue nazionali del Nepal»; art. 18 co. 1: «Ogni comunità residente all'interno del Regno del

Il passaggio dall'intolleranza del Panchayat System alle politiche di protezione della Costituzione del 1990 segnò la comparsa dei diritti linguistici c.d. di prima specie, in cui la diversità è meramente tollerata; mentre solo con la Costituzione del 2015 si è compiuta la progressione verso i diritti linguistici di seconda specie, i quali non si esauriscono nella non-discriminazione e implicano l'ufficializzazione di una lingua su base locale[22].

2. Lingue e Costituzione

L'articolo 4 co. 1 della Costituzione nepalese, nel dare una definizione del termine '*secular*' va ben oltre la mera affermazione della laicità dello stato. Esso sintetizza, in questo caso, un legame storico fra le diversità culturali, religiose e – quindi – linguistiche, che dal presente si perde in tempi immemori[23]. Sin dal preambolo si evince, nonostante il continuo richiamo alle tradizioni, la volontà costituente di riorganizzare il paese in base ai principi della rivoluzione democratica maoista del 2006. Muovendo dalla condanna delle precedenti politiche definite feudalistiche, autocratiche, accentrate ed a *governance* unitaria, il Legislatore costituente ha inteso proteggere e promuovere la solidarietà culturale e sociale in un'ottica decentrata e pluralista. L'idea di *unity in diversity* si realizza, qui, attraverso il riconoscimento del carattere multietnico, multilinguistico, multireligioso e multiculturale del paese in una prospettiva di tolleranza, armonizzazione e promozione delle diversità.

Nepal ha il diritto di preservare e promuovere la sua lingua, la sua scrittura e la sua cultura». Traduzione ufficiale inglese della Costituzione del Regno del Nepal VS 2047 (1990) pubblicata in *Himalaya, the Journal of the Association for Nepal and Himalayan Studies,* 1-3(1991), pp. 19 - 68.

[22] G. Poggeschi, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, Carocci, 2010; Id., *I diritti linguistici in India fra pluralismo, nazionalismo e pragmatismo*, in D. Amirante, C. Decaro, E. Pföstl (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 222-236. Per un'ampia ricostruzione del fenomeno linguistico si veda G. Poggeschi, *Language Rights and Duties in the Evolution of Public Law*, Nomos, Baden-Baden, 2013.

[23] Art. 4, co. 1, Cost: «Stato del Nepal: il Nepal è una repubblica democratica federale, indipendente, indivisibile, sovrana, laica, inclusiva, orientata al socialism». Nell'*explanation*' si chiarisce che «ai fini di questo Articolo, 'laico' sta ad indicare libertà di religione e di cultura, nonché protezione della religione e della cultura tramandata da tempo immemore». Per la consultazione del testo in lingua inglese si è fatto riferimento alla traduzione pubblicata dell'Ambasciata nepalese in Germania, nonché alla traduzione stilata della Nepal Law Society con l'ausilio dell'International Institute for Democracy and Electoral Assistance e dell'United Nations Development Programme. La traduzione in lingua italiana è nostra.

L'articolazione costituzionale, composta da 308 articoli, 9 allegati e divisa in 35 parti, in più punti regola in dettaglio la materia linguistica, la quale non si esaurisce in un mero intento programmatico, evidenziandone, così, l'importanza che riveste nel tessuto sociale nepalese.

Sin dall'art. 3[24], nel dare la definizione di 'nazione' in termini contrattualistici – è stato usato, infatti, il sintagma *bond of alliance* –, è riconosciuto il carattere multi-linguistico del popolo nepalese, inteso come collettività raggruppata in un'entità astratta e uniti dalla comune aspirazione a creare uno stato indipendente. L'art. 6[25], rubricato 'Lingue della nazione', sancisce che tutte le lingue-madri sono da considerarsi lingue nazionali, fermo restando – come sancito dal successivo art. 7 al co. 1 – l'ufficialità del nepalese e dell'alfabeto Devanagari. Il secondo comma dell'art. 7 riserva alla legge statale la possibilità di affiancare al nepalese una o più lingue parlate sul territorio; mentre il terzo comma contiene la clausola di chiusura residuale in cui compare la costituenda Language Commission, alla quale è riservato il potere di raccomandazione, nei confronti del Governo, per tutto ciò che riguarda la materia linguistica.

La Parte III della Costituzione, dal titolo 'Diritti fondamentali e doveri', all'art. 18 co. 1 e 2[26] sancisce l'uguaglianza dinanzi alla legge e il divieto di discriminazione su base linguistica. Da notare, qui, che l'impostazione del Legislatore costituente muove da un dovere dello stato nei confronti del singolo, in una prospettiva verticale che manifesta in negativo, attraverso un'interpretazione sistematica, un'uguaglianza prospettica orizzontale, cioè fra i singoli. A tal fine, il terzo comma dell'art. 18 recita: «Lo Stato non dovrà discriminare i cittadini per motivi di origine, religione, razza, casta, appartenenza tribale, sesso, condizioni economiche, lingua, religione, ideologia o per altri simili motivi».

---

[24] Art.3, Cost.: «Nazione: tutto il popolo nepalese, con caratteristiche multietniche, multilinguistiche, multi-religiose, multiculturali e di diversità geografica; avendo aspirazioni comuni ed essendo unito da un vincolo di fedeltà all'indipendenza nazionale, all'integrità territoriale, all'interesse nazionale e alla prosperità del Nepal, collettivamente costituisce la nazione».

[25] Art. 6, Cost.: «Lingue della nazione: tutte le lingue parlate come lingua-madre in Nepal sono lingue della nazione».

[26] Art. 18, Cost.: «Diritto all'uguaglianza: (1) Tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge. A nessuno persona può essere rifiutata l'eguale protezione della legge. (2) Non si compiranno discriminazioni nell'applicazione delle leggi generali per motivi di origine, religione, razza, casta, tribù, sesso, condizioni fisiche, condizioni di salute, stato civile, gravidanza, condizione economica, lingua o regione, ideologia o in altri casi simili».

La parte III della Costituzione nepalese riconosce, all'art. 32[27], i diritti culturali e linguistici. L'impianto normativo dell'articolo *de quo*, diviso in 3 commi, prevede il diritto, da parte dei singoli o di intere comunità, all'uso della propria lingua, nonché il diritto a partecipare alla vita culturale delle comunità e a preservare e promuovere la propria lingua, la propria scrittura e tutti quegli elementi culturali che rappresentano elementi di distinzione e unicità.

I diritti dei singoli e delle comunità previsti nella Parte IV, riconosciuti 'a specchio' rispetto ai doveri dello stato, godono della protezione giurisdizionale prevista dall'art. 46[28] in comb. disp. con l'art. 133[29], ai sensi dei quali ogni cittadino del Nepal può adire la Corte Suprema per far dichiarare l'illegittimità di una norma che impone una irragionevole restrizione ai diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione. Soggette al controllo di costituzionalità sono tutti gli atti aventi carattere normativo, quali le leggi provinciali e federali, nonché qualsiasi norma o parte di essa emanata dalle Municipal Assembly o dalle Village Assembly. La Corte Suprema, inoltre, ha il potere straordinario di dichiarare l'illegittimità *ab initio* o *ex nunc* della disposizione oggetto di valutazione. Al secondo comma dell'art. 133 è previsto il potere straordinario della Corte in base al quale, nei casi in cui il rafforzamento dei diritti fondamentali appaia inadeguato, ineffettivo o per qualsiasi altra questione giuridica che investa l'interesse generale e i diritti fondamentali, di emettere 'gli ordini necessari e adeguati, forni[re] rimedi appropriati, impo[rre] di rispettare tale diritto o risolve[re] la controversia'. Nei casi di giurisdizione straordinaria ex art. 133 co. 2, riguardanti anche la materia linguistica, la Corte emana ordini e '*writs*, inclusi i *writs* di *habeas corpus*, *mandamus*, *certiorari*, interdizione e *quo warranto*'.

---

[27] Art. 32, Cost.: «Diritto alla lingua e alla cultura: (1) Ogni persona e comunità hanno il diritto di usare le loro lingue. (2) Ogni persona e comunità hanno il diritto di partecipare alla vita culturale della propria comunità.
(3) Ogni comunità nepalese residente in Nepal ha il diritto di preservare e promuovere la sua lingua, scrittura, cultura, civiltà e tradizione».

[28] Art. 46, Cost.: «Diritto al ricorso costituzionale: è sancito il diritto di esperire ricorso costituzionale secondo le modalità di cui all'articolo 133 o 144 per l'applicazione dei diritti conferiti dalla presente parte».

[29] Art. 133, Cost.: «Sulla competenza della Corte Suprema: (1) Qualsiasi cittadino del Nepal può presentare istanza alla Corte Suprema se qualsiasi legge o parte di essa è illegittima per incoerenza con questa Costituzione, perché impone una limitazione irragionevole per il godimento di qualsiasi diritto fondamentale conferito dalla presente Costituzione […] la Corte Suprema avrà il potere straordinario di dichiarare l'illegittimità della norma *ab initio* o dalla data della sua decisione […]».

La Parte IV 'Principi direttivi, politiche e obbligazioni dello Stato', all'art. 51 sancisce l'obbligo dello stato alla tutela e armonizzazione delle diversità culturali. In particolare, alla lett. a) n. 2[30] è imposto il dovere statale di promuovere le relazioni di cooperazione fra le Unità federali mediante un lavoro di armonizzazione rispettoso delle diversità fra caste, religioni, lingue, culture e comunità.

A interessare direttamente il fattore linguistico nepalese sono anche le disposizioni di cui alla lett. c) n. 6 e n.7[31], nelle quali si impone allo stato di salvaguardare la coesistenza e lo sviluppo delle lingue scritte e parlate mediante azioni positive, al fine di perseguire una politica multi-linguistica.

3. La 'Language Commission'

In coda alla Costituzione, all'art. 287, è fatto obbligo allo stato di costituire, entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione, la *Language Commission*, ente formato da esperti e rappresentanti dello stato, avente l'incarico di valutare tutte le problematiche connesse al fenomeno linguistico e di proporre al Governo le necessarie soluzioni da adottare. Si tratta, quindi, di un organismo tecnico volto ad affiancare l'Esecutivo nella risoluzione delle controversie su base linguistica.

Oltre alla presenza di un presidente, la Commissione è composta da un numero non ancora determinato di membri; ogni singola Commissione resta in carica sei anni e i membri non possono essere confermati per un secondo mandato. Sono costituzionalmente previsti, al n. 4, i requisiti per la designazione: *master degree* in materie correlate all'attività della Commissione e rilasciato da un'università riconosciuta dal Governo nepalese, venticinque anni di comprovata esperienza nell'insegnamento e nella ricerca riguardanti le lingue del Nepal, l'aver compiuto 45 anni e l'essere di condotta irreprensibile. Se il presidente o qualsiasi altro membro

[30] Art. 51, lett. a) n.2, Cost.: «Politiche dello Stato. Lo Stato persegue le seguenti politiche: […] (2) promuovere l'unità nazionale, sviluppando relazioni di cooperazione reciproche tra le unità federali, mantenendo la coesione reciproca, l'armonia e la solidarietà tra varie caste, tribù, religioni, lingue, culture e comunità».

[31] Art. 51, lett. c) n. 6 e n. 7., Cost.: «(C) Riguardo alla trasformazione sociale e culturale: […] (6) proteggere e sviluppare lingue, alfabeti, cultura, letteratura, arte, cinema e patrimoni di varie caste, tribù e comunità sulla base dell'uguaglianza e della convivenza, garantendo la diversità culturale del paese, (7) perseguire una politica multi-linguistica».

dovesse essere escluso per cause a lui imputabili o di forza maggiore, nonché su rimozione da parte del Governo, è previsto che la carica rimanga vacante.

Riguardo alle funzioni, ai doveri e ai poteri, la Language Commission determina i criteri per il riconoscimento delle lingue (da individuare entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione) e formula raccomandazioni indirizzate al Governo per la protezione, la promozione e lo sviluppo delle stesse; inoltre la Commissione ha il compito di stilare *reports* sul livello di sviluppo delle lingue-madri e di indicare al Governo le eventuali potenzialità della loro applicazione nel campo educativo. Riguardo alla presenza territoriale, il Governo può, coordinandosi col governo provinciale, stabilire sedi locali. Infine, per la regolazione di tutti gli aspetti riguardanti le funzioni, i doveri, i poteri e le regole di procedura della Language Commission non contemplati nella Carta costituzionale, è competente il Legislatore federale.

Nonostante il mutamento delle forze politiche al Governo, l'impegno dei partiti nell'introdurre un disegno di legge che accolga le rimostranze Madhesi e Janajati, nonché la stesura della nuova legge elettorale per i tre livelli di governo, l'otto settembre 2016 è stata istituita la Language Commission, al cui vertice è stato nominato Lav Dev Awasthi, Segretario del Governo nepalese. Ad oggi si attendono la definizione del numero dei componenti – che, presumibilmente, sarà pari alle Province –, le nomine degli stessi e le ulteriori determinazioni riservate al Governo[32].

4. Lo State-Nation Nepal: la 'diversità non discordante'

La lingua e il diritto sono, come ogni altra attitudine individuale o sociale dell'uomo, elementi d'indagine soprattutto del campo dell'antropologia culturale. Questo legame, indissolubile per qualsiasi forma di ordinamento, *sia esso scritto o tramandato oralmente*, è effetto della volontà primaria dell'uomo di trasmettere ad altri ciò che ha individualmente assimilato. Va da sé che entrambi – lingua e diritto –

[32] Notizia riportata anche da *The Himalayan Times* del 9 settembre 2016. Sulle rivendicazioni dei Madhesi e degli Janajati vd. S*urya Dhungel, A Wake-up Call. Transforming a unitary state to a federal one will remain a distant dream unless political parties go for elections*, The Kathmandu Post, 13 Settembre 2016.

sono oggetto di *acquisizione sociale* e non di *trasmissione genetica*[33], in una logica meticcia che tiene conto di tutte le variabili dell'evoluzione sociale[34].

Il Nepal, ginepraio di eventi storici, culturali, linguistici, religiosi, giuridici e politici, si rivela sfondo unitario che cerca di addurre in sé le diversità costitutive di quell'unità politica avente natura stipulativa. Gli stessi fenomeni giuridici si mescolano su coordinate eccentriche rispetto alla razionalità occidentale, che impone il paradigma secondo il quale tutto può essere diviso, catalogato, studiato e ricondotto alla comprensione in forma binaria della inclusione/esclusione. Logica classica che ordina e, talvolta, informa o cerca di informare la realtà oggetto di studio, tanto da apparire vicina all'antropologia voyeuristica di fine '800. Premesso ciò, come sottolinea H. P. Glenn in *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, solo l'adozione di una logica multivalente è la chiave metodologica che ci permette di acquisire prospettive multiple che, pur negandosi, nella realtà vivono contemporaneamente[35].

Va da sé, come affermato recentemente dal noto costituzionalista indiano M.P. Singh riguardo al fenomeno linguistico nepalese, che la Costituzione nepalese si limiterà al tentativo di gestione delle diversità incentrandole sul Nepali, complice il fatto che, in modo del tutto differente rispetto al fenomeno indiano, essa è *effettivamente* la lingua utilizzata in tutte le sedi ufficiali[36]. Si pensi, inoltre, che i

---

[33] Il punto di riferimento logico dell'antropologia culturale è dato dalla seguente definizione di Tylor: «La cultura o civiltà, intesa nel suo ampio senso etnografico, è quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume e qualsiasi altra capacità o abitudine acquisita dall'uomo in quanto membro di una società». Cit. in U. Fabietti, R. Malighetti e V. Matera, *Dal tribale al globale. Introduzione all'antropologia*, Mondadori, Milano, 2012, p. 9.

[34] Sulla dimostrazione del fondamento della 'logica meticcia' si sofferma U. Fabietti in *Dal Tribale al globale*, cit. Muovendo dalla distinzione kantiana fra l'intelletto, inteso come operazione creatrice di schemi classificatori, e la ragione, la quale opera un controllo razionale sull'intelletto affinché non produca classificazioni arbitrarie e oggetti falsi o illusori, Fabietti ritiene che l'intelletto etnologico di Amselle (che quest'ultimo ritiene essere *ragione etnologica*) sia subordinato alla ragione antropologica, in quanto le creazioni tassonomiche sono il risultato di un'opera di decostruzione e ricostruzione degli oggetti di riflessione. La cultura, e con essa il diritto, non è un «sistema originario, essenziale, immutabile, ma un insieme di processi mutevoli, dinamici, instabili, come l'identità». Da qui la tesi dell'universalismo delle differenze sociali e culturali di M. Kilani. Sul punto vedi U. Fabietti, R. Malighetti e V. Matera, *Dal tribale al globale. Introduzione all'antropologia*, cit.; M. Kilani, *L'invenzione dell'altro*, Dedalo, Bari, 1994.

[35] H. P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011. Vd., inoltre, Id., *The Cosmopolitan State*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

[36] Il professor Mahendra Pal Singh (National Law University, New Delhi) – nominato come esperto esterno dal Governo nepalese per partecipare alle sottocommissioni dell'Assemblea costituente – ha concesso un'intervista sulla Costituzione del Nepal in occasione della *Post-graduate Summer School*

tentativi di unificazione culturale del governo nepalese durante il periodo del Panchayat System sotto l'egida della religione hindu e della lingua nepalese[37] fallirono sotto i colpi dei movimenti nazionalisti delle minoranze, poiché a essere messo in discussione non era il tentativo di unificazione politica, ma l'*imposizione a rinnegare le tradizioni che in millenni avevano dettato i tempi della vita d'intere comunità*[38]. Persino lo stesso Movimento maoista non nacque come elemento di rottura culturale quando, nel 1996, apparve sulla scena politica con le prime manifestazioni violente[39], ma si inserì in un sostrato sociale che, pur profondamente diverso sul piano culturale, celava in sé una spinta democratica trasversale in prospettiva comunitaria, nella quale non esisteva un gruppo etnico capace di prevalere sugli altri[40]. Anche se la realizzazione delle istanze di partecipazione alla vita politica e di giustizia sociale mise fine a due secoli di dominazione classista operata dai Bramini, dai Chhetri e dai Newar – i quali avevano totalmente escluso dall'agenda politica le rivendicazioni dei Dalits, delle donne, dei Janajati e delle popolazioni del sud –, sul piano giuridico-istituzionale rimangono in vita forti tensioni, effetto di un cambiamento radicale nella struttura del paese non ancora portato a cambiamento, in cui persino l'adozione di una Carta fondamentale porta ancora con sé i segni di una rottura con un passato incentrato sui precetti e sui valori induisti contenuti nei Dharmaśāstra.

Tuttavia, in quest'ordine concettuale le stesse diversità linguistiche sono contraddizioni che non *falsificano*, ma *interrogano* le strutture dogmatiche, aspettandole al varco della diversità. Multiculturalismo e nazionalismo, infatti, erano termini che, prima delle tesi dello *State-Nation* elaborate da A. Stepan, J. Linz e Y. Yadav, nella

---

on Comparative law in the global age: theoretical and practical challenges. Comparing continents: an Indo-European dialogue, attività inerente al Dottorato in Diritto Comparato e Processi di Integrazione della Seconda Università degli Studi di Napoli, Paestum, 3-7 settembre 2016.

[37] S. Hangen, *Creating a "New Nepal": The Ethnic Dimension*, cit.; M. Lawoti. *Looking Back, Looking Forward: Centralization, Multiple Conflicts, and Democratic State Building in Nepal*, cit.

[38] S. Eagle, *The language situation in Nepal*, in R. Kaplan e R. Baldauf Jr, *Language Planning and Policy in Asia Vol.1. Japan, Nepal, Taiwan and Chinese Characters*, cit.; S. Toba, I. Toba e N. Rai, *Diversity and Endangerment of Languages in Nepal*, cit.

[39] Sul punto vedi il testo, pubblicato all'indomani della comparsa sulla scena politica nepalese del Movimento maoista, di T. Louisie Brown, *The Challenge to Democracy in Nepal. A political history*, Routledge, London-New York, 1996. Scrive l'A. a p. 218: «Nepal's low castes, its tribal peoples and the Indian community of the Terai may therefore, in time, come to exercise their political influence through the electoral system. In the meantime, the process of cultural atomisation will continue».

[40] *Ibidem*, pp. 218 ss.

letteratura riguardante la teoria generale dello stato apparivano antitetici[41]. La fase costituente nepalese, conclusasi nel 2015, ci permette quindi, andando oltre il mero rapporto lingua-diritto, di valutare la corrispondenza del nuovo paradigma con i sette requisiti fondamentali elencati in *Crafting State-Nations*[42]: federalismo asimmetrico, riconoscimento e garanzia di diritti individuali e collettivi, forma di governo parlamentare, partiti regionali a vocazione federale, esistenza di gruppi etnici integrati e non assimilati, gruppi etnici a vocazione inclusiva e l'esistenza di forme culturali multiple e complementari. Riguardo al primo elemento, all'allegato n. 4 (estensione dell'art. 56) alla Carta costituzionale vengono riconosciute sette province divise in distretti, ciascuno dotato di autonomia federale in base alla Parte V; inoltre, ai sensi dell'art. 74, la forma di governo sancita è di tipo parlamentare e basata sul pluralismo, nonché su di un sistema multipartitico che nella prassi rappresenta istanze federali, pur radicandosi in contesti statali[43]. Riguardo agli elementi culturali dello *State-Nation*, l'esperienza nepalese assimila l'orientamento multiculturale che ha pervaso le vicende politiche del sub-continente indiano[44], rendendo chiaramente estendibile al Nepal l'assunto secondo il quale «se l'India fosse uno stato-nazione nel senso classico del termine, si sarebbe frammentato tempo addietro»[45].

Cosa suggerisce, quindi, l'esperienza nepalese?

In *Nepal: alla scoperta del regno dei Malla*, l'archeologo Giuseppe Tucci scrisse: «Qualcuno mi ha domandato che cosa interessa a noi del Nepal. Ed io rispondo: dove c'è un uomo, uno solo, lì siamo anche noi, dove c'è memoria di un passato lì troveremo la modulazione nuova delle stesse illusioni, l'inveramento diverso, ma

[41] Si rinvia, qui, ad A. Stepan, J. Linz e Y. Yadav, *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies*, Johns Hopkins University Press, Baltimora, 2011 e, in particolare, alla tavola riassuntiva 1.1, p. 8. Per un approfondimento sul tema vedi D. Amirante, *Lo stato multiculturale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, cit.; Id. (a cura di), *"Altre democrazie". Problemi e prospettive del consolidamento democratico nel sub-continente indiano*, FrancoAngeli, Milano, 2010; Id., *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, cit.

[42] A. Stepan, J. Linz e Y. Yadav, *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies*, cit.

[43] La Commissione elettorale per le elezioni dell'Assemblea costituente del 2013 ha registrato, ai sensi dell'art. 149 della Costituzione provvisoria, 59 partiti. Per un elenco completo: http://www.freenepal.com.np/?p=25231#sthash.Q0Uyg2t7.dpbs (consultato il 30 marzo 2016).

[44] Per un approfondimento sulla gestione della questione linguistica in India si rinvia a T. Amico di Meane, *Lingua e stato federale in India: analisi ed orizzonti comparativi*, *infra*.

[45] H. Bhattacharyya, *India and Switzerland as multinational federations*, in M. Burgess e J. Pinder, *Multinational Federations*, Routledge, London-New York, 2007, pp. 212-224, cit. p. 213.

non discordante, degli archetipi dello spirito umano»[46]. Parafrasando questa frase e traslandola nel campo delle scienze politico-giuridiche, ben si può affermare che la pluralità nepalese cela in sé l'inveramento *diverso*, ma non *discordante*, degli archetipi della teoria dello stato.

In questo orizzonte, fatto di piccoli tasselli culturali uniti da 'malta politica', appare, quindi, un mosaico democratico che rappresenta l'attuale prospettiva dell'esercizio del potere in base a logiche 'altre', in cui si rivelano, alla luce delle considerazioni svolte, tre passaggi cruciali nella storia politico-giuridica nepalese. Il primo passo, pre-giuridico, che riconosce la diversità strutturale della nazione e ne accoglie le istanze, abbandonando la forzatura impositiva monoculturale e, di rimando, monoliguistica; il secondo, che riconosce nel federalismo e nella forma di governo parlamentare l'unica possibilità realmente rappresentativa della pluralità dei consociati; il terzo e ultimo passo, nel quale, da un'opera di decostruzione e ricostruzione, si assume la diversità stessa come mito fondativo dello stato nepalese.

[46] G. Tucci, *Nepal: alla scoperta dell'impero dei Malla. Un leggendario impero nell'Asia misteriosa*, Newton & Compton, Roma, 1996, pp.12 ss.

ISSN 2037-6677	2016/4

L'Unione Europea: attore 'globale' nella protezione e promozione dei diritti umani? Limiti e prospettive

The EU as a Global Human Rights Actor? Limits and Perspectives

Leonardo Borlini

Abstract

The EU is increasingly perceived as a 'normative power', where human rights own a primary position. At the same time, despite its current problems, the role, models and identity of the EU as a global actor are steadily among the most investigated subjects of international relations scholars. The present article explores the role of the EU as a global human rights actor by analysing selected aspects of its external action with a view to assessing the main limits and potentials.

Tag: EU External Action, Human Rights, Art. 3(5) and Art. 21 TEU, human rights clause,

ISSN 2037-6677

L'Unione Europea: attore 'globale' nella protezione e promozione dei diritti umani? Limiti e prospettive

di Leonardo Borlini

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – L'"autonomia" esterna dell'ordinamento euro-unitario e i diritti umani. 3. – Obblighi in materia di diritti umani, azione esterna e politiche con effetti extraterritoriali. 4. – (segue): i limiti di competenza dell'UE. – 5. Le clausole in materia di diritti umani negli accordi commerciali e di cooperazione economica. 6. – La protezione dei diritti umani, lo strumento di pre-accessione e la politica di vicinato. 7. – Altri strumenti: cenni. 8. – Osservazioni conclusive.

When the EU speaks, people listen.

UN Commissioner for Human Rights Navenethem Pillay[1]

Human rights are understood rationalistically: as consisting, first and foremost, in a set of principles, a code of conduct. For lawyers, these principles possess, or are to be presumptively given, a legal institutional embodiment.

John Tasioulas[2]

1. – Introduzione

[1] UN News Centre, *First UN Human Rights Office in European Union Opens in Brussels*, 14 December 2009.

[2] J. Tasioulas, *Towards a Philosophy of Human Rights*, in 65 *Current Legal Problems*, 2012, p. 1 ss, 1.

In un importante articolo pubblicato nell'*American Journal of International Law* nel 2011[3], Gráinne De Búrca sottopone a vaglio critico la tradizionale narrazione che spiega l'affermarsi del regime di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali proprio dell'Unione europea (UE) come un percorso graduale, iniziato con il silenzio dei Trattati istitutivi delle Comunità europee[4], segnato dalla progressiva emancipazione dell'Unione dalla vocazione economica che ne aveva contraddistinto i primi decenni anni di vita[5] e sfociato, con l'adozione del trattato di Lisbona, nell'inserimento di significative disposizioni in materia di diritti umani nel suo tessuto costituzionale[6], segnando finalmente «*the coming of age of the EU as a human rights actor*»[7]. Esaminando

[3] G. De Búrca, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, in 105(4) *American Journal of International Law*, 2011, p. 649 ss.

[4] È ben noto che i Trattatati istitutivi delle Comunità europee non contenevano alcuna disposizione a tutela dei diritti umani che potesse in qualche modo costituire la base per il controllo giudiziale; «se è vero che talune libertà individuali vi risultavano fin da subito sancite (…) è pur vero che si tratta di libertà riconosciute al singolo in quanto protagonista economico dell'Unione.» G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2013, p. 123.

[5] In dottrina si è, ad esempio, sottolineato come, nell'informare la tutela dei diritti fondamentali alla considerazione prevalente degli interessi connessi alla realizzazione del mercato comune, la Corte abbia consolidato il 'vizio di origine' del fenomeno di integrazione europea, ossia la sua natura prevalentemente orientata al mercato, piuttosto che a logiche redistributive. Al riguardo, Eleanor Spaventa parla efficacemente di «integration bias». Vd. E. Spaventa, *The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 38 ss. Sul punto si rinvia anche ai fondamentali contributi di P. Alston, J.H.H. Weiler, *An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy* in 9 *European Jounal of International Law*, 1998, p. 658 ss.; A. von Bogdany, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in 37 *Common Market Law Review*. 2000, p. 1307 ss. ss.

[6] È quasi pleonastico ricordare che il Trattato di Lisbona, 2007, GU C 306/1, oltre ad aver consacrato il principio del rispetto dei diritti fondamentali attraverso l'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea sostanziandolo con un riferimento esplicito a quelli garantiti dalla Convenzione europea sui diritti umani (Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4.11.1950 (STE no 005); d'ora innanzi: CEDU), ha dotato l'Unione di uno strumento autonomo di rilevazione di quei diritti, dotando dello stesso valore giuridico dei Trattati la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza nel 2000 (GU C346/1, d'ora innanzi: Carta di Nizza). Sul punto cfr., tra i molti, D. Anderson, C.C. Murphy, *The Charter of Fundemental Rights*, in A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley (a cura di) *EU After Lisbon*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2012, p. 155 ss. Inoltre, l'art. 6, quale modificato a Lisbona, ha previsto l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, colmando così una lacuna dei Trattati che aveva fino ad allora impedito tale adesione, nonostante essa fosse da tempo auspicata a livello politico e istituzionale. Vd., *ex multis,* G. Gaja, *Accession to the ECHR*, in Biondi, Eeckhout, Ripley, cit., p. 180 ss.

[7] De Búrca, *The Road*…, cit., p. 649. Sul punto vd., tra i molti, I. Pernice, *The Treaty of Lisbon and Fundemental Rights*, in S. Griller, J. Ziller (a cura di), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism Without a Constitution Treaty?*, p. 235 ss., spec. p. 252. Per un primo studio sulla necessità della Comunità europea di dotarsi di una politica sui diritti umani vd. A. Clapham, *A Human Rights Policy for the European Community* in 10 *Yearbook of European Law*, 1990, p. 309 ss. È interessante altresì notare che tale tipo di narrazione 'progressista' è familiare alla dottrina che analizza il fondamento e sviluppo dei diritti umani in generale e del diritto internazionale relativo a essi. Si vd., ad esempio, N. Bobbio,

le ambiziose, ma sovente dimenticate, disposizioni sui diritti umani contenute nel progetto di trattato istitutivo di una Comunità politica europea del 1953, l'Autrice contrappone a tale ricostruzione una spiegazione alternativa dell'iniziale omissione di tale materia nei Trattati istitutivi: il loro silenzio non sarebbe tanto il frutto della deliberata scelta di 'consegnare' la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nelle Comunità europee al Consiglio d'Europa, (come tradizionalmente si sostiene), quanto della consapevolezza che il progetto di integrazione sovranazionale europeo avrebbe dovuto muoversi cautamente, sviluppandosi per fasi nel lungo periodo e che, dopo il fallimento della Comunità europea di difesa, per il suo rilancio sarebbe stato necessario delimitarne inizialmente l'oggetto ad un insieme di questioni di natura economica, piuttosto che tentare immediatamente di perseguire un'agenda politica di ampio respiro[8]. In sintesi, l'origine dell'attuale sistema normativo dell'UE di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali sarebbe da rintracciarsi nell'ambizioso progetto politico dei primi anni '50 del secolo scorso, pragmaticamente accantonato in un primo momento per essere in seguito attuato nel lungo periodo.

Secondo questa tesi, una delle differenze principali tra il sistema costituzionale di tutela dei diritti umani del progetto di progetto di Comunità politica europea del 1953 e il tessuto costituzionale contemporaneo di un'Unione fondata – secondo la formula dell'art. 2 del trattato sull'Unione europea (TUE) – sul «rispetto dei diritti umani» è data dal fatto che il primo era orientato in pari misura all'interno e all'esterno della costruzione europea, mentre l'enfasi dominante dell'attuale costruzione costituzionale di tutela dei diritti umani sarebbe verso l'azione esterna dell'Unione[9]. Esaminare la problematica del c.d. «*double-standard*»[10] caratterizzante la

---

L'età dei diritti, Einaudi, Torino, 1990, pp. 5-16, 20-25; A. Cassese, *I diritti umani* oggi, Laterza, Roma-Bari, 2005; pp. 9-27; 60-74;T. Buergenthal, *The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1997, p. 703 ss.; P. G. Lauren, *The Evolution of International Human Rights: Vision Seen*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2011, (terza edizione); C. Focarelli, *La persona umana nel diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 31-40 e la letteratura ivi richiamata.

[8] De Búrca, *The Road*…, cit., p. 652.

[9] Ib., p. 681, secondo cui, ciò sarebbe testimoniato dalla resistenza degli Stati membri a sottoporsi ad un meccanismo di controllo dei diritti umani dell'Unione e dal contrasto tra la reiterata asserzione che la tutela dei diritti costituisce uno degli obiettivi fondamentali dell'azione esterna dell'UE e la mancanza di volontà delle Istituzioni e degli Stati membri di dichiarare che la tutela dei diritti umani costituisce anche un obbiettivo generale dell'Unione, trasversale rispetto alle sue politiche interne. Al contrario, ogni discussione circa l'assetto giuridico per la tutela dei diritti umani

dimensioni interna ed esterna dell'azione dell'UE in materia di protezione dei diritti umani fuoriesce dall'ambito di queste riflessioni. Ciò che preme in questa sede è una riflessione su quanto essa pone sicuramente in luce: la rilevanza crescente assunta dalla protezione e promozione dei diritti umani nelle attività condotte dall'UE rispetto a soggetti ad essa esterni. Si tratta, in tutta evidenza, di un tema vastissimo, suscettibile di essere trattato da molteplici angolazioni[11], la cui indagine analitica non è riducibile ad un singolo contributo[12]. Nella consapevolezza dei limiti accennati, il presente scritto si propone di valutare la rilevanza 'globale' del sistema dell'UE di protezione e promozione dei diritti umani, attraverso l'esame, sotto il profilo sostanziale e istituzionale, di elementi e strumenti selezionati della sua azione esterna. Rinunciando a pretese di completezza, quindi, la prospettiva di elezione è specificamente quella della capacità di tali elementi di evocare limiti e potenzialità, anche in ottica prospettica, dell'azione dell'UE come soggetto promotore della tutela dei diritti umani in ambito internazionale.

è oggi invariabilmente accompagnata da dichiarazioni del Consiglio e degli Stati membri sulle limitate competenze dell'Unione in materia. Peraltro, in un altro lavoro, De Búrca sostiene che la formulazione, più generale e in linea con i più importanti trattati internazionali in materia di diritti umani, dell'art. 3(5) TUE (riguardante l'azione esterna dell'Unione) rispetto alla meno ampia formulazione dell'art. 3(3) del TUE è prova della persistente differenza tra l'azione esterna e l'azione interna dell'Unione di tutela dei diritti umani. G. De Búrca, *The Evolution of EU Human Rights Law*, in P. Craig, G. De Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2011, (seconda ed.) pp. 491-4.

[10] De Búrca, *The Road…*, cit., cit., pp. 680-5. Non può sfuggire, peraltro, che, anche limitatamente all'azione esterna, nei rapporti con Stati terzi, l'UE è stata spesso accusata di adottare s*tandards* diversi rispetto alla tutela dei diritti umani nelle relazioni con. Sul punto vd. T. Takács, *The EU's Experience with Labour Standards Conditionality and Its Role in Promoting Labour Standards in the WTO*, in J.E. Wetzel, *The EU as a "Global Player" in Human Rights?*, Routdledge, New York, 2011, p. 97 ss., spec. p. 112.

[11] Essendo l'UE attore di primaria importanza sulla scena internazionale, impegnato in variegati campi in cui ha luogo l'esplicarsi dell'azione dei diversi soggetti della società internazionale, è assai difficile anche solo compilare una lista delle attività svolte dall'UE che possano avere rilievo in materia di protezione e promozione dei diritti umani. Oltre alle iniziative che si svolgono nell'ambito della politica di vicinato e a quella di assistenza e cooperazione allo sviluppo (sui cui vd. *infra* §§5-6) o all'impegno dell'UE per promuovere *standards* lavorativi adeguati attraverso le sue relazioni bilaterali e regionali ovvero nell'ambito o in cooperazione con organizzazioni come l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), la Banca Mondiale e l'UNCTAD, si possono esemplificativamente ricordare iniziative politiche di tipo consultivo, come i c.d. *"Human Rights Dialogues"*, inizialmente promossi con Cina e Iran e, oggi, allargati a più di 30 Stati terzi. Vd. W. Shen, *Imperialistic Endeavour or Empty Rhetoric? Analysing the EU's Promotion of Human Rights in China since 1989 through a "Normative Power" Perspective* in Wetzel, cit., p. 113 ss.

[12] A nostra conoscenza, i primi lavori a tentare una ricostruzione sistematica dell'azione interna ed esterna dell'UE nella materia in esame sono N. Neuwahl, A Rosas (a cura di), *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995 e P. Alston (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1999.

2. – L'"autonomia" esterna dell'ordinamento euro-unitario e i diritti umani

Nel collocare l'azione dell'UE in materia di protezione e promozione dei diritti e delle libertà fondamentali non si può che muovere dall'"autonomia" del diritto dell'Unione inteso come sistema autosufficiente di norme, la cui validità e interpretazione non dipende da norme esterne. Come noto, tale autonomia è stata affermata originariamente dalla Corte di giustizia rispetto agli ordinamenti degli Stati membri a fondamento teorico dei principi del primato e dell'uniforme applicazione del diritto comunitario[13], imponendosi solo successivamente per qualificare il rapporto tra il diritto UE e il diritto internazionale[14]. L'affermazione dell'"autonomia esterna", volta a tutelare i principi fondamentali dell'ordinamento, si è sviluppata parallelamente al processo di "costituzionalizzazione" del diritto dell'Unione (*i.e.*: la sua affermazione come ordinamento esclusivo)[15], ciò che ha

[13] Nella sua dimensione "interna", la nozione di autonomia è rimasta sempre a protezione dello stesso valore, ossia l'uniforme applicazione del diritto UE in tutti gli Stati membri. È nella giurisprudenza "fondativa" degli anni Sessanta del secolo scorso che la Corte di giustizia inizia a riferirsi alla natura "autonoma" del diritto comunitario. Con la sentenza nel caso *Van Gend en Loos*, della quale è stato celebrato tre anni fa il cinquantesimo anniversario, la Corte di giustizia delle allora Comunità europee inaugurò un indirizzo giurisprudenziale che l'avrebbe portata, nell'arco di alcuni anni, a plasmare la specifica identità caratteristica del diritto comunitario attraverso l'affermazione dei principi dell'efficacia diretta e del primato e quindi a stabilire l'obbligo, che di detti principi costituisce il corollario, di disapplicazione del diritto interno contrastante da parte degli organi giurisdizionali e amministrativi degli Stati membri Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, Raccolta, 1963, p. 3 ss., sulla quale vd. di recente B. de Witte, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos,* in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50h Anniversary of the Rome Treaty,* in M. Poiares Maduro e L. Azoulai (a cura di), Hart Publishing, Oxford /Portland, 2010, p. 9 ss.; U. Villani, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni, in Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 225 ss. Sui principi dell'efficacia diretta e del primato e dei relativi corollari sia sufficiente richiamare Corte di giustizia delle Comunità europee, sent. 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel, Raccolta*, 1964, p. 1129 ss., (sulla quale vd. di recente B. Cortese, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2015, p. 271 ss.) e Corte di giustizia delle Comunità europee, sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal,* Raccolta, 1978, p. 629 ss.; sent. 22 giugno 1989, Costanzo, causa 103/88, Raccolta, 1989, p.1839 ss.

[14] La Corte di giustizia ha fatto riferimento espressamente alla (complessa e ricca di implicazioni) nozione di autonomia rispetto al diritto internazionale, per la prima volta in Corte di giustizia delle Comunità europee, parere 1/91, 14 dicembre 1991, Raccolta, 1991, p. I-6079 ss.

[15] Onde evitare equivoci terminologici, pare opportuno sottolineare che l'accennato fenomeno di "costituzionalizzazione" dell'ordinamento UE non coincide con il c.d. così detto *global constitutionalism* teorizzato variamente da Simma, Tomuschat, de Wet e von Bogdandy. Sul dibattito fra pluralismo e costituzionalismo vd. *ex multis* G. de Búrca, *The European Court of Justice and the*

condotto la Corte di giustizia UE ad estendere il nucleo di valori e principi identitari che fungono da limite all'ingresso del diritto internazionale[16]. Su entrambi i piani entro i quali si manifesta l'autonomia, la tutela dei diritti umani costituisce, in ragione della sua forte carica identitaria, una delle principali aree di frizione[17].

Sul piano esterno, in particolare, alla luce del ricorso che la Corte di giustizia UE ha fatto per circa quarant'anni alla CEDU per tutelare i diritti umani nell'ambito del diritto comunitario prima e del diritto dell'Unione più recentemente[18] e che

---

International Legal Order after Kadi, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 1 ss., spec. 31 ss.; N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: the Pluralistis Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010; D. Halberstam, *Local, Global and Pural Constitutionalism: Europe Meets the World,* in G. de Búrca e J.H.H. Weiler (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 192 ss.

[16] La ricostruzione dei rapporti fra diritto internazionale e diritto UE è notoriamente uno dei *loci* più frequentati dagli studiosi del fenomeno di integrazione europea. In sintesi, è possibile raggruppare le posizioni dottrinali, caratterizzate da un'ampia gamma di sfumature, in due principali orientamenti. Il primo, sostenuto in prevalenza da studiosi del diritto internazionale pubblico, mette in rilievo la natura di organizzazione internazionale, sia pure *sui generis*, dell'Unione Europea. Così, *e.g.*, B. de Witte, *The European Union as an International Legal Experimen*t, in de Búrca e Weiler, cit. p. 34 ss; Id., *European Union Law: How Autonomous Is Its Legal Order?*, *in Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2010, p. 141 ss.; A. Pellet, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V-2, 1994, p. 193 ss.; P.M. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international,* in *Recueil des cours*, vol. 297, 2002, p. 438 ss. Il secondo orientamento sostiene, invece, che l'Unione abbia ormai raggiunto un livello di integrazione assimilabile a quello di un ente para-federale, non più esplicabile secondo le categorie concettuali proprie del diritto delle organizzazioni internazionali. Questa è la posizione, tra gli altri, di J.H.H. Weiler, *Haltern, Constitutional or International? The Foundations of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz-Kompetenz,* in A.M. Slaughter, A. Stone Sweet e J.H.H. Weiler (a cura di), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudenc*e, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 331 ss. Peraltro, la Corte di giustizia non ha mai preso espressamente posizione sul punto, limitandosi a riferirsi all'ordinamento comunitario (e poi dell'Unione) come autonomo rispetto al diritto internazionale, ne ha voluto marcare la natura separata e distinta. Vd. J.W.C. van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, in R.A. Wessel, S. Blockmans, (a cura di*), Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organizations* Asser, The Hague, 2013, p. 13.

[17] S. Vezzani, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di Giustizia*, in 1 *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68 ss., 71, secondo il quale «non è un caso che, storicamente, la ricostruzione dei diritti umani quali principi generali sia stata operata dalla Corte di giustizia come risposta alle tesi miranti a contestare la validità degli atti di diritto derivato per violazione dei diritti fondamentali tutelati a livello delle costituzioni nazionali». D'alta parte, un'importante ridefinizione dell'autonomia interna si è realizzata proprio attraverso la fonte non scritta dei principi generali, come conseguenza della permeabilità del diritto dell'Unione a principi e valori desunti dagli ordinamenti nazionali.

[18] G. Gaja, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione* in 3 *Rivista di Diritto Internazionale*, 2016, p. 677 ss., il quale sottolinea anche che il ricorso alla CEDU da parte della Corte di giustizia UE si è avuto «non soltanto in relazione alla normativa comunitaria e dell'Unione, ma anche alla normativa degli Stati membri di attuazione della normativa dell'Unione e a quant'altro, secondo la Corte di giustizia, rientra nel «quadro» del diritto dell'Unione (…)» (ivi, p. 677), ovvero, utilizzando l'espressione della Corte (grande sezione) nella sentenza *Åkerberg Fransson*,

tuttora ancora opera nella ricostruzione dei principi generali e nell'interpretazione delle numerose disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che trovano una corrispondenza in tale convenzione[19], deve rilevarsi una certa permeabilità del diritto UE al diritto internazionale. E, cionondimeno, come sul piano interno, la Corte di Giustizia non ha mancato di affermare la natura *sui generis* e l'autonomia del diritto UE[20]: sotto il profilo dell'autonomia esterna, le pronunce nella saga *Kadi* e il parere 2/13 sul progetto di accordo per l'adesione dell'UE alla CEDU segnano, emblematicamente e in modo diverso, una delle più nette affermazioni della chiusura del diritto UE rispetto al diritto internazionale[21].

La sentenza del 2008 nella causa *Kadi* rappresenta un momento decisivo in questo sviluppo giurisprudenziale: come noto, assimilando la posizione dell'ordinamento UE a quella dei numerosi ordinamenti nazionali in cui i diritti fondamentali appartengono alla sfera intangibile del diritto interno, la Corte ha escluso la prevalenza delle norme consuetudinarie e pattizie sul diritto primario

---

rispetto a «tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse». Vd. Corte di giustizia dell'UE, sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, par. 19, che richiama varie decisioni precedenti a partire dalla sent. 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT,* Raccolta, 1991, p. I-2925, par. 42. Sul punto vd. anche E. Cannizzaro, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea sul contenuto della tutela dei diritti umani nell'Unione Europea*, in M. Fragola (a cura di) *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo. Atti del convegno interinale SIDI, Università della Calabria, Arcavacata di Rende (Cosenza), 12 aprile 2010*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 43 ss.

[19] Gaja, *Lo statuto*…, cit., p. 677 ss., a cui si rinvia per un'incisiva analisi dell'attuale statuto della CEDU nel diritto UE.

[20] La Corte di giustizia UE fa generalmente riferimento all'autonomia del diritto dell'Unione in senso a-tecnico, spesso col solo scopo di sottolinearne il carattere autoreferenziale e normativamente chiuso. Intesa in questa accezione, la nozione di autonomia ha un limitato valore esplicativo dei rapporti fra ordinamenti. In particolare, essa può coesistere tanto con una concezione che considera il diritto dell'Unione come separato e distinto dagli ordinamenti nazionali e da quello internazionale (ordinamenti reciprocamente autonomi), quanto con una concezione di stampo federalista, in base alla quale i diritti degli Stati membri sarebbero integrati col diritto dell'Unione e si collocherebbero in una posizione ad esso gerarchicamente subordinata. Cfr. T. Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1996, p. 389 ss., il quale suggerisce di distinguere i due significati che può assumere la nozione di autonomia utilizzando le espressioni «original autonomy» e «derivative autonomy». Di uso improprio del termine parla A. Gianelli, *After the Accession: The Relationship between the EU Legal System and the ECHR,* in B. Cortese (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Giappicchelli, Torino, 2014, p. 341.

[21] Corte di giustizia dell'UE, sent. 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi,* Raccolta, 2008, p. I-6351 ss.; Corte di giustizia dell'UE, sent. 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, *Kadi II*, disponibile sul sito: www.curia.europa.eu; parere 2/13, 18 dicembre 2014, disponibile sul sito: www.curia.europa.eu.

dell'UE[22], statuendo che il primato dei diritti fondamentali, quali tutelati dal diritto comunitario, deve essere assicurato anche quando ciò comporti il sorgere di una responsabilità internazionale della Comunità[23]. Di converso, la sentenza ha escluso che la Corte di giustizia sia competente a valutare la legittimità delle norme internazionali[24].

La ricostruzione della gerarchia delle fonti e l'affermazione della prevalenza dei Trattati e dei principi generali rispetto alle norme internazionali (come recepite nel diritto dell'Unione) sono state confermate nella sentenza c.d. *Kadi II* del 2013[25]. Ciò testimonia inequivocabilmente come la Corte di giustizia muova da una concezione che afferma l'indipendenza (*recte*: l'autonomia) del diritto UE rispetto al diritto internazionale[26]. La giurisprudenza della saga *Kadi* costituisce, come è stato ben

---

[22] Più in dettaglio, la Corte ha respinto la tesi del Tribunale di prima istanza, secondo cui le risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza dell'ONU avrebbero avuto rango superiore rispetto all'insieme delle norme comunitarie. Assimilando il diritto dell'allora CE ad un ordinamento "interno" separato e distinto rispetto al diritto internazionale, la cui autonomia non può essere pregiudicata da un accordo internazionale che entra a far parte del diritto comunitario soltanto alle condizioni stabilite da quest'ultimo, la Corte ha ritenuto di collocare le norme 'interne' di adattamento delle risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'ONU a un livello superiore rispetto al diritto derivato, ma inferiore rispetto alle norme dei Trattati e ai principi generali del diritto comunitario, rispetto ai quali se ne deve valutare la legittimità. Corte di giustizia dell'UE, sent. *Kadi,* cit., parr. 282, 305-8, 316 ss. Il riferimento al diritto UE come ad un «diritto interno» era stato fatto per la prima volta dall'avvocato generale Poiares Maduro nelle sue conclusioni (conclusioni 23 gennaio 2008, cause congiunte C-403/05 e C-415/05, *Kadi*, par. 21 s.).

[23] Corte di giustizia dell'UE, sent. *Kadi*, cit., par. 286-7.

[24] Ib., par- 314 ss. La letteratura sul caso *Kadi* è sterminata. Si rinvia, fra i moltissimi, a J.H.H. Weiler, *Editorial.Kadi*, in 19 *European Journal of International Law*, 2008, 894 ss.; E. Cannizzaro, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 1075 ss.; de Búrca, *The European Court of Justice*…, cit., p. 1 ss.; P. De Sena, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti fra sistemi normativi*, in F. Salerno (a cura di) *Sanzioni «individuali» del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali. Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara* (12 e 13 dicembre 2008) Giuffrè, Milano, 2010, p. 45 ss.; M. Cremona, F. Francioni, S. Poli (a cura di), *Challenging the EU Counter-Terrorism Measures Through the Courts. EUI Working Papers,* Fiesole, 2009, P. De Sena, M.C. Vitucci, *The European Courts and the Security Council: Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values* in 20 *European Journal of International Law,* 2009, p. 193 ss.; L. Gradoni, *Raccontare Kadi dopo Kadi II: perché la Corte di giustizia dell'Unione Europea non transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo, Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 591 ss.

[25] È interessante notare che la sentenza *Kadi II*, adottata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, diversamente dalla sentenza *Kadi*, per ricostruire il contenuto del diritto a un equo processo, fa riferimento alle norme della Carta e non più a quelle della CEDU (sent. *Kadi II*, cit., paragrafi 98-102).

[26] La collocazione intermedia fra diritto primario e diritto secondario delle norme (di adattamento a quelle) internazionali era implicitamente ricavabile dalla precedente giurisprudenza della Corte, in cui si affermava la prevalenza degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità rispetto al solo

espresso, un esempio di «resistenza costituzionale»[27] assimilabile a quello delle corti costituzionali che hanno affermato la prevalenza dei diritti fondamentali sull'esigenza di conformarsi agli obblighi internazionali[28]: la posizione dei giudici di Lussemburgo, infatti, non avrebbe potuto essere più decisa nel senso della separazione e reciproca indipendenza dei due ordinamenti.

La vicenda relativa all'accordo di adesione alla CEDU è, da questa angolazione, forse ancor più suggestiva. Il parere 2/13 della Corte di giustizia contiene, infatti, alcuni rilievi critici rispetto alle disposizioni del progetto di accordo per l'adesione dell'UE alla CEDU formulate per raggiungere il risultato enunciato nell'art. 6, par. 2, TUE, soddisfacendo quanto previsto nel Protocollo n. 8 ai Trattati. Come rilevato da Gaja, «la maggior parte delle considerazioni critiche della Corte di giustizia concerne aspetti che il progetto avrebbe omesso di regolare, non tutelando in questo modo le caratteristiche essenziali dell'Unione», trattandosi, nondimeno, «di problemi che quasi tutti non si legano all'adesione ma già vengono in rilievo per effetto dei vincoli che derivano dalla Convenzione europea per gli Stati membri dell'Unione»[29]. In ogni caso, secondo il parere 2/13, tali problemi determinano una incompatibilità fra il progetto di accordo e i Trattati.

---

diritto secondario (Corte di giustizia, sent. 10 settembre 1996, causa C-61/94, *Commissione c. Germania*, Raccolta, 1996, p. I-3989, par. 52).

[27] Halberstam, *Local…*, cit., p. 184 e ss.

[28] Non sorprende, pertanto, che la sentenza *Kadi* sia stata oggetto di rilievi critici di tenore simile a quelli sollevati riguardo alle sentenze dei giudici nazionali che hanno rifiutato di applicare norme internazionali che avrebbero prodotto una lesione dei diritti fondamentali tutelati dal diritto costituzionale interno. È al riguardo stimolante confrontare il dibattito relativo alla sentenza *Kadi* e quello intorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014. Sul punto v. variamente N. Krisch, *The Backlash against International Courts*, in *VerfBlog*, 16 dicembre 2014 disponibile sul sito: www.verfassungsblog.de/backlash-international-courts-2; A. Peters, *Let Not Triepel Triumph - How to Make Best Out of Sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order*, in *VerfBlog*, 23 dicembre 2014, disponibile sul sito: www.verfassungsblog.de/let-not-triepel-triumph-make-best-sentenza-no-238-italian-constitutional-court-global-legal-order-2; R. Kolb, *The Relationship between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the Decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court,* in *Questions of International Law*, *Zoom out II,* 2014, p. 5 ss.

[29] G. Gaja, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?* in 1 *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 148 ss., 148, a cui si rinvia per una incisiva analisi delle quattro argomentazioni critiche svolte dalla Corte di Giustizia UE. Sul punto vd. anche, tra i molti, Spaventa, cit., p. 38 ss.; D. Halberstam, *"It's the Autonomy, Stupid!". A Modest Defence of Opinion 2/13 on the Accession of the EU to the ECHR, and the Way Forward,* in *German Law Journal, 2015*, p. 105 ss.; Vezzani, cit., p. 82 ss.; I. Anrò, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano, 2015; A. Liguori, *Sul meccanismo di* corespondent *previsto nel progetto di accordo per l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 181 ss.

Occorre notare che «non si è generalmente in presenza di una effettiva incompatibilità, ciò che presupporrebbe il sorgere di un contrasto fra obblighi posti dalla Convenzione europea e obblighi derivanti dal sistema dell'Unione»[30]. Piuttosto si è di fronte a facoltà che la CEDU concede e che, se esercitate in certe circostanze da uno Stato membro, secondo la Corte di giustizia, metterebbero a rischio le caratteristiche essenziali dell'UE. Tuttavia, nulla esclude che gli Stati membri si adeguino a quanto stabilito nel diritto dell'Unione e che, pertanto, anche nell'ipotesi di adesione secondo i meccanismi previsti dal progetto esaminato dalla Corte di giustizia, non sorga alcun conflitto tra i due sistemi normativi. Nondimeno, ciò che la Corte di giustizia auspicherebbe «è che lo stesso accordo per l'adesione rimuova per gli Stati membri la *possibilità* di tenere condotte non conformi al diritto dell'Unione»[31]. Si è sottolineato come un tale risultato possa raggiungersi, facendo ricorso – come è prassi abbastanza frequente negli accordi misti conclusi sotto l'egida del Consiglio d'Europa – all'inclusione delle c.d. clausole di disconnessione, ossia di disposizioni che escludono l'applicazione del diritto internazionale nei rapporti reciproci fra gli Stati membri, e fra questi e l'Unione[32]. L'introduzione di siffatte clausole, tuttavia, dà luogo a una frammentazione del regime normativo e, restringendo la portata degli obblighi internazionali gravanti sugli Stati membri, andrebbe contro l'oggetto e lo scopo degli accordi internazionali che pongono obblighi *erga omnes partes*, come, appunto, quelli derivanti dalla CEDU. In altre parole, essa pare contrastare con lo scopo proprio di questa Convenzione, che è quello di stabilire regole minime per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, il cui rispetto deve essere comunque assicurato negli Stati parti[33].

Alla luce delle precedenti considerazioni, appare manifesto come i problemi individuati dalla Corte nel parere 2/13 derivino dalla necessità di preservare la natura

---

[30] Gaja, *Una mancata*…, cit., 148.

[31] *op.loc.ult.cit.*, corsivo aggiunto. Vd. anche P. Gragl, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR,* in *European Yearbook on Human Rights*, 2015, p. 31 ss.; T. Lock, *The Future of the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?,* in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 242 ss.

[32] Vd. Gaja, *Una mancata…,* cit. p. 150 ss. Sulle clausole di disconnessione vd., per tutti, C.P. Economides, A.G. Kolliopoulos, *La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire: une pratique critiquable*, in *Revue générale de droit int. public*, 2006, p. 299 ss. e M. Cremona*, Disconnection Clauses in EU Law and Practice, in Mixed Agreements. The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2010, p. 160 ss.

[33] Gaja, *Una mancata…,* cit. p. 151.

sui generis dell'Unione e, con essa, l'"autonomia" del suo ordinamento rispetto ad uno ad essa esterno, come quello della CEDU. Il parere 2/3, quindi, riconfigura la nozione di "autonomia" in un senso che enfatizza la diffidenza della Corte di giustizia UE nei confronti di un sindacato giurisdizionale esterno sull'operato dell'UE. Ciò con il risultato ultimo che i giudici di Lussemburgo affermano con forza la necessità di salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione rispetto al diritto internazionale, anche con riferimento all'*interpretazione* delle norme in materia di diritti umani[34].

Una notazione di chiusura sul punto: l'insistenza della Corte di giustizia nel sottolineare l'autonomia esterna del diritto UE rispetto al diritto internazionale anche nella materia dei diritti umani non significa che l'Unione ignori il diritto internazionale in tale ambito, né che il suo ordinamento giuridico sia radicalmente disconnesso al diritto internazionale e al sistema regionale promosso dalla CEDU[35]. Ovviamente non è questo il caso: l'UE continua ad asserire l'impegno a promuovere i principi enucleati nella CEDU e da altri trattati di protezione dei diritti umani. Tuttavia, al di là del costante riferimento alle norme della CEDU, la Corte di giustizia UE è notoriamente riluttante a citare e fare utilizzo di disposizioni di altri trattati internazionali in materia di diritti umani[36], né l'Unione e le sue istituzioni sono oggi soggette a meccanismi di controllo internazionale o regionale esterni nella materia dei diritti in questione, (fatta eccezione per i pochissimi trattati a cui essa ha aderito)[37]. Ciò ha portato autorevoli commentatori a sostenere che, facendo riferimento quasi esclusivo alla CEDU, la Corte di giustizia UE «is ignoring . . . . other human rights treaties» e che l'Unione è «estranged» sia a «other regional

[34] Al riguardo, la Corte richiama la formula della sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, affermando che «l'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale esige che l'interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione». Corte di giustizia dell'UE, parere 2/13, cit., par. 170.

[35] B.de Witte, *The EU and the International Legal Order: The Case of Human Rights*, in M. Evans, P. Koutrakos (a cura di), *Beyond the Established Orders: Policy Interconnections Between the EU and the Rest of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 127 ss., 147.

[36] De Búrca, *The Road*…, cit., p. 680.

[37] Si ricorda che l'UE è parte contraente di altri due trattati che riguardano la materia dei diritti umani: la Convenzione di Aarhus del 1998 sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale e la Convenzione ONU del 2006 sui diritti delle persone con disabilità. Questi trattati, tuttavia, non prevedono un meccanismo di controllo internazionale avente natura giurisdizionale.

instruments» sia ai «universal human rights regimes established under the UN»[38]. Anche senza abbracciare una posizione tanto radicale, rimane che l'UE e la Corte di giustizia UE fanno riferimento solamente sporadico a tali fonti internazionali di tutela dei diritti umani e, come emblematicamente dimostrato dalla giurisprudenza Kadi e dal parere 2/13 sul progetto di trattato di adesione alla CEDU, insistono che la stessa Corte sia l'arbitro finale del significato e degli effetti che essi eventualmente possano spiegare all'interno dell'UE[39].

3. – Obblighi in materia di diritti umani, azione esterna e politiche con effetti extraterritoriali

Come si può agevolmente evincere dalla lettura del combinato disposto degli articoli 3(5) e 21(1) del TUE, non vi è dubbio che tra i principi ispiratori di indole universale che devono guidare l'azione esterna dell'UE nel suo complesso, vi siano i diritti umani e le libertà fondamentali[40]. Il rispetto del diritto internazionale in materia, del resto, deriva dall'essere l'Unione un soggetto di tale ordinamento[41]. Per ciò che attiene il diritto consuetudinario – i cui principi formano parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione[42] – il tema si riduce nell'individuazione (non sempre agevole) delle norme internazionali generali in materia di protezione dei

[38] O. De Schutter, I. Butler, *Binding the EU to International Human Rights Law*, in *Yearbook of European Law 2008*, 299, p. 277 ss., 277.
[39] De Búrca, *The Road*…, cit., p. 680.
[40] L'art. 3(5) del TUE recita: «Nelle relazioni con il resto del mondo, l'Unione (c)ontribuisce (…) alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore (…)». L'art. 21 al par. 1: «L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale (…)», aggiungendo al par. 3: «Nell'elaborazione e attuazione dell'azione esterna nei vari settori compresi nel presente titolo e nella parte quinta del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e delle *altre politiche nei loro aspetti esterni,* l'Unione rispetta i principi e persegue gli obiettivi di cui ai paragrafi 1 e 2» (corsivo nostro). Per un commento analitico alle due disposizioni in esame vd. L. Fumagalli, *Trattato sull'Unione europea. Articolo 3*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p.15 ss.; M.E. Bartolini, E. Cannizzaro, *Trattato sull'Unione europea. Articolo 21*, in Tizzano, cit., p. 223 ss.
[41] Sul punto vd., tra gli altri, T. Ahmed, I. de Jesús Butler, *The European Union and Human Rights: An Interntional Law Perspective*, in 17(4) *European Journal of International Law*, 2006 p. 771 ss., e la bibliografia ivi richiamata.
[42] Conclusioni Avvocato generale Kokott 6 ottobre 2011 causa C-366-10, *Air Transport Association of America e a.*, par. 108; Corte di Giustizia 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke*, I-36655, punto 46)

diritti umani[43]. Sul versante del diritto pattizio, come accennato, in attesa dell'adesione alla CEDU, l'Unione è correntemente parte di due soli trattati internazionali in materia di diritti umani. Inoltre, si deve rilevare l'esistenza di clausole in materia di tutela dei diritti umani in molti dei trattati conclusi dall'UE con oltre 120 Stati terzi[44].

Un aspetto che ha recentemente acceso un interessante dibattito tra gli studiosi di diritto internazionale riguarda l'esistenza di specifici obblighi in materia di protezione e promozione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nel caso di attività delle istituzioni europee o degli Stati membri per il perseguimento di politiche (anche) *interne* dell'Unione che, nondimeno, spiegano *effetti extraterritoriali* in *Stati terzi*[45]. Le questione rispetto cui si differenziano le tesi sostenute nell'ambito di tale dibattito riguarda l'esistenza di specifichi obblighi derivanti dal nuovo impianto costituzionale disegnato dal trattato di Lisbona, che le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri (allorché diano applicazione al diritto UE) debbano osservare allorché pongano in essere atti con effetti extraterritoriali su individui situati in Stati terzi.

Secondo Bartels, il combinato disposto degli art. 3(5) e 21(1) e 21(3)1 del Trattato UE colma un vuoto normativo, poiché imporrebbe all'Unione e agli Stati membri di *rispettare* i diritti umani sia per ciò che riguarda l'azione esterna, sia per quanto attiene gli effetti *extraterritoriali* delle politiche interne dell'Unione[46]. Ciò varrebbe in particolare per i trattati commerciali conclusi dall'UE che producono conseguenze negative su individui e popolazioni situati in Stati terzi. Ma può dirsi che le norme appena richiamate, oltre a pretendere il *rispetto* dei diritti umani nell'ambito dell'azione esterna e delle politiche con effetti extraterritoriali,

---

[43] Sul punto si rinvia, tra i molti, a Focarelli, *La persona umana*…, cit. pp. 106-14. Sulla definizione dei diritti umani si vd. anche Id., *Il pianeta dei balocchi. A proposito della definizione dei diritti umani*, in 3 *Diritti umani e diritto internazionale,* p. 659 ss. e A. Pisanò, *Cosa i diritti umani (non) sono. Un dibattito tra diritto, filosofia e politica* in 3 *Diritti umani e diritto internazionale,* p. 645 ss.

[44] Il tema è trattato *infra* §5 e oggetto di analisi sistematica in L. Bartels, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2005, spec. cap. 4.

[45] Si vd. L. Bartels, *The EU's Human Rights Obligations to Policies with Extraterritorial Effects*, in 25(4) *European Journal of International Law*, 2015, p. 1071 ss; E. Cannizzaro, *The EU's Human Rights Obligations to Policies with Extraterritorial Effects: A Reply to Lorand Bartels*, in 25(4) *European Journal of International Law,* 2015 p. 1093 ss.; L. Bartels, *The EU's Human Rights Obligations to Policies with Extraterritorial Effects: a Rejoinder to Enzo Cannizzaro*, disponile alla pagina internet: www.ejiltalk.org/rejoinder-to-enzo-cannizzaro.

[46] Bartels, *The EU's Human Rights*…, 1072-75.

impongano anche *comportamenti positivi* dell'Unione e degli Stati membri nel senso di obbligarli ad agire per la *protezione* dei diritti umani al di fuori del proprio territorio?

Alla luce della generica formulazione degli artt. 3 e 21 TUE, Bartels concede che le disposizioni in esame non prescrivono all'Unione comportamenti positivi specifici, ma semplicemente l'obiettivo generico di *contribuire* «alla tutela dei diritti umani» e «*promuovere* nel resto del mondo (…) universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»[47] nell'ambito della sua azione esterna e nella conduzione delle altre politiche nei loro aspetti esterni. Pertanto, ad esempio, non sembra potersi sostenere che l'Unione sia tenuta a proteggere persone situate all'esterno del suo territorio dalle conseguenze delle attività di imprese in essa stabilite che operano in Paesi terzi; né, tantomeno, che debba fornire assistenza tecnica a Paesi in via di sviluppo affinché questi possano assolvere i rispettivi obblighi in materia di diritti umani[48]. Nonostante tale limite, la portata delle disposizioni contenute negli art. 3(5) e 21 del TUE sarebbe comunque di rilievo: oltre ad impegnare in termini generali l'UE a promuovere la tutela diritti umani nella sua azione esterna e nella conduzione delle attività relative alle altre politiche aventi implicazioni esterne, esse stabilirebbero un obbligo di natura negativa preciso e *ulteriore* rispetto alle frammentarie regole di diritto internazionale consuetudinario e pattizio,[49] ai principi generali e alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE[50], ossia

[47] Cfr., rispettivamente, Art. 3(5) e 21(1) TUE.
[48] Ib., 1075.
[49] Bartels, *The EU's Human Rights*…, 1072 e 1078-87.
[50] Ib. 1076-8, infatti, aggiunge che, sotto il profilo dell'azione esterna, neanche dalle ulteriori fonti in materia di tutela dei diritti umani fondamentali – ossia la Carta dei diritti fondamentali e i principi generali del diritto UE (che con il Trattato di Lisbona assumono entrambe rango primario) – deriverebbero obblighi di applicare extra-territorialmente le disposizioni di diritto dell'UE in materia di protezione dei diritti umani fondamentali. Una possibile rilevanza di tali strumenti sul piano esterno, al momento, è stata riconosciuta sostanzialmente solo dalle istituzioni politiche dell'Unione. Ad esempio, nel 2011 la Commissione e l'Altro rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune hanno dichiarato: «*EU external action has to comply with the rights contained in the EU Charter of Fundamental Rights which became binding EU law under the Lisbon Treaty, as well as with the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights*». Cfr. European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, Communication on Human Rights and Democracy at the Heart of EU External Action – Towards a More Effective Approach, COM(2011)886 final, 12 Dec. 2011, 7. Analogamente, in una risoluzione sull'istituzione del Servizio europeo per l'azione esterna (EEAS acronimo della denominazione inglese *European External Action Service*) il Parlamento europeo ha riconosciuto che: «*the EEAS must guarantee full application of the Charter of Fundamental Rights in all aspects of the Union's external action in accordance with the spirit and purpose of the Lisbon Treaty*». European Parliament, resolution on the institutional aspects of setting up the European External Action Service, OJ (2010) C265E, par. 5. Allo stato, non vi sono pronunce della Corte di giustizia UE sulla questione. Secondo Bartels, «the CJEU will avoid the

l'obbligo per l'UE di assicurarsi che le sue politiche non abbiano effetti negativi sui diritti umani in Stati terzi[51].

A fronte di tale tesi, Cannizzaro ridimensiona la portata innovativa degli art. 3(5) e 21 del Trattato UE, che, qualificando la promozione e la tutela dei diritti umani come una direttrice per lo sviluppo della politica estera e dell'azione esterna dell'Unione, altro non farebbero che 'assorbire' all'interno del ordinamento giuridico di questa il mutamento di paradigma dell'ambito di applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani, che starebbe transitando da una concezione fortemente basata sul territorio verso una concezione funzionale[52]. Ciò rifletterebbe un secondo modo di interpretare la regola internazionale di diritto consuetudinario che, in assenza di uno specifico titolo, proibisce l'applicazione extraterritoriale della legge domestica[53]. Tale lettura emerge allorché la legge applicata in via extra-territoriale non abbia la finalità di governare la condotta di un individuo nel territorio di un altro Stato, bensì di limitare l'uso espansivo dell'esercizio del potere (*jurisdiction*) di uno Stato nel territorio di un altro. Si parla in questo caso di *restrictive* o *defensive extraterritoriality*: lungi dall'imporre comportamenti o valori all'estero, la c.d. "extraterritorialità difensiva" tenderebbe, invece, a limitare tali pretese (le quali connotano la c.d. *expansive extraterritoriality*)[54]. Questo paradigma appare particolarmente utile, appunto, quando vi sono in gioco diritti umani[55]. La

problem of extending domestic levels of protection to measures with extraterritorial effects not by applying a dual standard, but rather by not applying fundamental rights obligations to measures in the first place.» Una tale lettura sarebbe implicitamente confermata dai casi analizzati da V. Moreno Lax and C. Costello, *The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model* in S. Peers et al (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 1067 ss.

[51] Bartels, *The EU's Human Rights*…, 1074 e 1090.

[52] Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., p. 1094.

[53] Come ben noto, tale regola è tradizionalmente concepita come un corollario del fondamentale principio dell'uguaglianza tra Stati sovrani ed è intimamente collegata all'idea che il territorio costituisca l'ambiente naturale per l'esercizio del potere pubblico e tende a prevenire indebite interferenze da parte di uno Stato nell'esercizio del potere di governo di un altro Stato. In questo senso, la regola appena enunciata riflette l'ossessione territoriale che ha storicamente permeato le pretese e i limiti del potere politico. Vd., tra i molti, J. Crawford, *Brownlie's Principles of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 456 ss.

[54] Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., p. 1094, il quale correttamente sottolinea: «*The assumption that human rights constitute a limit to other, and most aggressive, forms of extraterritoriality can be based on the consideration that the function of human rights is precisely to curtail and to corral the scope of public authority*.»

[55] Si veda, nella recente letteratura, M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011 K. Da Costa, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Brill, Leiden/Boston, 2012.

logica dei diritti umani fondamentali, infatti, non è di concedere agli individui una tutela selettiva *ratione loci*, bensì di contenere la discrezione incontrollata del potere pubblico: una limitazione dei loro effetti rispetto a un'area geografica definita, o a pre-determinate condizioni di applicazione, sovvertirebbe tale logica e, insieme, la *raison d'être* della sfera dei diritti umani fondamentali dell'individuo[56].

Il modello appena illustrato ha importanti implicazioni poiché permette di affrontare la *vexata quaestio* dell'applicazione extraterritoriale degli obblighi internazionali in materia di diritti umani, che verte sull'interpretazione del termine "giurisdizione" utilizzato da numerosi trattati in materia, tra cui la CEDU (art. 1) e il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 2). La "giurisdizione", originariamente concepita in termini strettamente territoriali, viene gradualmente a perdere tale connotazione territoriale e a caratterizzarsi in termini funzionali, come una nozione che lega l'ambito di applicazione degli obblighi in materia di diritti umani all'esercizio del potere autoritativo dello Stato, sia esso legittimo o illegittimo, permanente o occasionale[57]. Pertanto, se l'ambito di applicazione del potere autoritativo dello Stato viene a determinarsi su base extraterritoriale, lo stesso criterio deve conseguentemente applicarsi per definire l'ambito di applicazione degli obblighi in materia di diritti umani, che, di tale potere, costituiscono il limite principale.

Ebbene, secondo Cannizzaro, gli artt. 3(5) e 21 TUE, imporrebbero tale ampliamento dell'ambito di applicazione degli obblighi di promozione e protezione dei diritti umani con riguardo all'azione esterna e alla conduzione degli aspetti esterni delle altre politiche dell'Unione *anche* in forza di due norme primarie di diritto

---

[56] Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., p. 1094.

[57] Ib., p. 1095. È emblematica di questo corso l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: dopo aver inizialmente adottato un approccio strettamente territoriale in *Banković* (*Banković e altri c. Belgio e altri*, ricorso n. 52297/88, sentenza del 12 dicembre 2001), la Corte ha abbondonato tale posizione e accettato che la CEDU può essere violata anche da comportamenti tenuti all'estero dagli organi degli Stati parti se lo Stato esercita, attraverso la presenza di tali organi una certa forma di controllo territoriale. Vd. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Issa e altri c. Turchia*, ricorso n. 31821/96, sentenza del 16 novembre 2006. La lettura sequenziale dei casi più recenti dà l'impressione di uno sviluppo ulteriore, che ha già portato, o che presto porterà inesorabilmente, all'abbandono dell'approccio precedente e all'adozione di un test più pragmatico, per il quale la CEDU si applica a ogni forma di esercizio di potere pubblico su individui da parte di organi degli Stati parti. Vd. *Öcalan c. Turkey,* ricorso n. 46221/99, sentenza of 12 maggio 2005; *Al Skeini c. Regno Unito*, ricorso n. 55721/07, sentenza del 7 luglio 2011, ai par. 142 e 149; *Hassan c. Regno Unito*, ricorso n. 29750/09, sentenza of 16 settembre 2014, al par. 75.

UE. Ci spieghiamo: attraverso un attento esame del ruolo di tali disposizioni con riferimento alle tre classi generali di fattispecie identificate da Bartels – condotte extraterritoriali, condotte con effetti extraterritoriali, condotte extraterritoriali di altri soggetti[58] – Cannizzaro arriva a sostenere che gli articoli sopra richiamati non aggiungono molto al contenuto normativo e agli effetti del diritto internazionale e di quello dell'UE in materia di diritti umani. Detto altrimenti, tali disposizioni semplicemente riaffermerebbero, attraverso norme specifiche di diritto primario dell'UE, la funzione 'difensiva' della extraterritorialità degli obblighi internazionali in materia di diritti umani all'interno dell'ordinamento euro-unitario.

In particolare, con riguardo alle condotte extraterritoriali, tale conclusione discenderebbe *de plano* dall'impostazione appena illustrata, incentrata sulla tendenziale coincidenza tra l'ambito di applicazione *ratione loci* degli obblighi in materia di diritti umani e quello del potere autoritativo dei soggetti pubblici. Indipendentemente, quindi, dal luogo ove la condotta rilevante sia tenuta, le azioni esecutive delle istituzioni dell'UE (che costituiscono, invero, un'evenienza rara), o quelle degli organi degli Stati membri in applicazione del diritto UE, sarebbero comunque limitate dall'intera panoplia di obblighi in materia di diritti umani che si impongono alle condotte "domestiche". La funzione difensiva assegnata agli obblighi in materia di diritti umani si applicherebbe, quindi, a ogni possibile azione delle istituzioni e degli Stati membri in applicazione del diritto UE, ciò che renderebbe superfluo il ricorso alla protezione extraterritoriale data dagli art. 3(5) e 21 TUE[59].

Conclusioni simili dovrebbero trarsi avendo riguardo alla seconda classe di situazioni prima considerate, coincidente con le azioni condotte dall'UE o dagli Stati membri in applicazione del diritto UE all'interno del suo territorio, ma che producono effetti negativi sui diritti umani di popolazioni e individui che si trovano al di fuori dei suoi confini, ad esempio, aumentandone la povertà, ovvero riducendo l'accesso a beni primari come cibo e medicinali. Sul punto è necessario distinguere tra causalità diretta e causalità indiretta rispetto alla violazione dei diritti umani. È, ragionevole asserire che gli obblighi internazionali e quelli discendenti dal diritto UE

[58] Bartels, *The EU's Human Rights*…, 1071.
[59] Cannizzaro, *The EU's Human Rights*…, cit., 1095-96.

in materia di diritti umani[60] coprano ogni azione domestica che causi direttamente violazioni di tali diritti fuori del territorio dell'Unione: è il caso, ad esempio, di misure di embargo su cibo e medicinali, adottate nella consapevolezza che esse possano determinare la morte ovvero gravi sofferenze a una persona o a un gruppo di persone. Tale conseguenza discenderebbe dalla dottrina dell'*effet utile* dei diritti umani, già affermata dalla Corte europea dei diritti umani del 1989[61] e dalla considerazione che, oggi, l'obbligo di tutelare i diritti umani in modo "pratico ed effettivo" può adempiersi solo avendo riguardo ad un'ampia varietà di situazioni: dal dovere di astenersi dall'intraprendere una determinata azione nella consapevolezza che essa darà luogo alla violazione da parte di altri soggetti[62], a quello di intraprendere azioni all'interno del territorio di uno Stato al fine di prevenire violazioni di diritti umani al di fuori di esso[63]. Al contrario, si ritiene che l'UE non possa ritenersi responsabile per le violazioni di diritti umani occorse al di fuori dei confini del suo territorio come conseguenza indiretta di una condotta tenuta dalle istituzioni all'interno dei suoi confini: né la giurisprudenza *Soering* o la sua progenie, né le regole di diritto internazionale consuetudinario sulla responsabilità degli Stati, giustificano l'attribuzione di responsabilità a un ente per una la violazione dei diritti umani fondamentali, che, benché propiziata da una condotta inizialmente tenuta da questo soggetto, costituisca la conseguenza terminale e imprevedibile di una catena di eventi che sfuggono al suo controllo[64].

---

[60] Ci si riferisce, essenzialmente, agli obblighi in materia di diritti umani ricavabili nei principi generali del diritto UE e a quelli contenuti nella Carta di Nizza, entrambi gli strumenti avendo, per effetto dell'art. 6(1) e (3) del TUE, rango di diritto primario Sul punto vd., *e.g.,* Anderson e Murphy, cit. p. 155 ss. e, per la relazione tra la Carta dei diritti fondamentali e i principi generali del diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, H.C.H. Hofmanm, B.C. Mihaescu, *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, in 9 *European Constitutional* L *Rev*, 2013, p.73 ss.

[61] Nel celebre caso *Soering*, la Corte europea dei diritti umani ha stabilito che: «*the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective*». Corte europea dei diritti umani, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989, par. 34.

[62] Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., 1096, che ricorda, come esempio tratto dalla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, par. 131, 136, e 150.

[63] Corte europea dei diritti umani, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ricorso n. 16643/09, sentenza del 21 ottobre 2014, ai par. 234–235; *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12, decisione of 4 novembre 2014, par. 89–91 e 122

[64] Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., 1097; *contra,* Bartels, *The EU's… a Rejoinder to Enzo Cannizzaro*, cit.

Venendo, infine, alla terza classe di situazioni sopra indicate (condotte extraterritoriali di altri soggetti), Cannizzaro sembra condividere le principali conclusioni di Bartels, seppure attraverso un percorso argomentativo parzialmente differente. Alla domanda se l'UE sia soggetta all'obbligo di assicurare il rispetto dei diritti umani a livello "globale" – nelle parole di Bartels, di "proteggere" i diritti umani degli individui rispetto alle condotte di attori terzi e di adoperarsi per il soddisfacimento dei diritti di quelle persone, entrando, quindi, con tali condotte nel terreno insidioso dell'extraterritorialità in senso stretto – egli nota correttamente che, in linea di principio, il diritto internazionale non impone obblighi attivi di protezione dei diritti umani dalla condotta di altri soggetti e che un obbligo in questo senso può derivare solo da regole speciali di diritto internazionale[65]. Sotto questo profilo, è ben noto che, con particolare riguardo all'obbligo di prevenire il genocidio stabilito dall'art. 1 della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio del 1948, la Corte internazionale di giustizia ha stabilito che uno Stato che adempie a tale obbligo deve comunque rispettare la Carta delle Nazioni unite e ogni decisione che può essere presa dai competenti organi dell'ONU[66] aggiungendo che, in termini più generali, «it is clear that every State may only act within the limits permitted by international law»[67] (ivi inclusi, quindi, gli obblighi in materia di diritti umani). Concludendo sulla questione, si sostiene che gli art. 3(5) e 21 TUE producono effetti analoghi, ma limitatamente ad una prospettiva puramente domestica (*recte:* interna all'ordinamento dell'Unione). In forza di tali disposizioni, quindi, l'UE sarebbe obbligata ad assicurare il rispetto dei diritti umani globalmente,

[65] Ib., 1097. Sarebbe il caso, ad esempio, del comune art. 1 delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e del Primo Protocollo aggiuntivo alle stesse relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali alle stesse, che richiede alle parti di rispettare e assicurare il rispetto del diritto internazionale umanitario in tutte le circostanze. Tuttavia, anche se la disposizione in esame sembra richiedere alle parti delle Convenzione di agire anche in via extraterritoriale nella prospettiva di tutelare i diritti umani e di prevenire la loro violazione, essa nulla dice sulle modalità specifiche in cui tali attività dovrebbero concretizzarsi, risultando quindi assai arduo ricostruire il suo esatto contenuto normativo. Esprimono autorevolmente opinioni diverse sull'ambito di applicazione e il contenuto di questo obbligo, L. Condorelli e L. Boisson de Chazournes, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de "respecter et de faire respecter "le droit international humanitaire en toutes circonstances"*, in C. Swinarski (a cura di), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC-Martinus Nijhoff, Geneva-The Hague, 1984, p. 17 ss.; C. Focarelli, *Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?*, in 21 *EJIL*, 2010, p. 125 ss.

[66] Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina c. Serbia and Montenegro*), sentenza del 26 febbraio 2007, ICJ Rep. (2007) 43, par. 427.

[67] Ib., par. 430.

nel senso che dovrebbe *tendere* a promuovere e tutelare i diritti umani, senza restrizioni relative a particolari aree geografiche o sfere funzionali. Tuttavia, questo obbligo costituirebbe una mera direttrice di orientamento: i mezzi usati per perseguire gli obiettivi menzionati non vengono, infatti, specificati dalle disposizioni in questione, essendo solamente sottoposti al limite "esterno" della conformità al diritto internazionale, il cui rispetto, peraltro, è richiesto delle medesime disposizioni del TUE[68].

4. – (segue): i limiti di competenza dell'UE

A costringere ulteriormente la capacità dell'Unione di proteggere i diritti umani a livello globale vi sarebbero poi importanti limiti di ordine sistemico che discendono direttamente dai Trattati istitutivi. All'ampiezza degli obiettivi stabiliti dagli art. 3(5) e 21 TUE non corrisponde l'attribuzione di nuove competenze dell'Unione nell'area in questione. Anzi, quasi ad attenuare la portata innovativa dell'art. 3(5), il successivo par. 6 stabilisce che: «(l)'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, *in ragione delle competenze* che le sono *attribuite* nei trattati». Analogamente, l'art. 21(3) TUE dispone che gli obiettivi di cui all'art. 21(1) e (2) devono essere perseguiti attraverso l'«elaborazione e attuazione dell'azione esterna nei vari settori compresi nel presente titolo e nella parte quinta del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e delle altre politiche nei loro aspetti esterni»[69]. Tali limitazioni restringerebbe significativamente il ventaglio di misure a disposizione dell'Unione per proteggere i diritti umani al di fuori dei suoi confini.

Inoltre, non sembra potersi sostenere che, nonostante l'assenza di nuove competenze attribuite dai Trattati istitutivi, tale obiettivo (di natura politica) possa

[68] Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., pp. 1097-8.

[69] Il primo comma del terzo paragrafo indica dunque che l'Unione, nell'elaborazione ed attuazione dell'azione esterna nel settore della politica estera e in quelli compresi nella parte V del TFUE, rispetta i principi e persegue gli obiettivi di cui ai paragrafi 1 e 2. Come notano, E. Cannizzaro, M.E. Bartoloni, *Unità e frammentazione nel sistema dell'azione esterna dell'Unione*, in *Dir. UE*, 2013, p. 531 ss., 536: «Secondo tale disposizione, ciascuna competenza che concorre a formare l'azione esterna andrebbe esercitata secondo il proprio sistema istituzionale e normativo, ma nel perseguimento di fini che l'art. 21 determina per l'insieme dell'azione esterna dell'Unione. Sembrerebbe quindi di poter affermare che, nell'ambito delle azioni esterne, si stabilisca un parametro comune di obiettivi che comprende sia obiettivi politici in senso proprio, che obiettivi relativi a materie specifiche». Questa sembrerebbe la posizione maggiormente sostenuta in dottrina. Vd, tra gli altri, P. Eeckhout, *EU External Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 166.

essere perseguito attraverso ciascuna delle politiche materiali di rilievo esterno dell'Unione[70]. Una tale soluzione deriverebbe da un'interpretazione estensiva dell'art. 21(3) TUE, per cui le modalità di azione che sono conferite all'Unione nelle diverse aree dell'azione esterna e nei diversi aspetti delle sue altre politiche materiali di rilievo esterno – quelle cioè materiali incardinate nella Parte V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione (TFUE) dal principio di attribuzione, tra le quali la politica commerciale e la cooperazione con i Paesi terzi e all'aiuto umanitario – possono essere tutte indifferentemente utilizzate per il perseguimento di obiettivi politici di cui all'art. 21(2) TUE (tra cui, appunto, alla lett. b) «consolidare e sostenere (…) i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale»). L'unitarietà nell'azione estera sarebbe realizzata, in un modello di questo tipo, dal concorso fra politica estera e politiche materiali, nonché da un significativo affievolimento del principio di attribuzione delle competenze. Questa soluzione, avrebbe quindi l'effetto di affrancare le politiche materiali incardinate nel Titolo V del Trattato UE dal principio di attribuzione delle competenze[71] e prefigurerebbe, in modo non dissimile da quanto accade negli ordinamenti degli Stati membri, una molteplicità di livelli di intervento sul piano esterno[72]. Le politiche summenzionate non andrebbero cioè esercitate esclusivamente per perseguire i fini assegnati a ciascuna di esse, secondo il principio di attribuzione delle competenze, ma anche per finalità generali

[70] Ib., 1098.

[71] Come rilevato da Bartoloni e Cannizzaro, *Articolo…,* cit., p. 225, «(t)ali politiche non andrebbero cioè esercitate esclusivamente per perseguire i fini assegnati a ciascuna di esse, ma anche per le finalità generali e di carattere politico, sì da immaginare che l'Unione possa attuare orientamenti politici attraverso le politiche materiali dell'azione esterna, pur in assenza di atti adottati ai sensi della competenza in tema di politica estera e di sicurezza comune.» Si rinvia agli stessi autori per una sintetica, ma molto efficace illustrazione di quelle che sarebbero le importanti e innovative conseguenze di tale soluzione. (ib. p. 225-7). Per questa soluzione vd., tra gli altri, M. Cremona, *The Two (or Three) Treaty Solution: The New Treaty Structure of EU,* in Biondi, Eeckhout, Ripley, cit., p. 40 ss. Una posizione più attenuata è espressa da A. Dimopoulos*, The Effects of the Lisbon Treaty on the Principles and Objectives of the Common Commercial Policy*, in *Europ. Foreign Aff. Rev*., 2010, p. 165 ss.

[72] Ciò comporterebbe, tra l'altro, che, mentre l'adozione di decisioni politiche in senso proprio avverrebbe ancora mediante l'esercizio di competenze di politica estera, l'UE potrebbe perseguire obiettivi di carattere politico con le politiche materiali sulla base di un procedimento di formazione della volontà totalmente diverso, e su base sovranazionale, che prevede generalmente l'iniziativa della Commissione, un voto frequentemente a maggioranza del Consiglio e una più o meno incisiva partecipazione del Parlamento europeo, a seconda della natura ordinaria o speciale del procedimento legislativo. Peraltro, decisioni di questo tipo sarebbero inoltre soggette al controllo della Corte di Giustizia anche per quel che concerne il rispetto dei fini dell'art. 21.Vd. Cremona, *The Two*…, cit., pp. 46-7. Sul punto vd., anche F. Munari, *Azione esterna [dir. UE],* in *Diritto online 2014*, disponibile sul sito internet: www.treccani.it/enciclopedia/azione-esterna-dir-ue_(Diritto-on-line)/.

e di carattere politico, sì da immaginare che l'Unione possa attuare orientamenti politici attraverso le politiche materiali dell'azione esterna, nonostante l'assenza di atti rilevanti adottati ai sensi della competenza in tema di politica estera e di sicurezza comune[73]. In ambito di azione esterna, l'Unione apparirebbe, pertanto, come un'organizzazione dotata della capacità di utilizzare indifferentemente tutte le competenze a sua disposizione per il perseguimento dei suoi obiettivi politici indicati dall'art 21(2) TUE.

Non sembra, tuttavia, che un'interpretazione tanto estensiva dell'articolo 21(3) TUE possa desumersi dal frammentario e incoerente sistema delle relazioni esterne dell'Unione[74]. Inoltre, una tale esegesi dell'articolo 21(3), tesa ad affermare che il perseguimento dei fini politici indicati nell'art. 21 possa essere compiuto attraverso tutte le altre politiche dell'UE di rilievo esterno, «sarebbe inappropriata in quanto eccessivamente estensiva, e tale da svuotare di significato, il principio di attribuzione delle competenze»[75] caratterizzante l'Unione (art. 5 TUE). In secondo luogo, il nuovo Trattato mantiene in vigore, anzi, addirittura rafforza la clausola di salvaguardia *ex* art. 40 TUE, la cui *ratio* è proprio quella di salvaguardare l'autonomia del sistema della politica estera e l'autonomia del sistema delle politiche materiali, evitando che si possa fare politiche materiali con il metodo intergovernativo e politica estera con il metodo sovranazionale[76]. Assumendo che tale clausola sia motivata proprio dalla scopo di evitare un fenomeno di concorso fra la politica estera e di sicurezza comune e le politiche materiali sul piano dei rapporti esterni, essa difficilmente potrebbe convivere con un'interpretazione dell'art. 21 che porterebbe ad un risultato diametralmente opposto[77]. Infine, occorre anche notare che il successivo art. 23 TUE assegna il perseguimento degli obiettivi politici indicati

[73] In questo senso, Cremona, *The Two*…cit., pp. 46-7.
[74] Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., 1098.
[75] Sul punto vd. Munari, cit., Bartoloni e Cannizzaro, *Unitarietà…,* cit., 538, i quali sostengono, inoltre, la difficoltà di desumere una limitazione di detta portata da una base giuridica incerta come l'art. 21(3) TUE.
[76] Ib., 538.
[77] Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., 1098. Vd., *amplius*, M.E. Bartoloni, *Politica estera e azione esterna dell'Unione*, ES, Napoli, 2012, p. 13 ss., la quale indica ulteriori ragioni per cui una visione integrata dei poteri e degli scopi nell'ambito delle relazioni esterne, nel rendere le differenti politiche di rilievo esterno tra di loro interscambiabili, appare non del tutto convincente.

dall'art. 21(1) e (2) alla primaria competenza della politica estera e di sicurezza comune[78].

Alla luce di queste considerazioni ci pare corretto (e coerente sotto il profilo sistematico) sostenere che, dati i limiti derivanti dall'assetto disegnato dal Trattato di Lisbona, l'Art. 3(5) e l'art. 21, nell'indicare una serie di obbiettivi e principi che devono ispirare la complessiva azione esterna dell'Unione, hanno il semplice effetto di delineare, anche con riguardo all'obiettivo della tutela dei diritti umani, il quadro nel quale le singole politiche di rilievo esterno debbano essere condotte. Segue, come corollario, che tali disposizioni confinano le aspirazioni dell'UE come "campione globale" dei diritti umani al principio di attribuzione delle competenze: mentre gli strumenti della politica estera e di sicurezza comune possono essere utilizzati incondizionatamente per la promozione e protezione dei diritti umani, altri strumenti possono essere utilizzati solo nei limiti in cui essi ricadano nell'ambito delle competenze sostanziali assegnate loro dai Trattati[79].

Un'ultima considerazione: una volta individuati gli obblighi in materia di diritti umani cui è sottoposta l'azione esterna dell'UE rimane da considerare il problema della loro giustiziabilità. Sotto questo profilo, Bartels sostiene che, a ragione delle difficoltà giuridiche che incontrano gli individui danneggiati di far valere eventuali violazioni dei loro diritti di fronte alla Corte di giustizia UE e delle considerazioni di ordine politico che potrebbero portare le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri[80] ad astenersi dal farle valere di fronte al medesimo organo giurisdizionale, ai limiti posti dagli obblighi in materia di tutela dei diritti umani sulle politiche dell'UE con effetti extra-territoriali, non seguirebbe un'effettiva possibilità di controllo giurisdizionale[81].

---

[78] Ai sensi di tale articolo, la politica estera e di sicurezza comune «si fonda sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità delle disposizioni generali» dell'art. 21(1) e (2) TUE. Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., 1098. *Contra*, Bartels, *The EU's… a Rejoinder to Enzo Cannizzaro*, cit., secondo il quale sarebbe un *non sequitur* inferire che tale politica possa essere l'unico mezzo per perseguire quegli obbiettivi.

[79] Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., 1099.

[80] Tali soggetti, nella loro veste di ricorrenti c.d. "privilegiati", sarebbero legittimati ad agire per far valere l'eventuale invalidità di un atto dell'Unione per violazione degli obblighi in materia di diritti umani.

[81] Bartels, *The EU's Human Rights…,* cit., pp. 1087-1090, spec. 1089.

5. – Le clausole in materia di diritti umani negli accordi commerciali e di cooperazione economica

Le Comunità europee, prima, e l'Unione, di seguito hanno tradizionalmente insistito nel richiedere il rispetto dei diritti umani e dei principi democratici quali condizioni "politiche" per l'adesione di nuovi Stati Membri, come significativamente dimostrato dal rifiuto all'adesione della Spagna nel 1962, motivato, appunto, sulla base della circostanza che il Paese iberico allora non rispondeva ai criteri di democrazia[82]. È ben noto che, nel quadro istituzionali disegnato dal Trattato di Lisbona, il rispetto dei principi democratici e dei diritti fondamentali della persona umana è espressamente incluso tra le condizioni necessarie per l'adesione all'UE attraverso il combinato disposto dell'art. 49 e dell'art 2 TUE. Tali condizioni possono ritenersi soddisfatte, allorché il Paese candidato abbia raggiunto una stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, il principio di legalità, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze[83]. Inoltre, per effetto dell'inserimento dei c.d. "criteri di Copenaghen", formalizzati nelle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo del 21-22 giugno 1993, agli Stati candidati all'adesione è anche richiesta la capacità di assumere e far fronte al complesso degli obblighi connessi all'appartenenza all'Unione, ossia del c.d. '*acquis* comunitario' che include, ovviamente, anche le norme dei Trattati istitutivi, della Carta europea dei diritti fondamentali e del diritto derivato in materia di tutela dei diritti umani[84]. È, tuttavia, solo a partire degli anni '90 del secolo scorso che negli accordi commerciali conclusi dall'Unione con Stati terzi sono state inserite delle clausole sui diritti umani, sul cui contenuto normativo e potenziale incisività è opportuno interrogarsi per comprendere se e in che misure la leva commerciale possa contribuire a rafforzare l'azione dell'UE per la promozione e tutela dei diritti umani su scala internazionale[85].

---

[82] U. Khaliq, *Ethical Dimensions of the Foreign Policy of the European Union: A Legal Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 5 ss.
[83] R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappicchelli, Torino, 2014, 42.
[84] Ib., pp. 42-3. È stato correttamente rilevato che, in aggiunta a questi criteri, oggi è richiesto ai Paesi candidati di dimostrare la propria volontà di cooperare con i tribunali penali internazionali, una condizione che ha prodotto come risultato nel 2011 gli arresti e la consegna al Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia degli ultimi fuggitivi rimasti in Serbia. O. Bekou, M. Chadwick, *The EU Commitment to International Criminal Justice: Achievements and Possibilties*, in Wetzel, p. 82 ss.
[85] Alston, Weiler, cit., pp. 692-6.

L'antecedente (politico) di tali clausole si fa risalire al 1977, quando la Comunità europea tentò di cessare i pagamenti del fondo Stabex[86] all'Uganda in risposta alle gravi violazioni dei diritti umani dovute all'efferata condotta del leader del Paese Idi Amin Dada[87], salvo scoprire che, ai sensi della Convenzione di Lomé[88], ciò era tecnicamente impossibile[89]. Fino a metà degli anni '80 gli aiuti comunitari nelle zone ACP (gruppo di Stati dell'Africa, Caraibi e Pacifico), stanziati nel quadro delle convenzioni di Lomé I e II, erano "neutrali" dal punto di vista politico: infatti, ancora non erano state introdotte clausole basate sul principio di condizionalità politica nelle convenzioni con i Paesi con cui la Comunità europea intratteneva rapporti associativi con finalità di cooperazione allo sviluppo. In particolare, la Convenzione che regolava i rapporti CEE-ACP non faceva alcun riferimento al rispetto dei diritti umani[90]. Questa particolare situazione fu risolta in via informale, ma portò le istituzioni comunitarie a tentare di inserire nella Convenzione di Lomé una clausola che avrebbe legittimato la sospensione o la cessazione dell'accordo in caso di abusi di diritti umani. Per ragioni disparate, i tentativi delle istituzioni comunitarie furono sostanzialmente inefficaci e, anche quando furono finalmente inserite tali clausole nella Convenzione di Lomé IV del 1989, la loro operatività fu molto limitata[91].

---

[86] Si tratta di crediti di stabilizzazione della bilancia dei pagamenti, erogati dalla UE ai Paesi ACP, in base all'accordo di Cotonou, qualora il saldo di bilancia commerciale, ovvero i proventi delle esportazioni, non riescano a garantire il servizio del debito internazionale.

[87] Nella dichiarazione del 21 giugno 1977 il Consiglio deplorava la sistematica negazione dei diritti umani fondamentali nei confronti del popolo ugandese e si impegnava a fare in modo che gli aiuti concessi all'Uganda in applicazione di Lomé non potessero avere l'effetto di «rafforzare o prolungare» la privazione dei diritti (Boll. CE, 1977, n.6, p. 85)

[88] Convenzione di Lomé, (1976) in GU L25/1. La Convenzione di Lomé è stato lo strumento di gestione del partenariato tra Comunità europee/Unione europea e Paesi ACP dal 1975 al 2000. La Convenzione fu firmata a Lomé nel febbraio 1975 ed è stata rinnovata più volte. Sarebbe più corretto parlare di Convenzioni di Lomé, al plurale, poiché la Convenzione è stata rinnovata diverse volte: Lomé II (1980), Lomé III (1985), Lomé IV (1990), Lomé IV bis (1995). Nel 2000 la Convenzione è stata sostituita dalla Convenzione di Cotonou. Per un quadro di insieme del programma di aiuto allo sviluppo promosso con le Convenzioni in esame si rinvia alle note ufficiali dell'UE pubblicate sul sito: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-95-10_it.htm e a K. Arts, *Lomé/Cotonou Conventions*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponibile sul sito internet: www.opil.ouplaw.com.

[89] Bartels, *Human Rights Conditionality…,* cit., pp. 8-11.

[90] Tradizionalmente, si sostiene che la sospensione *de facto* degli aiuti concessi all'Uganda nel 1977 costituì una prima manifestazione della politica di condizionalità. Vd. Bartels, *Human Rights Conditionality…,* cit., pp. 8-15, e la letteratura ivi richiamata.

[91] Ib., 16-17.

Altri Paesi si dimostrarono, però, più ricettivi agli obbiettivi politici della Comunità europea. Così una prima clausola di protezione effettiva dei diritti umani fu inserita nell'Accordo di cooperazione tra la Comunità europea e l'Argentina[92] (da poco uscita dalla dittatura militare) e, nel corso dei successivi anni, clausole analoghe furono inserite in altri accordi di cooperazione allo sviluppo conclusi dalla Comunità europea[93]. In questo quadro, dopo quasi due decenni di negoziati, nel 1995 è stata finalmente inclusa nella Convenzione di Lomé IV bis una clausola di protezione dei diritti umani operativa, una versione più elaborata di quelle inserite negli accordi con altri Paesi e che oggi è incorporata negli art. 9 e 96 dell'Accordo di Cotonou[94]. Sempre nel 1995 si è anche assistito all'adozione formale da parte del Consiglio dell'UE di una politica volta all'inserimento di clausole di protezione effettiva dei diritti umani fondamentali in tutti i futuri accordi di cooperazione e commerciali[95]. Da allora l'Unione ha coerentemente aderito a tale politica, benché, recentemente, vi abbia sovente dato attuazione attraverso riferimenti incrociati (talvolta, addirittura, implicitamente)[96] a clausole sui diritti umani inserite in trattati già esistenti tra le Parti.

Tali clausole sono oggi inserite in trattati conclusi dall'UE con oltre 120 Stati nel mondo[97], ciò che costituisce un primo indice della loro rilevanza. La loro

---

[92] Accordo quadro per il commercio e la cooperazione economica tra la Comunità economica europea e la Repubblica Argentina, 26 ottobre del 1990, in GU L 295.

[93] Risoluzione sui diritti umani, la democrazia e lo sviluppo del Consiglio e degli Stati membri riuniti in sede al Consiglio del 28 novembre 1991, Boll. CE, 1991, n.11, p. 122 e, più recentemente, Parlamento europeo, Commissione per gli affari esteri, Relazione sulla clausola relativa ai diritti dell'uomo e alla democrazia negli accordi dell'Unione europea (2005/2057(INI)), 23 gennaio 2006, spec. punti 6-10.

[94] Accordo di Cotonou (2000) GU L317/3, modificato nel 2005 e nel 2010. L'Accordo di Cotonou differisce radicalmente dai precedenti in quanto fissa soltanto norme-quadro, da specificare attraverso: «accordi di partenariato economico» (*Economic Partnership Agreements*) tra l'UE e le singole regioni e comunità di Stati ACP con i quali i negoziati sono in corso dal 2002.

[95] Commissione europea, Comunicazione sul richiamo al rispetto dei principi democratici e dei diritti dell'uomo negli accordi tra la Comunità e i paesi terzi, COM (95) 216 e conclusioni del Consiglio dell'UE del 29 maggio 2015, in Bollettino dell'UE 1995-5, punti 1-3.

[96] L'art. 15.14 dell'Accordo di libero scambio tra UE e Repubblica di Korea (2011) GU L127/6 stabilisce che: *«[u]nless specified otherwise, previous agreements between the Member States of the European Union and/or the European Community and/or the European Union and Korea are not superseded or terminated by this Agreement.*»

[97] European Parliament, *Report on the Human Rights and Democracy Clauses in European Union Agrements*, A6-0004/2006, Final 23 January 2006, par. F. La maggior parte di questi trattati rientra nella categoria dei c.d. accordi misti. Poiché il ricorso a tali strumenti è stata una caratteristica costante della politica estera dell'UE, esiste un'ampia letteratura sulla delicata questione della ripartizione di responsabilità tra UE e Stati membri che essi determinano. Si vedano per tutti i rapporti dello

formulazione è variabile, ma nella forma tipica essa prevede due parti. La prima è costituita da una c.d. "clausola sugli elementi essenziali" ("*essential elements" clause*)[98], che tipicamente recita:

> «Respect for democratic principles and human rights, as laid down in the Universal Declaration of Human Rights and other relevant international human rights instruments, as well as for the principle of the rule of law, underpins the internal and international policies of both Parties and constitutes an essential element of this Agreement.»[99]

La seconda componente delle clausole di protezione effettiva dei diritti umani è la c.d. "clausola di non esecuzione" ("*non-execution"clause*) che normalmente dispone che ciascuna delle Parti può adottare "misure appropriate" se l'altra non adempie agli obblighi cui è soggetta in forza dell'accordo in questione, inclusi gli "elementi essenziali" dell'accordo di partenariato e cooperazione o dell'accordo commerciale. Tali clausole sono di solito completate da ulteriori disposizione che specificano il contenuto e la portata delle "misure appropriate"[100]. In particolare, la maggior parte degli accordi conclusi dopo il 1996 prevedono che le misure adottate devono essere conformi al diritto internazionale; è tipicamente previsto che esse siano

---

Special Rapporteur alla Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità internazionale, Professor Giorgio Gaja: ILC, *First Report on Responsibility of International Organizations*, 55th session, UN Doc. A/CN.4/533; *Second Report on Responsibility of International Organizations*, 56th session, UN Doc. A/CN.4/541; *Third Report on Responsibility of International Organizations*, 57th session, UN Doc. A/CN.4/553; e P.J. Kujiper, E. Paasivirta, *Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC's Project on Responsibility of International Organizations*, in 1 *International Organizations Law Review*, 2004, p. 111 ss.

[98] D.C. Horng, *The Human Rights Clause in the European Union's External Trade and Development Agrements*, in 9 *European Law Journal*, 2003, p. 677 ss.; Alston, Weiler, cit., pp. 695; Bartels, *The EU's Human Rights*…, 1079.

[99] Questo particolare esempio è preso dall'art. 2 dell'Accordo di partenariato e di cooperazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica dell'Iraq, dall'altra, concluso nel 2012, (in GU L240/20). Per un'analisi dettagliata delle possibili variazioni di tale clausole si rinvia a Bartels, *Human Rights Conditionality…,* cit., cap. 4.

[100] L'articolo 8(3) dell'Accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, firmato nel 2012 (in GU 21.12.2012, p.3 ss.) stabilisce, ad esempio, che: «qualsiasi parte può adottare immediatamente le misure opportune a norma del diritto internazionale in caso di violazione, ad opera di un'altra parte, degli elementi essenziali di cui agli articoli 1 e 2 del presente accordo».

«proporzionali alla violazione e (…) adottate in via prioritaria quelle che perturbano il meno possibile il funzionamento» dell'accordo in questione[101]. Se ne deduce quindi che la sospensione dell'accordo sarebbe una sorta di *extrema ratio*. Infine, è talvolta anche previsto che esse siano revocate non appena cessano di sussistere le ragioni che hanno condotto alla loro adozione[102]. Per ciò che riguarda la natura di tali misure, nel rispetto delle condizioni appena ricordate, essa può essere la più varia, inclusa la sospensione in parte o *in toto* dell'accordo.

L'effetto giuridico delle clausole di protezione effettiva è stato oggetto di dibattito[103]. Tuttavia, la dottrina maggioritaria ritiene che esse abbiano effetto vincolante sulla Parti dell'accordo in questione[104]. Data loro formulazione tipica, l'ambito di applicazione *ratione matariae* risulta assai ampio: esso si riferisce, infatti, tanto alle politiche interne che alle politiche esterne delle Parti e sembra, quindi, tale da ricomprendere anche le condotte eventualmente tenute da una delle Parti nel territorio di uno Stato terzo. Tale esegesi è confermata dalla prassi. Nel 2002, infatti, l'UE ha dato attuazione alla clausola di "non esecuzione" inserita nell'Accordo di Cotonou in relazione alla Liberia: tra le ragioni che hanno motivato tale scelta vi era l'assistenza fornita dalla Liberia al *Front uni révolutionnaire* (RUF) della Sierra Leone, accusato di aver commesso gravi violazioni dei diritti umani in quel Paese[105]. Così facendo, l'UE sembra accettare che le clausole sugli elementi essenziali coprano

---

[101] Correttamente, Bartels, *Human Rights Conditionality…,* cit, 24, rileva come tale condizione sia del tutto contro-intuitiva: infatti, una misura appropriata nell'ambito di una clausola di protezione effettiva dei diritti umani è adottata specificamente per interrompere la normale esecuzione dell'accordo. La spiegazione sembrerebbe data dalla circostanza che tali clausole originano dalle clausole di salvaguardia dei trattati commerciali, che prevedono misure difensive e non 'offensive'. In un tale contesto, infatti, è ragionevole obbligare le Parti che impongono delle misure restrittive di adottare le misure che meno impattano sulle controparti.

[102] Vd., *e.g.*, art. 8(3) dell'Accordo commerciale tra UE e Colombia/Perù, con una formula utilizzata per la prima volta dall'art. 96(2)(a), dell'Accordo di Cotonou.

[103] Bartels, *Human Rights Conditionality…,* cit, pp. 93-99. Vd. anche J. Nwobije, *The Application of Human Rights in African Carribean and Pacific-European Union Development and Trade Partnership*, in *German Law Journal*, 2005, p. 1381 ss.

[104] Vd., *ex multis*, Alston, Weiler, cit., pp. 695; Horng, p. 671; Bartels *The EU's Human Rights…,* cit., p. 1079.

[105] Lettera allegata alla decisione del Consiglio del 25 marzo 2002 che conclude le consultazioni con la Liberia ai sensi degli articoli 96 e 97 dell'Accordo di partenariato tra Comunità Europea e Stati ACP, GU (2002) L96/23. Questa decisione seguiva una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e l'attività che ne era seguita riguardante il supporto materiale e finanziario fornito dalla Liberia al *RUF* in Sierra Leone. Cfr. First Report of the Secretary-General Pursuant to SC Res. 1343 (2001) regarding Liberia, UN Doc S/2001/424, 30 Aprile 2001. La decisione è ricordata anche da Bartels, *The EU's Human Rights…,* cit., p. 1080.

anche politiche che hanno effetti in altri Paesi (indipendentemente dall'esistenza di una condotta di una delle Parti tenuta nel territorio di questi Stati).

È opportuno collocare le clausole di protezione effettiva dei diritti umani inserite negli accordi commerciali e negli accordi di cooperazione allo sviluppo dell'UE nel contesto istituzionale risultante dal Trattato di Lisbona. Come già osservato, con l'adozione del Trattato di Lisbona l'azione esterna dell'Unione deve rispettare i principi della «democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale»[106] Considerate da questa angolazione, le clausole di protezione dei diritti umani cessano di essere semplice materia di politica estera discrezionale e diventano, almeno in linea teorica, strumenti che permettono all'UE di adempiere agli obblighi stabiliti dal Trattato di Lisbona con riferimento alla sua azione esterna. A dispetto di una formulazione talvolta non felice, si tratta, infatti, di clausole sufficientemente robuste e flessibili da permettere all'Unione di potersi ritirare da ogni impegno pattizio assunto che possa mettere a rischio l'obbligo di rispettare i principi democratici e i diritti umani nelle sue relazioni esterne.

D'altra parte, non può tacersi un utilizzo non sempre coerente di esse, tanto che alcuni commentatori hanno sostenuto che la proiezione dei valori e delle norme in materia di tutela dei diritti umani in accordi come quello di Cotonou «reflects less a normative agenda than a trenchant pursuit of what are really neo-liberal goals and extension of economic liberalization in the interests of the EU»[107]. Più in generale, se è vero che la leva commerciale ed economica può permettere all'Unione di promuovere valori e norme propriamente "europei" al di fuori del suo ordinamento con un certa efficacia, autorevoli voci argomentano che tale prospettiva ridisegna, almeno parzialmente[108], i contorni del diritto internazionale dei diritti umani in una

---

[106] Art. 21(1) TUE. Vd. anche art. 205 e 208(1) del TFUE.

[107] M. Farrel, *A Triumph of Realism over Idealism? Cooperation between the European Union and Africa*, in 27 *Journal of European Integration,* 2005, 279.

[108] Si ricorda che l'allora Presidente della Commissione europea, Romano Prodi, in una nota ufficiale del 2004, ha spiegato che proiettare il modello europeo al di fuori dei confini dell'Unione non rispondeva a interessi egoistici, né rifletteva una forma di imperialismo, ma piuttosto si trattava per l'UE di dimostrare, attraverso la sua storia unica, di poter contribuire a diffondere uno sviluppo sostenibile nella comunità internazionale. European Commission, *A World Player. The European Union's External Relations*, EC Publications, Luxembourg, 2004, p. 3.

maniera che colloca la comprensione degli stessi in una prospettiva marcatamente neo-liberista[109].

6. – La protezione dei diritti umani, lo strumento di pre-accessione e la politica di vicinato

L'UE sostiene la tutela e la promozione dei diritti umani nei Paesi confinanti e vicini attraverso due strumenti molti importanti: l'*Instrument for Pre-Accession II* (IPA II)[110] e la politica di vicinato (*European Neighbourhood Policy* (ENP))[111]. Entrambi si sviluppano tramite programmi di assistenza tecnica[112] che coordinano e finanziano anche progetti in materia di promozione dei diritti umani e principi democratici, allo scopo ultimo di creare condizioni pacifiche e di stabilità all'interno dei Paesi confinanti o vicini all'UE. L'ambito spaziale di azione complessivo di questi due programmi è notevole, includendo, tra gli altri, i Paesi dei Balcani occidentali, i Paesi africani che si affacciano sul mediterraneo, ed alcune ex-repubbliche sovietiche.

In particolare, l'IPA II è indirizzato ai Paesi che sono attualmente candidati o potenziali candidati ad accedere all'Unione[113]. Lo strumento di assistenza in esame

---

[109] P. Alston, *Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: a Reply to Petersmann*, in 13 *European Journal of International Law,* 2002, p. 816 ss.

[110] Regolamento (UE) 231/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2014 che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA II) GU L 77/11, che ha sostituito il precedente *Instrument for a Pre-Accession* (IPA), che a sua volta assorbiva e sostituiva i diversi strumenti di finanziamento per i candidati e i potenziali candidati (*Poland and Hungary: Assistance for Reconstructing their Economies* (PHARE); *Instrument for Structural Policies for Preaccession* (ISPA); *Special Accession Programme for Agriculture and Rural Development* (SAPARD); *Community Assistance for Reconstruction, Development and Stability in the Balkans* (CARDS)). Una spiegazione dettagliata del funzionamento dell'IPA II insieme al rendiconto dei programmi finanziati anche relativo agli importi trasferiti ai singoli Paesi beneficiari è disponibile sul sito: www.ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/instruments/overview_en.

[111] Ulteriori informazioni sui diversi programmi della politica di vicinato sono disponibili sul sito della Commissione: www.ec.europa.eu/economy_finance/international/neighbourhood_policy/index_it.htm. In dottrina vd, tra gli altri, K. E. Smith, *The Outsiders: The European Neighbourhood Policy* in 81(4) *International Affairs*, pp. 757-773; M. Cremona, *The European Neighbourhood Policy: More than a Partnership?*, in Id. (a cura di), *Developments in EU External Relations Law,* Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 244 ss.; B. Van Vooren, 34(5) *European Law Review*, 2009, p. 696 ss.; R. Burchill, *Assessing the EU's Position on Human Rights. Is It a Desiderable One?*, in Wetzel, cit., p. 17 ss., 26-28.

[112] Sugli istituti che governano l'assistenza tecnica nel diritto internazionale vd, C. Dordi, M. Kostecki, *Technical Assistance*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponibile sul sito internet: www.opil.ouplaw.com, e la letteratura ivi richiamata.

[113] Attualmente i beneficiari sono: Albania, Bosnia e Herzegovina, Macedonia, Kosovo, Montegro, Serbia, e Turchia. In passato anche Croazia (in preparazione della sua adesione all'UE) e Islanda hanno beneficiato del Programma.

ha l'obbiettivo generale di sostenere «i beneficiari (…) nell'adozione e nell'attuazione delle riforme politiche, istituzionali, giuridiche, amministrative, sociali ed economiche necessarie affinché tali beneficiari si conformino ai valori dell'Unione e si allineino progressivamente alle norme, agli standard, alle politiche e alle prassi dell'Unione in vista dell'adesione all'Unione»[114]. Ad esso si aggiungono obiettivi specifici tra cui, nell'ambito della protezione e promozione dei diritti umani e dei principi democratici, sicuramente rilevano: «il sostegno alle riforme politiche, tramite, tra l'altro i) il rafforzamento della democrazia e delle sue istituzioni, inclusa una magistratura indipendente ed efficiente, e dello stato di diritto, compresa la sua attuazione; ii) la promozione e la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, un maggior rispetto dei diritti delle persone appartenenti a minoranze, compresi lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersessuali, la promozione della parità di genere, non discriminazione, e tolleranza, nonché della libertà dei mezzi di comunicazione e il rispetto della diversità culturale; (…) iv) la promozione della riconciliazione, la costruzione della pace e il rafforzamento della fiducia; (…) viii) lo sviluppo della società civile; ix) il miglioramento del dialogo sociale e il rafforzamento delle capacità delle parti sociali;» e «il sostegno allo sviluppo economico, sociale e territoriale, ai fini della crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, tramite, tra l'altro: (…) (iii) la promozione dell'occupazione, della mobilità professionale e della creazione di posti di lavoro di qualità e lo sviluppo del capitale umano; iv) la promozione dell'inclusione sociale ed economica, in particolare delle minoranze e dei gruppi vulnerabili, compresi le persone con disabilità, i profughi e gli sfollati; v) la promozione di un sistema d'istruzione inclusivo e integrato e la tutela e il recupero del patrimonio culturale; (…)»[115].

Ai sensi dell'art. 2 del regolamento (UE) 231/2014, i progressi nella realizzazione degli obiettivi specifici, inclusi quelli rientranti nell'ambito della promozione e tutela dei diritti umani e il rafforzamento della democrazia, sono controllati e valutati sulla base di indicatori predefiniti, chiari, trasparenti, se del caso,

[114] Reg. (UE) 231/2014, Art. 1.
[115] Ib., art. 2.

specifici per ciascun paese e misurabili[116]. La definizione degli indicatori agevola notevolmente il monitoraggio della Commissione.

È presto per valutare i conseguimenti dei programmi finanziati dall'IPA II in ambito di avanzamento democratico e promozione dei diritti umani. Si possono, esemplificativamente, ricordare alcuni risultati ottenuti attraverso i fondi messi a disposizione dall'IPA I, che ne condivideva i principali obiettivi. In Montenegro, il Programma per la parità di genere ha contribuito al rafforzamento della posizione politica ed economica della donna; stimolato l'adozione della legislazione volta a proteggere le donne da episodi di violenza domestica e promosso l'uguaglianza di genere anche attraverso la previsione di una quota del 30% riservata di rappresentanti femminili del 30 nella legge elettorale[117]. In Croazia, l'IPA ha finanziato programmi di formazione per giudici, pubblici ministeri e agenti di polizia aventi ad oggetti i reati di violenza sessuale, in particolare su minori. Fondi aggiuntivi sono stati utilizzati per acquistare i supporti tecnologici necessari alla lotta contro tali tipi di crimini[118]. In Serbia, fondi dell'IPA sono stati utilizzati per la costruzione di scuole elementari e per permettere l'impiego di assistenti pedagogisti nelle scuole per facilitare l'inserimento dei bambini provenienti da minoranze vulnerabili e per supportare l'apprendimento dei bambini con speciali bisogni.[119] Sempre in Serbia, un programma di assistenza tecnica finanziato congiuntamente dall'UE con fondi IPA e dal Consiglio d'Europa volta al miglioramento dell'apparato legislativo e istituzionale di prevenzione e contrasto alla corruzione che nel Paese ancora costituisce uno degli ostacoli più significativi al consolidamento democratico e dello Stato di diritto.

La politica di vicinato dell'UE, volta ad assicurare sicurezza e stabilità politica ai suoi confini, è indirizza agli Stati geograficamente prossimi all'Unione ma che, per varie ragioni, non sono considerati come potenziali candidati alla sua *membership*. L'obbiettivo sottostante alla politica di vicinato consiste nella diffusione e adozione

---

[116] Come nel precedente programma IPA I, al fine di assicurare la trasparenza dei progressi o limiti del programma in esame, il resoconto delle valutazioni annuali della Commissione è pubblicato e accessibile al sito: www.ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/instruments/overview_en.

[117] Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Relazione annuale 2012 sull'assistenza finanziaria per l'allargamento, Lussemburgo 2013, p. 54.

[118] Ib., p. 25.

[119] Ib, p. 83.

di una serie di principi e pratiche comuni tra l'UE e i suoi vicini, che possa condurre all'attuazione da parte di questi di un modello di *governance* politica ed economica analoga a quello dell'UE[120]. La politica di vicinato avrebbe, quindi, il fine di «sharing the EU's fundamental values and objectives» e portare l'UE e gli Stati vicini a una «increasingly close relationship, going beyond co-operation to involve significant measure of economic and political integration»[121]. Essa funge da cornice per una serie di accordi e relazioni bilaterali con un numero significativo di Stati situati nelle regioni confinanti con l'Unione[122].

I valori espressi nei diversi strumenti di tale politica attribuiscono un'accentuata importanza retorica ai principi del rispetto dei diritti umani, della democrazia, dello Stato di diritto e dello sviluppo economico e sociale; allo stesso tempo, essi sono diretti a stimolare l'integrazione economica tra l'Unione e gli Stati vicini, con il modello economico dell'UE promosso anche in tali Paesi[123]. Alcuni autori hanno criticamente osservato che la politica di vicinato è fondata su un «self-interest» dell'Unione, consistente nel beneficio che essa trae dalla sicurezza e stabilità che i Paesi vicini possono raggiungere attraverso la proiezione all'esterno del suo modello di *governance*[124]. Sta di fatto che essa raggiunge un numero elevato di Stati nell'Africa settentrionale (Israele, Giordania, Marocco, Autorità nazionale Palestinese, Marocco, Algeria, Tunisia, Egitto) e molte ex repubbliche sovietiche (tra cui Georgia, Ucraina, Moldavia, Bielorussia) e che il budget stanziato dall'Unione per le attività di assistenza intraprese nel quadro di questa politica è ingente[125].

L'agenda e i piani di azione sulla base dei quali vengono condotte le differenti attività di assistenza tecnica sono negoziati, a livello politico, bilateralmente tra

---

120 J. Zielonka, *Europe as Empire: The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 111-12.

121 Regolamento (CE) n. 1638/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 2006 recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato, in GU L130/1, 9 novembre 2006, 5.

122 Cremona, *The European Neighbourhood Policy*…, cit. p. 244 ss.

123 Ib., p. 255.

124 Zielonka, cit., p. 112.

125 Tra il 2007 e il 2013 la politica di vicinato è stata finanziata dal *European Neighbourhood Policy Instrument* (ENPI) che operava con un budget di 12 miliardi di euro. A tale strumento è succeduto il nuovo "*European Neighbourhood Instrument*" (ENI) che ha stabilito, per il periodo 2014-2020, un budget operativo di 15 miliardi di euro. Si veda il documento European Union, *Financing the ENP*, disponibile sul sito: www.eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/8410/Financing%20the%20ENP

l'Unione e il singolo Paese beneficiario. Si deve notare, tuttavia, che i piani di azione sono normalmente adottati annualmente mediante raccomandazione, e quindi sono incapaci di definire il campo d'applicazione dei programmi in questione in maniera vincolante[126]. I programmi dedicati alla promozione dei principi democratici includono, peraltro, attività di assistenza tecnica volte ad assicurare elezioni corrette e trasparenti, non viziate da episodi di frode e corruzione e attività di cooperazione per il rafforzamento delle stabilità e efficacia delle istituzioni pubbliche del Paese beneficiario.

Ad esempio, una delle priorità del piano di azione per l'Azerbaijan è relativo alla «[s]trenghten democracy …, including fair and transparent electoral process, in line with international requirements»[127]. Analogamente, il piano di azione per la Moldavia prevede «the stability and effectiveness of the institutions guaranteeing democracy and the rule of law»[128]. Per quanto attiene più specificamente all'ambito dei diritti umani, i diversi piani di azione negoziati hanno, in genere, ad oggetto una più piena aderenza, da parte dei Paesi beneficiari, al livello di protezione promosso dalla CEDU e da altri trattati internazionali in materia, inclusi la protezione delle minoranze, specifici obiettivi relativi all'uguaglianza di genere e effettivi meccanismi di protezione dei diritti umani fondamentali. Per esempio, il piano di azione per la Giordania impegna a «[e]nsuring the respect of human rights and fundamental freedoms in line with international standards and promoting the implementation of international human rights standards»[129]. A sua volta, attraverso il piano di azione negoziato con l'UE, l'Ucraina si è impegnata a «[e]nsure respect for human rights and fundamental freedoms by comprehensive cooperation on the protection of human rights and fundamental freedoms, covering both individual cases and issues

[126] Il piano di azione e le disposizioni in esso contenute, infatti, non possono neanche essere considerate il frutto di un accordo, al pari ad esempio della decisione 1-95 del Consiglio d'associazione CE/Turchia, che ha messo in opera la fase definitiva dell'Unione doganale. Dunque, il valore giuridico del piano di azione rimane quello tipico di una raccomandazione, ovvero di un atto di *soft law*.

[127] European Union, *EU-Azerbaijain Action Plan*, European Neighbourhood Policy, 2006, p. 4, disponibile sul sito: www.eeas.europa.eu.

[128] European Union, *EU-Moldova Action Plan*, European Neighbourhood Policy, 2005, pp. 5-6. disponibile sul sito: www.eeas.europa.eu.

[129] European Union, *EU-Jordan Action Plan*, European Neighbourhood Policy, 2007, p. 9, disponibile sul sito: www.eeas.europa.eu.

concerning international law instruments on human right»[130]. Ancora, Israele si è impegnato a combattere l'antisemitismo e a contribuire alla lotta contro xenophobia e razzismo[131].

Sebbene i programmi già intrapresi negli ambiti appena riferiti costituiscano un importante segnale relativo all'importanza del ruolo dell'Unione come promotore del rispetto dei diritti umani e dei criteri democratici al di fuori del proprio territorio, si deve anche rilevare che, a 12 anni dalla sua inaugurazione, nell'area dei diritti umani, la politica di vicinato ha subito anche importanti battute d'arresto, quando non veri e propri fallimenti. Ad esempio, a Est, in Bielorussia i principi democratici non hanno ancora attecchito e, sovente, alcuni diritti fondamentali non sono rispettati[132]. In particolare, i rappresentanti della società civile continuano ad essere intimiditi; ai cittadini è negato il diritto di viaggiare all'estero e la stessa libertà di circolazione è limitata; gli attivisti per i diritti umani sono spesso perseguiti e puniti. A ciò si aggiunge che, come notorio, in Bielorussia si applica ancora la pena di morte[133]. Nel Mediterraneo meridionale, le elezioni del 2014 si sono svolte tra disordini civili sfociati, nel giugno dello stesso anno, nell'assassinio dell'attivista per i diritti umani Salwa Bughaighis[134]. Anche l'assistenza fornita alla Siria è stata vanificata dai conflitti armati interni iniziati nel 2011[135].

7. – Altri strumenti: cenni

Al di là delle politiche dedicate ai Paesi confinanti o situati in aree geografiche prossime a essa, l'Unione contribuisce alla promozione e alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali oltre i suoi confini attraverso altri strumenti, a cui è opportuno dedicare alcuni cenni. Anzitutto, come osservato sopra, nel corso degli ultimi anni, la prassi delle relazioni esterne dell'UE ha gradualmente rilevato la regolare apposizione di clausole di condizionalità politica negli accordi internazionali

[130] European Union, *EU-Ukraine Action Plan*, European Neighbourhood Policy, 2005, p. 7, disponibile sul sito: www.eeas.europa.eu.
[131] European Union, *EU-Israel Action Plan*, European Neighbourhood Policy, 2006, disponibile sul sito: www.eeas.europa.eu.
[132] European Commission, *ENP Package, Belarus*, 27 marzo 2014, Brussels.
[133] Ib., p. 3 ss.
[134] *Libya Election: Dismal Democrats*, in *The Economist*, 26 June 2014
[135] European Commission, *ENP Package, Syria*, 27 marzo 2014, Brussels.

stipulati dalle istituzioni dell'Unione europea. Con tali strumenti, l'UE ha inteso vincolare i propri rapporti commerciali, l'assistenza finanziaria, la cooperazione allo sviluppo e i rapporti di associazione al rispetto di determinate condizioni (anche in materia di diritti umani) tendendo pertanto ad assumere un ruolo nuovo che affermi la propria capacità d'incidere sulla politica interna ed estera dei paesi terzi con cui instaura rapporti negoziali[136]. L'intensificazione dell'utilizzo della condizionalità politica da parte dell'UE, quindi, non ha riguardato solo gli accordi commerciali preferenziali (incluso il sistema generale delle preferenze UE)[137] e quelli di associazione, ma anche la cooperazione finanziaria e tecnica[138], e, infine, gli accordi di finanziamento ai Paesi in via di sviluppo[139].

Nel 2012, l'UE ha altresì rafforzato il proprio impegno nella promozione e tutela dei diritti umani con il lancio del *EU Strategic Framework on Human Rights and Democracy*[140]. Si tratta di un documento programmatico con cui l'Unione si impegna

---

[136] La condizionalità è un fattore internazionale complesso, concernente in linea di principio relazioni tra parti ineguali e che investe più aspetti e livelli dell'azione degli Stati che ne fanno uso. Sotto il profilo politico-diplomatico, la frequente rintracciabilità della condizionalità nelle politiche di aiuto del post-guerra fredda è oggetto di ampio studio e dibattito nell'ambito della scienza politica e delle relazioni internazionali. Si tratta in tutta evidenza di un tema che merita uno specifico approfondimento e che fuoriesce dai limitati confini del presente contributo. Per un'introduzione all'argomento, si rinvia, tra i molti F. Belaich, *La conditionalité politique dans le partenariat euroméditerranéen*, in M.F. Labouz, *Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers. Conflits et convergences*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 89-102; S. Angioi, *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea europea,* Esi, Napoli, 2006; K. Kaltenthaler *et al.*, *EU Democracy Promotion in the European Neighbourhood: Political Conditionality, Economic Development and Transnational Exchange*, in 9 *European Union Politics*, 2008, p. 187 ss.; K. E. Smith, *The Use of Political Conditionality in the EU's Relations with Third Countries: How Effective?*, 3(2) *European Foreign Affairs Review*, 1998, p. 253 ss. Riguardo alla condizionalità in materia di diritti umani si rinvia ancora a Bartels, *Human Rights Conditionality*…, cit. p. 5 ss.

[137] Regolamento (CE) n.732 /2008 del Consiglio del 22 luglio 2008 relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011 e che modifica i regolamenti (CE) n. 552/97 e (CE) n. 1933/2006 e i regolamenti della Commissione (CE) n. 1100/2006 e (CE) n. 964/2007 in GU L 211/1 del 6.8.2008

[138] Vd., soprattutto, Strumento europeo di vicinato e partenariato (Regolamento (UE) n. 232/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento europeo di vicinato in GU L 77/27, 15.3.2014) e Strumento per la cooperazione allo sviluppo (Regolamento (UE) n. 233/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento per il finanziamento della cooperazione allo sviluppo per il periodo 2014-2020 in GU L 77/44, 15.3.2014).

[139] Cfr., *e .g.*, Annex I of the 2012 Model General Conditions to Financing Agreements and Art 23(1) of the European Development Fund, disponibile alla pagina internet: http://ec.europa.eu/europeaid/funding/procedures-beneficiary-countries-and-partners/financing-agreements_en.

[140] Council of the European Union, *EU Strategic Framework on Human Rights and Democracy*, 2012, Luxembourg.

a integrare la promozione dei diritti umani in tutte gli aspetti della sua attività esterna, inclusi, ovviamente il commercio e l'attività di investimento. Inoltre, con il Trattato di Lisbona, si è istituito il Servizio europeo per l'azione esterna, principale organo responsabile per l'attuazione del *EU Strategic Framework on Human Rights and Democracy*. Tra i suoi principali compiti rientrano la promozione dei diritti umani all'esterno dell'Unione tramite il dialogo politico con Paesi terzi, la politica di cooperazione allo sviluppo e le relative attività di assistenza tecnica e la partecipazione in fori multilaterali attivi nel campo in esame, come, ad esempio, le Nazioni Unite. Inoltre, la promozione dei diritti umani è ulteriormente sviluppata dal Servizio europeo per l'azione esterna attraverso le attività svolte nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune. Merita, infine, di ricordarsi che un elemento specifico dell'attività di assistenza tecnica del Servizio (EuropeAid) concerne il supporto, anzitutto finanziario che l'Unione, tramite lo *European Instrument for Democracy and Human Rights*, fornisce a organizzazioni non governative regionali e locali che si occupano di tutela e promozione dei diritti umani fondamentali.

8. – Osservazioni conclusive

Nonostante le difficoltà che attualmente ostacolano lo sviluppo della costruzione euro-unitaria, l'UE resta uno dei protagonisti principali della comunità internazionale, come dimostrato *inter* alia dalle vicende relative agli ultimi allargamenti della sua *membership*, dalle relazioni che essa intrattiene con gli Stati confinanti e dalla fitta rete di accordi conclusi con Stati terzi[141]. Allo stesso tempo, nel proiettarsi in misura sempre crescente verso l'esterno, l'Unione è diventata anche un modello per altri accordi e esperienze di integrazione regionale[142], sicché la sua importanza come 'attore globale' è da tempo oggetto di analisi da parte degli studiosi di diritto internazionale[143]. A mente di ciò, l'influenza e l'impatto dell'UE sul sistema internazionale per la protezione e promozione dei diritti umani è questione che

[141] Può ricordarsi che, prima dell'esplosione dell'ultima crisi economica mondiale, vi erano studiosi che ne sostenevano lo status di 'super-potenza'. Vd., per tutti, J. McCormick, *The European Superpower*, Palgrave, Basingstoke, 2007

[142] F. Jacobs, *The State of International Economic Law: Re-thinking sovereignity in Europe*, in 11 *Journal of International Economic Law,* 2008, p. 15 ss.

[143] M. Cremona, *The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity*, in 41 *Common Market Law Review*, 2004, p. 553 ss.

merita attenta considerazione: è diffusa, infatti, la percezione dell'Unione come "potenza normativa" in seno alla quale i diritti umani godono di una posizione primaria[144]. Il presente contributo ha selezionato e analizzato taluni aspetti relativi all'azione esterna dell'Unione allo scopo di evidenziarne, anche in ottica prospettica, limiti e potenzialità come soggetto promotore della tutela dei diritti umani in ambito internazionale.

In primis, si è osservato che, anche sul piano esterno e proprio in materia di tutela dei diritti umani, la Corte di Giustizia dell'UE non ha mancato di affermare la natura *sui generis* e l'autonomia del diritto UE, ciò risultando evidente, soprattutto, con le sentenze rese nella saga *Kadi* e il parere 2/13 sul progetto di accordo per l'adesione dell'UE alla CEDU. Tali pronunce segnano, emblematicamente e in modo diverso – le sentenze *Kadi I* e *Kadi II* statuendo il primato dei diritti fondamentali, quali quelli tutelati dal diritto UE, sull'esigenza di conformarsi agli obblighi internazionali; il parere 2/13 impedendo, per il momento, l'adesione dell'UE alla CEDU – una delle più nette affermazioni della chiusura del diritto UE rispetto al diritto internazionale.

In secondo luogo, analizzando la portata normativa gli articoli 3(5) e 21 del TUE in materia di azioni esterna e politiche con effetti extra-territoriali e l'importante dibattito dottrinario che è seguito all'introduzione di queste disposizioni con il Trattato di Lisbona, si è concluso che esse, pur sancendo che i diritti umani sono tra i principi ispiratori di indole universale che devono guidare l'azione esterna dell'UE nel suo complesso, confinano le aspirazioni dell'UE come "campione globale" dei diritti umani al principio di attribuzione delle competenze che ne fonda l'ordinamento. Per dotare l'Unione dei mezzi di azione necessari per giocare un ruolo differente e più incisivo nell'area in questione, sembra necessario un ulteriore sviluppo del suo assetto costituzionale[145].

Si è, infine, osservato che esistono numerosi e variegati strumenti – tra cui: gli strumenti di pre-accessione; la politica di vicinato; l'inserimento sistematico di clausole di protezione effettiva dei diritti umani negli accordi commerciali, in quelli

---

144 I. Manners, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, in 40(2) *Journal of Common Market Studies*, 2002, p. 235 ss.; G. Majone, *Europe as the Would-be World Power: the EU at Fifty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 1.

145 Cannizzaro, *The EU's Human Rights…,* cit., 1099.

di associazione e partenariato e quelli di cooperazione allo sviluppo, assistenza tecnica e finanziamento conclusi dall'Unione con Stati terzi – a cui l'Unione fa crescente ricorso e che le consentono di aumentare significativamente la propria capacità di incidere sulla promozione e tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali al di fuori del proprio territorio. Ciò, ovviamente, ha importanti implicazioni di tipo valoriale: principi, criteri, norme e meccanismi di protezione, propri dell'ordinamento dell'Unione e che necessariamente riflettono contenuti valoriali e culturali europei, vengono "esportati" al di fuori dei suoi confini, secondo la tendenza europea di "universalizzare il regionale"[146].

Concludendo, vi è da rilevare che l'attuale enfasi sulla tutela dei diritti umani nell'ambito dell'azione esterna dell'Unione ha sollevato alcune significative e motivate critiche, soprattutto in merito ad una certa incoerenza di tale azione e all'applicazione di "*double-standards"* con riferimento a Stati terzi[147]. Tuttavia, è altresì da riconoscere che la varietà di strumenti descritta ha anche consentito all'UE di contribuire in modo decisivo nell'avanzamento della protezione di determinati diritti umani. Quello dell'azione condotta su piani e attraverso strumenti giuridici diversi per promuovere all'esterno la tutela di specifici diritti umani è, forse, uno degli ambiti ove l'Unione meglio potrà esplicare il proprio impegno nel prossimo futuro. L'attività svolta dall'UE in materia di abolizione della pena di morte è, probabilmente, l'esempio più significativo in questo senso[148]. Non solo l'abolizione della pena di morte costituisce un pre-requisito all'adesione per i Paesi candidati e potenziali candidati, ma il Consiglio dell'UE ha adottato le sue prime linee guida in materia di diritti umani nel 1998 (poi riviste nel 2008) specificamente su questo tema e un regolamento del Consiglio disciplina, limitandolo, il commercio dei beni che possono essere utilizzati, *inter alia*, ai fini di esecuzioni capitali[149]. Infine, l'UE è tra i

---

[146] M. Koskeniemmi, *International Law in Europe: Between Tradition and Renewal*, in 16 *European Journal of International Law*, 2005, p. 113 ss., 113.

[147] Si pensi, ad esempio, alla particolare tolleranza mostrata nei confronti di alcuni Paesi candidati all'accessione (soprattutto, la Turchia) ovvero al diverso trattamento dei diritti umani nell'ambito degli accordi negoziati con gli Stati ACP, da una parte, e quello che emerge nelle relazioni commerciali con Stati come Cina, India, Australia e Nuova Zelanda, dall'altra. Takács, cit., p. 97 ss.

[148] Manners, cit., p. 235.

[149] Regolamento (CE) n. 1236/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005, relativo al commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, GU L200/1 (2005) attualmente oggetto di una proposta di modifica. Vd. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 4 ottobre 2016 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento

principali attori istituzionali internazionali impegnati nell'abolizione della pena di morte anche attraverso appositi programmi di assistenza tecnica e finanziamento.

(CE) n. 1236/2005 del Consiglio relativo al commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (COM(2014)0001 – C7-0014/2014 – 2014/0005(COD)).

ISSN 2037-6677	2016/N. 4

Il rispetto della *rule of law* nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti

The respect of the rule of law within the legal order of the European Union: A drama in two acts

F. Casolari

Abstract

This contribution offers a critical analysis of the approach showed by EU institutions vis-à-vis the rule-of-law crises emerged in recent times in different EU Member States. In particular, the analysis is focused on the solutions so far adopted at supranational level with regard to the systemic threats to the rule of law occurred in Hungary and Poland. The contribution argues that, even though a significant shifting in the attitude of EU institutions has occurred, a shifting showing a more attention to the systemic dimension of such crises, the solutions so far suggested are too weak - Article 7 TEU tools remaining the only effective instruments to be triggered in similar scenarios - and risk undermining the credibility of the Union and, more importantly, its foundations.

Tag: rule of law - EU constitutional principles - Article 7 TEU - Infringement procedure - EU Charter of fundamental rights

ISSN 2037-6677

Il rispetto della *rule of law* nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti

di Federico Casolari*

SOMMARIO: 1. – Prologo: dell'Unione europea, le crisi e il rispetto della *rule of law*. 2. – I atto: l'approccio "tecnico" al rispetto della *rule of law*. La risposta alla crisi ungherese. 3. – Intervallo: verso un cambio di paradigma nella gestione delle crisi della *rule of law* in Europa. 4. – II atto: l'adozione di un approccio "sistemico" nella risposta alla crisi polacca ed il suo fallimento. 5. – Epilogo.

1. – Prologo: dell'Unione europea, le crisi e il rispetto della *rule of law*

Nel suo discorso sullo Stato dell'Unione 2016, il presidente della Commissione europea Juncker ha evidenziato come l'Unione europea ("Unione" o "UE") sia, "at least in part, in an existential crisis"[1]. L'immagine è stata utilizzata da Juncker per descrivere l'*impasse* politica che si registra ormai su più fronti dell'azione sovranazionale e che impedisce (o, comunque, complica grandemente) l'adozione di

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna (e-mail: federico.casolari@unibo.it). Il lavoro tiene conto degli sviluppi intercorsi in materia sino al 21 dicembre 2016. I siti Internet richiamati nel testo sono stati da ultimo visitati il 21 dicembre 2016.

[1] Cfr. J.-C. Juncker, *State of the Union 2016*, 14 settembre 2016, p. 6, disponibile all'indirizzo Internet: https://ec.europa.eu/priorities/state-union-2016_en.

misure efficaci per affrontare le diverse sfide che l'Organizzazione si trova a dover fronteggiare.

In effetti, non vi è dubbio che l'azione dell'Unione abbia visto, per citare il titolo di un recente Editoriale comparso nella *Common Market Law Review*, tempi migliori[2]. Ciò si deve, almeno in parte, alle caratteristiche che contraddistinguono i fenomeni che l'Unione è chiamata oggi a gestire e dunque a fattori *esterni* al suo ordinamento. Questi ultimi vengono sempre più descritti in termini di "crisi" o "emergenze", come eventi (o serie di eventi), insomma, caratterizzati da elementi di eccezionalità tali da giustificare il ricorso a reazioni inedite o di straordinaria portata[3]. Ciò vale per la crisi economico-finanziaria, che ancora attende una definitiva soluzione, per quella dei migranti, anch'essa ben lontana da un esito positivo, e, ovviamente, per l'emergenza dettata dalla minaccia terroristica, manifestatasi ulteriormente nel vile attentato di Berlino del 19 dicembre 2016[4].

Non è questa la sede opportuna per valutare l'effettiva natura di tali fenomeni – anche se può essere avanzato più di un dubbio sulla necessità (e l'opportunità) del costante e generalizzato ricorso ad una narrativa, e, dunque, ad un approccio, di tipo emergenziale[5]. Corre l'obbligo, però, di evidenziare come l'attuale

---

[2] Editorial Comments, *True is it that we have seen better days*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 875 ss.

[3] Editorial Comments, *From eurocrisis to asylum and migration crisis: Some legal and institutional considerations about the EU's current struggles*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1437 ss.

[4] Significativamente, gli eventi menzionati in testo rappresentano le principali "common challenges" richiamate nella Dichiarazione di Bratislava del 16 settembre 2016, adottata dai capi di Stato e di governo dei Paesi membri (ad eccezione del Regno Unito) per definire la *roadmap* che dovrebbe rilanciare il progetto di integrazione europea. Il testo del documento è disponibile all'indirizzo Internet: www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/09/16-bratislava-declaration-and-roadmap.

[5] Per alcune considerazioni critiche sull'approccio emergenziale adottato dall'Unione, si v. J.-V. Louis, *L'Union européenne de crise en crise*, in *Cahiers de droit européen*, 2015, p. 335 ss.; J. White, *Emergency Europe*, in *Political Studies*, 2015, p. 300 ss.; nonché C. Kreuder-Sonnesn, *Beyond Integration Theory: The (Anti-)Constitutional Dimension of European Crisis Governance*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 1350 ss. Alcuni risvolti giuridici derivanti da tale approccio, soprattutto con riferimento all'impatto che esso produce sul principio di certezza giuridica e sul legittimo affidamento dei singoli, sono messi in luce da P.M. Rodríguez, *A Missing Piece of European Emergency Law: Legal Certainty and Individuals' Expectations in the EU Response to Crisis*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 265 ss. Per una valutazione complessiva dell'impatto delle crisi dell'Unione sull'esercizio delle sue politiche, si v. invece B. de Witte, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 434 ss., nonché G. Falkner, *The EU's current crisis and its policy effects: research design and comparative findings*, in *Journal of European Integration*, 2016, p. 219 ss. Da notare che l'approccio emergenziale di cui si discute non pare contraddistinguere solo il diritto UE; è significativo, ad esempio, che l'ultima

situazione di *impasse* sia dovuta, almeno in parte, anche a fattori *interni* al sistema; fattori che fino ad ora sono stati largamente sottovalutati, ma che nel tempo hanno acquisito un carattere strutturale, acuito anche dalle "crisi" degli ultimi anni, giungendo a mettere in discussione le radici stesse del progetto sovranazionale.

Il caso più eclatante, e al contempo più insidioso, è senz'altro rappresentato da quella che è stata definita da più parti come … la crisi (l'ennesima!) della *rule of law*[6]. Il riferimento va in particolare ai mutamenti costituzionali operati di recente in alcuni Paesi membri dell'Unione, ed in specie in Romania, Ungheria e Polonia; mutamenti che, in virtù della portata *sistemica* e *strutturale* che li contraddistingue, hanno determinato un significativo scollamento di questi Paesi dalla base valoriale di riferimento su cui si fonda l'intera costruzione europea[7], con precipuo riferimento alla tutela della *rule of law*[8].

Come si diceva, non vi è dubbio che tali eventi presentino delle connessioni colle altre "crisi" che hanno colpito l'Unione europea: in particolare, molti osservatori hanno evidenziato, direttamente o indirettamente, l'esistenza di un collegamento tra la crisi economico-finanziaria ed il deterioramento di quello che può essere definito a giusto titolo come il "nocciolo duro" dell'attuale assetto

---

Conferenza annuale della European Society of International Law sia stata dedicata al tema "How International Law Works in Times of Crisis" (Riga, 8-10 settembre 2016).

[6] Si v., ad esempio, J. Cornides, *The European Union: Rule of Law or Rule of Judges?*, *EJIL:* Talk!, 11 novembre 2013 (disponibile all'indirizzo Internet: http://www.ejiltalk.org/the-european-union-rule-of-law-or-rule-of-judges/).

[7] Come noto, tale base si fonda sui valori menzionati nell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, ossia: "rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze". Su di essi, si v. U. Villani, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011.

[8] Il tema del rispetto della *rule of law* a livello sovranazionale, per molto tempo scarsamente considerato, è stato oggetto negli ultimi anni, proprio in forza delle problematiche emerse in alcuni Paesi membri, di una copiosa letteratura. Tra i contributi più recenti e significativi aventi portata generale si segnalano: A. von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 ss.; D. Kochenov, L. Pech, *Monitoring and enforcement of the rule of law in the EU. Rhetoric and reality*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 512 ss.; D. Kochenov, *EU Law without the Rule of Law: Veneration of Autonomy Worth it?*, in *Yearbook of European Law*, 2015, p. 74 ss.; C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; J.-P. Jacqué, *Crise des valeurs dans l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2016, p. 213 ss.; W. Schroeder, *Strengthening the Rule of Law in Europe From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford/Portland, Oregon, 2016; nonché il Simposio su "The Great Rule of Law Debate in the EU" ospitato nel *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 1045 ss.

costituzionale dell'Unione europea[9]. Il pericolo scorto è che le difficoltà in cui si trovano (o possono venire a trovarsi) gli Stati europei sul piano economico-finanziario possano essere impiegate dai rispettivi governi non solo per l'adozione di misure di austerità che mettono in discussione i diritti economico-sociali degli individui[10], ma anche come leva per il varo di riforme costituzionali incompatibili con l'identità costituzionale dell'Unione o comunque implicanti un'applicazione "lasca" dei valori fondamentali e principi costituzionali di quest'ultima[11]. Il timore è espresso molto chiaramente, ad esempio, nella risoluzione adottata dal Parlamento europeo nel 2013 sulla «Situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria»[12], in cui l'istituzione riconosce che,

> «se da un lato in tempi di crisi economica e sociale può essere facile cedere alla tentazione di ignorare i principi costituzionali, dall'altro la credibilità e la solidità delle istituzioni costituzionali svolgono un ruolo cruciale a sostegno delle politiche economiche, fiscali e sociali nonché della coesione sociale»[13].

[9] Comprensivo non solo dei valori su cui l'Unione si fonda ma anche dei principi costituzionali del suo ordinamento giuridico, sui quali si v. A. von Bogdandy, *Constitutional Principles*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford/Portland, Oregon, 2006, p. 3 ss. Peraltro, non sempre i due concetti (valori fondamentali e principi costituzionali) sono facilmente distinguibili.

[10] Si veda in proposito Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Safeguarding Human Rights in Times of Economic Crisis*, Issue Paper, novembre 2013. A livello regionale si cfr. anche Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Report on Austerity Measures and Economic and Social* Rights, Ginevra, 2013, e Human Rights Council's Resolution "The Impact of the Global Economic and Financial Crises on the Universal Realization and Effective Enjoyment of Human Rights", Report of the Human Rights Council on its Tenth Special Session, A/HRC/S-10/2, 30 March 2009. In dottrina, si v., *ex multis*, L. Bini Smaghi, *Austerity, A Threat to Democracy?*, in *The International Spectator*, 2014, p. 7 ss.; e C. Kilpatrick e B. de Witte (eds.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges,* EUI Working Papers Law, 2014/05, disponibile all'indirizzo Internet: http://cadmus.eui.eu/handle/1814/31247.

[11] Ciò spiega il motivo per il quale gli eventi verificatisi in Romania e, in particolare, in Ungheria e Polonia sono stati descritti in dottrina come manifestazioni di una vera e propria "crisi costituzionale" all'interno dell'area europea. Così A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, 2015.

[12] Doc. 2012/2130(INI), disponibile all'indirizzo Internet: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0315&language=IT&ring=A7-2013-0229.

[13] *Ibid.*, punto 60.

Il Parlamento sottolinea pertanto la necessità di uno stretto rispetto dei valori identitari della democrazia europea, invitando i Parlamenti nazionali a rafforzare il loro ruolo di controllo anche al fine di preservare la credibilità dell'Unione sul piano internazionale[14]. Analogamente, Viviane Reding, già vice presidente della Commissione europea, in un discorso tenuto il 4 settembre 2013 presso il *Centre for European Policy Studies* di Bruxelles[15], ha avuto modo di ribadire l'importanza di tutelare *in ogni caso* i valori fondamentali dell'Unione. Non prima, però, di aver chiarito il legame esistente tra le situazioni di crisi e la tutela della *rule of law*:

> «[f]ew pay attention to the rule of law in normal times, when all functions well. The testing moment for the rule of law always comes in times of crisis. This is why it is perhaps understandable that in parallel to the economic and financial crisis which the European Union and its Member States have lived through since 2009, we also have been confronted on several occasions with a true "rule of law" crisis»[16].

Peraltro, come ben dimostra la vicenda del referendum ungherese dell'ottobre 2016 sui meccanismi di ricollocazione e solidarietà definiti a livello UE per far fronte alla "crisi" dei rifugiati, e, più in generale, la riluttanza di questo Paese (così come di altri Stati membri dell'Unione) nell'attuare misure efficaci e condivise di gestione dei flussi migratori, anche la messa in discussione dei valori a

---

[14] *Ibid.*, punti 62-63.

[15] Si v. V. Reding, *The EU and the Rule of Law – What next?*, disponibile su: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-677_en.htm?locale=en.

[16] Simili considerazioni sono state espresse poi anche nell'ambito di altre organizzazioni internazionali operanti a livello regionale. Con riferimento all'Organizzazione per la cooperazione e la sicurezza in Europa si rimanda alla Dichiarazione di Monaco dell'Assemblea parlamentare del 2012 (punto 8, da leggersi congiuntamente al punto 15; il testo della Dichiarazione è disponibile al seguente indirizzo Internet: http://www.oscepa.org/meetings/annual-sessions/2012-monaco-annual-session). Per quanto concerne il Consiglio d'Europa, si rinvia alle priorità della presidenza austriaca del Comitato dei Ministri, doc. CM/Inf(2013)32, 5 novembre 2013 (disponibile al seguente indirizzo Internet: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Inf(2013)32&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true).

fondamento dell'Unione può costituire un fattore di sviluppo – o di aggravamento – delle ulteriori criticità colle quali l'UE si deve confrontare[17].

Se è certo dunque che non si possa negare un collegamento con gli altri fattori critici emersi negli ultimi anni[18], è altrettanto indiscutibile che l'indebolimento dell'identità costituzionale dell'Unione europea è il risultato di un processo che affonda le sue radici in un passato meno recente. In particolare, il fatto che il tema si sia posto con evidenza in alcuni Paesi dell'Europa centro-orientale, che hanno acceduto all'Unione negli anni 2000, è spia dell'incompiutezza del processo di allargamento dell'UE (e dell'inadeguatezza delle relative politiche di condizionalità), che, quantomeno con riferimento agli ultimi *round* di adesioni, non pare esser stato in grado di garantire una reale integrazione valoriale dei nuovi membri[19].

Tornando alle parole pronunciate dalla *ex* Commissaria Reding nel 2013, non può non sottolinearsi come esse riportino poi alla mente – *mutatis mutandis* – quelle, più celebri, utilizzate dall'*ex* presidente della Corte suprema di Israele Aharon Barak nel caso *Public Committee against Torture in Israel et al.*: «[i]t is when the cannons roar

---

[17] Per restare nel contesto delle politiche di asilo e immigrazione, per esempio, andrebbe ricordato che l'art. 2 TUE, dopo aver menzionato i valori fondamentali dell'Unione, rammenta che: «[q]uesti valori sono comuni agi Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla *solidarietà* e dalla parità tra uomini e donne» (corsivo aggiunto). E, come noto, il principio di solidarietà, assieme a quello di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, dovrebbe governare le politiche dell'Unione in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione e la loro attuazione (così si esprime l'art. 80 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

[18] Sul tema si v. pure EU Fundamental Rights Agency, *The European Union as a Community of values: safeguarding fundamental rights in times of crisis*, Lussemburgo, 2013 (disponibile all'indirizzo Internet: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2013-safeguarding-fundamental-rights-in-crisis_en.pdf); O. Wennerström, Å. Valter, *The Rule of Law in Times of Financial Crises. How EU Rule of Law Correlates with the Market*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2015, p. 367 ss.; M. Avbelj, *Rule of Law and the Economic Crisis in a Pluralist European Union*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, p. 191 ss.

[19] Si v. in proposito D. Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-Accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, The Hague, 2008. L'impatto del processo di allargamento sull'identità costituzionale dell'Unione europea è analizzato anche da B. de Witte, *The Impact of the Enlargement on the Constitution of Europe*, in M. Cremona (ed.), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003, p. 209 ss. e W. Sadurski, *Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010, p. 385 ss. Sul regresso del rispetto della *rule of law* nei Paesi di recente adesione si v. invece A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della* rule of law *in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo on-line*, n. 4/2016. Si v. anche A. Czarnota, *Rule of Law as an Outcome of Crisis. Central-Eastern European Experiences 27 Years after the Breakthrough*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, p. 311 ss., che riconduce l'attuale situazione prodottasi nei Paesi *ex* comunisti ad un utilizzo della *rule of law* da parte di questi ultimi come strumento di mascheramento di processi corruttivi (*ibid.*, p. 318).

that we especially need the laws […] Every struggle of the State […] is conducted according to rules and law»[20]; parole, queste ultime, già richiamate dall'Avvocato generale Maduro nelle conclusioni rese nell'ambito dell'altrettanto celebre saga *Kadi e Al Barakaat* sulle sanzioni anti-terrorismo adottate dalle Nazioni Unite[21]. In effetti, l'accostamento con le ben note vicende legate all'attuazione, in ambito UE, del meccanismo sanzionatorio ONU non è infondato[22]. Anche in quel caso, invero, si era di fronte ad una situazione emergenziale (determinata, per l'appunto, dalla necessità di approntare una reazione efficace alla minaccia globale rappresentata dal terrorismo internazionale) in grado di compromettere l'identità costituzionale dell'Unione, ed in particolare il principio costituzionale del rispetto dei diritti fondamentali. Ed in quel caso, la scelta operata è stata quella di ribadire l'intangibilità degli elementi costitutivi dell'Unione e del suo ordinamento. Stando alla presa di posizione della *ex* Commissaria Reding, ma anche all'approccio assunto dal Parlamento europeo nella risoluzione poc'anzi citata e ribadito da Barroso[23], prima, e da Juncker[24], poi, sembrerebbe che ciò debba valere anche con riferimento al rispetto della *rule of law*. In effetti, parrebbe emergere a livello sovranazionale, una tendenza trasversale ad esigere uno stretto rispetto, da parte degli attori istituzionali dell'ordinamento, dei valori fondanti dell'Unione anche in situazioni emergenziali o che presentino comunque elementi di eccezionalità (fatte salve, evidentemente, le deroghe che il diritto dell'Unione consente in situazioni siffatte). Ulteriori conferme a livello giurisprudenziale vengono pure dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia riguardo all'applicazione del Regolamento Dublino II sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo[25] in caso di situazioni di crisi determinate (anche) dall'intenso afflusso di migranti irregolari. Anche in questo

[20] Disponibile all'indirizzo Internet: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/690/007/a34/02007690.a34.htm.

[21] Conclusioni del 23 gennaio 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:30, punto 45.

[22] Su tali vicende si v., per tutti, M. Gestri, *Sanctions Imposed by the European Union: Legal and Institutional Aspects*, in N. Ronzitti (ed.), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Leiden/Boston, 2016, p. 70 ss. e M. Lugato, *Sanctions and Individual Rights*, ivi, p. 171 ss.

[23] J.M.D. Barroso, *State of the Union 2013*, disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_en.htm.

[24] J.-C. Juncker, *State of the Union 2016*, cit.

[25] Regolamento CE n. 343/2003, in *GUUE* L 50, del 25 febbraio 2003, p. 1 ss.

caso, infatti, la Corte ha riconosciuto la necessità di un rigoroso rispetto dei diritti fondamentali (dei richiedenti asilo)[26].

Evidentemente, l'intransigenza espressa da un approccio siffatto richiede particolare rigore da parte delle istituzioni chiamate a vigilare sul rispetto della *rule of law*. E sottintende risposte rapide, chiare, determinate e, se necessario, energiche. Così, purtroppo, non è stato (almeno fino ad ora). La reazione delle istituzioni UE rispetto alle minacce sistemiche nei confronti della *rule of law* non sono infatti risultate adeguate alle dimensioni del problema. Un problema che, nel frattempo, ha assunto proporzioni e forme allarmanti, che rimandano ad epoche storiche che si pensavano ormai definitivamente archiviate, come ben dimostrano le manifestazioni di piazza organizzate in Polonia contro le misure limitative della libertà di espressione annunciate dal Governo (equiparate, da taluni, alle proteste del 1981 contro l'introduzione della legge marziale da parte del regime comunista[27]) o l'accorato appello recentemente formulato da quattro *ex* presidenti del Tribunale costituzionale polacco per sospenderne la riforma[28], volta a ridimensionare significativamente i poteri di controllo dell'istituzione.

Il presente lavoro intende svolgere un'analisi critica dell'approccio sin qui assunto – a livello sovranazionale – per far fronte alla "crisi" della *rule of law* emersa nei rapporti interni all'ordinamento UE[29], con specifico riferimento alle violazioni

[26] Sentenza della Grande Sezione del 21 dicembre 2011, *N.S.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865. Invero, la Corte di giustizia UE ha fino ad ora giocato un ruolo determinante nel riaffermare l'esigenza del rispetto degli elementi costitutivi dell'ordinamento (in special modo, dei diritti fondamentali) in situazioni di emergenza. Si v. in proposito l'accurata analisi svolta da S. Poli, *Emergencies, Crises and Threats in the EU: What Role for the Court of Justice of the European Union?*, in I. Govaere, S. Poli (eds.), *EU Management of Global Emergencies. Legal Framework for Combating Threats and Crises*, Leiden/Boston, 2014, p. 195 ss.

[27] A. Grzymala-Busse, M. Nalepa, *Why are there protests in Poland? Here are the five things you need to know*, The Washington Post, 19 dicembre 2016 (disponibile all'indirizzo Internet: www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/12/19/why-are-there-protests-in-poland-here-are-the-five-things-you-need-to-know/?utm_term=.9fd6fe15584d).

[28] Si v. *Statement by the former presidents of the Constitutional Tribunal: Marek Safjan, Jerzy Stępień, Bohdan Zdziennicki and Andrzej Zoll*, disponibile al seguente indirizzo Internet: http://verfassungsblog.de/statement-by-the-former-presidents-of-the-constitutional-tribunal-marek-safjan-jerzy-stepien-bohdan-zdziennicki-and-andrzej-zoll/.

[29] Va da sé che il rispetto della *rule of law* informa anche l'azione esterna dell'Unione, come espressamente ricordato nell'art. 21, par. 1, del Trattato sull'Unione europea. Questa dimensione non è tuttavia considerata da questo contributo. Sul tema si rinvia a L. Pech, *Rule of law as a guiding principle of the European Union's external action*, CLEER Working Papers 2012/3 (disponibile all'indirizzo Internet: www.asser.nl/upload/documents/2102012_33322cleer2012-3web.pdf) nonché Id., *The EU as a global rule of law promoter: the consistency and effectiveness challenges*, in *Asia Europe*

sistemiche operate dagli Stati membri[30]. L'intento ultimo è quello di identificare possibili vie di uscita rispetto ad una situazione di stallo che sta producendo – a detta di molti – un autentico dramma istituzionale non solo nei Paesi direttamente interessati dalle riforme controverse[31] ma anche a livello UE[32].

Proprio in ossequio al generale letterario del dramma, l'analisi, che prende le mosse dal presente prologo, si sviluppa in due atti, separati da un intervallo, e si chiude coll'epilogo. Nei due atti vengono analizzate le reazioni delle istituzioni UE ai mutamenti costituzionali verificatisi in Ungheria[33] e Polonia[34], questi ultimi rappresentando, come risulterà chiaramente dal prosieguo della trattazione, i più significativi elementi di prassi disponibili in materia[35]. I due atti sono separati da un intervallo, nel quale si delinea il cambiamento di paradigma che ha contraddistinto l'azione delle istituzioni sovranazionali nel passaggio dalla risposta alla crisi ungherese a quella relativa alla crisi polacca[36]. Come si vedrà, infatti, mentre la crisi ungherese è stata prevalentemente trattata attraverso un approccio tecnico e

Journal, 2016, p. 7 ss. e M. Cremona, *Values in EU foreign policy*, in E. Sciso, R. Baratta, C. Morviducci (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016, p. 3 ss. Sui meccanismi di cui dispone l'Unione per imporre il rispetto dei suoi valori fondamentali, con particolare riferimento alla tutela dei diritti umani, si v. L. Borlini, *L'Unione europea: attore "globale" nella protezione e promozione dei diritti umani? Limiti e prospettive*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo on-line*, n. 4/2016.

[30] Ovviamente problemi relativi al rispetto della *rule of law* possono emergere anche con riguardo all'operato delle istituzioni UE. Sul tema, non trattato in questa indagine, si v. Editorial Comments, *The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three interrelated problems*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 597 ss.

[31] Si v., ad es., T.T. Koncewicz, *Polish Constitutional Drama: Of Courts, Democracy, Constitutional Shenanigans and Constitutional Self-Defense*, Blog of the International Journal of Constitutional Law, 6 dicembre 2015 (disponibile all'indirizzo Internet: www.iconnectblog.com/2015/12/polish-constitutional-drama-of-courts-democracy-constitutional-shenanigans-and-constitutional-self-defense/).

[32] Si v. C. Closa, D. Kochenov, *Introduction*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *op. cit.*, p. 1 ss. e L. Pech, *The EU and Poland: Giving up on the Rule of Law*, Verfassungsblog, 15 novembre 2016 (disponibile all'indirizzo Internet: http://verfassungsblog.de/the-eu-and-poland-giving-up-on-the-rule-of-law/).

[33] Si v. *infra*, par. 2.

[34] Si v. *infra*, par. 4.

[35] Come correttamente ricordato da Di Gregorio, la crisi verificatasi in Romania presenta caratteristiche del tutto peculiari, essendosi aperta e chiusa in una finestra di tempo assai limitato. Anche la reazione predisposta dall'Unione è stata limitata, senza assumere la consistenza e, soprattutto, produrre gli effetti che sono invece derivati dalla risposta alle riforme costituzionali introdotte da Ungheria e Polonia. Si v. A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della* rule of law *in Europa*, cit. Riguardo alla situazione prodottasi in Ungheria e Polonia può senz'altro richiamarsi il concetto di «systemic deficiency in the rule of law» elaborato da von Bogdandy e Ioannides, cioè a dire una situazione in cui i *deficit* relativi alla tutela della *rule of law* «are spread throughout and affect the entire system». A. von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic deficiency in the rule of law*, cit., p. 60.

[36] Si v. *infra*, par. 3.

settoriale (caratterizzato, cioè, da una valutazione del livello di *compliance* da parte dello Stato membro di obblighi giuridici di diritto UE riconducibili a distinti ambiti di azione), la crisi polacca è stata fin da subito oggetto di una valutazione sistemica. L'epilogo[37] sintetizza i principali risultati dell'indagine svolta e, come anticipato, contiene alcune indicazioni pratiche per l'immediato futuro.

Nello svolgimento dell'indagine si utilizza la nozione di "rule of law" che è stata recentemente elaborata dalla Commissione europea. In effetti, benché si continui a sostenere che «high degree of [international] consensus on the virtues of the rule of law is possible only because of dissensus as to its meaning»[38], il concetto di *rule of law*, quantomeno a livello europeo, appare ormai ben definito quanto ai suoi elementi costitutivi, anche grazie al prezioso lavoro svolto dalla Commissione Venezia in seno al Consiglio d'Europa[39]. Come si diceva, di recente la Commissione europea ha adottato una definizione operativa, che viene assunta a parametro di riferimento anche da questa indagine. Secondo la Commissione, quello della *rule of law* è da intendersi in realtà come un meta-concetto che include, al suo interno, diversi principi e, in particolare,

> «legalità (secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico); certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge»[40].

Due ultime precisazioni si rendono necessarie. In primo luogo, benché il fenomeno abbia attirato l'attenzione anche di altre organizzazioni internazionali regionali (su tutte, il Consiglio d'Europa e l'Organizzazione per la cooperazione e la

---

[37] Si v. *infra*, par. 5.

[38] Così S. Chesterman, *An International Rule of Law?*, in *American Journal of Comparative Law*, 2008, p. 331 ss., p. 332.

[39] Si v. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the Rule of Law*, doc. CDL-AD(2011)003rev, 4 aprile 2011 (disponibile all'indirizzo Internet: www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e).

[40] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, doc. COM (2014) def., 11 marzo 2014, punto 2.

sicurezza in Europa, "OSCE"), l'analisi si focalizza sul ruolo svolto dall'Unione europea, essendo quest'ultima dotata, almeno in linea teorica, dello strumentario più sofisticato per far fronte alla problematica in questione[41]. In secondo luogo, è appena il caso di evidenziare che, dato l'indissolubile intreccio esistente tra la tutela della *rule of law* e gli altri valori fondanti dell'Unione, l'indagine che qui si propone, pur essendo focalizzata sullo Stato di diritto, ha in realtà una portata generale, interessando potenzialmente tutte le componenti dell'identità costituzionale dell'Unione[42].

2. – I atto: l'approccio "tecnico" al rispetto della *rule of law*. La risposta alla crisi ungherese

L'apice della crisi della *rule of law* registratasi in Ungheria[43] è stato toccato, probabilmente, l'11 marzo 2013, quando il Presidente della Commissione europea ed il Segretario generale del Consiglio d'Europa hanno deciso di adottare uno *statement* congiunto, relativo al IV emendamento alla costituzione ungherese, nel quale si esprimeva forte preoccupazione circa la compatibilità della novella costituzionale col principio dello Stato di diritto[44]. In base a tale emendamento, tra le altre cose, la Corte costituzionale ungherese si sarebbe trovata, infatti, a non

[41] Per una valutazione del ruolo svolto dal Consiglio d'Europea e dall'OSCE nella gestione della crisi ungherese si v. F. Casolari, *Respect for the rule of law in a time of economic and financial crisis: the role of regional international organizations in the Hungarian* affaire, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2014, p. 219 ss.

[42] Sull'inscindibile correlazione tra i diversi valori su cui si fonda l'Unione, si v. Parlamento europeo, *The Triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and Rule of Law in the EU – Towards an EU Copenhagen Mechanism*, Study, ottobre 2013 (disponibile all'indirizzo Internet: www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/493031/IPOL-LIBE_ET(2013)493031_EN.pdf), nonché, in un'ottica critica rispetto alle recenti iniziative intraprese dalle istituzioni UE per contrastare la crisi della *rule of law*, J.H.H. Weiler, *Epilogue: Living in a Glass House: Europe, Democracy and the Rule of Law*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *op. cit.*, p. 313 ss.

[43] Come noto, la crisi ungherese ha origine nell'adozione di una nuova costituzione (2011) e nelle successive misure di attuazione adottate dalla maggioranza politica facente riferimento al partito *Fidesz* guidato dall'attuale primo ministro Viktor Orbán. Per ulteriori riferimenti si v. B. Bugarič, *Protecting Democracy inside the EU. On Article 7 TEU and the Hungarian Turn to Authoritarianism*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *op. cit.*, p. 82 ss.; A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della* rule of law *in Europa*, cit.; nonché i lavori di László Sólyom, Pál Sonnevend, András Jakab e Lóránt Csink, Kim Lane Scheppele, Gábor Polyák in A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, cit.

[44] Il cui testo è disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-201_en.htm.

potersi più pronunciare sul merito delle future revisioni costituzionali, la sua cognizione venendo limitata ai soli profili procedurali. Questa presa di posizione ha rappresentato, per l'appunto, solo l'ultima di una lunga serie di segnali d'allarme trasmessi all'indirizzo delle autorità ungheresi, ed in particolare del Primo ministro Viktor Orbán, rispetto alle riforme costituzionali introdotte nel Paese dall'inizio del 2012. In precedenza, i rilievi si erano principalmente concentrati sulle potenziali violazioni dell'indipendenza della Banca centrale ungherese, dell'autorità responsabile della protezione dei dati e dell'autorità giudiziaria[45].

Nonostante la portata del problema, l'approccio adottato dalle istituzioni dell'Unione è stato, prevalentemente, di tipo *tecnico*. In particolare, la scelta della Commissione è stata quella di affrontare la "questione ungherese" su di un piano privo di connotazioni valoriali e sistemiche: si è cioè proceduto evidenziando i singoli elementi d'incompatibilità tra le riforme adottate a livello nazionale e le norme di diritto dell'Unione rilevanti *ratione materiae*, decidendo poi in quali casi attivare una procedura d'infrazione contro lo Stato a termini dell'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ("TFUE"). Delle procedure aperte dalla Commissione, solo una, riguardante la nuova disciplina della Banca centrale, è stata definita in via precontenziosa[46]. La procedura volta a contestare le misure contro l'indipendenza della magistratura, ed in particolare l'abbassamento per legge dell'età pensionabile minima dei magistrati, è stata chiusa dalla Corte di giustizia con sentenza il 6 novembre 2012[47]. La Corte ha stabilito che la misura in questione dava vita ad una discriminazione in base all'età in contrasto con la direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro[48]. Analogamente, con sentenza dell'8 aprile 2014[49], la Grande Sezione della Corte ha statuito che la decisione ungherese di porre fine anzitempo al mandato dell'Autorità di controllo per la protezione dei dati personali era incompatibile con gli obblighi

[45] Si cfr. Commissione europea, *Statement of the European Commission on the situation in Hungary on 11 January 2012*, doc. MEMO/12/9, 11 gennaio 2012 (disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-9_en.htm?locale=en).

[46] Commissione europea, *Commission closes infringement procedure on the independence of the Hungarian Central Bank*, Press release, 19 luglio 2012 (disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-803_en.htm?locale=en).

[47] Sentenza del 6 novembre 2012, *Commissione c. Ungheria*, causa C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687.

[48] In *GUCE* L 303, del 2 dicembre 2000, p. 16 ss.

[49] Sentenza della Grande Sezione dell'8 aprile 2014, *Commissione c. Ungh*eria, causa C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237.

derivanti dalla direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali[50]. Risulta invece tuttora aperta la fase precontenziosa di una ulteriore procedura di infrazione avviata nel dicembre 2015 con riferimento alle modifiche introdotte nella normativa nazionale in materia di asilo, ritenute dalla Commissione europea non in linea con la disciplina sovranazionale[51].

Iniziative più propriamente politiche non sono mancate. Oltre alle dichiarazioni adottate dai vertici istituzionali UE e ai bilaterali coi rappresentanti magiari, va menzionata la decisione di esecuzione 2012/156/UE sulla sospensione degli impegni del Fondo di coesione a favore dell'Ungheria[52]. Benché motivata alla luce del mancato risanamento del disavanzo interno – dunque, ancora una volta, in base ad elementi di natura squisitamente tecnica –, la Decisione in parola, che ha portato alla sospensione di impegni per un importo complessivo di 495.184.000 EUR (poi revocata con ulteriore decisione del Consiglio[53]) è stata giustamente considerata come un tentativo di condizionamento economico nei confronti del governo magiaro.

Nel complesso, l'approccio assunto dell'Unione, pur avendo consentito di registrare alcuni passi avanti positivi nella crisi della *rule of law* in Ungheria[54] (poi "ridimensionati", va detto, da successivi ripensamenti del governo magiaro), è apparso eccessivamente debole e scarsamente efficace. Per riprendere una connessione già tracciata nell'introduzione di questo lavoro, è sembrato di assistere anche in questo caso allo stesso tipo di reazione manifestata di fronte alla crisi economico-finanziaria: la ricerca, cioè, di soluzioni settoriali di tipo tecnico inidonee a fornire una risposta di sistema alla "crisi". Nel caso dell'emergenza economico-finanziaria, ciò è dipeso in larga parte dai noti limiti strutturali dei Trattati, che non permettono l'adozione di strumenti di *governance* economica aventi portata

[50] In *GUCE* L 281, del 23 novembre 1995, p. 31 ss.
[51] Commissione europea, *Commission opens infringement procedure against Hungary concerning its asylum law*, Press release, 10 dicembre 2015 (disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6228_en.htm).
[52] In *GUUE* L 78, del 17 marzo 2012, pp. 19-20.
[53] Decisione di esecuzione, del 22 giugno 2012, che revoca la sospensione degli impegni del Fondo di coesione a favore dell'Ungheria, in *GUUE* L 165, del 26 giugno 2012, pp. 46-47.
[54] Si v. V. Reding, *The EU and the Rule of Law*, cit.

sistemica[55]. La stessa cosa non può però dirsi rispetto alla necessità di tutelare i valori sui quali si regge l'Unione.

A partire dal Trattato di Amsterdam (1997), infatti, il diritto primario prevede una disposizione incorporante uno strumento di controllo sulla condotta degli Stati, che consente di reagire alle violazioni gravi e persistenti dei valori dell'Unione: si tratta dell'attuale articolo 7 del Trattato sull'Unione europea ("TUE"). È anche il caso di ricordare che tale disposizione fu introdotta nel diritto primario proprio in relazione all'adesione di nuovi Stati all'Unione: l'ovvio riferimento va, in particolare, ai Paesi dell'Europa centro-orientale, che in quegli anni (ossia tra il 1994 e il 1996) avviavano il loro processo di adesione e i cui ordinamenti venivano dunque ritenuti "problematici" sotto il profilo del rispetto dei valori dell'Unione, tanto da suggerire ai partecipanti alla Conferenza intergovernativa che avrebbe portato all'adozione del Trattato di Amsterdam l'ideazione di meccanismi di controllo in materia[56].

Il controllo disposto dall'art. 7 TUE, avente natura prevalentemente politica, può portare all'accertamento delle violazioni da parte del Consiglio europeo (par. 2). È pure prevista la possibilità che, a seguito di tale constatazione, il Consiglio decida di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato dalla sua partecipazione all'Unione (par. 3). L'articolo contempla, infine, a partire dalla novella introdotta dal Trattato di Nizza (2001), la possibilità di emettere un *early warning* che constati l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dei valori dell'Unione (par. 1)[57].

Ora, è indubbio che il ricorso all'art. 7 TUE costituisca, come ha avuto di evidenziare anche l'*ex* Presidente della Commissione Barroso[58], una sorta di opzione "nucleare" a disposizione dell'Unione. È dunque comprensibile che l'eventualità di un suo utilizzo venga considerata con particolare cautela. Ed in effetti, sino al caso ungherese, l'unico elemento di prassi "ispirato" dall'art. 7 è stato rappresentato

---

[55] Sugli sviluppi "costituzionali" determinati dalla risposta dell'Unione alla crisi economico-finanziaria, si v. L. Besselink, *Parameters of Constitutional Development: The Fiscal Compact In Between EU and Member State Constitutions*, in L.S. Rossi, F. Casolari (eds.), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties*, Heidelberg, 2014, p. 21 ss. e B. de Witte, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, cit.

[56] M. Petit, *Le traité d'Amsterdam: ambition et réalisme*, in *Revue du marché unique européen*, 1997, p. 17 ss., p. 25.

[57] Sull'art. 7 TUE in generale si v. M. Pedrazzi, *Commento art. 7 TUE*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014, p. 42 ss.

[58] J.M.D. Barroso, *State of the Union 2013*, cit.

dall'*affaire* Haider. Allora, tuttavia, gli Stati UE, preoccupati per la partecipazione nel governo austriaco di un partito ultranazionalista e xenofobo, decisero di non ricorrere alla norma del Trattato e l'allarme rientrò dopo che un Comitato di saggi aveva fugato ogni timore sul rispetto dei valori comuni europei[59]. Bisogna anche ricordare che a quel tempo il procedimento disciplinato dal TUE non prevedeva la possibilità di adottare un *early warning*, possibilità, quest'ultima, introdotta in un momento successivo proprio alla luce del precedente austriaco. Per altro verso, il diritto dell'Unione non esclude certo che questioni rilevanti sotto il profilo del rispetto dei valori UE possano essere valutate alla luce della procedura di infrazione. Anzi, come correttamente fatto notare in dottrina, nemmeno si può escludere *a priori* l'attivazione della procedura di infrazione per violazione dell'art. 2 TUE[60].

Alla luce di quanto appena ricordato, occorre pertanto domandarsi quale sia la soglia minima superata la quale l'attivazione dei meccanismi incorporati nell'art. 7 TUE (attivazione spettante agli Stati membri, al Parlamento e alla Commissione europea) possa ritenersi non solo auspicabile ma addirittura necessaria. O, detto in altri termini, quali siano le situazioni di violazione dell'art. 2 TUE che non possono essere trattate in modo soddisfacente tramite i meccanismi *ordinari* di accertamento dell'inadempimento – da parte degli Stati membri – degli obblighi derivanti dalla loro partecipazione all'ordinamento dell'Unione[61].

In una comunicazione del 2003 sull'art. 7, la Commissione ha precisato che il rischio (di violazione) e la violazione (conclamata) cui si riferisce il Trattato devono «travalicare […] singole situazioni e assumere le dimensioni di un problema

[59] Si v. R. Cafari Panico, *Le reazioni europee nel caso Haider*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 201 ss.; L.S. Rossi, *La "reazione comune" degli Stati membri dell'Unione europea nel caso Haider*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 151 ss.

[60] Così C. Hillion, *Overseeing the Rule of Law in the EU. Legal Mandate and Means*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *op. cit.*, p. 59 ss., p. 66. Anche se, va detto, ciò non è mai avvenuto: Parlamento europeo, *An EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights. Annex I*, doc. PE 579.328, aprile 2016, p. 44 (documento disponibile all'indirizzo Internet: www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA(2016)579328.

[61] È bene ricordare che, oltre che attraverso l'art. 7 TUE e la procedura di infrazione, il rispetto della *rule of law* è perseguito a livello sovranazionale anche mediante strumenti di *soft law* introdotti di recente (sui quali si v. *infra*, par. 3) e meccanismi di monitoraggio aventi un più esteso ambito di applicazione. Per una rassegna complessiva dello "strumentario" a disposizione a livello UE in materia, si rinvia a Parlamento europeo, *An EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights. Annex I*, cit., p. 20 ss.

sistematico»[62]. Più recentemente, proprio riferendosi al caso ungherese, il direttore dell'Agenzia per i diritti fondamentali (FRA), ha rammentato che la valutazione deve essere *continua*, *comparativa* e *complessiva*[63]. Insomma, rimanendo nella metafora dell'opzione nucleare prima evocata, il ricorso all'art. 7 TUE dovrebbe avvenire – per prendere in prestito le parole utilizzate dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sulla *Liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*[64] – «in an extreme circumstance […] in which its [i.e., the EU's] very survival would be at stake»[65]. E non vi è dubbio che una *violazione sistemica* dei valori dell'Unione quale quella prodotta dalle modifiche costituzionali introdotte nell'ordinamento ungherese sia in grado di innestare un processo che può portare ad un repentino quanto irreversibile deterioramento dell'identità costituzionale dell'Unione europea[66]. Invero, come ricordato dalla Corte di giustizia nel noto parere sull'*adesione dell'Unione europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, la costruzione giuridica rappresentata dall'ordinamento UE

> «poggia sulla premessa fondamentale secondo cui *ciascuno Stato membro* condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l'esistenza

---

[62] Commissione europea, *Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo in merito all'articolo 7 del Trattato sull'Unione europea. Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione*, doc. COM (2003) 606 def., 15 ottobre 2003, p. 7.

[63] Doc. LIBE meeting, 9 febbraio 2011 (disponibile all'indirizzo Internet: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1945-MK-speech-hearing-on-Hungary_09-02-12.Brussels.pdf).

[64] Parere reso l'8 luglio 1996 su richiesta dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, in *I.C.J. Reports 1996*, p. 226 ss.

[65] *Ibid.*, par. 97. Come noto, in un simile caso la Corte internazionale di giustizia ha ritenuto «that it cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State».

[66] Ricorda correttamente Carlos Closa che quello della rule of law è un "all affected principle", nel senso che «disrespect for the Rule of Law […] in a particular Member State can have negative externalities on other Member States and the effects (real or hypothetical) which a Rule of Law incompliant Member State extends into the whole of the Union to affect all citizens and States». Si v. C. Closa, *Reinforcing EU Monitporing of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *op. cit.*, p. 15 ss., p. 18.

della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua»[67].

È dunque sufficiente che uno Stato membro venga meno *in modo qualificato* all'impegno assunto di rispettare la base valoriale su cui si fonda l'Unione per metterne in crisi il funzionamento complessivo.

La procedura "ordinaria" di infrazione non pare, al contrario, particolarmente idonea per reagire a violazioni sistemiche dei valori di fondo dell'Unione europea. Ciò essenzialmente a motivo del carattere tecnico sotteso a tale procedura, che è volta, come ricordato dall'Avvocato generale Colomer, a «fare in modo che gli Stati membri adempiano i loro obblighi nel più breve tempo possibile»[68] e non già a preservare le fondamenta dell'ordinamento sovranazionale. In altri termini, essa non è in grado di "intercettare" il significato valoriale (o, per così dire, la portata costituzionale) della violazione imputabile agli Stati membri sicché anche gli obblighi derivanti per questi ultimi dall'accertamento dell'infrazione non possono rappresentare una risposta idonea[69].

---

[67] Parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 168. Corsivo aggiunto. Il passaggio richiamato in testo rappresenta un'evoluzione, in chiave valoriale, del celebre *dictum* contenuto nella sentenza della Corte di giustizia nel caso *Parti écologiste "Les Verts"*, secondo cui «la Comunità Economica Europea è una Comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato» (sentenza del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, causa 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, punto 23).

[68] Conclusioni del 28 settembre 1999, *Commissione c. Repubblica ellenica*, causa C-387/97, ECLI:EU:C:1999:455, punto 30.

[69] Si v. anche D. Kochenov, *Biting Intergovernmentalism: The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2015, p. 153 ss., pp. 165-166. Da parte sua, C. Hillion, *Overseeing the Rule of Law in the EU. Legal Mandate and Means*, cit., p. 74, pur mettendo in luce le diversità strutturali tra la procedura di infrazione e l'art. 7, ritiene che «the application of the classic enforcement procedure to Article 2 TEU could help *prevent* the deterioration of the Rule of Law situations». Critiche rispetto all'approccio adottato dalla Commissione sono state mosse pure dal Parlamento europeo. In particolare, nella sua risoluzione su «La situazione in Ungheria: seguito dato alla risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2015», il Parlamento «deplora che l'approccio attualmente adottato dalla Commissione si concentri principalmente su aspetti tecnici e marginali della legislazione, ignorando le tendenze, i modelli e l'effetto combinato delle misure sullo Stato di diritto e i diritti fondamentali; ritiene in particolare che le procedure di infrazione non abbiano consentito, nella maggior parte dei casi, di produrre reali cambiamenti e di affrontare la situazione in termini più ampi». Doc. 2015/2935(RSP), 16 dicembre 2015, punto 7 (disponibile all'indirizzo Internet: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0461+0+DOC+XML+V0//IT).

Per questa ragione, anche la proposta avanzata in dottrina di dare vita a procedure di infrazione *sistemiche* – ossia procedure avviate dalla Commissione *ex* art. 258 TFUE che riuniscano in un unico procedimento i molteplici addebiti mossi nei confronti degli Stati che danno vita a violazioni sistemiche della *rule of law*[70] – non pare essere la soluzione ottimale al problema oggetto di indagine. È vero che l'ostacolo di cui si è appena dato conto potrebbe essere superato, in linea teorica, laddove la procedura di infrazione venisse applicata, per usare le parole di Kochenov[71], adottando «the Article 2 paradigm» – ossia sostenendo la diretta violazione dell'articolo 2 TUE – piuttosto che «the *acquis* paradigm» – implicante, sempre secondo Kochenov, la violazione di obblighi "comuni" di diritto UE (previsti, appunto, dal relativo *acquis*). Occorre, tuttavia, tenere presente due ulteriori fattori. In primo luogo, bisogna rammentare che la procedura di infrazione, quali che siano gli inadempimenti cui si riferisce, *riguarda solo violazioni conclamate*. Essa, dunque, non può intervenire in situazioni di (mero) rischio di violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE (come invece previsto ai sensi dell'art. 7, par. 1, TUE). In secondo luogo, la procedura può applicarsi solo laddove *la violazione rilevante ricada nell'ambito di applicazione del diritto UE*. L'art. 7 TUE, al contrario, non richiede l'avveramento di questa condizione, ben potendo attivarsi anche con riferimento ad una fattispecie puramente interna allo Stato di cui è questione.

3. – Intervallo: verso un cambio di paradigma nella gestione delle crisi della *rule of law* in Europa

Se si vuole ricercare un aspetto positivo nelle vicende che hanno contraddistinto la gestione, da parte delle istituzioni dell'Unione, dell'affare ungherese, lo si può probabilmente individuare nel dibattito che ne è seguito – tanto sul piano istituzionale quanto su quello accademico – riguardo alle modalità tramite le quali l'ordinamento UE è in grado di salvaguardare la *rule of law* e gli altri valori su cui si basa l'UE.

[70] Si v. *amplius* K.L. Scheppele, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *op. cit.*, p. 105 ss.
[71] D. Kochenov, *Biting Intergovernmentalism*, cit., p. 166,

Sul piano istituzionale, il dibattito è stato inaugurato tramite una lettera inviata nel marzo 2013 al Presidente della Commissione europea dai Ministri degli esteri di Danimarca, Finlandia, Germania e Paesi Bassi[72]. Nel documento, muovendo dalla premessa che, «[a]t this critical stage in European history, it is crucially important that the fundamental values enshrined in the European treaties be vigorously protected», i rappresentanti dei quattro Paesi membri invitavano la Commissione a farsi promotrice di un'iniziativa in grado di attribuire all'istituzione un ruolo di primo piano nella verifica del rispetto dei valori fondamentali comuni. Successivamente, nel giugno dello stesso anno, nel prender nota della Relazione 2012 della Commissione europea sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali UE[73], il Consiglio "Giustizia e Affari interni" adottava delle conclusioni nelle quali auspicava, tra l'altro, l'avvio di un dibattito inter-istituzionale – aperto anche agli Stati membri e agli *stakeholders* rilevanti – volto a discutere la possibilità di rivedere gli attuali meccanismi di tutela dei valori fondamentali dell'Unione[74]. Due sono, in estrema sintesi, gli scenari emersi dalla riflessione avviata sul tema. Entrambi, e si tratta di un ulteriore elemento che merita di essere evidenziato, sottintendono il superamento dell'approccio tecnico adottato dalla Commissione europea nella gestione dell'affare ungherese a favore di un *approccio sistemico*, ritenuto evidentemente (e giustamente) il solo in grado di cogliere la dimensione valoriale (e costituzionale) delle violazioni di cui si discute.

Il primo scenario implica una revisione dei Trattati finalizzata all'introduzione di nuovi strumenti di controllo del rispetto dei valori fondamentali dell'Unione o alla modifica di quelli già disciplinati dal diritto primario. In questa prospettiva, è stato ipotizzato il rafforzamento dei poteri della Commissione, o della FRA, a garanzia del rispetto dell'art. 2 TUE, oltre che l'abbassamento delle soglie attuali di attivazione

---

[72] Il testo della lettera (in lingua inglese) è disponibile all'indirizzo Internet: www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2013/03/13/brief-aan-europese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme.

[73] Commissione europea, *Relazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, doc. COM (2013) 271 def., 8 maggio 2013.

[74] Consiglio dell'Unione europea, *Council conclusions on fundamental rights and rule of law and on the Commission 2012 Report on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Lussemburgo, 6 e 7 giugno 2013 (documento disponibile all'indirizzo Internet: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf). Anche il Parlamento europeo aveva invitato le istituzioni dell'Unione ad avviare una riflessione comune: si v. la già citata risoluzione del 2013 sulla situazione dei diritti fondamentali in Ungheria, doc. 2012/2130(INI), cit., punti 76 ss.

dell'art. 7, l'estensione del sindacato della Corte di giustizia sulla disposizione del TUE (ora limitato, come noto, al controllo di legittimità «delle sole prescrizioni di carattere procedurale previste dal suddetto articolo»: art. 269 TFUE[75]) e, addirittura, l'introduzione di un meccanismo di espulsione nei confronti degli Stati che non rispettino i valori dell'Unione[76]. Si è anche proposta l'istituzione di un nuovo organismo – denominato "Commissione Copenaghen" in ossequio ai criteri di Copenaghen per l'adesione all'Unione – chiamato a fornire delle valutazioni politiche sul livello di *enforcement* garantito dai singoli Paesi membri in materia[77]. Addirittura, come auspicato dalla *ex* Commissaria Reding nel già citato discorso tenuto presso il *Centre for European Policy Studies*[78], si è giunti ad invocare l'estensione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali tramite l'abrogazione dell'art. 51 della Carta medesima, in modo da renderne applicabili (e giustiziabili) le disposizioni con riferimento alla condotta degli Stati membri anche in situazioni che non configurino un'attuazione del diritto UE – come richiesto invece dall'attuale art. 51, par. 1, della Carta e confermato dalla rilevante giurisprudenza della Corte di giustizia[79]. L'opzione di una revisione del diritto primario, certamente assai

[75] Tale controllo, è bene ricordarlo, non riguarda la legittimità degli atti adottati ai sensi dell'art. 7 TUE. Esso, inoltre, può essere solo attivato su richiesta degli Stati membri interessati dalla procedura. Ai singoli, pertanto, non è riconosciuto alcun *locus standi*. Si v. in tal senso l'ordinanza del Tribunale del 2 aprile 2004, *Luis Bertelli Gálvez contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-337/03, ECLI:EU:T:2004:106, punti 15-17.

[76] Si v. Parlamento europeo, *Understanding the EU Rule of Law mechanisms*, Briefing, gennaio 2016, p. 7 (disponibile all'indirizzo Internet: http://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Briefing-573922-Understanding-EU-rule-of-law-mechanisms-FINAL.pdf).

[77] J.-W. Müller, *Safeguarding democracy inside the EU. Brussels and the future of Liberal Order*, Transatlantic Academy, 2012-2013 Paper Series, n. 3, febbraio 2013 (disponibile all'indirizzo Internet: www.transatlanticacademy.org/sites/default/files/publications/Muller_SafeguardingDemocracy_Feb13_web.pdf); Id., *Protecting the Rule of Law (and Democracy!) in the EU: The Idea of a Copenaghen Commission*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *op. cit.*, p. 206 ss.; e F. de Witte, *Less Constraint of Popular Democracy, More Empowerment of Citizens*, Verfassungsblog, 22 marzo 2013 (disponibile all'indirizzo Internet: http://verfassungsblog.de/less-constraint-of-popular-democracy-more-empowerment-of-citizens/#.UX5E80a2iM8).

[78] V. Reding, *The EU and the Rule of Law*, cit.

[79] Secondo la quale, anzitutto, «[o]ccorre […] ricordare che la nozione di "attuazione del diritto dell'Unione", di cui all'articolo 51 della Carta, richiede l'esistenza di un collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra». Inoltre, «[p]er stabilire se una normativa nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51 della Carta occorre verificare, tra le altre cose, se essa abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla

ambiziosa, è tuttavia apparsa fin da subito di difficile realizzazione, non fosse altro perché basata su di un sensibile ridimensionamento delle prerogative esercitate dagli Stati in materia, impensabile nella fase attuale del processo di integrazione europea[80].

Più concreta è risultata, invece, la seconda opzione, facente leva sull'introduzione, *a diritto costante*, di alcuni nuovi meccanismi di *soft law* in grado di affiancarsi a quelli (di *hard law*) già previsti dall'art. 7 TUE[81]. Sia la Commissione europea che il Consiglio UE hanno ritenuto necessario intraprendere questo percorso.

Nel marzo 2014, la Commissione ha adottato una comunicazione intitolata «Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto», colla quale – preso atto dei limiti degli strumenti esistenti – ha introdotto una specifica procedura che, secondo le sue parole, dovrebbe avere

---

stessa». Così sentenza del 6 marzo 2014, *Cruciano Siragusa contro Regione Sicilia*, causa C-2016/13, ECLI:EU:C:2014:126, punti 24-25.

[80] D. Kochenov, L. Pech, *Monitoring and enforcement of the rule of law in the EU. Rhetoric and reality*, cit., p. 527. A ciò si aggiungano le difficoltà implicite in ogni processo di revisione del diritto primario. Sul tema si v. L.S. Rossi, *A New Revision of the EU Treaties After Lisbon?*, in L.S. Rossi, F. Casolari (eds.), *op. cit.*, p. 3 ss.

[81] Va detto che anche in questo caso non sono mancate proposte che, pur mosse da intenti più che nobili, sono apparse subito di difficile realizzazione, tenuto conto dell'attuale sviluppo del processo di integrazione. È il caso in particolare, della proposta elaborata da Armin von Bogdandy assieme ad un gruppo di ricercatori del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* di Heidelberg, che fa leva sul riconoscimento ai cittadini dell'Unione europea di un *locus standi* presso le corti nazionali e la Corte UE per la protezione dei loro diritti fondamentali qualora gli Stati membri non rispettino i valori di cui all'art. 2 TUE (c.d. "reverse Solange-doctrine"): si v. A. von Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrel, M. Smrkolj, *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights aganist EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 489 ss. La proposta si scontra, tuttavia, coll'approccio restrittivo assunto recentemente dalla Corte di giustizia UE nei confronti dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea (sul quale si rinvia per tutti a C. O'Brien, Civis capitalist sum*: Class as the new guiding principle of EU free movement rights*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 937 ss.), oltre che con la storica "riluttanza" della Corte ad estendere il *locus standi* dei singoli (riluttanza confermata ancora di recente dalla Grande Sezione nel caso che ha opposto il Consiglio dell'Unione al Fronte Polisario: sentenza del 21 dicembre 2016, *Consiglio dell'Unione contro Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro*, causa C-104/16 P, ECLI:EU:C:2016:973, punto 133). Ragionamento simile può essere fatto nei confronti della proposta avanzata da András Jakab e consistente nella ridefinizione, in via interpretativa, dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali in modo da consentirne l'invocazione *in ogni caso*, dunque anche con riferimento a questioni puramente interne: A. Jakab, *The EU charter of Fundamental Right sas the Most Promising Way of Enforcing the Rule of Law against EU Member States*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *op. cit.*, p. 187 ss. Lo stesso autore ha riconosciuto che «[t]he proposed reinterpretation contradicts both the literal meaning of Article 51(1) CFR, its current interpretation by the ECJ and most of the literature» (*ibid.*, p. 195).

> «lo scopo di consentire […] di trovare una soluzione con lo Stato membro in questione affinché non vi si verifichi una minaccia sistemica allo Stato di diritto che possa trasformarsi in "evidente rischio di violazione grave" ai sensi dell'articolo 7 del TUE che renda necessaria l'attuazione dei meccanismi previsti dallo stesso articolo»[82].

In pratica, il meccanismo ideato dalla Commissione prevede – analogamente a quanto già accade rispetto al procedimento per infrazione disciplinato dall'art. 258 TFUE – una procedura preliminare *sub* art. 7 TUE, che instauri un contraddittorio tra la Commissione e lo Stato interessato, permettendo dunque di affrontare e (auspicabilmente) di chiudere la questione prima che ne possa venire formalmente investito il Consiglio (*ex* art. 7, par. 1) o il Consiglio europeo (*ex* art. 7, par. 2). L'attivazione è possibile solo rispetto a minacce sistemiche della *rule of law*[83] e, in ossequio al principio di sussidiarietà, è subordinata agli strumenti di tutela operanti a livello nazionale[84].

In sintesi[85], il contraddittorio può articolarsi su tre fasi: *i*) valutazione della Commissione, *ii*) raccomandazione della Commissione e *iii*) suo *follow-up*. Nel corso della valutazione, la Commissione europea, grazie anche al contributo degli organi del Consiglio d'Europa (*in primis* della Commissione Venezia) e della FRA, può raccogliere tutte le informazioni pertinenti per valutare se vi siano «chiare

---

[82] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, cit., punto 4.

[83] Ossia, secondo la Commissione, «[d]evono […] essere minacciati l'ordinamento politico, istituzionale e/o giuridico di uno Stato membro in quanto tale, la sua struttura costituzionale, la separazione dei poteri, l'indipendenza o l'imparzialità della magistratura, ovvero il suo sistema di controllo giurisdizionale compresa, ove prevista, la giustizia costituzionale». Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, cit., punto 4.1.

[84] Nel senso che esso può venire attivato solo nella misura in cui questi ultimi non risultino efficaci per la risoluzione del problema: *ibid.*

[85] Per un'analisi più approfondita si v. D. Kochenov, L. Pech, *Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's "Pre-Article 7 Procedure" as a Timid Step in the Right Direction*, EUI Working Paper RSCAS 2015/24, aprile 2015 (disponibile al seguente indirizzo Internet: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35437/RSCAS_2015_24.pdf?sequence=3), nonché R. Palladino, *Il "nuovo quadro" dell'UE per rafforzare lo stato di diritto: un "contrappeso" ai limiti di applicazione della Carta* ex *art. 51?*, SIDIBlog, 6 maggio 2014 (disponibile all'indirizzo Internet: www.sidiblog.org/2014/05/06/il-nuovo-quadro-dellue-per-rafforzare-lo-stato-di-diritto-un-contrappeso-ai-limiti-di-applicazione-della-carta-ex-articolo-51).

indicazioni di una minaccia sistemica allo Stato di diritto»[86]. Qualora la valutazione si chiuda col convincimento della sussistenza di tali indicazioni, la Commissione dà avvio al dialogo collo Stato interessato, trasmettendogli un *parere sullo Stato di diritto*, un documento nel quale sono motivate le preoccupazioni della Commissione e col quale si consente allo Stato di rispondere ai rilievi ivi formulati. Qualora la questione non riesca a trovare una soluzione soddisfacente nel corso della prima fase, si procede colla seconda, che conduce alla formulazione, da parte della Commissione, di una *raccomandazione sullo Stato di diritto*. La raccomandazione certifica l'esistenza di prove oggettive relative alla minaccia sistemica, può indicare allo Stato quali misure si rendano necessarie per porre termine alla minaccia, e indica un termine entro il quale il problema deve essere risolto[87]. La terza fase è dedicata al monitoraggio, da parte della Commissione europea, del seguito dato dallo Stato interessato alla raccomandazione. Sulla base delle risultanze dell'azione di controllo svolta, la Commissione «valuterà se attivare uno dei meccanismi previsti dall'articolo 7 del TUE»[88].

La reazione del Consiglio rispetto alla mossa della Commissione è stata ostile. Il 27 maggio 2014 il Servizio giuridico dell'istituzione di Stati ha adottato un parere nel quale si è evidenziata l'incompetenza, da parte della Commissione, ad introdurre il nuovo meccanismo. Più precisamente, secondo il Servizio,

> «non vi è alcuna base giuridica nei Trattati che autorizzi le istituzioni a creare un nuovo meccanismo di supervisione del rispetto dello Stato di diritto da parte degli Stati membri, in aggiunta a quanto stabilito dall'articolo 7 del TUE, né a emendare, modificare o integrare la procedura stabilita da tale articolo»[89].

---

[86] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, cit., punto 4.2.

[87] L'atto richiama, evidentemente, il contenuto del parere motivo adottato dalla Commissione europea ai sensi degli artt. 258-259 TFUE.

[88] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, cit., punto 4.2.

[89] Si v. Consiglio dell'Unione europea, *Parere del Servizio giuridico «Comunicazione della Commissione su un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto: compatibilità con i Trattati»*, doc. 10296/14, 27 maggio 2014, punto 24.

Il Servizio giuridico ha poi tracciato, nel solco del parallelismo già evocato tra la crisi della *rule of law* e quella economico-finanziaria[90], un diverso percorso, suggerendo – come appunto avvenuto per far fronte alla crisi dei debiti sovrani – il ricorso da parte degli Stati membri a strumenti di diritto internazionale al fine di dare vita ad un meccanismo di controllo reciproco (con il possibile coinvolgimento delle istituzioni) che non infici quelli già previsti dall'art. 7 TUE e dagli artt. 258-260 TFUE[91].

Da parte sua, il Consiglio ha deciso di lanciare una nuova iniziativa – anticipata dalla Presidenza italiana in un *position paper*[92] e poi inaugurata nel dicembre 2014 colle conclusioni adottate dalla composizione "Affari generali"[93] – volta a dare vita ad un dialogo strutturato in Consiglio tra tutti gli Stati membri per la promozione e la salvaguardia della *rule of law*, da tenersi una volta all'anno sulla base di una istruttoria predisposta dal Comitato dei rappresentanti permanenti[94].

Benché ispirate dal medesimo paradigma, ossia dall'intento di dare vita ad un approccio sistemico nei confronti delle crisi della *rule of law*, le due iniziative risultano profondamente diverse quanto alle finalità specifiche perseguite ed al fondamento su cui poggiano[95]. Quella dalla Commissione europea ha finalità essenzialmente *preventive* – è volta cioè ad evitare che si verifichino minacce sistemiche alla *rule of law* – e si fonda sul potere di controllo relativo all'applicazione del diritto UE che i

---

[90] Si v. *supra*, par. 1.

[91] Consiglio dell'Unione europea, *Parere del Servizio giuridico «Comunicazione della Commissione su un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto: compatibilità con i Trattati»*, cit., punti 26-27. L'ovvio riferimento è al *Fiscal Compact* ed allo *European Stability Mechanism*, entrambi istituiti mediante accordo internazionale. Sul ricorso a strumenti di diritto internazionale per fare fronte alla crisi economico finanziaria, si v., per tutti, B. de Witte, *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences*, ARENA Working Paper n. 4, giugno 2013 (disponibile all'indirizzo Internet: www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2013/wp4-13.pdf).

[92] Consiglio dell'Unione europea, *Garantire il rispetto dello Stato di diritto nell'Unione europea*, doc. 15206/14, 14 novembre 2014.

[93] Consiglio dell'Unione europea, *Conclusions of the Council of the European Union and the Member States meeting within the Council on ensuring respect for the rule of law*, Bruxelles, 16 dicembre 2014 (documento disponibile all'indirizzo Internet: www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/genaff/146323.pdf).

[94] In generale, si v. L.S. Rossi, *Un nuovo* soft instrument *per garantire il rispetto della* Rule of law *nell'Unione europea*, SIDIBlog, 11 maggio 2015 (disponibile all'indirizzo Internet: www.sidiblog.org/2015/05/11/un-nuovo-soft-instrument-per-garantire-il-rispetto-della-rule-of-law-nellunione-europea).

[95] Editorial Comments, *Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening?*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 619 ss.

Trattati le affidano in quanto istituzione chiamata a promuovere (e tutelare) l'interesse generale dell'Unione. Da questo punto di vista, appaiono difficilmente condivisibili le censure mosse dal Servizio giuridico del Consiglio che si sono appena richiamate[96]. La Commissione, infatti, nel licenziare la comunicazione in esame non ha adottato alcuno strumento giuridico vincolante. Né ha inteso esercitare alcun *nuovo* potere[97]. Come accaduto per altri ambiti della sua azione (si pensi per esempio alle consultazioni pubbliche *online* lanciate prima dell'adozione, da parte della Commissione, di proposte normative), l'istituzione ha semmai inteso instaurare una nuova prassi riconducibile ai poteri di controllo di cui già dispone (ai sensi dell'art. 17, par. 1, TUE[98]), che consenta di gettare una passerella tra i meccanismi politici di controllo previsti dall'attuale art. 7 TUE ed il controllo di natura tecnica che fino ad ora ha caratterizzato l'azione messa in campo dalla Commissione europea per la tutela dei valori fondamentali dell'Unione. In questo senso, l'introduzione di un contraddittorio preliminare con lo Stato interessato può contribuire ad attenuare la "gravità" della procedura prevista dall'art. 7, e (forse) contribuire a rompere quell'incantesimo che pare circondarla e che ne ha impedito di fatto – sin qui – una concreta applicazione.

L'iniziativa del Consiglio è volta, invece, a dare vita ad una discussione (non un contraddittorio!) che promuova una cultura comune del rispetto della *rule of law*. Tale discussione si svolge peraltro esclusivamente tra pari, ossia a livello di Stati membri. In questo senso, l'attività proposta dal Consiglio non presenta – al contrario di quella inaugurata dalla Commissione – alcun collegamento diretto coi meccanismi di controllo vigenti: essa mira, piuttosto, a rafforzare direttamente la base valoriale comune cui tali meccanismi si riferiscono.

---

[96] Una critica ferma al parere redatto dal Servizio giuridico si rinviene anche in L. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2016-02, p. 25 ss. (all'indirizzo Internet: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715943).

[97] Si v. anche D. Kochenov, L. Pech, *Monitoring and enforcement of the rule of law in the EU. Rhetoric and reality*, cit., p. 522. Secondo R. Baratta, *Rule of Law "Dialogues" Within the EU: A Legal Assessment*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, p. 357 ss., p. 368, il meccanismo introdotto dalla Commissione può considerarsi come «a *praeter legem* procedure, which ultimately derives from the Treaties by implication».

[98] «La Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine. Vigila sull'applicazione dei Trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei Trattati. Vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea».

Sulla carta, le due iniziative appaiono pertanto *diverse ma complementari*. Esse rappresentano anche – probabilmente – due delle opzioni migliori, tra quelle realisticamente attivabili, per rafforzare l'azione politica dell'Unione relativa al rispetto della *rule of law*. Il quadro introdotto dalla Commissione dovrebbe contribuire, sempre sulla carta, a chiarire i parametri utilizzabili a livello sovranazionale per monitorare il rispetto della *rule of law*[99] e, soprattutto, può rafforzare politicamente – anche davanti all'opinione pubblica – il ruolo svolto dell'istituzione in materia, rendendole forse meno ardua l'attivazione dei meccanismi previsti dall'art. 7 TUE (almeno con riferimento alla procedura di *early warning* di cui al paragrafo 1)[100]. Il dialogo in seno al Consiglio dovrebbe invece contribuire a cementare la fiducia reciproca degli Stati membri, pietra angolare della Comunità di diritto fondata sui Trattati, e «[a] rendere il rispetto della *Rule of law* un "normale" argomento di discussione fra i Governi»[101].

Anche per queste ragioni, le due iniziative sono state salutate inizialmente con un cauto ottimismo da parte di diversi osservatori[102].

4. – II atto: l'adozione di un approccio "sistemico" nella risposta alla crisi polacca ed il suo fallimento

In effetti, l'ultimo scorcio del 2014 è parso segnare un cambio di passo sul piano istituzionale, in linea col cambio di paradigma illustrato nel paragrafo che precede. La Commissione Juncker, insediatasi nel novembre 2014, ha attribuito fin da subito al tema del rispetto della *rule of law* e, più in generale, al problema della

[99] Pur con alcuni limiti, puntualmente evidenziati da D. Kochenov, L. Pech, *Monitoring and enforcement of the rule of law in the EU. Rhetoric and reality*, cit., pp. 522-523.

[100] F. Casolari, *Respect for the rule of law in a time of economic and financial crisis*, cit., p. 241.

[101] L.S. Rossi, *Un nuovo* soft instrument *per garantire il rispetto della* Rule of law *nell'Unione europea*, cit. Israel Butler ha avanzato alcune proposte per garantire un efficace utilizzo dello strumento: I. Butler, *The rule of law dialogue: Five ideas for future EU presidencies*, Liberties.eu (documento disponibile all'indirizzo Internet: www.liberties.eu/en/news/five-ideas-for-eu-rule-of-law).

[102] Editorial Comments, *Safeguarding EU values in the Member States*, cit. e D. Kochenov, L. Pech, *Upholding the Rule of Law in the EU*. Questi ultimi autori sembrano tuttavia aver maturato nel tempo una valutazione più critica rispetto alle iniziative esaminate in testo: D. Kochenov, L. Pech, *From bad to worse? On the Commission and the Council's rule of law initiatives*, EU Law Analysis, 19 gennaio 2015 (disponibile all'indirizzo Internet: http://eulawanalysis.blogspot.it/2015/01/from-bad-to-worse-on-commission-and.html).

tutela dei valori fondamentali dell'Unione un ruolo centrale del suo mandato[103]. Se ne ha un segno tangibile nella struttura istituzionale della Commissione medesima: è infatti particolarmente significativo che il primo vice Presidente, Frans Timmermans, si sia visto attribuire, tra l'altro, un portafoglio *ad hoc* su *rule of law* e Carta dei diritti fondamentali[104].

Non sono mancate, tuttavia, ulteriori battute di arresto. In particolare, il dialogo strutturato inaugurato dal Consiglio si è dimostrato fin da subito del tutto inidoneo a creare un *humus* adatto col quale alimentare la base valoriale comune degli Stati membri. Basta menzionare i temi che hanno occupato le discussioni delle sessioni del 2015 e 2016 per rendersi conto dei limiti di questo esercizio dialogico: *rule of law* nell'era digitale[105], da un lato, ed integrazione dei migranti e valori fondamentali[106], dall'altro. Nessuno nega, ovviamente, l'importanza dei temi che sono stati scelti. Più difficile appare l'individuazione del loro nesso colle riforme costituzionali adottate da alcuni Paesi membri e che rappresentano oggi la più importante minaccia alla *rule of law*.

Venuta di fatto meno l'opzione del dialogo strutturato in seno al Consiglio, l'attenzione degli osservatori si è dunque concentrata sull'azione della Commissione, la quale ha avuto ben presto modo di dimostrare le sue reali intenzioni (e possibilità). Nel gennaio 2016, di fronte al montare delle proteste e delle preoccupazioni in Polonia rispetto ad alcune riforme normative aventi ad oggetto la composizione ed il funzionamento del Tribunale costituzionale e la disciplina in

---

[103] Nel proprio discorso di insediamento, Jean-Claude Juncker aveva evidenziato, del resto, come «[t]he European Union is a union built on values. And we are credible to the outside world if we demand high standards of ourselves when it comes to fundamental values». Si v. J.-C. Juncker, *A new start for Europe. Opening statement in the European Parliament plenary session*, Strasburgo, 15 luglio 2014 (documento disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-567_en.htm), nonché, per una ulteriore manifestazione di tale attitudine, J.-C. Juncker, *State of the Union 2016*, cit.

[104] Si v. la *Mission letter* del 1° novembre 2014, disponibile all'indirizzo Internet: http://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/timmermans_en.pdf. Il ruolo che è chiamato a svolgere il vice Presidente Timmermans rientra in una più vasta riorganizzazione interna dell'istituzione, voluta da Juncker per rilanciarne l'azione politica. In tema si v. L.S. Rossi, *Equilibri istituzionali e metodi di integrazione dell'Unione: quale ruolo per la "nuova" Commissione europea?*, in *Quaderni della rivista Il Diritto dell'Unione europea*, n. 8, 2016, p. 65 ss.

[105] Si v. Consiglio dell'Unione europea, *Ensuring the respect for the rule of law – Dialogue and exchange of views*, doc. 13744/15, Bruxelles, 9 novembre 2015.

[106] Su di quest'ultimo esercizio, si v. Consiglio dell'Unione europea, *Presidency non-paper for the Council (General Affairs) on 24 May 2016 – Rule of law dialogue*, doc. 8774/16, Bruxelles, 13 maggio 2016.

materia di telecomunicazioni[107], la Commissione ha deciso di attivarsi, mettendo in opera, per la prima volta, il meccanismo istituito nel 2014[108]. La fase di discussione avviata con i rappresentanti della Polonia non ha tuttavia soddisfatto l'istituzione, che ha deciso di procedere con l'adozione di un'opinione sulla *rule of law*[109], prima, e di una raccomandazione sulla *rule of law*[110], poi. I limiti di spazio di questo contributo

[107] Il clima politico-istituzionale del Paese si è deteriorato a far data dalla vittoria delle elezioni politiche, nel 2015, da parte del partito di destra conservatrice Diritto e Giustizia (PiS), guidato da Jaroslaw Kaczynski.

[108] Commissione europea, *College Orientation Debate on recent developments in Poland and the Rule of Law Framework: Questions & Answers*, doc. MEMO/16/62, Bruxelles, 13 gennaio 2016 (documento disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-62_en.htm). Sull'attivazione del meccanismo si v. S. Labayle, *Respect des valeurs de l'Union européenne en Pologne: première application du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit*, in *European Papers – European Forum*, 15 ottobre 2016 p. 1 ss. (disponibile all'indirizzo Internet: www.europeanpapers.eu/it/system/files/pdf_version/EP_EF_2016_H_022_Simon_Labayle_2.pdf), nonché F. Di Dario, *La tutela dei valori dell'UE dopo la prima attivazione del «nuovo quadro per rafforzare lo stato di diritto»*, in *La Comunità internazionale*, 2016, p. 203 ss. La Commissione ha ritenuto fino ad ora di non dover attivare il meccanismo nei confronti dell'Ungheria: in un dibattito in seno alla plenaria del Parlamento europeo, la Commissaria Věra Jourová ha così motivato la scelta dell'istituzione di non ricorrere al meccanismo per la soluzione della crisi magiara: «[c]onsidering that concerns about the situation in Hungary are being addressed by a range of infringement procedures and pre-infringement procedures, and that also the Hungarian justice system has a role to play, the Commission takes the view that the conditions to activate the Rule of Law Framework regarding Hungary are at this stage not met». Si v. il resoconto della discussione, doc. O-000140/2015, 2 dicembre 2015 (disponibile all'indirizzo Internet: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20151202&secondRef=ITEM-017&language=IT. La decisione della Commissione è stata censurata dal Parlamento e in dottrina. Si v. rispettivamente la già citata risoluzione su «La situazione in Ungheria: seguito dato alla risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2015», doc. Doc. 2015/2935(RSP) e G. Di Federico, *Defending the rule of law in the European Union: taking stock of the Polish situation*, Eurojus.it, 29 gennaio 2016, disponibile all'indirizzo Internet: http://rivista.eurojus.it/defending-the-rule-of-law-in-the-european-union-taking-stock-of-the-polish-situation/ (in cui tuttavia l'autore sostiene che «it is difficult to grasp why and how the latest developments in Poland indicate the emergence of a clear risk of a systematic threat to the rule of law»).

[109] Commissione europea, *Commission adopts Rule of Law Opinion on the situation in Poland*, doc. IP/16/2015, Bruxelles, 1° giugno 2016 (documento disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2015_en.htm). Il testo del parere, largamente ripreso nella successiva raccomandazione, è riprodotto in L. Pech, *Commission Opinion of 1 June 2016 regarding the Rule of Law in Poland: Full text now available*, EU Law Analysis, 19 agosto 2015 (disponibile all'indirizzo Internet: http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/08/commission-opinion-of-1-june-2016.html). La decisione della Commissione di adottare il parere è stata sostenuta dal Parlamento europeo con una risoluzione «sui recenti sviluppi in Polonia e il loro impatto sui diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Doc. 2016/0774(RSP), 29 giugno 2016, punto 6 (documento disponibile all'indirizzo Internet: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2016-0854+0+DOC+XML+V0//IT).

[110] Commissione europea, *Commission Recommendation of 27.7.2016 regarding the rule of law in Poland*, doc. C (2016) 5703 def. (disponibile all'indirizzo Internet: http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/recommendation-rule-of-law-poland-20160727_en.pdf). Il Parlamento europeo, con una ulteriore risoluzione «sui recenti sviluppi in Polonia e il loro impatto sui diritti fondamentali

non consentono di procedere con un'analisi dettagliata di quest'ultimo documento, reso integralmente disponibile *online* da parte della Commissione europea[111]. Ciò che interessa segnalare in questa sede è che nella raccomandazione adottata nel luglio 2016 la Commissione ha compiuto una dettagliata analisi delle riforme attuate in Polonia e dei loro profili di criticità rispetto alla *rule of law*[112], individuando le misure che lo Stato membro avrebbe dovuto adottare, in uno spirito di leale cooperazione[113], per porre termine alle criticità ed indicando in tre mesi a far data dalla ricezione della raccomandazione il termine per procedere in tal senso.

Come era prevedibile, il governo polacco ha ritenuto di non dover dare seguito alla raccomandazione rivoltagli dalla Commissione. Alla scadenza del termine da quest'ultima fissato, il Ministero degli esteri, con un proprio *statement*, ha dato pubblica notizia del fatto che il Governo aveva valutato come «groundless» l'analisi svolta dalla Commissione, quest'ultima rappresentando un'indebita interferenza degli affari interni del Paese ed essendo per di più basata su assunti errati[114].

---

sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», si è compiaciuto «della determinazione della Commissione a intrattenere con il governo polacco un dialogo costruttivo e proficuo». Doc. 2016/2774(RSP), 14 settembre 2016, punto 4 (documento disponibile all'indirizzo Internet: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0344+0+DOC+XML+V0//IT&language=IT).

111 Si ricorda che in origine la Commissione aveva previsto solo di dare pubblica notizia «dell'invio della raccomandazione e del suo contenuto essenziale». Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, cit., punto 4.2.

112 In questo la Commissione ha potuto avvalersi anche del lavoro svolto dalla Commissione Venezia: si v. in particolare European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland*, Opinion no. 833/2015, doc. CDL-AD(2016)001, 11 marzo 2016 (disponibile all'indirizzo Internet: www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001-e).
La Commissione Venezia ha adottato un ulteriore parere nell'ottobre 2016: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on the act on the Constitutional Tribunal*, Opinion no. 860/2016, doc. CDL-AD(2016)026, 14 ottobre 2016 (www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)026-e).

113 In particolare, «[t]he Commission underlines that the loyal cooperation which is required amongst the different state institutions in rule of law related matters is essential in order to find a solution in the present situation»: Commissione europea, *Commission Recommendation of 27.7.2016 regarding the rule of law in Poland*, cit., punto 75.

114 Ministry of Foreign Affairs – Republic of Poland, *MFA statement on the Polish government's response to Commission Recommendation of 27.07.2016*, disponibile all'indirizzo Internet: www.msz.gov.pl/en/p/msz_en/news/mfa_statement_on_the_polish_government_s_response_to_commission_recommendation_of_27_07_2016. Il testo originale della lettera inviata alla Commissione europea è stato poi rivelato da una emittente televisiva polacca: www.tvn24.pl/zdjecia/stanowisko-polski,53418.html.

Benché deprecabile sul piano politico, la posizione adottata dalle autorità di Varsavia non è *di per sé* censurabile su quello giuridico. Come già ricordato, infatti, il nuovo quadro predisposto dalla Commissione europea non introduce alcun ulteriore obbligo in capo agli Stati membri[115]. D'altra parte, il riferimento in esso contenuto al principio di leale cooperazione – riferimento peraltro ribadito, come appena detto, anche nella raccomandazione del luglio 2016 – non fa altro che richiamare un principio preesistente dell'ordinamento giuridico dell'Unione, codificato nell'attuale art. 4, par. 3, TUE[116]. Ora, è vero che la violazione del principio di leale cooperazione da parte degli Stati membri è sottoponibile al vaglio della Corte di giustizia attraverso lo strumento del procedimento d'infrazione. Tuttavia, alla luce di quanto osservato in precedenza riguardo all'inadeguatezza del procedimento *de quo* a gestire fenomeni come quello di cui è questione[117], l'avvio, da parte della Commissione, di una procedura d'infrazione contro la Polonia sarebbe risultata del tutto impropria. Si sarebbe infatti assistito ad una replica di quanto già avvenuto nel caso dell'Ungheria, e dunque ad una sostanziale rinuncia a contrastare le gravi violazioni dei valori fondanti l'Unione perpetrate nel Paese membro interessato dalla procedura. Ecco perché, dopo la risposta inviata dal governo di Varsavia, si attendeva ormai come inevitabile l'annuncio, da parte della Commissione, dell'attivazione dell'art. 7 (par. 1)[118].

Ed invece, il 21 dicembre 2016, a quasi due mesi dalla scadenza del termine fissato nella raccomandazione, il collegio dei commissari ha adottato una ulteriore raccomandazione, complementare alla precedente, che risulta prevalentemente focalizzata sul processo di nomina di alcuni giudici del Tribunale costituzionale (compreso il suo Presidente) e sul loro ruolo[119]. Nel documento, anch'esso

---

115 Si v. *supra*, par. 3.
116 Su di esso, si v., per tutti, M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014.
117 Si v. *supra*, par. 2.
118 L'attivazione dell'*early warning* era, in effetti, data quasi per certa dalla stampa di settore alla vigilia della riunione del collegio dei commissari in cui si sarebbe dovuto esaminare il dossier polacco: si v. A. Eriksson, *Poland faces "nuclear option" of EU sanctions*, EUObserver, 21 dicembre 2016 (disponibile all'indirizzo Internet: https://euobserver.com/institutional/136365).
119 Commissione europea, *Rule of Law: Commission discusses latest developments and issues complementary Recommendation to Poland*, Press release IP/16/4476, Bruxelles, 21 dicembre 2016 (documento disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4476_en.htm?locale=en).

disponibile *online*[120], pur dandosi atto di alcuni passi avanti su questioni oggetto dei precedenti rilievi, si precisa chiaramente che «the situation of a systemic threat to the rule of law in Poland presented in [… the] Recommendation of 27 July 2016 remains»[121]. Eppure, ciò non è stato ritenuto sufficiente per ricorrere all'articolo 7 TUE, i cui meccanismi, ricorda la Commissione nella raccomandazione, potrebbero comunque essere azionati in qualsiasi momento (*sic!*), «should a sudden deterioration in [… the] Member State require a stronger reaction from the EU»[122]. La nuova raccomandazione ha poi fissato in due mesi il nuovo termine entro il quale le autorità polacche dovranno recepire le indicazioni provenienti da Bruxelles.

Dato il braccio di ferro instauratosi colle autorità polacche, è difficile che nel nuovo termine indicato dalla Commissione possa ottenersi una soluzione efficace della controversia. In effetti, è molto più probabile che questo lasso di tempo venga utilizzato dal governo di Varsavia per consolidare le riforme sin qui attuate (soprattutto con riguardo al Tribunale costituzionale)[123]. Insomma, la sensazione è che la Commissione europea abbia, infine, deciso di … non decidere e sia dunque pronta, dopo la fallimentare gestione dell'affare ungherese, i cui strascichi continuano comunque ad invelenire i rapporti interni all'Unione, ad accettare l'idea di un altro fallimento, lasciando che anche la Polonia possa sviluppare una deriva illiberale simile. Si tratta, peraltro, di una posizione – quella qui riferita alla Commissione – che appariva già evidente nelle parole pronunciate dal Presidente Juncker nel corso di una intervista resa al quotidiano belga *Le Soir* all'inizio di novembre 2016[124]. In modo piuttosto irrituale, Juncker confidava al giornale che

---

[120] Commissione europea, *Commission Recommendation of 21.12.2016 regarding the rule of law in Poland complementary to Commission Recommandation (EU) 2016/1374*, doc. C(2016) 8950 def. (documento disponibile all'indirizzo Internet: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4476_en.htm?locale=en).

[121] *Ibid.*, punto 61.

[122] *Ibid.*, punto 69.

[123] In realtà, si è pure sostenuto che sarebbe ormai tardi per *qualsiasi* intervento da parte della Commissione, dato che la composizione del Tribunale costituzionale polacco è divenuta tale da impedire qualsiasi effettivo controllo di costituzionalità sulle leggi adottate dal Parlamento. Così M. Steinbeis, *Is the EU Commission's Rule of Law Fights about Poland already lost?*, Verfassungsblog, 17 ottobre 2016 (disponibile all'indirizzo Internet: http://verfassungsblog.de/is-the-eu-commissions-rule-of-law-fight-about-poland-already-lost.

[124] J. Kuczkiewicz, *Juncker au "Soir": "Il y a un sérieux problème de gouvernance en Europe"*, Le Soir, 5 novembre 2016 (testo disponibile all'indirizzo Internet: www.lesoir.be/1360084/article/actualite/union-europeenne/2016-11-04/juncker-au-soir-il-y-un-serieux-probleme-gouvernance-en-europe). Una sintesi in inglese, da cui sono tratte le citazioni in

l'attivazione dell'art. 7 TUE era da ritenersi del tutto esclusa, «because some [EU] Member States are already saying they will refuse to invoke it»[125]. Inoltre, egli aggiungeva che:

> «[t]his *a priori* refusal *de facto* invalidates Article 7. I note this with sadness and disappointment, hoping that the people will not give free rein to those who will end up harming [their interests]»[126].

Ora, al di là dell'irritualità di una siffatta dichiarazione, che per la sua importanza – e per le potenziali ricadute che è in grado di produrre – avrebbe meritato ben altro interlocutore che un giornalista di *Le Soir* (ad esempio, il collegio dei Commissari, a partire dal vice Presidente Timmermans, da mesi impegnato nel tentativo di rafforzare la posizione della Commissione sul punto, o la plenaria del Parlamento europeo), colpisce, appunto, la rassegnata consapevolezza che traspare dalle parole di Juncker circa l'inutilità di qualsiasi iniziativa in materia, stante la netta opposizione manifestata dagli Stati membri. Essa segna una netta discontinuità con l'approccio in precedenza assunto dalla Commissione (e dal suo stesso Presidente). Si tratta poi di una rassegnazione politicamente e, ciò che qui più importa, giuridicamente censurabile. A stretto rigore, infatti, l'abdicazione della Commissione che è suggerita dalle parole del suo Presidente non appare in linea col compito ad essa affidato dai Trattati (art. 17 TUE) di vigilare sul loro rispetto (a partire, evidentemente, dal rispetto dei valori fondanti l'Unione)[127]. Certo, è vero che la Commissione non è in alcun modo obbligata ad attivare l'art. 7 TUE, quest'ultima rappresentando una decisione frutto del suo potere discrezionale. Vi è tuttavia da chiedersi se una manifestazione così chiara di impotenza non possa rappresentare di per sé un valido motivo per mettere in discussione la capacità della Commissione di

testo, è pubblicata al seguente indirizzo Internet: http://en.europeonline-magazine.eu/juncker-eu-powerless-against-authoritarian-slide-in-poland-hungary_493513.html.

[125] *Ibid.*

[126] *Ibid.*

[127] Così anche L. Pech, *The EU and Poland: Giving up on the Rule of Law*, cit.

agire nell'interesse generale dell'Unione e, dunque, per promuovere una mozione di censura nei confronti del suo operato[128].

5. – Epilogo

È quindi già scritto l'epilogo delle crisi delle *rule of law* emerse negli ultimi anni nell'Unione europea? Stando all'approccio in ultimo assunto dalla Commissione parrebbe di sì. Come visto, infatti, la Commissione, nella persona del suo Presidente, dà per scontata l'intenzione degli Stati membri di disinnescare ogni tentativo di azionare l'art. 7 TUE e pare pertanto rassegnata a proseguire un (ormai) inutile "dialogo" coi Paesi interessati.

In effetti, è vero che non sono mancate prese di posizione da parte di alcuni Stati volte a "neutralizzare" l'articolo 7. In particolare, il *premier* ungherese ha espressamente dichiarato l'intenzione di porre il veto rispetto alla possibile adozione di una decisione ai sensi dell'art. 7, par. 2, TUE[129]. In dottrina si è tuttavia segnalato che una simile eventualità, e dunque la possibile "alleanza" tra Stati i cui ordinamenti manifestino rilevanti incongruenze rispetto ai valori fondanti dell'Unione, potrebbero essere by-passate azionando congiuntamente il meccanismo sanzionatorio nei confronti dei due (o più) Stati interessati[130]: come noto, infatti, l'art. 354 TFUE prevede che,

> «[a]i fini dell'articolo 7 del Trattato sull'Unione europea relativo alla sospensione di taluni diritti derivanti dall'appartenenza all'Unione, il membro del Consiglio europeo o del Consiglio che rappresenta lo Stato membro in questione non partecipa al voto».

[128] Come previsto dall'art. 234 TFUE.
[129] Si v. G. Szakacs, C. Fernandez, *Hungary PM flags veto of any EU sanctions against Poland*, Reuters, 8 gennaio 2016 (disponibile all'indirizzo Internet: www.reuters.com/article/us-poland-hungary-sanctions-idUSKBN0UM0L220160108).
[130] K.L Schepple, *Can Poland be Sanctioned by the EU? Not Unless Hungary is Sanctioned Too, Verfassungsblog*, 24 ottobre 2016 (disponibile all'indirizzo Internet: http://verfassungsblog.de/can-poland-be-sanctioned-by-the-eu-not-unless-hungary-is-sanctioned-too/).

Per altro verso, l'attivazione della disposizione da parte della Commissione metterebbe comunque gli Stati di fronte alla necessità di assumere, in seno al Consiglio ed al Consiglio europeo, una posizione che possa essere compresa – e condivisa – dalle rispettive opinioni pubbliche. E non è detto che la soluzione finale coinciderebbe con quella preconizzata da Juncker.

In effetti, a partire dagli Stati che nel 2013 si fecero promotori di una iniziativa per avviare una discussione sulla garanzia del rispetto della *rule of law* in Europa (Danimarca, Finlandia, Germania e Paesi Bassi)[131], sono sempre più i Paesi membri che hanno manifestato inquietudine e intolleranza verso le prese di posizione dei governi ungherese e polacco. Questo anche perché, come si è detto in sede introduttiva, la crisi della *rule of law* impatta poi su altri dossier particolarmente sensibili dell'agenda europea, a partire da quello relativo alla gestione dei flussi migratori. È in questa prospettiva, ad esempio, che va interpretata la posizione manifestata dall'*ex* primo ministro italiano Matteo Renzi in occasione del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016. Renzi, in vista dell'avvio dei negoziati sulla programmazione dei fondi 2020, ha messo in guardia i Paesi dell'Europa centrale sulle possibili conseguenze, in termini di riduzione dei fondi, che potrebbero derivare da condotte non in linea coi valori di fondo dell'Unione[132]. Non può dunque escludersi che venga a coagularsi il consenso tra un numero cospicuo di Paesi membri per lo sviluppo di nuovi meccanismi di condizionalità finanziaria funzionali a garantire il rispetto dei valori comuni[133]. Per quanto probabilmente utili in termini astratti, essi non sarebbero tuttavia applicabili nel breve periodo (essendo necessario procedere alla revisione delle disposizioni rilevanti di diritto dell'Unione europea) e non rappresenterebbero pertanto una risposta efficace alle crisi in corso . Si potrebbe anche pensare, come auspicato in dottrina, che alcuni di questi Paesi giungano ad attivare una procedura di infrazione *ex* art. 259 TFUE nei confronti di Polonia o Ungheria[134]. Si tratterebbe, anche in questo caso, di un messaggio molto

[131] Si v. *supra*, par. 3.
[132] B. Romano, G. Gentili, V.E. Parsi, *Renzi: stop fondi a chi non accoglie profughi. Ungheria: ricatto politico*, Il Sole 24 Ore, 19 febbraio 2016 (disponibile all'indirizzo Internet: www.ilsole24ore.com/art/notizie/2016-02-19/renzi-stop-fondi-chi-non-accoglie-profughi-ungheria-ricatto-politico-105718.shtml).
[133] Sulla scia di quanto in parte già avvenuto nella gestione della crisi ungherese (si v. *supra*, par. 2).
[134] D. Kochenov, *Biting Intergovernmentalism*, cit.

forte; tuttavia, come pure si è visto[135], i limiti intrinseci della procedura di infrazione non consentirebbero nemmeno in questo caso di risolvere completamente il problema. Molto più opportuna risulterebbe pertanto un'azione ai sensi dell'art. 7, par. 1, promossa da un terzo degli Stati membri – ad esempio dagli Stati firmatari del Trattato di Amsterdam (che ha introdotto l'articolo nel diritto primario) – al fine di far dichiarare l'esistenza di un evidente rischio di grave violazione della *rule of law*.

Vi è poi un altro protagonista della procedura prevista dall'art. 7, che fino ad ora ha avuto un ruolo secondario, e che potrebbe invece assumere un rilievo determinante: il Parlamento europeo. Il Parlamento, infatti, non solo è chiamato ad approvare le decisioni assunte dal Consiglio e dal Consiglio europeo ai sensi dell'art. 7, paragrafi 1 e 2, ma può anche proporre l'avvio del procedimento di *early warning*. Sino ad ora, il Parlamento ha assunto una posizione contraddittoria. Ha spesso criticato la Commissione europea per l'approccio differenziato ed eccessivamente lasco tenuto nei confronti di Polonia ed Ungheria, ma non ha mai ritenuto di dover decidere sull'attivazione dell'art. 7, par. 1, pur richiamando la disposizione in parola, come una sorta di mantra, in tutte le risoluzioni adottate sul tema[136]. Non solo. Il 25 ottobre 2016 il Parlamento ha adottato una risoluzione «recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali»[137] colla quale ha richiesto alla Commissione di presentare, entro settembre 2017, sulla base dell'art. 295 TFUE, una proposta per la conclusione di un Patto dell'Unione sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali. Il Patto in parola, che dovrebbe dunque assumere la forma di un accordo interistituzionale (potenzialmente vincolante per Parlamento europeo, Consiglio e Commissione)[138], sarebbe chiamato a stabilire «le modalità atte a facilitare la cooperazione delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri nell'ambito dell'articolo 7 TUE e […] integrare, allineare e completare i meccanismi esistenti». Si tratta, insomma, di una iniziativa (l'ennesima!) volta ad introdurre meccanismi complementari a quelli dell'art. 7, che ne consentano più facilmente

[135] Si v. *supra*, par. 2.
[136] Si rinvia in proposito alle risoluzioni menzionate nelle note precedenti.
[137] Doc. 2015/2254(INL), documento disponibile all'indirizzo Internet: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0409+0+DOC+XML+V0//IT.
[138] Il cui progetto di testo è allegato alla risoluzione.

l'attivazione. Indubbiamente non mancano, nell'iniziativa avanzata dal Parlamento, elementi di interesse. A partire dalla previsione di un esercizio dialogico permanente che coinvolga istituzioni dell'Unione *e* Stati, con possibilità di attivazione di meccanismi sanzionatori paralleli a quello previsto dal paragrafo 3 dell'art. 7. Ma, ancora una volta, si tratta di una iniziativa che potrà giocare eventualmente un ruolo solo in vista di future crisi della *rule of law*. Ora si tratta di dare risposte certe alle crisi attuali. E l'unica possibilità, che il Parlamento dovrebbe prendere seriamente in considerazione, è quella di attivare l'art. 7 TUE.

Insomma, l'apparente "resa" della Commissione europea ben potrebbe essere contrastata grazie ad un intervento degli altri attori istituzionali coinvolti nell'applicazione della disposizione *de qua*. Invero, come anche ricordato da Besselink in un pregevole e recente contributo, le potenzialità dell'articolo 7 «are [still] insufficiently explored, both by the institutions and in the literature»[139]. L'articolo è il risultato di un corretto bilanciamento di interessi. Giustamente prevede un controllo politico, dato che eminentemente politica è la natura dell'oggetto del sindacato che regolamenta. Contempla una gradualità nella risposta, includendo tutti i principali attori istituzionali nei relativi processi decisionali. Se correttamente utilizzato, non consente indebite interferenze degli affari interni degli Stati membri, né possibili violazioni del rispetto delle identità nazionali imposto dall'art. 4, par. 2, TUE. Non va dimenticato, d'altra parte, che l'ordinamento costituzionale degli Stati membri non è affatto esente dall'influenza esercitata dal diritto dell'Unione e che le stesse identità nazionali non dovrebbero, in ogni caso, contraddire i valori fondanti dell'Unione[140]. Infine, la disposizione consente l'adozione di sanzioni proporzionate alle violazioni accertate.

All'autore del presente contributo non sfuggono evidentemente né la complessità degli interessi politici in gioco né le difficoltà che possono incontrare le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri nel ricorrere all'art. 7 TUE. È giunto, però,

---

[139] L. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl*, cit.

[140] Sul punto si è espressa, seppur incidentalmente, la Corte di giustizia nel caso *Sayn-Wittgenstein*: sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, punti 88-92. Sottolinea poi Besselink: «[a]s the *commonality* of values is the very essence of what is to be protected, the duty on the part of the EU to respect the national identity inherent in the political and constitutional structure of a Member State (Article 4(2) TEU) cannot logically be affected by Article 7 TEU, nor can an infringement of the values of Article 2 be justified by reference to the national identity clause». L. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl*, cit., pp. 4-5.

il momento di prendere una decisione. Nella consapevolezza che qualsiasi ulteriore mossa dilatoria rischia di trasformare le vicende drammatiche di questi mesi non già in una farsa. Ma in una tragedia.

ISSN 2037-6677	2016/4

Lo stato di salute della *rule of law* in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?

The health of the rule of law in Europe: a generalized decline in the new states of the E uropean Union?

Angela Di Gregorio

Abstract

The paper analyses one of the hot topics of the constitutional debate in Europe, that is democratic backslidings in some new EU members States. Although many works in the international literature have been devoted to this subject, a general analysis of the political and constitutional causes of this regression is lacking. It is therefore necessary to analyzethe characteristics of the transition to democracy;the EU 'rule of law' mechanisms and their failure, including the failure of the system of democratic conditionality; the cultural and constitutional framework of the new EU member states, including some defects in their constitutional engineering.

Tag: rule of law, European conditionality, constitutional engineering, constitutional courts, constitutional backslidings

ISSN 2037-6677

Lo stato di salute della *rule of law* in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?

di Angela Di Gregorio

SOMMARIO: 1. – Premessa. 2. – La concezione "europea" della *rule of law*. 3. – Le crisi costituzionali in Ungheria, Romania e Polonia. 3.1. – Affinità e differenze tra i casi ungherese e polacco. 3.2. – Le peculiarità della crisi costituzionale romena dell'estate 2012. 3.3. – Le criticità costituzionali nei tre paesi.. 4. – Ruolo e destino delle corti costituzionali. 5. – Caratteristiche e limiti della condizionalità democratica europea e dei meccanismi di protezione della *rule of law*. 6. – Conclusioni.

1. – Premessa

Uno dei temi ricorrenti del dibattito costituzionale in Europa negli ultimi anni è quello del mancato rispetto del principio della *rule of law* in una serie di paesi. La situazione è diventata particolarmente preoccupante nell'ultimo anno, da quando una severa crisi costituzionale, dopo quella ungherese, ha investito anche un paese della "nuova" Europa considerato tra i più virtuosi per progresso economico e stabilità democratica, ossia la Polonia.

In passato timori di fragilità democratica si sono manifestati nei confronti di Italia e Grecia[1], per la limitazione del pluralismo dei media, l'elevato tasso di corruzione, l'adozione di leggi *ad personam*, la lentezza della giustizia, la diffusione della criminalità organizzata, o della Francia, in relazione al trattamento dei rom[2]. Le prime preoccupazioni per la tenuta dei valori democratici all'interno dell'UE sorsero a seguito dell'*exploit* elettorale di un partito di estrema destra in Austria nel 1999. In quell'occasione fu nominato dai paesi dell'UE un gruppo di "saggi", incaricati di indagare sulla situazione politica e dei diritti umani nel paese, che giunse alla conclusione che il livello di rispetto dei valori europei comuni, compresi i diritti delle minoranze, dei rifugiati e degli immigrati, fosse soddisfacente se non migliore di quello di altri Stati dell'Unione[3]. In questo caso, come in quelli di Italia, Francia, Grecia, le preoccupazioni si sono dissolte a causa di cambiamenti elettorali o dell'accantonamento dei progetti più controversi.

La questione rimane invece spinosa per Ungheria e Polonia, le cui crisi costituzionali sono le più gravi tra i nuovi Stati membri dell'UE, mentre il caso della Romania viene trattato, a seconda degli autori, come ulteriore testimonianza della debolezza dello stato di diritto nel paese oppure come esempio di successo della condizionalità post-accesso, se si vuole considerare "felice" la soluzione del contrasto tra Governo, Presidente e Corte costituzionale nella crisi dell'estate 2012[4]. Un caso simile a quello polacco è quello della Slovacchia, dove il Presidente Kiska si rifiuta dal 2014 di nominare i nuovi giudici costituzionali tra i candidati proposti dal Parlamento (a ciò vanno aggiunte le riforme che penalizzano il potere giudiziario)[5].

---

[1] A. Von Bogdandy - M. Ioannidis, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, What has been done, What can be done*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, 2014, pp. 59-96.

[2] D. Kochenov - L. Pech, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rethoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, Issue 3, 2015, pp. 512- 540.

[3] Si tratta del cosiddetto "Wise Men Report" (i saggi erano M. Ahtisaari, J. Frowein, M. Oreja) adottato a Parigi l'8 settembre 2000 dopo che nell'ottobre 1999 si era creata un'alleanza di governo tra il principale partito di centro-destra (ÖVP, Partito Popolare Austriaco) e il partito di estrema destra FPÖ (Partito della Libertà Austriaco).

[4] Si è trattato di una soluzione politica in un contesto istituzionale sempre a rischio di stallo. Vedi B. Iancu, *Separation of Powers and the Rule of Law in Romania: The Crisis in Concepts and Contexts*, in A. von Bogdandy - P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015, pp. 153-169; V. Perju, *The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, no. 1, 2015, pp. 246-278.

[5] Sul punto, T. Ľalík - K. Baraník - S. Drudga, *Developments in Slovak Constitutional Law: The Year 2015 in Review*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, July 20, 2016, www.iconnectblog.com/2016/07/developments-in-

Sia nel caso slovacco che in quello romeno, tuttavia, la conflittualità è di natura politica, derivando dalla contrapposizione tra un capo dello Stato e un Governo di opposto orientamento politico.

Di queste crisi costituzionali, e della loro pericolosità per la tenuta dei valori europei, si è scritto e si continua a scrivere molto. Le opinioni sono più o meno concordi nel riconoscere una regressione della cultura democratica e costituzionale nei nuovi Stati membri dell'Unione, dovuta all'assenza di tradizioni costituzionali ed alla fretta dell'ammissione[6].

2. – La concezione "europea" della *rule of law*

Bisogna in primo luogo delimitare il principio della *rule of law*, dal momento che se ne può dare una declinazione ampia o ristretta, formale o sostanziale. Vi sono diverse tradizioni culturali in materia, inclusa una passata concezione di *socialist rule of law*, che continua a influenzare in qualche misura, più o meno intensa a seconda dei casi, i paesi ex socialisti. *Rule of law*, *stato di diritto*, *rechstaat*, *état de droit* non sono espressioni diverse di uno stesso concetto ma hanno diversità storico-applicative non secondarie. La principale dicotomia risiede, com'è noto, tra la tradizione anglosassone e quella continentale (in particolare tedesca e francese). Come la dottrina però ha ampiamente dimostrato, grazie al ruolo delle giurisdizioni costituzionali e di quelle internazionali si è prodotta nel tempo un'ampia convergenza sui contenuti del principio, che deve necessariamente includere una serie di profili sia formali/procedurali che sostanziali, in relazione alla tutela dei diritti umani, al punto da rendere evanescenti le differenze originarie. Tuttavia, se chiamata a dare una definizione esaustiva e riassuntiva del concetto, la dottrina fatica a trovarne una comune[7].

---

slovak-constitutional-law. Ancora T. Ľalík, *Constitutional Court Crisis in Slovakia: Still Far Away from Resolution*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Aug. 5, 2016, www.iconnectblog.com/2016/08/constitutional-court-crisis-in-slovakia-still-far-away-from-resolution.

[6] A. von Bogdandy - P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, cit.; D. Kochenov - L. Pech, *Better Late than Never? On the Commission's Rule of Law Framework and Its First Activation*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, Issue 5, 2016, pp. 1062-1074. Per aggiornamenti in merito al dibattito sul tema si rinvia ai post pubblicati sul *Verfassungsblog on matter constitutional* al sito http://verfassungsblog.de.

[7] Un'utile sintesi è reperibile in L. Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper 04/09, p. 44. Dopo aver ricordato che «the English rule of law, the

Si susseguono inoltre negli ultimi anni pubblicazioni dedicate al tema della *international rule of law*, la quale tuttavia sembra derivare più da una sommatoria di diverse tradizioni che da una sintesi delle stesse e che, sotto l'aspetto di una apparente uniformità, nasconde caratteristiche ancora diverse. Non essendo qui la sede per una disamina approfondita di questo pilastro dello Stato liberal-democratico, che tende a confondersi con le caratteristiche generali di questa forma di Stato, per la quale rinvio all'amplia bibliografia in materia[8], mi limito ad osservare che la concezione attualmente invocata in Europa per contestare la violazione della *rule of law* fa riferimento ad alcuni documenti (meramente) riepilogativi delle caratteristiche del principio, prodotti sia dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa che da una serie di istituzioni dell'Unione europea[9] e dell'OSCE[10] che a loro volta si basano sulla giurisprudenza delle corti europee di Strasburgo e Lussemburgo.

German Rechtstaat and the French Etat de droit are concepts which provide similar answers to similar question», l'Autore ritiene che si tratti di «meta-principles which provide the foundation for an independent and effective judiciary and essentially describe and justify the subjection of public power to formal and substantive legal constraints with a view to guaranteeing the primacy of the individual and its protection against the arbitrary or unlawful use of public power».

[8] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885 e successive edizioni. Ancora: P. Costa - D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2003; B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; P. Costa - D. Zolo (eds.), *Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Netherlands, Springer, 2007; M. Sellers - T. Tomaszewski (eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Netherlands, Springer, 2010; L. Pegoraro - A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, Cedam, 2013; M. Krygier, *Rule of Law*, in M. Rosenfeld - A. Sajo (eds.), The *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 233-249; M. Adams - A. Meuwese - E. Hirsch Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; G. Criscuoli - M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti,* Milano, Giuffré, 2016, pp. 10-13 e 21 ss. Vedi anche G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2013, pp. 397-401. Si veda anche il Dossier della Documentation française n. 898 del marzo 2004 a cura di J. Chevallier *L'État de droit*.

[9] In particolare la Commissione, che di questo principio è custode.

[10] Venice Commission, *Report on the rule of law*, 25-26 March 2011, www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e; Venice Commission, *Rule of Law Checklist* CDL-AD(2016)007, 18 March 2016, www.biicl.org/documents/897_vc_rol_checklist_-_cdl-ad2016007-e.pdf?showdocument=1; Comunicazione della Commissione del 15 ottobre 2003, *Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione*, COM (2003) 606 def. Per l'OSCE si veda *ODHIR and the Rule of Law*, www.osce.org/odihr/103448?download=true (il monitoraggio della *rule of law* è uno degli obiettivi dell'OSCE; in questo caso *rule of law* è intesa soprattutto come «assistance in developing justice systems that guarantee the respect for everyone's fundamental rights and freedoms in a fair and independent manner»), www.osce.org/odihr/rol.

Tra i documenti più recenti segnaliamo la *Rule of Law Checklist* della Commissione di Venezia del 18 marzo 2016 e il *New EU Framework to strengthen the Rule of Law rule* della Commissione europea (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio dell'11 marzo 2014), il cui allegato 1 definisce il contenuto del principio riferendosi agli standard del Consiglio d'Europa ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia[11]. Il concetto è stato ribadito anche nella *Commission Recommendation regarding the rule of law in Poland* del 27 luglio 2016[12].

Fin da ora si può notare come una concezione così ampia rischia di snaturare il concetto stesso di *rule of law* rendendone la piena osservanza impossibile, anche per paesi di consolidata tradizione democratica. In effetti la definizione è vaga, come notato[13], e finisce con l'essere una collazione di altri principi. Se esaminiamo la sua applicazione alle vicende di Ungheria, Polonia e Romania, dove ne è stata evocata la violazione, notiamo che si tratta principalmente dell'ingerenza della maggioranza politica del raccordo Governo-Parlamento nell'attività delle corti (non solo quelle costituzionali) e dunque della violazione del principio della divisione dei poteri a danno degli organi di garanzia.

Nell'ambito dell'UE e del Consiglio d'Europa il principio della *rule of law* costituisce la base su cui interagiscono altri principi fondamentali (democrazia, diritti umani, diritti delle minoranze) che così acquistano significato ed efficacia. Senza il rispetto dei requisiti, anche procedurali, che rientrano nella nozione di *rule of law* (i sei principi riassunti dalla Commissione di Venezia[14]) questa non potrebbe

[11] Il principio è stato enunciato per la prima volta nel Trattato di Maastricht ma la Corte europea di giustizia ne aveva elencato gli attributi nella sentenza *Les Verts* del 1986: «the principle of legality, legal certainty, proibition of arbitrariness of the executive power, independent and effective judicial review, including respect for fundamental rights, equality before the law».

[12] http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/recommendation-rule-of-law-poland-20160727_en.pdf.

[13] L. Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, cit., p. 70, ricorda come «like the term democracy, the rule of law is a contested concept which has meant many things to many different people».

[14] Come riportato nel *Report on the rule of law* adottato alla 86esima sessione plenaria (25-26 March 2011), si tratta dei seguenti profili: (a) *Legality (including a transparent, accountable and democratic process for enacting law)*; (b) *Legal certainty*; (c) *Prohibition of arbitrariness*; (d) *Access to justice before independent and impartial courts*; (e) *Respect for human rights*; f) *Non-discrimination and equality before the law*. Tali profili sono stati ribaditi con maggiore articolazione e dettaglio nella *Rule of Law Checklist* del 18 Marzo 2016: *Legality (including supremacy of the law, compliance with the law, duty to implement the law, stability and consistency of law, non-retroactivity, nulla poena sine lege,…), Legal certainty (accessibility of legislation and court decisions, foreseeability of the laws, res judicata), Prevention of abuse o misuse of power, Equality before the law and non-discrimination, Access to justice (independence and impartiality of the judiciary, fair trial, constitutional justice).*

estrinsecarsi. La nozione va strettamente connessa agli altri valori della democrazia contemporanea per evitare la sua riduzione ad un'angusta concezione di Stato legalista in assenza di pluralismo e di tutela dei diritti delle opposizioni (ma i valori sociali purtroppo non vi fanno parte).

Le vicende ungherese e polacca ci aiutano a riflettere su concetti che finora sembravano troppo astratti. Inoltre, i paesi ex socialisti ci danno buoni esempi della differenza tra *rule of law* formale e *rule of law* sostanziale: basta mettere a confronto la giurisprudenza della Corte costituzionale ceca e di quella ungherese nel "giudizio sul passato" (legalità formale in Ungheria[15] contro legittimità sostanziale e dottrina dei valori in Cecoslovacchia/Repubblica ceca). Il Tribunale costituzionale polacco si è allineato a quello ungherese con la sentenza dell'11 maggio 1997 sulla legge di lustrazione[16].

3. – Le crisi costituzionali in Ungheria, Polonia e Romania

Come accennato, la dottrina adduce una serie di motivi per queste crisi o "regressioni" costituzionali. Due sono i principali: l'impossibilità per i paesi dell'Europa centro-orientale di raggiungere una piena maturazione democratica a causa del loro passato comunista; l'assenza di tradizioni costituzionali e l'impossibilità di assimilare profondamente in pochi anni ciò che negli altri paesi europei è maturato in secoli di lotte per la limitazione del potere[17]. Viceversa, non si

---

Il principio è citato altresì nel preambolo della CEDU mentre l'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa definisce il rispetto della *rule of law* come una precondizione per l'accesso di nuovi Stati (ma mentre la versione inglese parla di *rule of law*, quella francese usa il termine *préeminence du droit* e non *état de droit*: entrambe le versioni linguistiche sono ufficiali).

[15] Riferendosi principalmente al principio di continuità giuridica e non a quello di democrazia la Corte sceglie di concepire la transizione post-socialista secondo un'accezione formalista e legalista del principio democratico piuttosto che sostanziale o militante: «Il cambiamento di sistema è stato realizzato sul fondamento della legalità. Il principio di legalità impone allo stato di diritto l'obbligo di rispettare incondizionatamente le norme comprese nel sistema giuridico. I cambiamenti politici rivoluzionari adottati dalla costituzione e da tutte le nuove leggi fondamentali lo furono in piena conformità con le vecchie regole procedurali del precedente sistema giuridico, acquisendo così forza obbligatoria» (sentenza 11/1992).

[16] Per un approfondimento su questi argomenti si rinvia a J.P. Massias, *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est*, Paris, Puf, 2008 e ad A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia*, Milano, FrancoAngeli, 2012.

[17] Si vedano, in particolare, gli articoli pubblicati sul numero speciale dell'*International Journal of Constitutional Law* Vol. 13, no. 1, tra cui: B. Bugarič, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist*

evidenzia adeguatamente il fallimento del percorso di candidatura europea e di tutto l'armamentario messo in atto per prevenire o per correggere le deficienze democratiche, al cui interno hanno una precisa responsabilità gli stessi organismi europei (Commissione europea, Commissione di Venezia) per una visione piuttosto formalistica della triade "democrazia, stato di diritto, diritti umani" (più tutela delle minoranze). La fretta dell'ammissione aveva le motivazioni politiche ben note, anche se per Ungheria e Polonia il soddisfacimento dei criteri di Copenhagen era probabilmente pieno mentre per paesi più zoppicanti, come Romania e Bulgaria, si sono pensati meccanismi di verifica post-ingresso legati a condizioni anche di tipo economico che in parte sembrano aver funzionato.

La gravità dei processi in corso in Ungheria e Polonia risiede nel fatto che attraverso lo strumento del diritto costituzionale si sta modificando (o si è già modificato) il ruolo di contropoteri importanti, come le corti costituzionali, e si stanno in generale vanificando le garanzie contro-maggioritarie (ombudsman, organi di governo della magistratura, procura, *authority* per i *media* ed altre *authority*, etc.) sullo sfondo di una visione di destra populista insofferente dei controlli democratici. Ad un esame di contesto più ampio risulta in crisi il principio stesso della democrazia maggioritaria, così tanto difeso in nome della governabilità che soprattutto in Polonia rappresenta una conquista recente, considerando la passata esperienza di frazionamento parlamentare ed instabilità governativa. Sempre per restare nell'ambito dei difetti di sistema, emergono chiaramente i limiti dell'ingegneria costituzionale post-socialista, perché alcune scelte adatte ad un contesto di transizione, in cui freni e contrappesi erano ancora fluidi, si rivelano insostenibili nell'attuale scenario super-maggioritario. Così come si sono rivelate deleterie le scelte a favore di un sistema elettorale selettivo e di una costruzione delle forme di governo in maniera opaca per quanto riguarda i rapporti tra Presidente e Primo Ministro (questo vale soprattutto per Romania e Slovacchia, nonostante le revisioni costituzionali del 1999 e del 2003).

3.1. – Affinità e differenze tra i casi ungherese e polacco

Europe: "Lands in-between" democracy and authoritarianism, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, no. 1, pp. 219-245.

La situazione polacca e quella ungherese presentano molti aspetti comuni, nonostante la differente forma di governo, rispettivamente semipresidenziale e parlamentare. Entrambi i paesi hanno applicato o stanno applicando con rigore scientifico lo *spoils system* ad ampio spettro, con una visione conservatrice della società (inclusa la famiglia) e della religione non condivisa neanche dalle gerarchie ecclesiastiche vaticane. Si tratta di una politica miope, di corto periodo, alla cui base si evidenzia una crisi economica e di conseguenza sociale[18].

In ambedue i casi i partiti nazionalisti di destra al governo (il Fidesz in Ungheria e il PiS in Polonia) contestano le modalità in cui la transizione è avvenuta nel 1989, pur essendo stati dalla parte dell'opposizione al vecchio regime comunista. La posizione del Fidesz ungherese è palese sul punto. Considerando che i comunisti riformisti hanno avuto un ruolo chiave nella transizione dal modello socialista e che il partito erede del Psou, ossia i socialisti (Mszp), ha governato più volte dopo le prime elezioni libere del 1990, traghettando ufficialmente il paese nell'Unione europea, la nuova Legge fondamentale ungherese del 2011 (e successivi emendamenti) si rivolge espressamente contro tale forza politica non riconoscendo alcuna discontinuità tra la leadership comunista e quella socialista post-1989. Tale furore persecutorio si è estrinsecato sia nelle disposizioni costituzionali di "messa alla gogna" (preambolo, art. U, disposizioni transitorie) che nella modifica di leggi importanti che hanno portato alla rimozione di alti funzionari statali (giudici costituzionali, ombudsman, altre cariche di garanzia) che erano stati eletti o nominati durante le precedenti legislature (con parziale rettifica dopo le due decisioni della Corte di Lussemburgo sul pensionamento anticipato dei giudici e sull'*authority* sulla protezione dei dati)[19]. Dopo la "rivoluzione" costituzionale del periodo 2010-2013 si procede ora attraverso aggiustamenti che riguardano in particolare le questioni migratorie[20] ma di conseguenza anche i rapporti con l'Unione europea[21].

---

[18] Per la Polonia si veda W. Sadurski, *What Makes Kaczyński Tick?*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Jan. 14, 2016, at: www.iconnectblog.com/2016/01/what-makes-kaczynski-tick.

[19] Nella decisione del 6 novembre 2012 la Corte europea ha stabilito che l'abbassamento repentino dell'età pensionabile di giudici, notai e procuratori da 70 a 62 anni era una discriminazione ingiustificata in base all'età. Nella decisione dell'8 aprile 2014 la Corte ha stabilito che facendo cessare anticipatamente le funzioni del Commissario per la protezione dei dati personali l'Ungheria avrebbe violato gli obblighi derivanti dalla Direttiva 95/46.

[20] Sull'argomento vedi A. Di Gregorio, *L'Europe de l'Est et les migrants: les raisons de l'hostilité,* in *Lettre de L'Est,* n. 3/2015, pp. 3-6; E. Stefanelli, *Approvate norme restrittive in materia di diritto di asilo*, in *DPCE on-line*, n. 4, 2015; E. Mainardi, *Ungheria. Quote migranti: il referendum di Orbán manca il quorum*, in

Nel caso polacco, il partito Diritto e Giustizia, o PiS, creato dai gemelli Kaczyński nel 2001, nasce da una costola minoritaria del movimento Solidarność che aveva contribuito, insieme ad altri attori (tra cui la Chiesa cattolica), a favorire la transizione dal modello socialista. A suo tempo i Kaczyński si dimostrarono contrari alla politica della "tabula rasa" con il passato, politica che però alla fine prevalse. Già nel biennio 2006-2007, durante il periodo in cui Jarosław Kaczyński era premier di un governo di coalizione (il fratello gemello Lech era stato eletto Presidente della Polonia nel marzo 2005 e poi perì nel 2010 nell'incidente aereo di Smolensk), vi fu un tentativo di inasprire - in realtà rendere effettivamente funzionante - il meccanismo di epurazione politico-amministrativa che nei primi anni dopo la transizione era stato accantonato a favore di una politica di dimenticanza, quasi di "amnistia morale"[22]. Ma il Tribunale costituzionale nel 2007 ha bocciato tale inasprimento rendendo di fatto non applicabile la legge di lustrazione.

Le insofferenze nei confronti del nuovo corso post-socialista ed europeista trattenute fin dal 1989 si sono apertamente manifestate una volta ottenuta la maggioranza assoluta dei seggi in entrambe le camere del parlamento alle elezioni del 25 ottobre 2015[23]. Forte dell'appoggio, e del precedente, dell'Ungheria (che sembra essere stato studiato a tavolino) la nuova leadership polacca ha iniziato sistematicamente e gradualmente a riportare sotto il controllo della maggioranza governativa i maggiori contropoteri, a cominciare dal Tribunale costituzionale e proseguendo coi *media*. Anche giudici comuni e procuratori sono interessati da cambiamenti negativi in entrambi i paesi[24]. Non si tratta dunque solo della

federalismi.it, 5 ottobre 2016; Z. Szente, *The Controversial Anti-Migrant Referendum in Hungary is Invalid*, Blog of the IACL-AIDC, 18 ottobre 2016.

[21] Si veda la VI riforma costituzionale relativa all'introduzione di un nuovo stato di eccezione nel testo costituzionale e il tentativo di VII riforma costituzionale che ha però subito una battuta d'arresto durante la votazione parlamentare l'8 novembre 2016. Sul contenuto di queste revisioni si rinvia a R. Uitz, *Hungary's attempt to manage threats of terror through a constitutional amendment*, 28 April 2016, www.constitutionnet.org/news/hungarys-attempt-manage-threats-terror-through-constitutional-amendment e Id., *National Constitutional Identity in the European Constitutional Project: A Recipe for Exposing Cover Ups and Masquerades*, in *Verfassungsblog.de*, 11 novembre 2011.

[22] Lo stesso generale Jaruzelski fu ritenuto non colpevole di delitti contro la nazione polacca perché la proclamazione della legge marziale nel 1981 avrebbe evitato l'ingerenza diretta dei sovietici.

[23] A. Angeli, *Elections in Poland: the legal framework and the political landscape*, in federalismi.it, n.21/ 2015.

[24] M. Methivier, *L'état de droit, enjeu central de la crise institutionnelle et politique en Pologne*, in *Lettre de l'Est*, n. 4/2015, pp. 5 ss. Secondo W. Sadurski, *What Makes Kaczyński Tick?*, cit., «the Constitution was breached in substance (almost every provision of the law on the Constitutional Court is blatantly unconstitutional) and in process – with the parliamentary opposition effectively silenced, and the

intricatissima vicenda della nomina dei nuovi giudici costituzionali ma anche della limitazione dell'autonomia del Tribunale costituzionale attraverso nuove regole per la nomina e la revoca del presidente e dei vice presidenti, l'ordine di esame dei ricorsi, e una serie di altri aspetti[25]. L'elemento simbolicamente più grave è l'inosservanza da parte di Governo e capo dello Stato delle sentenze del Tribunale costituzionale: si tratta di un atteggiamento analogo a quello già adoperato in Ungheria, dove però sono state inserite nel testo della Costituzione le disposizioni dichiarate incostituzionali poco tempo prima.

Vi sono tuttavia importanti differenze politiche e istituzionali tra i due paesi: in Ungheria il partito del premier Orbán Fidesz (Unione dei giovani democratici o Unione Civica ungherese), insieme al piccolo alleato di centro-destra Kdnp, alle ultime elezioni del 2014 ha conquistato 133 seggi, pari al 66,83% dei membri dell'Assemblea nazionale, esattamente la soglia che ha consentito alla coalizione conservatrice di raggiungere, come nella precedente legislatura 2010-2014, una maggioranza dei due terzi dei componenti. Tale maggioranza, favorita dal sistema elettorale (modificato a vantaggio della coalizione di governo nel 2011[26]) aveva

---

main acts pushed through the parliament at break-neck speed, often in the middle of the night, to have the law ready for the President to swiftly promulgate the following morning. It is not subtle, but it has been efficient. Constitutional constraints are, for Kaczyński, just another irritant which should not stand in the way of his program of "reforms"». L'elenco dei provvedimenti lesivi della *rule of law*, oltre a quelli riguardanti la giustizia costituzionale, risulta dalla Raccomandazione della Commissione europea del 27 luglio 2016.

[25] La bibliografia è ormai amplissima. Di seguito indicazioni non esaustive: A. Śledzińska-Simon, *Midnight Judges: Poland's Constitutional Tribunal Caught between Political Fronts*, in Verfassungsblog.de, 23-11-2015; T. T. Koncewicz, *Polish Constitutional Drama: Of Courts, Democracy, Constitutional Shenanigans and Constitutional Self-Defense*, www.iconnectblog.com, 6-12-2015; T.T. Koncewicz, *Bruised, but not dead (yet): The Polish Constitutional Court has spoken*, Verfassungsblog.de, 10-12-2015; A. Radwan, *Chess-boxing around the Rule of Law: Polish Constitutionalism at Trial*, Verfassungsblog.de, 23-12-2015; A. Angeli, *Poland. The Venice Commission warns over the amendments to the Act on the Constitutional Tribunal*, in forumcostituzionale.it, 3-4-2016; A. Angeli, *Polonia. Prosegue lo scontro tra le più alte istituzioni dello Stato in assenza di un accordo tra le principali forze politiche del paese*, in diritticomparati.it, 11-4-2016; A. Angeli, *Le derive di una democrazia (quasi) maggioritaria*, in *federalismi.it*, n. 17/2016; M. Dicosola, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, in osservatorioaic.it, 1, 2016; J. Sawicki, *Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale. Polonia 2016*, in nomos-leattualitaneldiritto.it, 1, 2016; J. Sawicki, *Gli interrogativi circa la degenerazione in una "democrazia illiberale"*, in nomos-leattualitaneldiritto.it, 1, 2016; P. Starski, *The Power of the Rule of Law: The Polish Constitutional Tribunal's Forceful Reaction*, in Verfassungsblog.de, 17-3-2016; W. Zurek, *The National Council of the Judiciary is under attack in different ways*, in Verfassungsblog.de, 11 ottobre 2016; L. Pech, *Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: What should the Commission do next?*, in *Verfassungsblog.de*, 31 ottobre 2016.

[26] C. Preiner, *6 aprile 2014. L'Ungheria vota: vademecum per le elezioni*, in Dipeo, 4 aprile 2014, in http://users2.unimi.it/dirpubesteuropa/2014/04/6-aprile-2014-l-ungheria-vota-vademecum-per-le-elezioni.

prodotto la rapida adozione della nuova Legge fondamentale, e successive modificazioni, e l'introduzione di ulteriori modifiche del quadro dei contropoteri tramite la legislazione cardinale, ossia organica. Tuttavia a seguito di elezioni suppletive a febbraio ed aprile 2015 la maggioranza dei due terzi si è sgretolata per una differenza di soli due seggi. Anche se le questioni più scottanti sembrano essersi risolte con l'intervento europeo (sentenze della Corte di giustizia o ricorsi pendenti; pareri della Commissione di Venezia[27]) la realtà è più complessa. La Corte costituzionale è stata "addomesticata" con la riduzione delle competenze e la sostituzione dei giudici, la cui maggioranza risulta ora nominata dall'attuale coalizione di governo[28]. Lo stesso si può dire per il potere giudiziario in generale[29] mentre la Costituzione con il suo contenuto conservatore e le numerose contraddizioni, incluse le disposizioni che costituzionalizzano leggi dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale, consente l'adozione di leggi cardinali dal contenuto molto discutibile, come il pacchetto sicurezza. A tale quadro si aggiunge il depotenziamento del parlamento, con la eliminazione della seconda lettura nel procedimento di approvazione delle leggi, l'introduzione di un meccanismo di "voto

[27] Per approfondimenti si rinvia a A. Di Gregorio, *The Fundamental Law of Hungary in the European context*, in Z. Szente - F. Mandák - Z. Fejes (eds.), *Challenges and Pitfalls in the Recent Hungarian Constitutional Development. Discussing the New Fundamental Law of Hungary*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 258-275.

[28] Mentre in base alla precedente Costituzione l'elezione avveniva su proposta di una "commissione per le nomine" composta in maniera paritaria dai rappresentanti di tutti i partiti in parlamento (art. 32/A), ora invece la composizione della commissione rispecchia la grandezza dei gruppi parlamentari e non è più costituzionalizzata ma prevista dall'art. 7 della nuova legge sulla Corte costituzionale del 2011. Inoltre, mentre in precedenza i giudici eleggevano al proprio interno il presidente, ai sensi della Legge Fondamentale i giudici ed il presidente della Corte sono eletti dall'Assemblea nazionale a maggioranza dei due terzi dei componenti (art. 24, comma 8). Per i dettagli si rinvia alla legge CLI del 2011 sulla Corte costituzionale, sul sito della corte http://hunconcourt.hu/rules/act-on-the-cc. Come ricorda L. Sólyom, *The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary*, in A. von Bogdandy - P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, cit., p. 22, le novità introdotte coincidono con le proposte avanzate (inutilmente) dai comunisti alla tavola rotonda nel 1989. Fino al 2013 la Corte è stata composta in maniera quasi paritaria da giudici nominati dal Fidesz e da altri partiti e le decisioni sono state adottate con difficoltà. Successivamente però, a seguito di una serie di pensionamenti e dunque di nuove nomine, la situazione si è spostata a favore della maggioranza di governo (gli attuali giudici costituzionali sono stati eletti tutti dopo l'aprile 2010: vedi http://hunconcourt.hu/members/present-members). La situazione è tuttavia ambigua in quanto si sono prodotte ulteriori vacanze, compresa la carica di presidente della Corte, che a causa della perdita dei 2/3 in parlamento sono state colmate con fatica solo il 22 novembre 2016 grazie all'appoggio di alcuni deputati del partito Lmp (La politica può essere diversa).

[29] I giudici costretti al pensionamento anticipato hanno nella maggioranza dei casi deciso di accontentarsi di un risarcimento invece di rientrare in servizio, così la sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2012, già di per se ambigua e molto tecnica, risulta di fatto aggirata.

bloccato" analogo a quello francese, l'accelerazione dell'intero iter legislativo tramite procedure di urgenza[30]. Le valutazioni sull'attuale situazione della *rule of law* in Ungheria sono però discordanti, a seconda della chiave di lettura: c'è chi ritiene che ormai a seguito delle riforme effettuate e della sostituzione dei giudici comuni e costituzionali le corti siano state ridimensionate; altri invece ritengono che in ottemperanza ai pareri della Commissione di Venezia e delle procedure di infrazione (alcune delle quali avevano portato a decisioni della Corte di Giustizia) le disposizioni più controverse sarebbero state modificate[31]. La situazione tuttavia è in costante evoluzione considerando la difficile situazione politica del Fidesz ma anche la sua ferma intenzione di proseguire con i contenuti del progetto della VII riforma costituzionale, in particolare con la tutela dell'"identità costituzionale". A tale proposito, nonostante la bocciatura di pochi giorni prima del progetto di revisione costituzionale, il 30 novembre 2016 la Corte costituzionale ha pronunciato una decisione di interpretazione della Costituzione in cui afferma in maniera inequivocabile che la tutela dell'identità costituzionale, derivante dalla Costituzione storica ungherese, non può essere messa in discussione dalle esigenze dell'integrazione europea. Si tratta di una decisione epocale, paragonata da alcuni costituzionalisti alla somma delle decisioni Solange, Maastricht e Lisbona del Tribunale costituzionale tedesco[32].

In Polonia, dalla transizione post-comunista e fino all'ottobre 2015, a causa del quadro politico e del sistema elettorale non si era mai avuta una maggioranza stabile di governo, anche se nelle due ultime legislature con il Governo di coalizione tra Piattaforma Civica e Partito popolare polacco la situazione era migliorata. Tuttavia è solo a seguito delle elezioni dell'ottobre 2015 che per la prima volta nella storia della

[30] Si veda Z. Szende, *Marginalizing the Parliament, (anti) Parliamentary Reforms in Hungary after 2010*, paper presentato al XXX Convegno SISP, 15-17 Settembre 2016, Milano.

[31] Per la prima posizione si veda Z. Szente, *Challenging the basic values- problems in the Rule of Law in Hungary and the failure of the European Union to tackle them*, in A. Jakab - D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, Oxford University Press, 2017, *in uscita*. Per la seconda F. Hoffmeister, *Enforcing the EU Charter in Member States*, in A. Von Bogdandy - P. Sonnevend (eds.), cit., p. 231 ed anche J. Nergelius, *The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania*, *ibidem*, pp. 307-308.

[32] Si veda N. Chronowski, *Constitutional turmoil – the misuse of constitution-making power in Hungary*, paper presentato alla *Conference on Constitutional Issues and Challenges in Hungary and Italy*, Budapest, National University of Public Service, 2-3 December 2016. Il testo della decisione, per il momento solo in ungherese, è reperibile sul sito della Corte costituzionale http://alkotmanybirosag.hu/download.php?h=1616.

Polonia ex comunista si è formato un Governo monocolore. Altro dato politico di rilevanza è che le forze di centro-sinistra sono completamente escluse dal parlamento (questo invece non accade in Ungheria). Pur nella differenza del quadro partitico e del sistema elettorale (misto con prevalenza della componente maggioritaria in Ungheria e proporzionale corretto sul modello spagnolo in Polonia), in entrambi i paesi si verifica una sovra-rappresentazione del partito di maggioranza relativa. Ma mentre il Fidesz, insieme al Kdnp, ha avuto dall'aprile 2010 al febbraio 2015 la maggioranza costituzionale[33] (la modifica dell'ordinamento è iniziata prima dell'adozione della nuova Costituzione con ben 12 leggi di revisione di quella precedente) il PiS polacco deve "limitarsi" ad attuare il proprio programma in via legislativa (salvo fare accordi con gli altri partiti parlamentari per tentare modificare la Costituzione[34]) ed a trarre vantaggio da alcuni errori della precedente disciplina sul Tribunale costituzionale, come l'elezione dei giudici a maggioranza semplice (un residuo socialista: l'elezione a maggioranza semplice fu prevista dal regolamento del Sejm del 1986) con tutte le conseguenze negative che ne sono scaturite.

3.2. – Le peculiarità della crisi costituzionale romena dell'estate 2012

Il caso della Romania è molto diverso. La crisi costituzionale – che ha visto anche qui il coinvolgimento della Commissione europea e della Commissione di Venezia[35] – è dilagata in pochissimo tempo, tra giugno e luglio del 2012, esaurendosi

[33] Con il 44% dei voti hanno ottenuto il 67% dei seggi.

[34] Kaczyński announces aim to change Polish constitution, 02.05.2016 http://thenews.pl/1/9/Artykul/251137,Kaczynski-announces-aim-to-change-Polish-constitution.

[35] *Opinion on the compatibility with Constitutional principles and the Rule of Law of actions taken by the Government and the Parliament of Romania in respect of other State institutions and on the Government emergency ordinance on amendment to the Law N° 47/1992 regarding the organisation and functioning of the Constitutional Court and on the Government emergency ordinance on amending and completing the Law N° 3/2000 regarding the organisation of a referendum of Romania*, Adopted by the Venice Commission at its 93rd Plenary Session (Venice, 14-15 December 2012). CDL-AD(2012)026-e. www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2012)026-e.aspx. La Commissione si è pronunciata non solo sugli atti normativi del Governo come le ordinanze di urgenza ma anche sulle dichiarazioni pubbliche dei rappresentanti del Governo e del parlamento di discredito nei confronti della Corte costituzionale.

peraltro quasi subito[36], anche se è stata preceduta (e seguita) da problemi politico-istituzionali tuttora irrisolti.

Una crisi di governo nel febbraio 2012 aveva portato alle dimissioni del premier Boc, appartenente allo stesso partito del Presidente Băsescu (Pdl, partito democratico-liberale). Dopo un fallito tentativo di nominare un Governo tecnico in attesa delle elezioni previste per dicembre 2012, si era formata una maggioranza di centro-sinistra (Usl, Unione social-liberale) che aveva dato vita ad un nuovo esecutivo diretto da Victor Ponta nel maggio 2012. Il nuovo Governo, pur continuando le stesse politiche di austerità di quello precedente, si è presto posto in conflitto aperto col Presidente Băsescu[37] cercando di produrne la sospensione parlamentare e la revoca popolare.

Il Governo ha messo in atto in poco tempo una serie di atti lesivi del principio della divisione dei poteri: ha adottato una serie di ordinanze di urgenza calpestando le procedure parlamentari[38], ha ignorato la sentenza della Corte costituzionale del 27 giugno 2012 che vietava al premier di rappresentare il Governo al Consiglio europeo senza espressa autorizzazione del Presidente (con la scusa che non era stata ufficialmente pubblicata[39]), ha destituito l'ombudsman, ossia l'Avvocato del popolo (avrebbe violato la Costituzione impugnando atti che non ricadevano nella propria competenza) sostituendolo con una personalità di propria fiducia (è l'unico organo a poter impugnare direttamente le ordinanze di urgenza dinanzi alla Corte costituzionale), ha ridotto i poteri della Corte costituzionale con ordinanza di

[36] V. Perju, *The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis*, cit., p. 257, parla di «Constitutional Blitzkrieg», riconducendo la conflittualità tra il premier Ponta e il Presidente Băsescu alle opacità della forma di governo oltre che a vere a proprie animosità personali. La conflittualità con il premier si era verificata anche durante il primo mandato di Băsescu, il quale ha cercato senza successo di far approvare un emendamento costituzionale che attribuisse al capo dello Stato il potere discrezionale di sciogliere il parlamento per risolvere i problemi politici della coabitazione.

[37] Trovandosi tecnicamente in una situazione di coabitazione. Tuttavia nel contesto politico romeno, molto fluido, caratterizzato da trasformismo politico e poco ideologizzato il concetto di coabitazione assume valore peculiare. Infatti, il precedente tentativo di revoca popolare di Băsescu si era verificato in assenza di coabitazione. Sull'argomento si rinvia a S. Baldin, *Il referendum revocatorio del Presidente della Repubblica romena: circolazione e adattamento di un singolare istituto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2009, pp. 63-80 e Id., *I referendum arbitrali tra teoria e prassi applicative*, in *federalismi.it*, n.19/2012.

[38] Vedi art. 115, c. 5 e 146 lett. d) cost.

[39] Tuttavia il Governo, avocando a se con ordinanza di urgenza del 30 giugno 2012 la competenza della pubblicazione degli atti sulla gazzetta ufficiale, ha potuto determinare l'esatta data della pubblicazione della sentenza.

urgenza, ha sottratto alla responsabilità parlamentare la gestione della gazzetta ufficiale, ha criticato pubblicamente i giudici costituzionali. Si è trattato di comportamenti ed atti direttamente o indirettamente rivolti contro il Presidente (e contro la Corte costituzionale, ritenuta favorevole al Presidente), che sembrano un vero e proprio coup d'état, per difendersi dal quale Băsescu e la Corte hanno invocato la protezione delle istituzioni europee[40].

Anche nel caso romeno bisogna porre la crisi costituzionale dell'estate 2012 in un contesto più ampio, considerando i limiti della transizione alla democrazia in un contesto caratterizzato da forte continuità di strutture e personale. La Costituzione del 1991 è stata adottata in fretta riprendendo in maniera selettiva i modelli stranieri, soprattutto quello francese. Il ruolo della Corte costituzionale è stato limitato fin dall'inizio e solo parzialmente rafforzato con la revisione del 2003, che ha cercato inoltre di chiarire le relazioni tra Presidente e Governo e tra le due camere del parlamento[41]. Ma il sistema istituzionale è rimasto squilibrato anche dopo tale revisione costituzionale. Infatti, i rapporti tra il capo dello Stato da un lato e il raccordo Governo-maggioranza parlamentare dall'altro hanno continuato ad essere conflittuali, come dimostra il coinvolgimento della Corte costituzionale in diverse occasioni, già prima dell'estate 2012. A ciò si aggiunge un contesto politico molto diverso da quello di Ungheria e Polonia. Infatti, a causa del sistema elettorale e partitico e di quello etnico-nazionale[42], di un clima politico caratterizzato da corruzione, scandali continui, trasformismo, e generale instabilità, la vita dei governi è stata sempre precaria. Con la presidenza di Băsescu[43] la situazione politica si è complicata per il forte protagonismo del Presidente, giungendosi al *climax* dell'estate del 2012 con il coinvolgimento delle istituzioni europee. La Corte costituzionale, pur

[40] Per una ricostruzione dell'intera vicenda vedi V. Perju, *The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis*, cit. Il parere, non vincolante, sulla costituzionalità delle accuse rivolte al Presidente è stato reso il 6 luglio 2012 e nello stesso giorno il parlamento ha sospeso Băsescu *fissandone il voto di revoca popolare per il 29 luglio*. La discussione parlamentare era iniziata prima che pervenisse il parere della Corte, alla quale erano state date solo 24 ore di tempo per pronunciarsi.

[41] A. Di Gregorio, *Romania. Le elezioni presidenziali e parlamentari del 2004: le prospettive della forma di governo alla luce della revisione costituzionale del 2003*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. I, 2005, pp. 336-344.

[42] Con la presenza di una forte minoranza ungherese rappresentata da più formazioni politiche, più altre minoranze etniche i cui rappresentanti hanno spesso fatto da stampella ad esecutivi con appoggio parlamentare risicato.

[43] Capo dello Stato dal 2004 al 2014, ad eccezione di due brevi *interim* nel 2007 e nel 2012 quando è stato sospeso in vista del referendum di revoca popolare.

dipinta all'ultimo come il baluardo della democrazia e dello stato di diritto, ha pronunciato negli anni sentenze contraddittorie, spesso favorevoli al capo dello Stato senza rigorose argomentazioni giuridiche[44].

3.3. – Le criticità costituzionali nei tre paesi

I tre ordinamenti esaminati non sono paragonabili, se non in parte, dal punto di vista dello sviluppo democratico. Tuttavia dal punto di vista costituzionale ognuno di essi mostra precisi difetti della propria ingegneria costituzionale.

In Ungheria sia il vecchio che il nuovo testo costituzionale sono contraddistinti da una limitata rigidità costituzionale. La procedura per la revisione costituzionale e per l'adozione di una nuova Costituzione coincidono, dunque il parlamento è organo sia legislativo che costituente. Il procedimento di revisione costituzionale o di adozione di una nuova Costituzione è piuttosto agevole non solo per la procedura (due terzi dei componenti del parlamento monocamerale: tutto si esaurisce nell'ambito parlamentare) ma anche per la facilità dell'iniziativa, che può spettare anche al singolo deputato. Mancano limiti espliciti alla revisione costituzionale come pure disposizioni costituzionali sui partiti anti-sistema, pur essendo stigmatizzata in maniera particolare la dittatura comunista. Sia nel vecchio che nel nuovo testo vi è un numero elevatissimo di rinvii alle leggi cosiddette dei due terzi (oggi «cardinali») anche in materie che andrebbero lasciate alla disponibilità della maggioranza parlamentare per evitare di irrigidirne il contenuto (sistema pensionistico, tributario, etc.). Infine, come accennato, le nuove regole per l'elezione dei giudici costituzionali sono divenute con la Legge Fondamentale meno pluraliste.

In Polonia alla luce degli attuali sviluppi riguardanti la giustizia costituzionale vanno valutate negativamente le regole previste per l'elezione dei giudici costituzionali (maggioranza semplice della sola camera bassa) che non sono tra

[44] Di fronte a questioni analoghe (il quorum per la rimozione del Presidente) la Corte ha deciso in maniera diversa nel 2007 e nel 2012 (ritenendo non necessario il doppio quorum nel 2007 e il contrario nel 2012). N*el 2009 ha dichiarato incostituzionale la legge sul CNSAS, il Consiglio Nazionale per lo Studio degli Archivi della Securitate, l'istituzione incaricata di lustrare i pubblici dipendenti, proprio un mese prima che iniziasse il controllo sulla condotta passata degli stessi giudici costituzionali. Nel 2010 la Corte ha dichiarato la legge sull'ANI, l'Agenzia nazionale di integrità, un'istituzione anti-corruzione fortemente caldeggiata dalla Commissione europea, incostituzionale (7 dei 9 giudici costituzionali erano sotto lo scrutinio dell'organo al momento della pronuncia della sentenza).*

l'altro costituzionalizzate. La Costituzione inoltre contiene requisiti piuttosto laconici per l'elezione dei giudici costituzionali e rinvia alla semplice legge ordinaria la disciplina dettagliata del Tribunale.

Ancora più numerosi appaiono i difetti della Costituzione romena, soprattutto in relazione alla forma di governo per la quale, come detto sopra, non vi è una chiara demarcazione dei ruoli del Presidente e del Primo Ministro[45]. Inoltre, vi è un abuso della decretazione d'urgenza da parte del Governo (non ben regolamentata a livello costituzionale) ed una non chiara differenziazione delle competenze legislative delle camere, secondo quanto previsto dalla revisione costituzionale del 2003. Ciò spinge l'esecutivo a fare un uso massiccio e spesso incostituzionale delle ordinanze emergenziali che possono modificare anche leggi organiche e rimanere in vigore a lungo, essendo la loro impugnazione dinanzi alla Corte costituzionale difficile.

4. – Ruolo e destino delle Corti costituzionali

Un aspetto rilevante delle vicende trattate riguarda il ruolo delle corti costituzionali. Nella transizione post-comunista alcune di esse hanno rivestito un ruolo molto attivo, che le ha portate più volte a scontrarsi con i governi in carica.

Tale protagonismo è dovuto ad una serie di motivi. Innanzitutto alla super-dotazione di competenze ed all'ampiezza dell'accesso[46], che ha indotto le corti a

[45] Il ricorso alla revoca popolare del Presidente (art. 95 cost.) ha rappresentato una valvola di sfogo per risolvere i conflitti all'interno dell'esecutivo duale dal momento che il Presidente non può sciogliere il parlamento. Così V. Perju, *The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis*, cit., p. 263. La stessa Corte costituzionale è risultata molto divisa circa la definizione della forma di governo nella sentenza del 26 settembre 2012 in cui cinque giudici hanno definito la forma di governo come "semipresidenziale" e quattro come "parlamentare razionalizzata". In materia M. Ganino, *Premessa a Romania*, in M. Ganino (a cura di), *Codice delle Costituzioni*. Volume III, Padova, Cedam, 2013, p. 258.

[46] Possono effettuare il controllo preventivo e successivo delle leggi, possono verificare la costituzionalità dei trattati internazionali in via preventiva (a volte anche in via successiva), esercitano un controllo sia di costituzionalità delle leggi ed atti equiparati, che di costituzionalità e legalità degli atti sub-legislativi ed anche di convenzionalità delle leggi e degli atti sub-legislativi, controllano la regolarità di elezioni e referendum, dirimono i conflitti orizzontali e verticali tra i poteri, controllano la costituzionalità dei partiti politici, etc. Per quanto riguarda i titolari del diritto di accesso si tratta di: organi pubblici, cittadini, associazioni, ombudsman, giudici in via incidentale, comuni e regioni; le corti possono agire anche di propria iniziativa. Si rinvia a A. Di Gregorio, *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, poteri, giurisprudenza*, Milano, Giuffré, 2004, pp. 11-58. Per il

pronunciarsi sui rapporti tra i poteri dello Stato determinando il concreto funzionamento della forma di governo, considerando le carenze dei testi costituzionali e il malfunzionamento del sistema politico. In alcuni casi le corti si sono trovate a maneggiare testi costituzionali provvisori, o altrimenti lacunosi o veri e propri "patchwork costituzionali" (come in Polonia fino al 1997[47]) potendo così avere una maggiore libertà di azione. La legittimazione morale dei giudici costituzionali (figure note della dissidenza e della transizione) è stata in alcuni paesi un fattore rilevante per l'autorevolezza dell'organo.

Tuttavia parte della dottrina ha criticato questa primazia delle corti considerandola dannosa per i nuovi parlamenti democraticamente eletti, che hanno finito in certi casi per essere considerati alla stregua dei loro impotenti predecessori col rischio di indebolire la transizione stessa e la rappresentanza[48]. Inoltre, a differenza delle corti costituzionali europee nate a seguito di precedenti transizioni da regimi autoritari, quelle post-comuniste si sono trovate di fronte ad una forte continuità di leadership e strutture.

Per quanto riguarda la Corte costituzionale ungherese, considerandone il ruolo nel periodo che intercorre dal 1989 all'inizio della stagione "riformista" del Fidesz, essa era stata addirittura definita quale «supreme moral authority analogous to a Politburo»[49], sia con riferimento all'amplissima sfera di competenze sia al fatto che

---

loro ruolo nell'immediato periodo post-comunista si veda anche H. Schwartz, *The New Courts: An Overview*, in *East European Constitutional Review*, Vol. 2, no. 2, 1993, pp. 28-32.

[47] Né la revisione costituzionale del 29 dicembre 1989 né la Piccola Costituzione del 17 ottobre 1992 modificarono, se non per aspetti marginali, il catalogo dei diritti della Costituzione del 1952. Con la revisione del dicembre 1989 tuttavia si garantì il diritto di proprietà privata e la sua protezione (art. 1) e si modificò l'art. 1, proclamando la Polonia «uno Stato democratico di diritto che applica i principi della giustizia sociale», disposizione che avrebbe consentito ai tribunali di superare le disposizioni sui diritti di origine socialista rimaste formalmente immutate. Ma quelle disposizioni non prevedevano alcuno strumento per il cittadino per proteggere i diritti violati dalle pubbliche autorità. Così A. Rzeplinski, *The Polish Bill of Rights and Freedoms: A case study of constitution-making in Poland*, in *East European Constitutional Review*, Vol. 2, no. 3, 1993, pp. 26 ss.

[48] Vedi, ad esempio, S. Holmes, *Back to the Drawing Board*, in *East European Constitutional Review*, Vol. 2, no. 1, 1992, p. 22, il quale criticava l'importazione del modello tedesco di una corte costituzionale forte perchè «not appropriate for struggling post-Communist societies that do not have the luxory of an inherited property system or a militarily imposed answer to questions of citizenship and territorial».

[49] In forma interrogativa: E. Klingsberg, *Safeguarding the Transition*, in *East European Constitutional Review*, Vol. 2, no. 2, 1993, pp. 44.

tramite il principio della dignità umana enucleato dalla "Costituzione invisibile"[50] la Corte avesse affrontato e risolto molte questioni sensibili dal punto di vista dei diritti umani (abolizione della pena di morte, divieto di irretroattività della legge penale, etc.). La Corte avrebbe inoltre impedito che la transizione alla democrazia fosse monopolizzata da un particolare gruppo di interessi[51]. Tutto questo nonostante (o forse proprio grazie a) l'assenza di una Legge Fondamentale tale da costituire la base per una ampia e stabile unità nazionale. Come rileva Schwartz, le decisioni della Corte ungherese sono state molto controverse provocando spesso le critiche degli esecutivi, ma tra i motivi del suo protagonismo vi è stato proprio l'elenco costituzionale delle competenze, certo difficile da ridurre in condizioni politiche normali. L'*actio popularis*, che ha consentito alla Corte di essere adita continuamente dai semplici cittadini producendo una vera e propria giurisdizione di costituzionalità "popolare", ha causato problemi di ingolfamento e un ridimensionamento sarebbe stato prima o poi inevitabile (la stessa Commissione di Venezia non ha trovato nulla da ridire sull'eliminazione di tale via di accesso[52]). Durante il (breve) percorso di elaborazione della nuova Legge Fondamentale del 2011 si era addirittura proposto di eliminare la Corte costituzionale attribuendo le relative funzioni alla Corte suprema. Nonostante l'organo sia stato mantenuto, in effetti si è modificata la caratterizzazione della Corte che da "legislatore negativo" viene chiamata a rivestire un ruolo più giudiziale essendo stata l'*actio popularis* sostituita dal ricorso diretto dei cittadini anche contro atti giurisdizionali. Questa trasformazione renderà più difficile sottoporre a controllo di costituzionalità le leggi appena adottate dovendosi attendere che la questione venga portata dinanzi ad un giudice comune[53].

L'esistenza di caratteristiche comuni alle corti costituzionali cosiddette di quarta generazione non deve però offuscare le differenze tra i paesi. Il Tribunale

---

[50] Sul punto A. Sajó, *Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, no. 2, 1995.

[51] Nelle trattative della tavola rotonda le varie parti erano incerte sul proprio futuro e su chi avrebbe vinto le elezioni per cui vollero un organo forte, un autorevole guardiano delle loro posizioni. Di conseguenza, la Corte costituzionale ungherese è stata davvero l'organo protagonista della transizione, con garanzie molto forti di indipendenza, ampio ricorso al controllo astratto, libertà di definire le regole procedurali, di eleggere il presidente, di andare oltre il *petitum* e di svolgere dunque un ruolo di legislatore negativo e di contrappeso al parlamento.

[52] Si veda il parere del 28 marzo 2011 n. 614 *On Three Legal Questions Arising in the Process of Drafting the New Constitution of Hungary*.

[53] L. Solyóm, *The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary*, cit., p. 23.

costituzionale polacco è figlio di una concessione comunista alle opposizioni ed è stato contornato da molte cautele e da una serie di limitazioni funzionali fino al 1997. Solo dopo l'adozione della nuova Costituzione e un periodo transitorio di due anni vi è stata la definitiva consacrazione dell'autorità di cosa giudicata per le sentenze di incostituzionalità delle leggi[54]. Il Tribunale costituzionale ha avuto dunque un'importanza fondamentale, anche dal punto di vista simbolico, nella fase terminale del periodo socialista ma non ha rappresentato un attore così dirompente dopo il 1989 come nel caso ungherese, a causa della propria matrice socialista[55]. Tra l'altro, al momento della transizione facevano parte del Tribunale costituzionale polacco giudici eletti ancora nel 1985[56].

Residui di matrice socialista, riguardanti la limitatezza dell'efficacia del giudicato costituzionale, hanno caratterizzato anche l'attività della Corte costituzionale romena, la quale nella versione originaria del testo costituzionale del 1991 oltre ad avere limitate competenze era condizionata dal comportamento del parlamento, decisore di ultima istanza circa la costituzionalità delle leggi. Nonostante la situazione sia migliorata con la revisione costituzionale del 2003, la Corte costituzionale romena non ha mai avuto poteri e autorevolezza paragonabili alle corti ungherese e polacca ed inoltre ha avuto diverse responsabilità nel conflitto costituzionale dell'estate 2012.

Appare dunque più facile individuare le ragioni dell'offensiva maggioritaria nei confronti della Corte ungherese considerandone, come detto, l'elevatissimo prestigio e il fatto che questa abbia praticamente dettato il diritto costituzionale del periodo di transizione. Nel caso polacco invece le radici della contrapposizione sono determinate non tanto dall'autorevolezza dell'organo, cresciuta progressivamente dal

[54] Benchè dopo la transizione il Tribunale abbia cercato di assumere un ruolo più attivo, tuttavia il potere del parlamento di rigettare le pronunce di incostituzionalità ne ha limitato l'impatto, considerando che il rigetto non avveniva quasi mai in base a profili di natura costituzionale.

[55] Fino al 1997 alla disciplina del Tribunale costituzionale non si è applicata la Piccola Costituzione del 1992 ma ancora la vecchia Costituzione socialista del 1952 parzialmente emendata.

[56] Alla fine del 1989 sedevano nel Tribunale costituzionale sei giudici eletti nel 1986 e sei eletti alla fine del 1989 (i cosiddetti "giudici di Solidarność"). Le elezioni dei nuovi giudici si sono svolte nel novembre 1993 nonostante i tentativi di alcuni deputati di sostituire anticipatamente i giudici "vecchi" ai quali si è opposta la commissione legislativa del Sejm ritenendo che la rimozione anticipata dei giudici fosse in contrasto col principio costituzionale dello "stato democratico di diritto".

1997 in poi, quanto da una serie di pronunce emesse nel biennio 2006-2007 quando il PiS era al governo in una condizione politica molto meno favorevole di oggi.

Se il protagonismo delle corti costituzionali risultava accettabile e necessario nei primi anni dopo la transizione, il mantenimento di tale posizione si è rivelato nel tempo politicamente insostenibile. Insomma l'attacco alle corti si giustifica alla luce del loro ruolo anti-maggioritario e quindi anti-governativo, ma sui problemi della giustizia costituzionale hanno pesato anche gli errori dei costituenti e legislatori post comunisti: quello polacco non ha modificato, neanche nel 1997, le regole introdotte nel 1982-1985 per l'elezione dei giudici costituzionali (maggioranza semplice dell'unica camera allora esistente, il Sejm), quello slovacco non ha chiarito (con l'ausilio di una legge costituzionale sulla Corte, solo ora in preparazione) come il Presidente debba selezionare i giudici costituzionali tra i candidati proposti dal Consiglio nazionale (in casi di coabitazione, come quello attuale, si creano situazioni di *impasse*). I requisiti per la selezione dei giudici costituzionali dovrebbero essere più severi ed essere direttamente previsti nella Costituzione o in un atto di livello super-primario[57].

5. – Vantaggi e limiti della condizionalità democratica europea e dei meccanismi europei di protezione della *rule of law*

Con l'ingresso dei nuovi Stati membri nell'Unione europea nel 2004 e nel 2007 non si è tenuto conto delle loro peculiarità storiche ed identitarie. Tra queste, la perdita di coesione sociale dovuta al crollo del solidarismo comunista, l'avvento di un mercato selvaggio che ha prodotto ingiustizie non risolte, la sofferenza delle vecchie generazioni e l'odio delle nuove, la mancanza di reti sociali, la presenza – almeno inizialmente – di valori diversi da quelli della "vecchia" Europa, la coesistenza con le minoranze etniche, uno sviluppo economico impetuoso ma non radicato, le paure non sopite, soprattutto nei confronti della Russia. Le condizioni economiche della condizionalità europea non hanno considerato la crisi dello Stato sociale, ed i grandissimi sacrifici richiesti per "entrare in Europa" non sono stati

[57] K. Kelemen, *Appointement of Constitutional Judges in a Comparative Perspective- with a Proposal for a New Model for Hungary*, in *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 54, no. 1, 2013, pp. 5-23.

ricompensati da un trattamento paritario. Ciò ha favorito, in diversi casi, un atteggiamento di gelosia per la propria sovranità.

L'importazione di modelli dall'esterno non si è dunque rivelata vincente sotto tutti i profili perché – date le particolari condizioni ambientali – il costituzionalismo "negativo" di stampo liberale, adottato acriticamente per reazione al passato, non è stato assorbito senza contraccolpi. Anche se per i cataloghi dei diritti non vi erano alternative, pur tuttavia un gradualismo maggiore nello smantellamento delle provvidenze sociali e un passaggio meno selvaggio all'economia di mercato sarebbe stato auspicabile. Ma soprattutto le ricette occidentali non si sono mostrati valide in tema di forme di governo, tant'è che questi paesi hanno recepito i modelli europei con cautela e facendo una serie di tentativi che hanno cercato di correggere sulla scorta della prassi politica.

Per quanto riguarda l'appartenenza al Consiglio d'Europa, la condizionalità è stata meno stringente rispetto a quella dell'Unione europea, per le finalità differenti di questa organizzazione regionale, chiamata negli ultimi 26 anni[58] a promuovere in senso lato "stato di diritto, democrazia e diritti umani" soprattutto nei nuovi membri di tradizione comunista. Ma oggi più che mai, nella protezione della *rule of law*, Commissione europea e Commissione di Venezia lavorano in sinergia, come testimoniano le azioni congiunte e il richiamo reciproco ai valori patrocinati dall'uno o dall'altro organismo, in virtù anche dell'art. 6, comma 3 del TUE e dalle previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nel Memorandum d'intesa tra il Consiglio d'Europa e l'Unione europea[59].

---

[58] Nel novembre del 1990 è stato ammesso il primo Stato ex comunista, l'Ungheria, e nel 1993 si sono formalizzati i requisiti di ammissione dei nuovi membri con la dichiarazione di Vienna. A. Di Gregorio, *I processi di trasformazione politico-costituzionale ai confini dell'Unione europea: riflessioni sull'espansione del modello democratico e sui suoi limiti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2014, pp. 1041-1070. Vedi pure M. Ganino - G. Venturini (a cura di), *L'Europa di domani. Verso l'allargamento dell'Unione*, Milano, Giuffré, 2001.

[59] Nella *Commission Recommendation of 27.7.2016 regarding the rule of law in Poland* la Commissione esorta le autorità polacche a rispettare il contenuto del parere della Commissione di Venezia sulla legge di modifica della legge sul Tribunale costituzionale. Si veda anche J. Nergelius, *The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania*, in A. von Bogdandy - P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, cit., pp. 291 e ss. L'Autore presenta un quadro positivo del *follow-up* rispetto ai pareri emessi nel periodo 2011-2013 nei confronti di Ungheria e Romania. Per un compendio dei testi che regolano i rapporti tra Consiglio d'Europa ed Unione europea si rinvia a https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168064c45d.

Tra gli errori che si rimproverano al percorso di condizionalità vi è quello di non aver identificato in maniera chiara i differenti valori alla base di categorie astratte come democrazia e stato di diritto[60], considerando come un insieme monolitico la triade "rule of law, democracy and human rights". Tuttavia in Romania, Ungheria e Polonia gli esecutivi hanno invocato il principio democratico, da essi fatto coincidere con la volontà maggioritaria degli elettori, per contestare un approccio legalistico alla *rule of law*.

Per quanto riguarda l'intervento delle istituzioni dell'UE nelle *rule of law crises*, come autorevolmente argomentato, sia in Ungheria, che in Romania e Polonia ci sarebbero stati gli estremi per l'applicazione dell'art. 7 del TUE[61]. Tuttavia sono state adottate soluzioni differenti a seguito di considerazioni prevalentemente politiche[62]. Risulta così un quadro di debolezza che pesa sulla credibilità dell'Unione nella tutela attiva dei valori su cui si fonda, che si aggiunge ai numerosi problemi giuridici che l'art. 7 solleva (ad esempio non è chiaro cosa si intenda per rischio «grave e persistente» di violazione della *rule of law*). Senza qui ripercorrere le critiche al meccanismo che includono la difficoltà politica di azionare realmente l'art. 7, basti notare che proprio con riferimento a tale articolo la Corte di giustizia non ha competenza a verificare gli atti degli Stati membri che potrebbero comportare un serio rischio di violazione dei valori dell'Unione. Gli Stati membri avrebbero volutamente limitato l'intervento della Corte alle mere valutazioni procedurali ossia ad assicurare allo Stato colpevole i diritti di difesa[63].

---

[60] Vedi ad esempio D. Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2008. Un esempio lampante di come una visione strumentale della *rule of law* possa giustificare i recenti sviluppi costituzionali in Polonia viene da un lungo e molto ben argomentato documento redatto da una serie di costituzionalisti polacchi reperibile sul sito del Sejm in lingua inglese: *Report of the Team of Experts on the Issues Related to the Constitutional Tribunal* of 15 July 2016, in www.sejm.gov.pl/media8.nsf/files/ASEA-ADRKC8/$File/Report%20of%20the%20Team%20of%20Experts%20on%20the%20Issues%20Related%20to%20the%20Constitutional%20Tribunal.pdf.

[61] V. F. Hoffmeister, *Enforcing the EU Charter in Member States*, in A. Von Bogdandy - P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, cit., p. 231.

[62] Il partito di Orbán è ben inserito nel Ppe mentre il PiS non vi fa parte; la nuova Commissione di Juncker sarebbe più assertiva riguardo al tema del *rule of law* di quella di Barroso. Così **A. Gostyńska-Jakubowska,** *Why the Commission is treating Poland more harshly than Hungary in its rule of law review*, in http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2016/02/04/why-the-commission-is-treating-poland-more-harshly-than-hungary-in-its-rule-of-law-review.

[63] Così L. Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, cit., p. 65.

Nel caso dell'Ungheria, nonostante i ripetuti appelli del Parlamento europeo alla Commissione ed al Consiglio per l'attivazione del *rule of law mechanism*, si è proceduto esclusivamente tramite una serie di procedure di infrazione in merito a singole violazioni[64]. Ci sono state anche pressioni di tipo economico in quanto agli inizi del 2012 la Commissione ha deciso di sospendere alcune quote del fondo di coesione europeo destinate all'Ungheria.

Nel caso della Romania, come già accennato sopra, considerando l'immaturità politica e democratica del paese a seguito dell'ingresso affrettato del 2007 è stato previsto, sia per questo paese che per la Bulgaria, un meccanismo di controllo post-ingresso, il *Cooperation and Verification Mechanism*, avente ad obiettivo soprattutto la lotta alla corruzione e l'indipendenza del potere giudiziario, con rapporti di verifica semestrali[65]. In occasione della crisi costituzionale dell'estate 2012, considerando che il rapporto periodico doveva essere emesso a giorni e poichè la crisi costituzionale rivestiva la forma anche di un attacco alla Corte costituzionale, la Commissione e le altre istituzioni europee hanno esortato il premier a desistere dalla sua ostinazione senza mettere in campo il discusso meccanismo dell'art. 7[66]. Le sanzioni applicabili nell'ambito del CVM non comportano infatti la sospensione del diritto di voto nel Consiglio europeo. Alle pressioni europee nell'ambito del *Cooperation and Verification Mechanism* si sono aggiunte minacce di negazione di fondi e di accesso allo spazio Schengen[67].

---

[64] Risulta ancora in corso la procedura per infrazione iniziata dalla Commissione il 10 dicembre 2015 a proposito delle modifiche delle leggi sull'asilo, le frontiere, il codice penale etc. A questa fa però da contraltare il ricorso ungherese alla Corte di Giustizia contro le quote migranti tuttora in attesa di esame.

[65] Sul punto M. A. Vachudova - A. Spendzharova, *The EU's Cooperation and Verification Mechanism: Fighting Corruption in Bulgaria and Romania after EU Accession*, in *European Policy Analysis*, March 2012.

[66] Nonostante il premier Ponta abbia accettato di rinunciare alla contrapposizione col Presidente, quest'ultimo è stato indebolito dalla crisi costituzionale alienandosi buona parte dell'elettorato e dimostrando come in caso di coabitazione i poteri del Presidente inevitabilmente diminuiscono. Alle elezioni del dicembre 2012 la maggioranza di governo ha ottenuto il 70% dei voti e si è fatta promotrice di un progetto di revisione costituzionale diretto a chiarire i contorni del semipresidenzialismo romeno (diminuire i poteri del Presidente ed aumentare quelli di primo ministro e parlamento). Tuttavia il premier Ponta ha fallito l'elezione alla carica di capo dello Stato alle elezioni del 16 novembre 2016 a favore di un candidato di centro-destra esponente della minoranza tedesca, Klaus Iohannis. È così iniziata formalmente una nuova coabitazione ma la personalità dell'attuale Presidente è molto diversa da quella del suo predecessore.

[67] Secondo C. Tanasoiu, *Romania in the European Union: Political Developments and the Rule of Law after Accession*, in A. von Bogdandy - P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, cit., pp. 189-190, né la prospettiva dell'ingresso

Infine, per quanto riguarda la Polonia, si tratta del primo paese al quale si sta applicando il *Rule of law mechanism* introdotto nel 2014. Molti autori si interrogano però sui limiti anche di questa procedura[68].

Altra questione problematica risiede nel fatto che le tre principali istituzioni dell'Unione (Commissione, Parlamento, Consiglio) non dimostrano un atteggiamento coerente e consequenziale nei confronti della protezione dei valori dell'Unione. È stata infatti rilevata la contrapposizione tra l'iniziativa del Consiglio europeo di istituire a partire dal 2015 un *Rule of law Dialogue* annuale ed il *Rule of law mechanism* della Commissione col quale il primo potrebbe entrare in conflitto[69]. Inoltre, l'istituzione europea che finora si è più spesa per un controllo efficace dei valori dell'art. 2 del TUE, ossia il Parlamento[70], nonostante le divisioni politiche interne continua ad insistere per un intervento più incisivo, come si rileva dall'iniziativa lanciata nell'ottobre 2015 per la creazione di un'istanza di monitoraggio permanente su *democracy, rule of law and fundamental rights* in tutti gli Stati membri, che potrebbe identificarsi con l'Agenzia per i diritti fondamentali. Ma anche questo ulteriore meccanismo solleva numerosi problemi pratici e politici[71]. L'appello del Parlamento è stato reiterato nel rapporto del 10 ottobre 2016 «with

né il monitoraggio post-ingresso avrebbero realmente influenzato la cultura costituzionale romena. La crisi del 2012 sarebbe dunque risolta solo in apparenza, rimanendo gli stessi problemi di contesto/cultura e di ingegneria costituzionale.

[68] Vedi D. Kochenov - L. Pech, *Better Late than Never? On the Commission's Rule of Law Framework and Its First Activation*, cit.; A. Von Bogdandy - M. Ioannidis, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, What has been done, What can be done*, cit.; D. Kochenov - L. Pech, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rethoric and Reality*, cit.

[69] Molto critici dell'atteggiamento ambiguo del Consiglio, che sembra aver smorzato le iniziative della Commissione, sono D. Kochenov - L. Pech, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rethoric and Reality*, cit., p. 534.

[70] Nella *Resolution of 16 December 2015 on the situation in Hungary* il Parlamento ha salutato con favore il fatto che la Commissione abbia iniziato una procedura di *infringement* contro l'Ungheria il 10 dicembre a proposito delle modifiche delle leggi sull'asilo, le frontiere, il codice penale etc. Tuttavia vi si ricorda di aver sollecitato più volte sia Commissione che Consiglio a porre rimedio alle violazioni dei diritti umani in Ungheria. L'attacco del Parlamento alla Commissione è piuttosto duro (questa si concentrerebbe su singoli aspetti tecnici invece di focalizzarsi sulle tendenze generali e sugli effetti combinati e sistemici delle misure adottate) anche perché l'Ungheria è vista come un test per l'UE nella difesa dei suoi valori fondamentali.

[71] J. Sargentini - A. Dimitrovs, *The European Parliament's Role: Towards New Copenhagen Criteria for Existing Member States?*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, No. 5, pp. 1085-1092.

recommendations to the Commission on the establishment of an EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights»[72].

C'è infine un problema di competenze: in certe sfere, come la tutela della libertà dei *media*, non ci sono strumenti normativi adeguati a livello europeo e dunque il ricorso alle procedure di infrazione, comunque non adatte in caso di violazioni sistemiche della *rule of law*, risulta impossibile.

6. - Conclusioni

Come abbiamo cercato di dimostrare, un'analisi de-contestualizzata rischia di non evidenziare tutti i contorni del problema della violazione della *rule of law* nei nuovi Stati membri dell'Unione europea. Una comparazione storica e un confronto con altri paesi dell'area, uniti alle incongruenze e limitazioni della condizionalità europea, potrebbe aiutare a rispondere ai quesiti principali: ciò che è accaduto o sta accadendo nei nuovi membri dell'UE è l'effetto di una transizione fallita o c'è un concorso di colpe da parte degli organismi europei? E soprattutto, cosa fare?

Bisogna dunque guardare indietro alle modalità ed ai protagonisti della transizione alla democrazia ed agli sviluppi degli anni successivi. In Polonia le radici dei fenomeni odierni vanno rinvenute nelle dinamiche della transizione ed anche nelle vicende del breve governo del PiS (in coalizione con altri due piccoli partiti di destra) tra il 2006 e il 2007[73]. Da non sottovalutare è pure l'impatto emotivo della tragica scomparsa del Presidente Lech Kaczyński. Le fratture che risalgono al passato sono ancora presenti nella società civile polacca. La posizione delle forze politiche dipende dal ruolo che esse hanno rivestito all'epoca dei negoziati della tavola rotonda. Forze come quella del PiS, ora ampiamente maggioritaria, cercherebbero dunque di recuperare quella che viene considerata la vera eredità di Solidarność (di cui però erano un'area minoritaria). Diverso è il caso ungherese, in cui il Fidesz era stato tra i protagonisti della transizione. In entrambi i casi va notata l'assenza di vera lustrazione (anche in Romania e Slovacchia). Inoltre la transizione

[72]www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0283+0+DOC+XML+V0//EN&language=de.

[73] In tempi non sospetti J.P. Massias già evidenziava il furore (ancora) anti-comunista e non pacificato rispetto alle vicende della transizione dei due gemelli Kaczyński. J-P. Massias, *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est*, cit., pp. 141 ss.

economica si è basata su di una grande ingiustizia, ossia l'appropriazione degli asset da parte della vecchia nomenclatura già privilegiata in passato.

Allo stesso tempo, bisogna evitare di fare considerazioni generali, ricordando che Ungheria e Polonia sono state le "prime della classe" fino a poco tempo fa. Se il caso polacco suscita tante preoccupazioni, più di quello ungherese, è perché si dava per scontata la stabilizzazione democratica del paese. Tuttavia ora il radicalismo delle destre è ancor peggiore che in Ungheria, essendo del tutto assenti dal parlamento partiti di vera opposizione. Bisogna inoltre distinguere i difetti del testo costituzionale da quelli del sistema politico ed elettorale e la "resilienza" della cultura costituzionale sviluppatasi dopo il 1989, così ben descritta da Sólyom nel caso ungherese[74].

A proposito della cultura costituzionale appare utile ricordare quanto la Commissione di Venezia ha sottolineato nel parere del 2012 sulle vicende romene, che ben si applica anche agli altri due casi: «Il rispetto dello Stato di diritto non può limitarsi alla messa in opera delle disposizioni espresse e formali delle leggi e della costituzione. Esso presuppone anche l'adozione di comportamenti e di prassi costituzionali che facilitano il rispetto delle regole formali da parte di tutti gli organi costituzionali e un rispetto reciproco…La democrazia non può ridursi alla regola della maggioranza; un tale dominio della maggioranza è limitato dalla Costituzione e dalle leggi, essenzialmente al fine di proteggere gli interessi delle minoranze. Naturalmente la maggioranza governa il paese nel corso di una legislatura ma non deve assoggettare la minoranza; essa ha l'obbligo di rispettare i perdenti delle ultime elezioni».

Altri residui negativi vengono dal periodo di transizione, come certi meccanismi istituzionali confusi che nel tempo stanno dimostrando la loro pericolosità, in aggiunta alle dinamiche elettorali e partitiche[75]. Certi errori dovuti alla fretta dei

---

[74] L. Sólyom, *The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary*, in A. von Bogdandy - P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, cit., pp. 5-31. László Sólyom è stato uno dei protagonisti della transizione, tra i fondatori del Forum democratico e tra i negoziatori della tavola rotonda, giudice e presidente della prima Corte costituzionale, Presidente della Repubblica tra il 2005 e il 2010 ed eminente costituzionalista.

[75] Lo conferma anche il caso slovacco: fin dai tempi di Mečiar la conflittualità tra premier e Presidente si è riverberata sulla nomina dei giudici costituzionali. Vedi *Constitution Watch. Slovakia*, in *East European Constitutional Review*, Vol. 2, no. 1, 1993, p. 10. Sulle forme di governo nei paesi ex

costituenti sono stati poi reiterati (vedi leggi cardinali in Ungheria) o non c'è più stata una maggioranza costituzionale per rimediare (come in Romania, dove la riforma costituzionale del 2003 è stata approvata solo grazie all'enfasi posta sulla clausola europea). Altro difetto originario è la debolezza dei meccanismi di protezione della democrazia: i costituenti si sono prevalentemente preoccupati di colpire gli ex comunisti, oggi del tutto scomparsi, mentre le disposizioni sui partiti anti-sistema, laddove presenti, vengono vanificate perché nelle mani di corti costituzionali soggette a processo di "addomesticamento".

Considerando questo complesso contesto, le peculiarità dei paesi dell'Europa centro-orientale, anche dal punto di vista costituzionale, rimarranno per lungo periodo, perché si ancorano ad aspetti nazionali, statuali e sociali ancora *differenziali*. Tuttavia, se vi è *crisi della democrazia costituzionale* nei nuovi Stati membri dell'UE questa è da imputare anche ai difetti del percorso di candidatura. Una volta ammessi gli ex candidati, si dimostra impossibile promuovere la democrazia minacciando sanzioni, così rischiando di creare nuove spaccature e nuovi blocchi tra "paesi dell'Est" e resto del continente.

Soluzioni più durature, benché graduali, devono valorizzare gli anticorpi *interni*, rafforzare le misure di protezione della democrazia, rendere più stringenti i requisiti di competenza tecnico-professionale dei giudici, porre limiti alla revisione costituzionale. Ma tutto questo è politicamente costoso e praticamente impossibile. Nell'immediato bisogna attendere l'alternanza politica e sperare nella riunificazione delle forze di sinistra e nella mobilitazione civica, attualmente rilevabile forse solo in Polonia.

---

socialisti si rinvia a A. Di Gregorio, *Forme di governo e transizione democratica nell'Europa post-socialista*, in L. Montanari - R. Toniatti - J. Woelk (a cura di), *Il Pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Università di Trento, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Trento, 2010, pp. 11-47.

ISSN 2037-6677	2016/4

I meccanismi di tutela dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione Europea: rassegna di alcuni recenti documenti di portata generale

Safeguard guarantees of the Rule of Law in the EU: an overview of recent general documents

Matteo Daicampi

Abstract

The assay analyzes some recent documents adopted by EU Institutions in order to guarantee the Rule of Law within the EU. The first part of the paper underlines the two dimensions of the Rule of Law, thin and thick. In the second part new recent documents adopted by the EU institutions are analyzed through a systematic approach.

Tag: Rule of Law, European Union, Fundamental Rights, Hungary, Poland

ISSN 2037-6677

I meccanismi di tutela dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione Europea: rassegna di alcuni recenti documenti di portata generale

di Matteo Daicampi

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Lo Stato di diritto come valore dell'ordinamento UE. 3. – I meccanismi di tutela e reazione alle possibili violazioni. 4. – Le recenti iniziative delle Istituzioni dell'Unione per la promozione e la tutela dello Stato di diritto. 5. – La Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 «sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali»

1. – Introduzione

Il 25 ottobre 2016 si è arricchito di una nuova tappa il tortuoso percorso che ha visto, e vede, le istituzioni dell'Unione europea spendersi alla ricerca di modalità per garantire il rispetto da parte degli Stati membri dello Stato di diritto e degli altri principi fondamentali dell'ordinamento europeo, di fronte alle tensioni che su questo piano si sono palesate all'interno di alcuni di essi, in particolare Ungheria e, da ultimo, Polonia.

Il Parlamento europeo ha infatti approvato una Risoluzione in cui, ai sensi dell'art. 225 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), si raccomanda alla Commissione di predisporre una proposta per un accordo interistituzionale volto alla

creazione di un «meccanismo globale dell'Unione per la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali», un'iniziativa rinnovatrice e riunificatrice, come si vedrà meglio in seguito, dei singoli strumenti elaborati, nel recente passato, da Commissione e Consiglio.

Quest'ultimo intervento assume ancora più rilevanza se si nota che la sua approvazione coincide temporalmente con una data importante nell'ambito della "storica" prima attivazione, da parte della Commissione, del suo *Nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto* nei confronti della Polonia, in seguito alle note vicende legate alle tensioni tra maggioranza parlamentare, Presidente della Repubblica e Tribunale costituzionale: il 27 ottobre è infatti trascorso il termine entro cui il Governo polacco era tenuto a dare seguito alla Raccomandazione adottata dalla stessa Commissione il 27 luglio 2016, senza che siano state implementate o prese in considerazione le indicazioni di quest'ultima. In seguito a ciò, il 21 dicembre la Commissione ha trasmesso un'ulteriore raccomandazione integrativa della precedente, riconoscendo al governo polacco un termine aggiuntivo di due mesi per fornire risposta[1].

Si coglie, perciò, l'estrema attualità del tema, che per una piena comprensione impone di ricostruire il contesto giuridico in cui questi fatti si pongono. Si provvederà, quindi, in questa sede, in primo luogo a considerare le previsioni normative del diritto primario dell'Unione riguardanti i principi fondamentali dell'ordinamento, per riflettere, in particolare, sul significato e sulla definizione del principio dello Stato di diritto, e sulla sua affermazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In secondo luogo si presenteranno brevemente gli strumenti previsti dai Trattati istitutivi per la tutela di fronte a violazioni da parte degli Stati membri di norme e principi dell'ordinamento dell'Unione, in particolare le procedure di cui all'art. 7 del Trattato sull'Unione europea (TUE) e le procedure di infrazione previste dall'art. 258 TFUE. Si proseguirà, quindi, in terzo luogo, con una rassegna dei documenti e degli strumenti elaborati dalle Istituzioni dell'Unione per la promozione dello Stato di diritto, di fronte alle evoluzioni in senso "illiberale" di alcuni ordinamenti nazionali, e segnatamente: il *Nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto* della Commissione europea, pubblicato nella Comunicazione dell'11 marzo 2014 (COM (2014) 158 Final); il Dialogo annuale sullo Stato di diritto promosso dal Consiglio dell'Unione europea (Council of the EU, 16-12-2014, press release n. 16936/14); il report

[1] Per una più completa presentazione del funzionamento di questo meccanismo v. *infra* par. 4, nonché sul caso polacco v. P. Mori, *Il rispetto dello Stato di diritto: 'affari interni' o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *federalismi.it*, n. 25/2016 e F. Di Dario, *La tutela dei valori dell'Ue dopo la prima attivazione del "Nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto"*, in *Comun. Internaz.*, fasc. 2/2016, pp. 203-234.

annuale per il 2013 della Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, pubblicato nel giugno 2014, con un focus (7-20) intitolato *An EU internal strategic framework for fundamental rights: joining forces to achieve better results*; si terminerà, infine, con la presentazione dei contenuti della risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 (2015/2346 (INI)).

2. – Lo Stato di diritto come valore dell'ordinamento UE

Nel diritto primario dell'Unione europea i principi fondamentali, e tra questi il principio dello Stato di diritto, hanno conosciuto un processo di progressiva affermazione e positivizzazione. Nei Trattati istitutivi attualmente vigenti, dopo la riforma di Lisbona, essi sono consacrati all'art. 2 TUE (erede dell'art. 6 nella formulazione successiva al Trattato di Amsterdam del 1997), in cui il «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e ... dei diritti umani» sono indicati quali valori, comuni agli Stati membri, su cui l'Unione stessa si fonda. Il rispetto di questi stessi valori è poi richiamato quale condizione per l'adesione di nuovi Stati (art. 49 TUE), mentre la loro promozione rappresenta l'ispirazione generale dell'azione e delle relazioni esterne dell'Unione (art. 21 TUE richiamato anche dall'art. 208 TFUE nell'ambito della cooperazione allo sviluppo).

All'interno di questo quadro giuridico, il principio dello Stato di diritto ha assunto, nelle vicende recenti oggetto della presente analisi, un ruolo centrale, conseguentemente alla scelta della Commissione europea, attraverso il suo *Nuovo quadro*, di interpretare ed affrontare le criticità sorte nella attuale stagione di c.d. *democratic backslinding* nei Paesi dell'Europa centro-orientale, come minaccia alla tenuta di tale principio. D'altra parte, le prime azioni dell'Unione in questo senso risalgono all'istituzione nel 2006 del Meccanismo di cooperazione e verifica per la Bulgaria e la Romania, uno strumento per monitorare il consolidamento dello Stato di diritto al loro interno anche dopo l'adesione.

Da un punto di vista dei contenuti, però, l'autonomia concettuale e materiale di tale principio rispetto agli altri valori di cui all'art. 2 TUE è tutt'altro che autoevidente. Lo Stato di diritto, infatti, è espressione sostanzialmente polisemica di ampia portata, la cui consistenza si configura più o meno estensivamente, anche sulla base delle diverse declinazioni che il concetto ha assunto nelle tradizioni di *common law* (*rule of law*) e di *civil law* (*Rechtsstaat, État de droit*, Stato di diritto, *Estado de derecho*). Molto sinteticamente, se è

innegabile un comune nucleo concettuale di garanzia della "supremazia del diritto" quale limite all'esercizio arbitrario del potere politico, la dottrina evidenzia due possibili letture del principio dello Stato di diritto. Nella sua accezione formale (negativa, debole, *thin*), esso si pone a garanzia del rispetto delle procedure di attribuzione ed esercizio del potere pubblico, restando tendenzialmente insensibile agli aspetti contenutistici o alla natura del regime politico che le esprime. L'accezione sostanziale (forte, *thick*) dello Stato di diritto, invece, all'attenzione per le garanzie procedurali aggiunge una funzione di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali, attraverso la tutela giurisdizionale degli stessi[2].

Ma quale deve essere considerata la nozione europea di Stato di diritto? Quale grado di autonomia concettuale la stessa presenta rispetto alle diverse tradizioni costituzionali degli Stati membri?

Come spesso avviene nella riflessione sui processi di costruzione dell'ordinamento dell'Unione, è la Corte di giustizia che si è spesa nell'individuazione e applicazione di una rete di principi che afferiscono ai temi tipici dello Stato di diritto; tale attività, da una parte, testimonia l'assimilazione comunitaria di principi derivanti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, dall'altra rappresenta l'espressione di un'attività per certi versi creativa. In particolare, già prima che i Trattati facessero riferimento esplicito al principio dello Stato di diritto, la Corte ha elaborato la nozione di Unione o Comunità europea come "Comunità di diritto", a partire dalla nota sentenza *Les Verts*[3], con un'accezione essenzialmente formale di garanzia del principio di legalità e conseguente *judicial review* nei confronti degli atti e comportamenti delle istituzioni tanto nazionali quanto comunitarie, aggiornandola con una maggiore attenzione ai profili sostanziali attraverso un riferimento alla tutela dei diritti fondamentali nella sentenza *Union de los Pequeños Agricultores*[4].

Di fronte alla stratificazione concettuale e giurisprudenziale determinatasi in questo ambito, la Commissione, al momento dell'elaborazione del *Nuovo quadro dell'UE per*

[2] V. D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa e D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, pp. 17-88; L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, *ivi*, 349-386; A. Maghen, *Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 54 n.5, 2016, pp. 1050-1061.

[3] Corte giust., sent. 23-04-1986, C-294/83, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo.*

[4] Corte giust., sent. 25-07-2002, C-50/00 P, *Union de los Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione europea.* Cfr. R. Gosalbo-Bono, *The Significance of the Rule of Law and its Implications for the European Union and the United States*, in *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 72, 2010, 229–360, in particolare 259 ss.; R. Toniatti, *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in S. Gambino (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano 2002, 503-533; L. Appicciafuoco, *La promozione dello Stato di diritto nei paesi dei Balcani occidentali: il ruolo dell'Unione europea*, in L. Montanari, R. Toniatti, J. Woelk (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010, pp. 93-134.

rafforzare lo Stato di diritto, ha meritoriamente provveduto (all'allegato I) a fornirne la necessaria cornice giuridica, presentando sinteticamente, con puntuale riferimento a sentenze della Corte di giustizia, quali siano da intendersi, seppur in modo non esaustivo, i contenuti della nozione europea di Stato di diritto. Quest'ultima viene ricostruita come una nozione composita, in cui lo Stato di diritto diventa un "principio di principi", il cui rispetto passa attraverso la promozione e la tutela di altri principi, storicamente fatti valere dalla Corte di giustizia quali principi generali dell'ordinamento dell'Unione: principio di legalità; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; controllo giurisdizionale indipendente ed effettivo anche riguardo il rispetto dei diritti fondamentali; separazione dei poteri (come condizione per la garanzia del diritto individuale ad un equo processo); principio di eguaglianza davanti alla legge. Questi contenuti, come ricorda la stessa Commissione, corrispondono alle principali caratteristiche dello Stato di diritto tratteggiate dalla Commissione di Venezia (European Commission for Democracy through Law) nella sua relazione del 2011 su tale tema (4-4-2011, Study n. 512/2009, Report on the Rule of Law, CDL-AD (2011)003rev). Lo scopo della relazione era di elaborare una definizione condivisa a livello europeo del principio dello Stato di diritto, identificando i contenuti essenziali comuni ai diversi ordinamenti continentali ed alle diverse letture, affinché fosse strumento utile alla applicazione e promozione di tale principio ad opera delle corti nazionali e sovranazionali. Questa convergenza concettuale tra le elaborazioni negli ambiti dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa conferma la possibilità, già intuita a partire dall'azione delle corti continentali sovranazionali, di ricavare una nozione unica "paneuropea" di Stato di diritto, come sintesi delle esperienze nazionali. D'altra parte, la riflessione sullo Stato di diritto e sulla sua promozione all'interno degli ordinamenti nazionali quale valore primario dell'ordine democratico moderno non è una dinamica propria unicamente dell'Unione europea, ma è espressione di una più ampia tendenza politica e culturale che coinvolge non solo il Consiglio d'Europa (la Commissione di Venezia ha pubblicato anche un'ulteriore pregnante documento recentemente, 18-03-2016, *Rule of law checklist*, Study n. 711/2013, CDL-AD(2016)007), ma anche altre organizzazioni quali OSCE, OCSE, fino alle Nazioni unite, e che spiega la necessità di convergenza e coinvolgimento istituzionale che ha guidato le ultime elaborazioni delle Istituzioni europee (v. *infra* par. 5).

3. – I meccanismi di tutela e reazione alle possibili violazioni

Prima di addentrarsi nell'analisi delle iniziative istituzionali oggetto della presente rassegna, è opportuno soffermarsi a considerare brevemente gli strumenti previsti dal diritto primario come reazione a possibili violazioni dei valori fondamentali dell'UE, affinché si evidenzino i motivi che hanno stimolato la ricerca e l'elaborazione di meccanismi alternativi per la tutela dello Stato di diritto.

In primo luogo, il diritto dell'Unione individua, come reazione tipica alle violazioni, le procedure di infrazione *ex* artt. 258 TFUE. Come risaputo, a fronte dell'inosservanza da parte di uno Stato membro di uno degli obblighi ad esso imposti dai Trattati, la Commissione, nel suo ruolo di vigilanza sull'applicazione del diritto dell'Unione, dopo aver instaurato, di propria iniziativa o su istanza di un altro Stato membro, un contraddittorio con lo Stato interessato, emette un parere motivato e, nel caso le violazioni continuino, ricorre alla Corte di giustizia. Tale meccanismo, però, nella prassi della Commissione è stato interpretato restrittivamente, e comunque può essere attivato esclusivamente nel caso di puntuali violazioni di singole previsioni del diritto dell'Unione.

In secondo luogo, il TUE prevede all'art. 7 una procedura eccezionale, di natura interamente politica e non giurisdizionale, che dovrebbe garantire la possibilità di reazione nei casi eccezionali in cui i valori fondanti dell'Unione europea di cui all'art. 2 TUE siano posti in discussione all'interno degli Stati membri. Tale meccanismo prevede due diversi strumenti. Quello disciplinato all'art. 7, c. 1, è una misura di natura preventiva, e comporta la possibilità per il Consiglio di constatare ufficialmente l'esistenza di un «evidente rischio di violazione grave ... dei valori di cui all'art. 2 TUE», instaurando un dialogo con lo Stato membro ed eventualmente rivolgendo ad esso delle raccomandazioni. La procedura prevede che il Consiglio si pronunci su proposta di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione, e deliberi con una maggioranza di quattro quinti dei suoi componenti, previa approvazione del Parlamento europeo. Il secondo strumento (cc. 2 e 3) ha, invece, carattere sanzionatorio e se ne stabilisce l'attivazione nel caso in cui il Consiglio europeo constati la sussistenza di una «violazione grave e persistente» dei valori di cui sopra da parte di uno Stato membro. Tale deliberazione di constatazione deve essere adottata all'unanimità ed approvata dal Parlamento, dopo essere stata preceduta dall'invito allo Stato membro a presentare osservazioni; le conseguenti eventuali sanzioni sono decise

dal Consiglio, a maggioranza qualificata, e prevedono la sospensione per lo Stato di alcuni diritti derivanti dai Trattati, compresi i diritti di voto in seno al Consiglio.

Anche da questa sintetica presentazione emerge chiaramente che gli strumenti *ex* art. 7 TUE richiedono, per la loro attivazione, un vasto consenso tra gli Stati membri, e che i requisiti procedurali previsti non possono che rappresentare un ostacolo ad un loro impiego per una risposta rapida ed efficace alle possibili violazioni dei valori fondanti dell'Unione. D'altro canto, l'art. 7 è politicamente percepito e costruito (con riguardo ai presupposti materiali per l'attivazione), come *extrema ratio* - un'"opzione nucleare", come definita dal Presidente della Commissione Barroso nel settembre 2012 - da utilizzare in risposta a situazioni critiche ed eccezionali. Questa interpretazione, che alle difficoltà politiche e procedurali di raggiungimento del necessario consenso, aggiunge la criticità di una soglia di attivazione troppo elevata, disegna così un quadro in cui l'effettività dei meccanismi di difesa del diritto dell'Unione nel suo nucleo più sensibile è lungi dall'essere garantita.

4. – Le recenti iniziative delle Istituzioni dell'Unione per la promozione e la tutela dello Stato di diritto

Riconosciute le criticità di entrambi gli strumenti previsti dai Trattati, la Commissione europea, nel suo ruolo di "custode dei Trattati" e garante del rispetto dei valori e del diritto dell'Unione, ha quindi valutato, anche in risposta alle sollecitazioni del Parlamento europeo (v. la relazione della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni *Sulla situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria* in applicazione della risoluzione del Parlamento europeo del 16-02-2012 – 2012/2130(INI)), di sviluppare un nuovo meccanismo di natura politica per favorire il rispetto dello Stato di diritto all'interno degli Stati membri, aggiuntivo rispetto a quelli già analizzati, che rappresenti una via di mezzo tra l'intervento leggero della pura persuasione politica e la "opzione nucleare" dell'art. 7 TUE, e garantisca, almeno nelle intenzioni, efficacia e tempestività degli interventi.

Con la Comunicazione dell'11-03-2014 (COM (2014) 158 Final), è stato così pubblicato il *Nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, che vede come proprio ambito di applicazione non i casi di ricorsi individuali contro violazioni di diritti fondamentali od errori giudiziari, ma quelle situazioni in cui misure adottate o comportamenti tollerati nell'ordinamento di uno Stato membro comportino una minaccia

sistemica allo Stato di diritto, compromettendo stabilmente il funzionamento delle istituzioni e delle procedure poste a salvaguardia dei principi che, come visto precedentemente, lo definiscono (par. 4.1 della Comunicazione), nonché il rispetto dei diritti fondamentali che ne rappresentano la componente sostanziale (par. 2).

La procedura delineata al par. 4.2 della Comunicazione si compone di tre fasi ed è improntata ad un approccio dialettico tra Commissione e Stato membro oggetto di indagine, ponendosi come antecedente cronologico della possibile applicazione (se del caso, una volta esaurito l'intero iter) delle procedure giuridicamente, e non solo politicamente, vincolanti previste dall'art. 7 TUE. La prima fase del *Nuovo quadro* prevede una valutazione obiettiva da parte della Commissione delle informazioni disponibili sull'ordinamento nazionale in questione, anche sulla base delle indicazioni provenienti dagli organi del Consiglio d'Europa e dalla Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, a cui segue, nel caso si rilevi la presenza di una situazione di minaccia sistemica allo Stato di diritto, la trasmissione di un «parere sullo Stato di diritto» (di contenuto riservato, ma del cui invio si dà notizia pubblica), con cui si dà ufficialmente il via al dialogo con lo Stato membro, che, da parte sua, è tenuto (come si ricorda nella Comunicazione) a rispettare l'obbligo di leale cooperazione *ex* art. 4.3 TUE con la Commissione, astenendosi dall'adottare «misure irreversibili inerenti alle questioni su cui la Commissione ha espresso preoccupazioni» prima della conclusione della procedura. Qualora la situazione non si ricomponga in questa prima fase preliminare, la seconda fase del meccanismo prevede l'invio, da parte della Commissione, di una «raccomandazione sullo Stato di diritto», che viene resa pubblica nel suo contenuto essenziale. La trasmissione di tale documento è subordinata ai due prerequisiti della sussistenza di prove oggettive di minaccia sistemica e dell'inerzia delle autorità nazionali rispetto alle sollecitazioni ricevute, e prevede, come contenuti, la motivazione su base oggettiva delle preoccupazioni della Commissione e l'indicazione allo Stato di un termine entro cui provvedere, eventualmente accompagnate dalla segnalazione di possibili misure idonee a rimuovere la minaccia sistemica. La terza fase dell'iter del *Nuovo quadro* prevede, infine, una valutazione a posteriori (*follow-up*) da parte della Commissione delle attività poste in essere dallo Stato in seguito alla raccomandazione pervenuta. In mancanza di soddisfacenti risposte, la Comunicazione sottolinea come la Commissione sia chiamata a valutare la possibilità di attivazione dei meccanismi preventivi e sanzionatori *ex* art. 7 TUE, anche se è bene ricordare come tale possibilità permanga in realtà in capo all'istituzione per tutta la durata del procedimento previsto dal *Nuovo quadro*,

che, come sottolineato in precedenza, è costruito come strumento parallelo a quelli già vigenti, non certo alternativo né necessariamente precedente[5].

Accanto a questa iniziativa della Commissione, il 2014 ha visto anche il Consiglio dell'Unione europea attivarsi nel comune obiettivo di garantire il rispetto dello Stato di diritto all'interno dell'Unione. La comunione di intenti tra le due istituzioni non ha però comportato un approccio unitario al problema: il Consiglio, infatti, si è speso, da una parte, nell'avversare l'azione della Commissione e, dall'altra, nel predisporre un proprio strumento indirizzato ai medesimi fini.

Infatti, in primo luogo, un parere del Servizio giuridico del Consiglio, nella primavera 2014 (Council of the EU, Opinion of the legal Service, 27-5-2014, doc. 10296/14), negava l'esistenza, nel complesso del diritto primario dell'Unione europea, di una base giuridica per l'introduzione di un «nuovo meccanismo di supervisione del rispetto dello Stato di diritto da parte degli Stati membri» (trad. ns.), applicando il principio di attribuzione anche agli atti non vincolanti in cui il *Nuovo quadro* si esprime.

In secondo luogo, partendo proprio da suggestioni proposte da questa *Opinion* e, soprattutto, da indicazioni presentate in una nota della Presidenza al tempo italiana (Council Presidency, *Ensuring respect for the rule of law in the European Union*, 14-11-2014, doc 15206/14), il Consiglio ha ufficialmente istituito, con la Risoluzione del 16 dicembre 2014 (Council of the EU, 16-12-2014, press release n. 16936/14, 20-21), un proprio strumento: il Dialogo annuale sullo Stato di diritto, fondato sui principi di oggettività, non discriminazione e parità di trattamento tra tutti gli Stati membri, da condurre, nella composizione Affari generali del Consiglio, secondo schemi di *peer-review*, con un approccio inclusivo, imparziale ed *evidence-based*, nel pieno rispetto delle competenze attribuite dai Trattati e delle identità nazionali degli Stati membri, in ottemperanza a quanto previsto dal TUE all'art. 4.2. Tuttavia, le risultanze delle prime due edizioni di tale Dialogo sembrano confermare i dubbi sull'efficacia di questo meccanismo nel perseguire lo scopo prefissato, che già la vaga e scarna formulazione della Risoluzione del Consiglio suscitava. Il *discussion paper* del Dialogo sullo Stato di diritto del novembre 2015 (Council of the EU, *Ensuring the Respect for the Rule of Law – Dialogue and Exchange of Views*, 9-11-2015, Doc 13744/15), infatti, si limita a poche, molto generiche, parole sul principio dello Stato di diritto,

[5] D. Kochenov e L. Pech, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, No. 3, 2015, pp. 512–540.

prevedendo una discussione settoriale sul tema de «*Lo Stato di diritto nell'era della digitalizzazione*»; anche il comunicato stampa del 24 maggio 2016[6] sul secondo Dialogo annuale, insieme alla nota della Presidenza che ne ha rappresentato la cornice tematica[7] confermano la medesima impostazione, focalizzandosi sulle questioni poste dalla recente crisi migratoria e dai fenomeni dell'integrazione in genere.

È, infine, importante considerare, come anticipato in via introduttiva, un terzo documento elaborato a livello dell'Unione europea nel 2014, cioè il focus presentato dalla Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) nel suo report annuale 2013 (FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights: challenges and achievements in 2013*, giugno 2014, 7-20), che, pur essendo opera di un organo tecnico e non politico, è fortemente rilevante come antecedente della Risoluzione del Parlamento europeo dell'ottobre 2016, poiché fornisce alcune delle linee di ispirazione generale che si ritroveranno, poi, nella proposta parlamentare.

Sin dal titolo del focus (*An EU internal strategic framework for fundamental rights: joining forces to achieve better results*), risulta chiaro come questo documento della FRA rappresenti da molti punti di vista un deciso cambio di prospettiva nelle considerazioni generali rispetto alle iniziative della Commissione e del Consiglio. Partendo, infatti, da una discussione proprio del *Nuovo quadro* della Commissione, in questo documento si pone l'obiettivo di completarne la portata, attraverso l'introduzione di un quadro strategico sui diritti fondamentali, seguendo tre direttrici di scopo: in primo luogo, l'adozione di una lettura maggiormente sostanziale ed onnicomprensiva dello Stato di diritto, che porti ad assicurare l'applicazione dei meccanismi di controllo a tutti i valori *ex* art. 2 TUE; in secondo luogo, l'assunzione di misure più inclusive sul piano istituzionale, in considerazione del fatto che la partecipazione di diversi attori possa garantirne una maggiore efficacia; in terzo luogo, l'estensione degli strumenti di valutazione anche alle *performances* dell'Unione europea (e non solo degli Stati membri) nel rispetto dei suoi valori fondanti (pp. 9-10). Nell'argomentare tali finalità, il testo sottolinea il ruolo centrale che riveste e deve rivestire la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza) nell'ottica della tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento; essa viene presentata, infatti, come completamento di quanto all'art. 2 TUE viene solamente accennato: i diversi principi su cui si fonda l'Unione

[6] Council of the EU, press release n. 9340/16.
[7] Council Presidency, *Presidency non-paper for the Council (General Affairs) on 24 May 2016 – Rule of law dialogue*, 13-05-2016, Doc 8774/16.

infatti trovano realizzazione piena nelle previsioni della Carta (si v. a questo proposito la tabella proposta nel documento, con l'indicazione puntuale delle corrispondenze tra valori *ex* art. 2 TUE e titoli della Carta, p. 10, Table 0.1). È in questo senso che lo Stato di diritto viene incluso in una più estesa rete valoriale posta a fondamento della costruzione europea, che merita una considerazione ed una tutela unitaria; nello stesso tempo, ed in conseguenza di ciò, diventa irrinunciabile che ne sia monitorato il rispetto anche da parte delle Istituzioni e dell'ordinamento dell'Unione.

Coerentemente con la natura e la *mission* dell'Agenzia, il focus, dopo questa cornice generale, si concentra sulla predisposizione di diverse proposte tecniche utilizzabili per creare un meccanismo globale strutturato, che aiuti a superare quel *crisis driven approach* che ha caratterizzato finora le azioni dell'Unione in questo ambito e ad imporre la promozione dei valori come oggetto di cicli di politiche permanenti (p. 11). Lo strumentario elaborato si compone di venti proposte, suddivise su tre livelli, con mezzi adottabili a livello dell'Unione, a livello nazionale (o subnazionale), e mezzi generali o trasversali. Molto sinteticamente, l'Agenzia ritiene che al livello dell'Unione europea si possano implementare, o potenziare qualora già attivi, i seguenti strumenti: valutazione *ex-ante* dell'impatto sui diritti fondamentali degli atti normativi europei; promozione dei diritti fondamentali considerati come oggetto di atti legislativi e non unicamente come limite ad essi (cfr. artt. 8, 9, 10 TFUE); sviluppo di linee guida per l'implementazione del diritto europeo; meccanismi di monitoraggio e valutazione tra pari (*peer-monitoring* e *peer-evaluation*), con il coinvolgimento cioè degli Stati membri; subordinazione della concessione e utilizzo di Fondi europei a rassicurazioni sul rispetto dei diritti fondamentali (*rights-proofed funds*); creazione di un ciclo di politiche europee sui diritti fondamentali; aumento del coordinamento attraverso un meeting consultivo annuale tra diversi organi ed istituzioni dell'Unione; ampliamento di sinergie e collaborazioni con il Consiglio d'Europa. Gli strumenti attuabili a livello nazionale e sub-nazionale comprendono, invece: riconoscimento della struttura multilivello della protezione dei diritti fondamentali, con conseguente potenziamento del ruolo degli attori locali e nazionali nella *multilevel governance* dei diritti; aumento della cooperazione tra i diversi attori ed organi nazionali; riconoscimento del ruolo dei Parlamenti nazionali nell'implementazione legislativa in questo ambito; creazione di piani d'azione nazionali (*National Action Plans*) nell'ambito della tutela e promozione dei diritti fondamentali; aumento dell'attenzione ai diritti fondamentali all'interno della popolazione; assicurazione di un monitoraggio nazionale forte ed indipendente; stimolo al rispetto e alla promozione

dei diritti fondamentali nel mondo economico e lavorativo. Infine, come strumenti generali, l'Agenzia considera: coinvolgimento della società civile attraverso le sue organizzazioni nella valutazione e sviluppo delle politiche nell'ambito specifico dei diritti fondamentali, ma anche in altri settori, in ragione dell'impatto che determinate misure possono avere sui diritti fondamentali; investimenti nella fiducia reciproca tra i diversi ordinamenti e nell'accessibilità delle conoscenze sui diritti fondamentali, negli ambiti giurisdizionali e di *law enforcement* in generale; istituzione di un sistema informativo europeo sui diritti fondamentali, che riunisca, con finalità di trasparenza e conoscibilità, le informazioni fornite da diversi attori (ONU, Consiglio d'Europa, OSCE, i diversi organi e istituzioni dell'UE, …); sviluppo di un quadro sistematico di indicatori sui diritti fondamentali, per permettere valutazioni comparabili su legislazioni e politiche; scambio transfrontaliero di buone pratiche, per creare una cultura condivisa dei diritti fondamentali (pp. 11-16).

5. – La Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 «sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali»

Analizzati il contesto e i pregressi, è possibile a questo punto presentare l'ultimo contributo, in ordine di tempo, con cui il Parlamento europeo ha posto un nuovo punto fermo sulla strada dell'impegno dell'ordinamento dell'Unione europea nella promozione e nella tutela dei suoi valori fondamentali, dopo aver rivestito un ruolo attivo ma secondario nelle dinamiche del recente passato (si considerino, a titolo esemplificativo, oltre alla relazione della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni precedentemente citata, le risoluzioni *Sulla situazione in Ungheria,* 10-06-2015, 2015/2700(RSP) e 16-12-2015, 2015/2935(RSP), e quella *Sulla situazione in Polonia,* 13-04-2016, 2015/3031(RSP)).

Con la Risoluzione del 25 ottobre 2016 sull'*Istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali* (2015/2254(INL), il Parlamento rivolge alla Commissione, ai sensi dell'art. 225 TFUE, una serie di raccomandazioni, affinché presenti, entro il settembre 2017, una proposta per la conclusione di un accordo interistituzionale (di cui è fornito un dettagliato progetto in allegato), che si configurerà come *Patto dell'Unione europea sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali*, volto a stabilire «le modalità atte a facilitare la cooperazione delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri nell'ambito

dell'articolo 7 TUE e a integrare, allineare e completare i meccanismi esistenti» (§1 della Risoluzione), in attesa di una futura revisione dei Trattati.

La Risoluzione testimonia l'intenso e complesso sforzo compiuto dal Parlamento affinché questo documento ponga davvero un punto fermo in un terreno complesso ma essenziale per il futuro dell'Unione, attraverso la creazione di un meccanismo globale, composito ma unico, che permetta una risposta rapida ed efficace ad eventuali minacce ai valori fondamentali, che disponga un sistema coerente e credibile di elementi preventivi, correttivi e sanzionatori come deterrenza, e che si basi su solide fondamenta sostanziali e valoriali condivise. Quest'ultima esigenza è perseguita attraverso il lavoro di ricerca ed elaborazione presentato nelle premesse alla Risoluzione, dando in primo luogo ragione dei riferimenti normativi rilevanti in materia tratti sia dal diritto primario e da documenti istituzionali dell'Unione, sia da fonti prodotte all'esterno di essa (Consiglio d'Europa, Nazioni Unite), articolando poi gli aspetti più sostanziali dei valori da perseguire attraverso questo nuovo meccanismo nella prima parte dei "considerando", e ragionando sugli obiettivi più specifici di quest'ultimo nella seconda parte.

È importante a questo proposito evidenziare come il Parlamento ricostruisca i valori identitari dell'ordinamento dell'Unione, che saranno oggetto di tutela, a partire dalle previsioni dell'art. 2 TUE (rispetto della dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti fondamentali), per riferirsi ad essi quali «fondamenti costituzionali» dell'Unione (considerando D), con una caratterizzazione dello Stato di diritto come «colonna portante della democrazia liberale europea e … uno dei principi fondanti dell'Unione» (considerando E) e dei diritti fondamentali come «centro della costruzione giuridica dell'Unione» (considerando C), sottolineando nel contempo come i diversi valori fondanti siano in stretta relazione tra loro, giacché il rispetto dell'uno (in particolare dello Stato di diritto) è condizione per la tutela degli altri. Lo sforzo di esporre in maniera sistematica le fondamenta delle procedure e dei meccanismi ideati, rafforza, così, l'impressione di trovarsi di fronte ad un tentativo normativo di ampio respiro, che vuole essere decisivo per la promozione di quella cultura condivisa di rispetto per i valori fondanti a più riprese richiamata, che è «presupposto fondamentale per la legittimità del progetto europeo nel suo complesso e … condizione essenziale per consolidare la fiducia dei cittadini nell'Unione» (considerando C).

Dal punto di vista invece degli obiettivi e criteri ispiratori del meccanismo del *Patto*

dell'Unione europea sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali, esposti nella seconda parte dei considerando e nel corpo della Risoluzione ed implementati nel progetto di accordo interistituzionale, il Parlamento sembra aver fatto tesoro delle criticità che emergevano dai singoli meccanismi esposti precedentemente (v. *supra* par. 4) e delle conclusioni del report della FRA: si notano, infatti, il coinvolgimento dell'Unione non solo come promotore ma anche come oggetto di monitoraggio alla luce dei valori perseguiti, l'ampliamento di questi ultimi come oggetto di tutela, un aumento del numero degli attori protagonisti, con il coinvolgimento delle istituzioni dell'Unione, ma anche di istituzioni nazionali degli Stati membri, di organizzazioni internazionali e della società civile.

Come anticipato, la Risoluzione presenta in allegato alcune raccomandazioni dettagliate, che definiscono il progetto dell'accordo interistituzionale che dovrebbe costituire il nuovo *Patto dell'Unione europea sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali*.

Il primo punto che merita di essere analizzato, anche per la sua priorità logica rispetto alle procedure, concerne l'individuazione dell'oggetto dei meccanismi di monitoraggio, tutela e promozione. L'art. 7 del progetto, infatti, coerentemente con l'impostazione generale della Risoluzione più sopra ricordata e con le istanze formulate nel *report* della FRA (v. *supra* par. 4), elabora un elenco molto corposo di elementi rilevanti per la valutazione della effettiva attuazione dei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione di cui all'art. 2 TUE, a partire da aspetti tipicamente attinenti alla sfera dello Stato di diritto (tra i molti: separazione dei poteri; natura imparziale dello Stato; legalità; uguaglianza e non discriminazione; libero accesso alla giustizia e giusto processo…), ma ampliando lo spettro di osservazione verso componenti maggiormente "sostanziali" (per riprendere le diverse interpretazioni proposta *supra*, par. 2) quali libertà e pluralismo dei media, promozione dello spazio civico, del dialogo civile e della partecipazione democratica, fino a ricomprendere elementi legati, più in generale, alla tutela dei diritti fondamentali (titoli da I a VI della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

Considerando, invece, il funzionamento pratico del meccanismo predisposto dal Parlamento europeo, accanto ad un non meglio specificato ciclo programmatico per la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali, la procedura prevede come momento di inizio una relazione annuale sui medesimi temi (relazione europea DSD). Tale relazione

sarà elaborata annualmente dalla Commissione in consultazione con un gruppo di esperti indipendenti (gruppo di esperti DSD). Quest'ultimo sarà composto da un esperto designato dal Parlamento nazionale di ogni Stato membro tra giudici di Corti costituzionali o supreme non in servizio, e da dieci esperti nominati dal Parlamento europeo a partire da un elenco predisposto da alcune istituzioni internazionali - in particolare: Federazione All European Academies, Rete europea delle istituzioni nazionali per i diritti umani, Consiglio d'Europa, CEPEJ e Consiglio degli ordini forensi europei, Nazioni Unite, OSCE e OCSE (art. 8.1) - realizzando, almeno in questo frangente, i convergenti obiettivi di assicurare la maggiore autorevolezza ed oggettività possibile ai meccanismi di monitoraggio, e di coinvolgere significativamente gli organismi esterni all'UE che siano attori rilevanti in questi ambiti. Dal punto di vista dei contenuti, poi, tale relazione si comporrà di una prima parte generale e di una seconda parte contenente raccomandazioni specifiche rivolte ai singoli Paesi (art 4 c. 2), frutto di un'analisi qualitativa e quantitativa di dati oggettivi ricavati dalle diverse fonti indicate all'art. 6, andando ad incorporare ed integrare tra loro gli strumenti di monitoraggio ad oggi vigenti quali il quadro di valutazione della giustizia, l'Osservatorio del pluralismo dei media, la relazione sulla lotta alla corruzione e le procedure di valutazione tra pari *ex* art. 70 TFUE, mentre il meccanismo di cooperazione e verifica per la Bulgaria e la Romania risulterà sostituito dalla relazione stessa (art. 5).

Sulla base della relazione, che assume, nel disegno globale, il ruolo di elemento di coerenza tematica e finalistica dell'intero *Patto*, si dipaneranno, poi, diverse attività istituzionali presentate all'art. 10 del progetto. Il Parlamento europeo, in primo luogo, organizzerà una discussione interparlamentare, instaurando un dialogo pluriennale con il coinvolgimento delle Istituzioni europee (Consiglio e Commissione), dei Parlamenti nazionali, della società civile, della FRA e del Consiglio d'Europa, che dovrà assicurare la definizione di parametri ed obiettivi da raggiungere, nonché fornire gli strumenti per valutare i cambiamenti da un anno all'altro. In secondo luogo, il Consiglio manterrà viva l'esperienza del Dialogo annuale sullo Stato di diritto (integrato nel *Patto* secondo quanto indicato all'art. 3), tenendo una discussione annuale, a seguito della quale si inviteranno i Parlamenti nazionali a fornire risposte alla relazione europea DSD. La relazione fornirà, in terzo luogo, alla Commissione una base informativa per attivare procedure di "infrazione sistemica", raggruppando diversi casi di infrazione, o per presentare una proposta di valutazione tra gli Stati membri *ex* art. 70 TFUE dell'attuazione nazionale delle politiche in materia di libertà, sicurezza e giustizia. Qualora, poi, la relazione DSD nelle sue

raccomandazioni specifiche per Paese palesasse delle mancanze o delle criticità a livello nazionale in riferimento agli elementi essenziali che definiscono il rispetto di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali, come ricordati all'art. 7 del progetto, si aprirebbe una procedura di dialogo della Commissione con lo Stato interessato costruita sul modello del *Nuovo quadro* attualmente operativo (art. 10.2). La relazione potrà, inoltre, avere un ruolo anche nell'ottica dell'attivazione delle misure preventive (c. 1) e sanzionatorie (cc. 2 e 3) dell'art. 7 TUE, poiché in essa il gruppo di esperti potrebbe fornire valutazioni sulla configurabilità di un «evidente rischio di violazione grave dei valori di cui all'articolo 2 TUE» (art. 10.2.1 del progetto di accordo) o di una «violazione grave e persistente» (art. 10.3), ed in quel caso Parlamento europeo, Commissione e Consiglio saranno tenuti a svolgere ciascuno una discussione sulla questione, adottando una decisione motivata in merito ad essa. Rispetto, infine, all'obiettivo di coinvolgere le Istituzioni europee tra gli enti monitorati, il progetto di *Patto* dispone che lo stesso ordinamento dell'Unione sia oggetto di attenzione specifica, attraverso l'inclusione dei diritti fondamentali nelle valutazioni d'impatto per le proposte legislative della Commissione e l'assegnazione al gruppo di esperti DSD del compito di valutare il rispetto della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali da parte del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (art. 11).

In conclusione, come segnalato in apertura, la proposta contenuta nella Risoluzione del Parlamento europeo appena esposta rappresenta un nuovo passo nel percorso di promozione e tutela dei valori fondanti dell'Unione europea, ma è senza dubbio vero che ulteriori evoluzioni sono all'orizzonte. Al di là della semplice constatazione che quella parlamentare rappresenta una proposta, e bisognerà aspettare di vedere quale sarà poi l'effettivo accordo interistituzionale presentato dalla Commissione entro il termine stabilito nella Risoluzione, rimangono comunque, nel merito, alcune questioni irrisolte. Se è innegabile che il *Patto* così congegnato muova da giuste considerazioni riguardo la necessità di coerenza dell'azione dell'Unione, e vada in questa direzione concependo la relazione DSD come strumento unico e globale al servizio delle diverse possibilità operative, è altrettanto vero che il progetto di accordo presentato non si discosta poi tanto dai meccanismi fino ad ora applicati, restando debitore del *Nuovo quadro* della Commissione e del Dialogo sullo Stato di diritto del Consiglio, e, soprattutto, condividendo con questi ultimi il fatto di conoscere come unico strumento sanzionatorio l'art. 7 TUE, con tutte le criticità già ampiamente dimostrate, che ne inficiano la capacità di deterrenza. È evidente,

d'altronde, che i progressi sul percorso che si è in parte cercato di presentare in questo lavoro dovranno costantemente confrontarsi, nel prossimo futuro, con la realtà dell'attualità politica e delle numerose tensioni a cui è sottoposto l'ordinamento dell'Unione europea, a partire in particolare da quelli che saranno gli sviluppi della questione polacca, alla luce del vano esperimento delle procedure del *Nuovo quadro* da parte della Commissione e della contemporanea quasi nulla probabilità di conseguire la coesione politica tra gli Stati membri necessaria alla messa in funzione delle sanzioni previste.

ISSN 2037-6677	2016/4

Protection of Women from Domestic Violence Act 2005: la Corte Suprema indiana amplia il raggio d'azione della legge dichiarando l'incostituzionalità di parte della sezione 2(q)

Protection of Women from Domestic Violence Act 2005: the Indian Supreme Court widens the scope of the law declaring the unconstitutionality of parts of sect. 2(q)

Chiara Correndo

Tag: India, Domestic violence, Gender issues

ISSN 2037-6677

Protection of Women from Domestic Violence Act 2005: la Corte Suprema indiana amplia il raggio d'azione della legge dichiarando l'incostituzionalità di parte della sezione 2(q)

di Chiara Correndo

1. – Il caso *Hiral P. Harsora and Ors v. Kusum Narottamdas Harsora and Ors* (civil appeal no. 10084/2016), su cui la Corte Suprema indiana si è pronunciata lo scorso 6 ottobre, rappresenta un momento fondamentale nel discorso nazionale sui diritti delle donne e sulla violenza di genere. La legge in materia di violenza domestica (*Protection of Women from Domestic Violence Act* 2005, PWDVA) è figlia di un'intensa stagione di lotte portate avanti dai movimenti femministi indiani e culminata con la rottura della divisione teorica e sociale tra spazio pubblico e privato. Il superamento di tale distinzione è stato favorito dalle ripetute condanne di intellettuali e attiviste femministe della cosiddetta "dottrina dello spazio", paradigma di ispirazione coloniale e, più latamente, patriarcale in base al quale tutte le questioni domestiche devono restare confinate nello spazio privato della famiglia e lontano da qualsiasi ingerenza statale. Tale impostazione ha favorito discriminazioni ripetute ai danni delle donne, storicamente relegate all'interno della sfera familiare e costrette spesso a subire abusi silenziosi da parte degli stessi membri della famiglia estesa.

Il PWDVA, approvato nel 2005, ha rappresentato, pertanto, un passaggio cruciale in materia di avanzamento dei diritti delle donne: si tratta, infatti, di una legge moderna nelle intenzioni e nel sostrato scientifico alla base delle sue formulazioni, ambiziosa nel suo tentativo di liberarsi da vecchie incrostazioni patriarcali, ma, nonostante ciò, imperfetta.

2. – Proprio in una di queste crepe strutturali si inserisce il caso in oggetto. Nel 2010 Pushpa Narottam Harsora, supportata dalla figlia Kusum, sporse denuncia contro il figlio Pradeep, sua moglie Hiral e altre due figlie, accusandoli di averla estromessa dal godimento delle proprietà della "joint family" e sottoposta a violenza fisica e mentale, chiedendo quindi al *Metropolitan Magistrate* competente l'applicazione delle misure di tutela contemplate nel PWDVA. La nuora Hiral e le due figlie, tuttavia, eccepirono il loro difetto di legittimazione passiva, facendo leva sulla sezione 2(q) della legge in oggetto e sottolineando la loro estraneità al giudizio.

Il *Metropolitan Magistrate* non accolse la suddetta eccezione e il caso giunse in appello nel 2012 innanzi all'Alta Corte di Bombay, che si pronunciò invece a favore di Hiral e delle sue cognate. Pushpa Harsora e la figlia Kusum non impugnarono l'ordinanza di estromissione delle parenti dal giudizio, ma sollevarono una questione di legittimità costituzionale con riferimento alla menzionata sezione 2(q). Per comprendere al meglio il punto è necessario partire proprio dalla lettura della suddetta sezione in base alla quale con il termine "respondent" si intende "any *adult male person* who is, or has been, in a domestic relationship with the aggrieved person and against whom the aggrieved person has sought any relief under this Act" (enfasi aggiunta). Tale articolo è corredato da un *proviso* secondo cui "an aggrieved wife or female living in a relationship in the nature of a marriage may also file a complaint against a relative of the husband or the male partner". In base ad un'interpretazione letterale del testo, il *respondent* può essere solo un maschio adulto a meno che la vittima non sia la moglie o la convivente, in tal caso questa avrebbe la possibilità di chiedere l'applicazione di provvedimenti anche nei confronti del parente (autore della condotta pregiudizievole e genericamente indicato come *relative*, quindi uomo o donna) del marito o del compagno. Sfruttando le lacune di tale disposizione, la nuora di Pushpa Harsora e le sorelle di Pradeep erano riuscite a far chiudere il

procedimento nei loro confronti: giocava, infatti, a loro favore il fatto che non rientrassero né nella categoria generale dei soggetti contro cui si può avviare l'azione *ex* PWDVA (*adult male person*) né nell'eccezione contenuta nel *proviso*, non avendo Pushpa Harsora, in quanto madre/suocera e non moglie/convivente, titolo ad agire contro le stesse.

L'Alta Corte, trovandosi a giudicare su una possibile violazione da parte della sezione 2(q) dell'articolo 14 della Costituzione ("Equality before the law"), optò per un approccio cauto e scarsamente incisivo. Si scelse, infatti, in una pronuncia datata 25 settembre 2014, di forzare un'interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione, leggendo la clausola (q) in combinato disposto con le clausole (a), (f) e (s) della medesima sezione (rispettivamente, "aggrieved person", "domestic relationship" e "shared household"). L'Alta Corte sostenne che fosse possibile perseguire nuore, figlie o sorelle a condizione che queste fossero *co-respondents* assieme a un uomo maschio adulto che si trovasse in una "domestic relationship" con la ricorrente e le *co-respondents*.

3. – La Corte Suprema, investita in appello della questione di legittimità da parte di Hiral Harsora, non ha esitato invece a pronunciarsi con un'interpretazione estensiva della legge in oggetto, incidendo su diversi aspetti della stessa.

La Corte ha inquadrato le proprie argomentazioni all'interno di una interpretazione teleologica del testo, giustificando tale procedimento interpretativo con un riferimento a *Shashikant Laxman Kale v. Union of India* (1990) 2 SCR 441 e *Harbilas Rai Bansal v. State of Punjab* (1996) 1 SCC 1. In entrambi i casi, la Corte si era trovata a giudicare in merito all'esclusione di alcuni gruppi di persone dal raggio d'azione delle leggi in esame; al fine di comprendere, dunque, se tali classificazioni avessero un fondamento razionale e fossero conformi allo scopo della legge, i giudici avevano esaminato i diversi *Statements of Objects and Reasons* posti a corredo delle leggi.

Lo *Statement of Objects* annesso alla proposta di legge contro la violenza domestica in India si apre con un riferimento diretto alla normativa internazionale in materia di violenza di genere elaborata in seno alle Nazioni Unite (par. 13 della sentenza in commento). In particolare, il documento rimanda alla Convenzione

sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW), alla Dichiarazione di Vienna (1994) e alla Piattaforma d'Azione di Pechino (1995), mostrando come il legislatore indiano fosse consapevole della necessità di conformarsi a tale normativa e di aggiornare la legislazione nazionale a tutela delle donne. Le disposizioni del PWDVA citate nel paragrafo 17 dalla Corte Suprema riprendono gli impianti classificatori elaborati in diverse previsioni pattizie e rapporti internazionali sulla violenza di genere, facendo perno su una definizione di violenza dallo spettro molto ampio. Nelle intenzioni del legislatore del 2005, il PWDVA sarebbe dovuto intervenire per sanare le lacune normative e costruire un ponte tra la legislazione esistente e gli obiettivi costituzionali ed internazionali, offrendo definizioni più inclusive di violenza e mettendo a disposizione delle vittime rimedi di natura civile (come i *residence orders* o la richiesta di risarcimento del danno), spesso più utili di quelli penali, in quanto di più rapido esperimento e applicazione.

Alla luce di tali disposizioni e delle motivazioni che portarono all'emanazione della legge, la Corte ha evidenziato due criticità fondamentali nella sezione 2(q). *In primis*, un'interpretazione letterale della sezione in questione avrebbe compromesso l'organicità della legge, in cui si adottano complessivamente posizioni *gender-neutral* tese ad inglobare e tutelare il maggior numero di episodi violenti che si possano verificare ai danni di una donna all'interno del contesto familiare. I giudici, in particolare, richiamandosi alle sezioni 2(f) e 3, hanno ricordato come il legislatore avesse optato nel 2005 per una definizione di "domestic relationship" sufficientemente ampia da coprire tutti i tipi di rapporti che possono sussistere in un nucleo familiare (rapporti di sangue, matrimonio, convivenza, adozione o parentela acquisita); a ciò si aggiunge una strutturazione complessa del concetto di violenza tale da includere abusi verbali, emotivi, fisici, psicologici ed economici, senza annettere connotazioni particolari alla figura del perpetratore, che può essere pertanto uomo o donna di qualsiasi età. Alla luce di queste considerazioni, la sezione 2(q) spicca, pertanto, per incoerenza e disfunzionalità, tratti che la Corte non ha mancato di rimarcare nella sua argomentazione. La stessa disciplina del limite di età (*adult* male person) mina alla base l'operatività complessiva della legge ("it is not difficult to conceive of a non-adult 16 or 17 year old member of a household who can aid or abet the commission of acts of domestic violence", par. 24 sent. in commento), neutralizzando le tutele garantite nel PWDVA e inficiando il

raggiungimento dello scopo finale. La peculiarità della legge, il fatto che la vittima possa essere, *ex* sezione 2(a), solo una donna e l'ampia gamma di tutele offerte sono aspetti che rientrano nella logica del PWDVA come *social beneficial legislation*, volto quindi a proteggere con un surplus di garanzie una fascia particolarmente vulnerabile della popolazione. Questo argomento fu utilizzato peraltro dall'Alta Corte di Delhi in *Aruna Parmod Shah v. Union of India* (2008) 102 DRJ. 543 la quale, posta di fronte alla questione della violazione degli articoli costituzionali in materia di uguaglianza da parte del PWDVA, costruì le proprie argomentazioni attorno al carattere fortemente sociale della normativa, indicando come l'endemicità della violenza di genere giustificasse misure speciali di tutela a favore delle donne.

L' interpretazione della legge in sede giudiziale deve tendere quanto più possibile al rispetto dell'obiettivo perseguito dal legislatore; il giudice deve, pertanto, cercare di appianare le incongruenze "based on the view that Parliament would legislate only for the purpose of bringing about an effective result" (par. 28 sent. in commento, in cui si riporta l'opinione espressa dalla Corte in *Badshah v. Urmila Badshah Godse & Anr.*, 2014, 1 SCC 188). Se, dunque, l'interpretazione letterale e restrittiva della sezione 2(q) si scontra con le intenzioni del legislatore, l'impianto complessivo della legge e il sistema normativo in cui essa è inserita, il giudice è tenuto ad optare per la costruzione teleologica che meglio armonizza la legge con il suo contorno.

4. – La Corte Suprema, in seconda battuta, ha ripercorso la giurisprudenza consolidata in materia di interpretazione dell'articolo 14 della Costituzione, di cui si lamentava la violazione, come base su cui sferrare la stoccata finale alla sezione 2(q). In particolare, rifacendosi all'opinione del giudice Subba Rao, espressa in *State of U. P. v. Deoman Upadhyaya* (1961) 1 SCR 14, i giudici della Corte Suprema hanno ricordato come tale articolo si fondi su una doppia concezione, positiva e negativa, di uguaglianza formale. La lettura negativa, imperniata sull'idea di *equality before the law*, presuppone che tutti siano soggetti allo stesso modo all'applicazione della legge (e che nessuno possa reclamare immotivatamente privilegi speciali), mentre *equal protection of the law* postula lo stesso livello di tutela da parte dello Stato per tutti coloro che si trovino nella medesima situazione. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto

come il principio di eguaglianza formale, in un Paese afflitto da profonde sperequazioni sociali quale è l'India, debba essere temperato da un'accorta applicazione del principio di uguaglianza sostanziale, che giustifica l'adozione da parte dello Stato di provvedimenti specifici per la rimozione delle disparità di fatto. Una distinzione razionale effettuata all'interno di una legge sull'operatività della stessa in relazione a certe categorie, pertanto, non solo è consentita in quanto parte integrante della *doctrine of equality*, ma si rende addirittura necessaria ai fini di ottenere un progresso sociale. È fondamentale, tuttavia, che tale classificazione non sia arbitraria, ma che si fondi su distinzioni conformi all'obiettivo perseguito dalla legge (giudice Subba Rao citato al par. 30 sent. in commento). Una classificazione, quindi, per non essere discriminatoria, deve agganciarsi ad una base posta in relazione razionale con l'oggetto della legge (*D. S. Nakara v. Union of India*, 1983, 1 SCC 305, citata al par. 32 sent. in commento). Come già ricordato in *Lachhman Dass v. State of Punjab* (1963) 2 SCR 353 dalla stessa Corte, il rischio insito in una classificazione irragionevole ed eccessiva è di svuotare di significato l'articolo 14 e, più latamente, la *doctrine of equality*. Tale ammonizione sembra trovare perfetta applicazione nel caso di specie, "as the classification of adult male person clearly subverts the doctrine of equality" (par. 31 della sentenza in commento).

La necessità di un collegamento razionale tra le distinzioni operate all'interno di una legge e gli obiettivi della stessa era stata rimarcata già in passato dalla Corte. Questa, in *Subramanian Swamy v. CBI* (2014) 8 SCC 682, aveva dato rilievo al fatto che una classificazione razionale "includes all who are similarly situated", secondo le parole del giudice Mathew, e che, per giudicarne l'adeguatezza, sia necessario individuare "the purpose of the law" (*Subramanian Swamy v. CBI* citata al par. 34 sent. in commento). La distinzione che si effettua deve essere, inoltre, reale, sostanziale e di non trascurabile entità (*Union of India v. N. S. Ratnam*, 2015, 10 SCC 681 citata al par. 35 sent. in commento). Se tale classificazione neutralizza gli obiettivi della normativa, che possono essere "either the elimination of a public mischief or the achievement of some positive public good" (*Subramanian Swamy v. CBI* citata al par. 34 sent. in commento), proteggendo il reo o favorendo la commissione di reati, allora deve essere eliminata.

La Corte, su questi basi, ha dunque dichiarato l'incostituzionalità della sezione 2(q) nella parte in cui si fa riferimento ai caratteri del *respondent* quale *adult* e *male*, sostenendo *in primis* che la distinzione operata tra *female* e *male respondent* non soddisfasse i requisiti di realtà e sostanzialità elencati in *Union of India v. N. S. Ratnam*. In secondo luogo, "as per the principle settled in the Subramanian Swamy judgement, the words adult male person are contrary to the object of affording protection to women who have suffered from domestic violence of any kind. We, therefore, strike down the words adult male before the word person in Section 2(q), as these words discriminate between persons similarly situated, and far from being in tune with, are contrary to the object sought to be achieved by the 2005 Act" (par. 36 della sentenza in commento).

In base al principio di *severability*, i giudici hanno altresì chiarito che il resto della legge resta intatto e vigente, ad eccezione del *proviso* alla sezione 2(q). Tale *proviso* rappresenta un'eccezione alla definizione di *respondent* come *adult male* ed è pertanto privo di esistenza indipendente. Con l'ampliamento della categoria dei soggetti che possono essere convenuti in giudizio, vengono quindi meno i presupposti su cui si fondava la *ratio* stessa dell'eccezione.

5. – La sentenza in oggetto rappresenta un superamento importante di quella categorizzazione epistemica del patriarcato come lotta di uomini-aguzzini contro donne- vittime passive. Tale concezione del patriarcato non solo reifica la dicotomia di genere, riducendo un gravissimo problema sociale a una battaglia di uomini contro donne (come acutamente sottolineato da Biglia B. e Cagliero S., "Critica femminista alle norme italiane sulle *violenze di genere*", *About Gender- International Journal of Gender Studies*, Vol. 5, no. 10, 2016, p. 287), ma non rende compiutamente conto di una serie di complessità relazionali cruciali nello studio dei fenomeni violenti. È, infatti, necessario emanciparsi da tale ottica binaria e considerare come potenziali agenti di violenza anche quelle donne che scelgono di sfruttare a loro vantaggio gerarchie patriarcali di potere, negoziando spazio e privilegi all'interno della famiglia spesso a detrimento di soggetti più deboli, come donne giovani e neo-spose (quello che Deniz Kandyoti chiama "patriarchal bargaining", in Reddy R., *Domestic Violence or Cultural Tradition? Approaches to "Honour Killing" as Species and*

Subspecies in English Legal Practice in Gill A. K., Strange C., Roberts K., *"Honour" Killing and Violence*, Palgrave Macmillan, Londra, 2014, p. 33).

Alcuni studi dimostrano, infatti, come circa il 40% degli episodi di violenza domestica in India si possano ascrivere a membri della famiglia estesa, incluse quindi le donne (Gangoli G., Rew M., *Mothers-in-law against daughters-in-law: domestic violence and legal discourses around mother-in-law violence against daughters-in-law in India*, in *Women's Studies International Forum*, 34, 2011, p. 421). Prendendo fermamente le distanze da un certo tipo di retorica misogina frequentemente reiterata da diversi parlamentari indiani per cui "women are women's worst enemies", è possibile spiegare questi dati alla luce del fatto che molte donne possono essere obbligate a tenere determinati comportamenti oppressivi a causa degli squilibri di potere esistenti nelle famiglie estese, che impongono loro di conformarsi a logiche patriarcali. Questa constatazione, tuttavia, non vuole negare iniziativa o volontà propria, anche criminosa, alle donne (meccanismo che peraltro condurrebbe ad una vittimizzazione e infantilizzazione delle stesse), ma solo tentarne una parziale eziologia.

6. – Per quanto, comunque, questa sentenza rappresenti un passaggio importante per i motivi appena esposti e perché amplia la base di tutela garantita alle donne in materia di violenza, essa non è in alcun modo un punto di arrivo.

Tra i diversi aspetti su cui il Parlamento dovrebbe lavorare, due sono particolarmente urgenti. *In primis*, è necessario che l'India inizi a fare i conti con un altro tipo di violenza di "genere", ossia quella perpetrata ai danni di tutti coloro che sfuggono ad una sessualità normativa e ad un inquadramento di genere preciso.

In secondo luogo, è importante sottolineare come il PWDVA sia il complemento civile ad una stagione di intensa legiferazione penale in materia di violenza contro le donne. Allo stato attuale della legislazione e visti i fallimenti dei progetti punitivi statuali, è opportuno abbandonare la strada dell'esasperata repressione penale in favore di approcci olistici e *bottom-up*. Considerare, infatti, gli episodi di violenza come distorsioni occasionali a cui rispondere con l'imposizione di misure straordinarie non permette di cogliere la natura strutturale del patriarcato e delle gerarchie di potere. Sarebbe, pertanto, più utile procedere con programmi educativi più incisivi (della stessa opinione anche Biglia B. e Cagliero S. nell'articolo

citato, p. 293) e maggiori tutele lavorative, favorendo inoltre l'associazionismo femminile e forme di *self-help* per costruire reti di sostegno dal basso.

Solo lavorando sull'*empowerment* di categorie non vulnerabili, ma vulnerabilizzate, potrà esserci infatti una reale rimozione degli ostacoli esistenti per l'effettivo godimento dei diritti fondamentali e il superamento di politiche repressive e protezionistiche.

ISSN 2037-6677	2016/4

Conflitto di norme o questione interpretativa? La primazia del diritto internazionale nel caso *Al Dulimi* della Corte di Strasburgo

Norm conflict or interpretative matter? The primacy of international law in the *Al Dulimi* Grand Chamber judgment of the Strasbourg Court

Marina Petri

Tag: Targeted sanctions, Article 103 UN Charter, Right to a fair trial

ISSN 2037-6677

Conflitto di norme o questione interpretativa? La primazia del diritto internazionale nel caso *Al Dulimi* della Corte di Strasburgo

di Marina Petri

1. – La sentenza *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (ref. 5809/08), emessa dalla Corte di Strasburgo il 21 giugno 2016, è l'ultima tappa di un tortuoso percorso disegnato dalla Corte EDU in tema di rapporti tra protezione dei diritti umani e effettività delle sanzioni comminate nell'ambito delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. In *Al Dulimi*, la Grand Chamber ha riconosciuto una violazione dell'articolo 6(1), in materia di giusto processo, a causa dei *deficit* sostanziali nel controllo giudiziale condotto dai giudici svizzeri sull'operato del Sanctions Committee del Consiglio di Sicurezza. Peraltro, pare interessante sottolineare come, sebbene la pronuncia sia stata approvata con il voto favorevole di quindici giudici su diciassette (sono dissenzienti i soli giudici Ziemele e Nussberger), di questi solo nove hanno condiviso *in toto* l'argomentazione riportata in sentenza, avendo sei giudici precisato, nelle loro *concurring opinions,* come ritengano condivisibile il solo risultato, e non il ragionamento giuridico, proposto dalla maggioranza. Questo dato, *prima facie* banale, risulta rivelatore e delle tensioni interne alla Corte, e del potenziale di instabilità del difficile equilibrio definito nella pronuncia in commento.

In questa sede, verranno brevemente sintetizzati i principali nodi fattuali inerenti *Al Dulimi*, contestualizzandoli nell'ambito delle precedenti pronunce sul tema (si fa riferimento, in particolare, ai casi *Al-Jedda* e *Nada* della stessa Corte, nonché alla sentenza della Sezione semplice *Al-Dulimi*, emessa nel 2013, qui impugnata). In secondo luogo, sarà d'uopo soffermarsi sul ragionamento proposto dalla Corte, incentrato, come anticipato, sulla compatibilità delle sanzioni in ambito ONU con l'art. 6(1) della CEDU, nonché sui riverberi delle stesse sulla disciplina di cui all'art. 41 della medesima Convenzione. Saranno infine proposte alcune riflessioni critiche inerenti la pronuncia in commento, ed il suo ruolo nel più ampio quadro dei rapporti, *lato sensu* costituzionali, tra ordinamento CEDU e ordinamento internazionale.

2. – In seguito all'invasione irachena del Kuwait nell'agosto del 1990, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha adottato due risoluzioni mirate ad imporre, per tramite degli Stati (siano essi o meno membri ONU), un embargo generale sull'Iraq, ivi incluse le risorse confiscate al Kuwait e il relativo trasporto aereo: la Svizzera ha implementato queste misure con la "Iraq Ordinance", approvata dal Consiglio Federale il 7 agosto 1990.

A quelle menzionate, sono seguite due rilevanti Risoluzioni da parte del Consiglio di Sicurezza: la Risoluzione 1483 (2003) e la Risoluzione 1730 (2006). La prima imponeva agli Stati di "congelare tempestivamente" gli *asset* finanziari e le risorse economiche attribuibili ai dirigenti del regime di Saddam Hussein, nonché i beni e le entità giuridiche di loro proprietà o sottoposti alla loro diretta gestione. Contestualmente, veniva istituito un Sanctions Commitee incaricato di definire la lista dei soggetti destinatari delle misure limitative della libertà economica, da trasporre nei documenti attuativi predisposti a livello nazionale. Con la Risoluzione 1730 (2006) veniva conseguentemente definita una procedura amministrativa da seguire per poter ottenere la rimozione del proprio nominativo dalla suddetta lista.

Nel caso di specie, i ricorrenti sono Khalaf Al Dulimi e la Montana Management Inc., società registrata a Panama di cui il Sig. Al Dulimi era Direttore Generale. In particolare, sulla base di un suo presunto ruolo di rilievo all'interno dei servizi segreti del regime iracheno, il nominativo del Sig. Al Dulimi era stato inserito

nella lista predisposta, in linea con il dettato della Risoluzione 1483 (2003), dal Sanctions Committee del Consiglio di Sicurezza, e annessa, in Svizzera, alla Iraq Ordinance, che era stata utilizzata dal Dipartimento Federale per gli Affari Economici come titolo legittimante il congelamento degli *asset* del Sig. Dulimi in Svizzera, nonché la contestuale confisca degli stessi.

Peraltro, si sottolinea come il Dipartimento Federale, con tre decisioni successive del maggio 2006, abbia precisato che sarebbe stato possibile sospendere il congelamento e revocare la confisca solo nel caso in cui la decisione rilevante fosse stata presa dal Sanctions Committee delle Nazioni Unite, essendo la Svizzera vincolata al rispetto delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, la cui effettività risulta prioritaria, in virtù dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite. La sola eccezione a questo principio generale è rappresentata dalla violazione dello *jus cogens* (al cui rispetto è vincolato lo stesso Consiglio di Sicurezza), del cui *corpus* non è però parte integrante il principio dell'accesso alla giustizia la cui violazione era lamentata dai ricorrenti.

Coerentemente con questo approccio, le decisioni, appellate dai ricorrenti innanzi alla Corte Federale amministrativa, sono state confermate in quanto ritenute dai giudici svizzeri compatibili con la tutela del diritto di proprietà costituzionalmente garantito, nonché con le garanzie procedurali di cui alla Convenzione dei diritti civili e politici del 1966 e alla Convenzione Europea dei Diritti Umani. Rileva in effetti evidenziare come il controllo giudiziale esercitato dalla Corte Federale svizzera non si sia concretizzato in un'analisi sostanziale circa la legittimità del congelamento e confisca degli *asset* alla luce dei parametri legali menzionati, quanto piuttosto in una semplice verifica circa la rintracciabilità del nominativo del ricorrente all'interno della lista predisposta dal Sanctions Committee. Una diversa interpretazione del ruolo dello Stato all'interno del contesto internazionale, sottolinea la Corte Federale al paragrafo 10.1 della decisione (cfr. BGE 2A.783/2006), priverebbe l'art. 25 della Carta delle Nazioni Unite del suo *effet utile*.

La procedura conseguentemente inizializzata dal Sig. Al Dulimi, mirante a ottenere la rimozione del proprio nominativo dalla lista predisposta dalla

Commissione delle Nazioni Unite, conformemente a quanto sancito dalla Risoluzione 1730 (2006), si è conclusa con un rigetto nel giugno del 2008.

Il caso in esame dunque concerne la compatibilità della procedura di congelamento e confisca degli *asset* con le garanzie in materia di giusto processo di cui all'art. 6 CEDU. Peraltro, come anticipato, la pronuncia in commento costituisce il secondo *step* della vicenda giudiziaria innanzi alla Corte di Strasburgo, che, nel novembre 2013, aveva individuato, in Sezione semplice, una violazione dell'art. 6(1) CEDU.

In linea con quanto già evidenziato nella pronuncia *Nada* (caso *Nada v. Switzerland*, 12 settembre 2012, ref. 10593/08 del dicembre 2012), la Chamber della Corte di Strasburgo aveva in quell'occasione primariamente ricordato come, coerentemente con il dettato dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati, sia necessario armonizzare quanto più possibile il contenuto delle obbligazioni, potenzialmente configgenti, derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite e dalla CEDU. Di più: come sottolineato in *Al Jedda* (cfr. *Al Jedda v. UK,* 7 luglio 2011, ref. 27021/08, para 102), esiste una vera e propria "presunzione di compatibilità", secondo cui «the Security Council does not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity […] the Court must therefore choose the interpretation which is most in line with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations. In light of the UN's important role in promoting and encouraging the respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used where the Security Council [intends] States to take particular measures which would conflict with their obligations under human rights law».

In secondo luogo, la Corte aveva sottolineato la portata della nota presunzione *Bosphorus*, secondo cui, relativamente alle misure statali attuative delle obbligazioni derivanti dall'appartenenza ad una organizzazione internazionale, esiste una presunzione di compatibilità con la CEDU, ma solo nella misura in cui l'organizzazione garantisca un livello di "*equivalent protection*" dei diritti umani rispetto alla Convenzione; inoltre (cfr. *Al Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, 26 novembre 2013 ref. 5809/08, para. 114), lo Stato rimane pienamente

responsabile nel caso in cui attui misure che non sono "*strictly required*" dall'organizzazione internazionale, ed in particolare in tutti i casi in cui abbia la possibilità di esercitare un margine di apprezzamento ("*pouvoir d'appreciation*").

In particolare, la Corte aveva applicato, nella sentenza del 2013, il criterio di "*equivalent protection*" all'operato delle Nazioni Unite, discostandosi dalla consolidata giurisprudenza sul tema, incentrata sugli interventi apportati dall'Unione Europea. Sul punto, se da un lato era stato accertato come non fosse lasciato alcun margine di apprezzamento allo Stato membro ("*aucun pouvoir discretionnaire*", cfr. para 117), contestualmente era stato analizzato nel dettaglio il livello di protezione dei diritti umani di cui alla Risoluzione 1483, ritenuto (non sorprendentemente) non equivalente rispetto a quello garantito dalla CEDU (cfr. para 118). Più specificamente, in linea con quanto precisato dallo *special rapporteur* delle Nazioni Unite per la protezione dei diritti umani, la Corte aveva notato come la totale assenza di una procedura di garanzia per i diritti individuali (ivi inclusa la mancanza di un *ombudsman*), nonché la limitata effettività del controllo giudiziale esercitato dalle Corti Federali svizzere (che, come detto, prescindeva da qualsiasi valutazione di merito, limitandosi ad un mero controllo formale inerente la menzione dei nominativi all'interno della lista predisposta dal Sanctions Committee), fossero rappresentativi di un livello di protezione dei diritti umani non equivalente a quello CEDU (cfr. para 120).

La combinazione di questi due fattori (esistenza di un ampio margine di discrezionalità per lo Stato; assenza di una "*equal protection*" dei diritti umani in ambito ONU rispetto agli *standard* CEDU) comportava dunque l'inapplicabilità della presunzione *Bosphorus*, e la conseguente necessità, per la Corte, di valutare in concreto la compatibilità dell'operato della Svizzera con i parametri della Convenzione. Ci si riferisce, in tutta evidenza, all'art. 6(1) CEDU, inerente l'accesso alla giustizia, che, come è noto, può essere limitato solo in caso di scopo legittimo, e in maniera proporzionata. Ebbene, la Corte aveva determinato nella decisione del 2013 come, se la necessità di rispettare i vincoli di cui alla Risoluzione del Consiglio di Sicurezza rappresentasse un fine legittimante una possibile limitazione del diritto di accesso alla giustizia, questa era avvenuta in modo sproporzionato (cfr. para 129 –

234). Sebbene dunque non fosse concessa l'equa soddisfazione *ex* art. 41 CEDU, la Corte aveva dichiarato violato l'art. 6 (1).

La sentenza sin qui brevemente sintetizzata rappresenta un *prius* di imprescindibile importanza nell'analisi delle argomentazioni proposte dalla Corte nella recente pronuncia *Al Dulimi*. Peraltro, la dottrina più attenta (A. Peters, *Targeted sanctions after affaire Al Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse: is there a way out of the catch-22 for UN members?*, in *EJIL Talk*, n.4/2013) non ha mancato di evidenziare alcune criticità insite nelle argomentazioni della decisione del 2013, e più in generale un possibile ruolo *lato sensu* "politico" di questa e delle altre pronunce del medesimo filone giurisprudenziale (tra cui i già menzionati casi *Nada* e *Al-Jedda*, nonché *Al-Skeini and others v. the United Kingdom,* 7 luglio 2011, ref. 55721/07): qual è la pregnanza sistemica insita nel mantenere sul piano statale il controllo giurisdizionale sul rispetto degli standard CEDU nei confronti dei cittadini, anche nel caso di misure riconducibili a vincoli internazionali? Più in generale e nella prospettiva della tenuta del regime ONU, non è rischioso consentire agli Stati membri, per mezzo di una valutazione sostanziale di compatibilità delle misure incluse nelle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza con i parametri dei diritti umani, di rifiutare l'applicazione di dette Risoluzioni? In quale misura un tale conflitto è inevitabile, ed esiste la possibilità di una genuina armonizzazione delle norme, anche nel caso in cui il parametro di cui si richiede l'applicazione non sia norma di *jus cogens*? Questi interrogativi saranno trattati nei paragrafi seguenti, alla luce delle considerazioni sviluppate dalla Corte in *Al Dulimi*, esaminate di seguito.

3. – Le argomentazioni proposte dalla Corte nella pronuncia in commento sono particolarmente interessanti poiché, nel sostanziale discostarsi dal ragionamento ricostruito a partire dalla presunzione *Bosphorus* nella decisione della Sezione semplice, la Grande Sezione riprende la presunzione *Al Jedda* di "compatibilità" tra l'operato delle Nazioni Unite e gli *standard* di tutela dei diritti umani, espandendone grandemente (eccessivamente?) la portata, ed evitando contestualmente di pronunciarsi sull'eventualità di un tangibile conflitto tra norme, nonché sulla rilevanza sistematica dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite in un tale contesto.

Più nel dettaglio, è d'uopo sottolineare come la Corte, nel ricostruire il diritto all'accesso alla giustizia di cui all'art. 6(1), si concentri sulla improrogabile necessità per i cittadini di essere destinatari di una tutela giudiziale effettiva, che non sia ridotta tanto da minare le fondamenta stesse del diritto. Sul punto, la Grande Sezione ricorda come nelle sue pronunce del 2008 la Corte Federale svizzera si sia limitata ad un controllo meramente formale ed abbia così di fatto eroso la pregnanza della tutela prevista dalla Convenzione. Su questo impianto fattuale, più volte ricordato, si innesta il complesso rapporto tra CEDU e obbligazioni derivanti dalla Risoluzione 1483, da interpretare alla luce dell'art. 103 della Carta ONU. In effetti, in linea con il paragrafo 3 (c) dell'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969, la Corte sottolinea come l'interpretazione della Convenzione debba includere "*any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*": gli art. 103 e 25 della Carta delle Nazioni Unite, che sanciscono, come è noto, la primazia del diritto onusiano e la necessità per gli Stati membri di adempiere alle obbligazioni discendenti dall'appartenenza all'Organizzazione, sono in tutta evidenza le norme cardine che assumono rilevanza nel caso di specie.

È in questo contesto che la Corte riformula la presunzione esplicitata nel caso *Al Jedda*, secondo la quale si deve ritenere il diritto delle Nazioni Unite compatibile con la CEDU salvo che non sia inclusa, nell'ambito della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza, una limitazione *espressis verbis* dei diritti umani in tema di applicazione delle sanzioni a livello statuale: « where a Security Council resolution did not contain any clear or explicit wording excluding or limiting respect for human rights in the context of the implementation of sanctions at national level, the Court [will] always presume those measures to be compatible with the Convention and [will] in principle conclude there there was no conflict of obligations to be resolved by the State». Ed invero, nessuna disposizione della Risoluzione 1483 è apertamente indirizzata ad impedire alle Corti degli Stati membri di effettuare un controllo sostanziale sulle misure intraprese a livello nazionale per garantire l'applicazione del diritto onusiano.

Non solo: la Corte (cfr. para 145 della sentenza in commento) precisa come l'inclusione dei nominativi all'interno della lista predisposta dal Sanctions Committee sia potenzialmente produttiva di effetti dirompenti sullo *status* degli

individui coinvolti (spesso, peraltro, inseriti sulla base di informazioni sommarie ed incomplete, in una situazione di crisi internazionale), e sia dunque di massima importanza che gli Stati membri non abdichino al loro ruolo di garanti dei diritti umani nell'implementazione di tali misure. Peraltro, in linea con quanto già messo in luce dalla stessa Corte nella pronuncia *Al Skeini*, è d'uopo precisare come questa funzione di tutela sia coerente con la natura di "*constitutional instrument of European public order*" della Convenzione (cfr. caso *Al Skeini*, para. 141): agli Stati membri si impone di assicurare un livello di osservanza degli *standard* della Convenzione che dia spessore e protegga l'ordine pubblico alla cui salvaguardia è preposta la CEDU.

In questo senso, è possibile affermare come la centralità dello Stato di diritto in un tale contesto si estrinsechi anche attraverso il necessario scrutinio da riservare alle misure adottate in ambito onusiano che possono implicare, nella loro applicazione, un certo grado di arbitrarietà. Rientra in questa categoria (cfr. para. 147 e seguenti della pronuncia in commento) l'inserimento dei nominativi all'interno delle liste predisposte dal Sanctions Committee, non essendo questa attività basata su un motivato complesso di informazioni adeguatamente circostanziate.

In linea con le considerazioni sin qui esposte (presunzione di compatibilità del diritto ONU rispetto alla CEDU in mancanza di espresse previsioni contrarie; necessaria tutela dell'ordine pubblico, inteso come garanzia contro l'arbitrarietà, da esercitare per mezzo degli Stati membri come *ratio* qualificante il ruolo "costituzionale" della Convenzione), la Corte di Strasburgo, nella pronuncia in commento (cfr. para. 148) evidenzia come, mancando nella Risoluzione 1483 qualsiasi riferimento *espressis verbis* alla non compatibilità delle misure con la protezione dei diritti umani, sia possibile escludere l'esistenza di un tangibile conflitto, da dirimere *ex* art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, tra diritto onusiano e Convenzione. Non si tratta d'altra parte di una riflessione isolata, echeggiando chiaramente nel testo di *Al Dulimi* l'influenza del noto caso *Kadi I* (*Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, casi riuniti C–402/05 P e C–415/05, P [2008] ECR I–6351) della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dove si precisa come "*it is not a consequence of the principles governing the international legal order under the United Nations that any judicial review of the internal lawfulness of the contested regulation in the light of fundamental freedoms is excluded by virtue of the fact that that measure is*

intended to give effect to a resolution of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations". Come si vedrà in seguito, tuttavia, la portata sistematica di quanto statuito dalla Corte di Strasburgo in *Al Dulimi* è ben più contenuta di quella, dirompente, della sentenza *Kadi I* del giudice del Lussemburgo.

In estrema sintesi, infatti, la Grande Sezione precisa come, in riferimento all'art. 6(1) della Convenzione, la Corte Federale svizzera non si trovasse di fronte ad un tangibile conflitto di norme da dirimersi secondo il criterio della primazia del diritto onusiano, e sia dunque sussistente la responsabilità dello Stato per la violazione della CEDU, essendo "superfluo" (cfr. para 149) per la Corte trattare la questione della gerarchia tra norme, nonché vagliare l'applicabilità dell'"*equivalent protection test*", che invece, come visto poc'anzi, si era rivelato centrale nella pronuncia del 2013. È infatti onere dello Stato provare di aver messo in pratica tutte le misure necessarie ad adattare il regime sanzionatorio alla situazione individuale dei ricorrenti, garantendo loro un'adeguata tutela contro il rischio di arbitrarietà.

Per quanto concerne, infine, l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 della CEDU, la Corte ha ritenuto, congruamente con quanto affermato dalla Sezione semplice, non sussistente il nesso eziologico tra la violazione dell'art. 6(1) e il danno pecuniario, essendo quest'ultimo confinato ad una fase meramente ipotetica.

4. – Nei paragrafi precedenti sono stati considerati e il contesto della decisione in commento e le principali argomentazioni elaborate dalla Corte di Strasburgo in *Al Dulimi*. In questa sede è pertanto d'uopo proporre alcune considerazioni critiche inerenti la pronuncia, ed il suo possibile portato "politico" nell'ambito del più ampio spettro dei rapporti *lato sensu* costituzionali (cfr., *inter alia*, PETERS, *Art. 25*, in SIMMA, KHAN, NOLTE, PAULUS, "The Charter of the United Nations: A Commentary on the UN Charter", OUP, 2012) tra apparato CEDU ed ordinamento internazionale.

Ci si riferisce, in tutta evidenza, alla possibilità di determinare la robustezza dell'interpretazione proposta dalla Grande Sezione con riferimento all'estensione dei conflitti tra norme in ambito sovranazionale. Ed invero, per valutare la persuasività in concreto dell'approccio scelto dalla Corte sarebbe necessario elaborare una teoria precisa circa quali siano (o debbano essere) i limiti dell'interpretazione, e quanto

l'armonizzazione tra ordinamenti possa consentire di superare l'ostacolo rappresentato dalla divergenza sostanziale tra norme. Trattasi, in tutta evidenza, di uno scopo del tutto ultroneo rispetto a quanto ci si ripropone di elaborare in questa sede. Tuttavia, è sicuramente interessante riproporre quanto evidenziato dal Giudice Nussberger nella sua opinione dissenziente rispetto alla decisione in commento: la Corte pare elaborare una sorta di "*falsa*" armonizzazione interpretativa, piuttosto che una reale armonizzazione tra i due ordinamenti, nella sentenza *Al Dulimi*.

In effetti, pare possibile affermare come sia necessario interpretare *cum grano salis* il punto nodale delle argomentazioni in *Al Dulimi,* e cioè il regime secondo cui le sanzioni imposte dall'ordinamento onusiano debbano essere sottoposte, in punto di implementazione, ad una valutazione sostanziale da parte di ogni Corte nazionale: un'interpretazione letterale ed estesa di un tale principio porterebbe, prevedibilmente, ad esiti pericolosi, o quantomeno contraddittori, nello scenario internazionale. Piuttosto, in linea con quanto precisato da Milanovic (M. Milanovic, *Norm conflict in international law: whither human rights?*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2009, pp. 69 – 131), è chiaro come sia imprescindibile contestualizzare la massima giurisprudenziale che emerge dalla pronuncia in commento nel senso di evidenziarne la portata conciliatrice, in linea con la *ratio* rintracciabile nella presunzione elaborata in *Al Jedda*.

Particolare rilievo assume in questo quadro il rapporto con la sentenza *Al Dulimi* del 2013, nella quale, come precisato *supra*, la Sezione semplice della Corte di Strasburgo applica al caso di specie la presunzione *Bosphorus* (inerente, come detto, alla valutazione del livello "equivalente" di protezione in ambito CEDU e in ambito ONU). La dottrina più attenta (M. Milanovic,, *Grand Chamber judgment in Al Dulimi v. Switzerland*, in *EJIL Talk*, n. 3/2016) sottolinea come sia ragionevole la scelta della Grande Sezione di discostarsi da questo approccio, che, in tutta evidenza, presumerebbe un'implicita affermazione di indipendenza dell'ordinamento giuridico della Convenzione rispetto a quello del diritto internazionale. Ciò, chiaramente, deriva dal fatto che, qualora si ritenessero entrambi gli accordi rientranti nel medesimo ordinamento, la Convenzione, norma non prevalente in virtù di quanto disposto dall'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite, non potrebbe in alcun

modo imporre condizioni circa l'applicazione della norma gerarchicamente superiore.

In altre parole, affermare la necessità di subordinare al rispetto dei canoni CEDU l'applicazione delle sanzioni comminate dalle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza implicherebbe l'utilizzo di un linguaggio molto vicino a quello utilizzato dalla Corte di Lussemburgo nel noto caso *Kadi*, smentendo peraltro il lungo filone giurisprudenziale (*Nada*, *Al Skeini*) mirato ad inserire fermamente il sistema CEDU - Consiglio d'Europa all'interno dell'ordinamento internazionale (onusiano). Non si tratta, d'altra parte, di una soluzione del tutto centrifuga rispetto alle tensioni riscontrabili nell'elaborazione della sentenza, come emerge dalle opinioni dei giudici Keller e Albuquerque. Secondo l'opinione della scrivente, tuttavia, l'introduzione di un approccio analogo a quello elaborato con riferimento al rapporto tra l'ordinamento internazionale e quello dell'Unione Europea in *Kadi* non appare totalmente aderente al contesto CEDU, innegabilmente caratterizzato da un apparato strutturale e normativo meno completo, nonché da un inferiore grado di evoluzione costitutiva e costituzionale.

Alla luce di quanto sin qui considerato, pare chiaro come l'approccio della Corte di Strasburgo in *Al Dulimi* sia mirato sostanzialmente ad evitare di dirimere la questione inerente lo *status* internazionale dell'"ordinamento" (?) CEDU, rispetto a quello onusiano: sancendo l'inesistenza di un conflitto tra la Convenzione e l'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite, la Corte di Strasburgo finisce per non pronunciarsi sulla tangibile eventualità di un tale conflitto.

Orbene, è utile sottolineare come la sentenza in commento rispecchi la necessità per la Corte di affermare il proprio ruolo, centrale, nella tutela dei diritti umani, evitando contestualmente di porsi in aperta contraddizione con quanto sancito in ambito internazionale. Peraltro, è interessante menzionare come sia necessario valutare in concreto quanto l'effettività della valutazione demandata alle Corti nazionali circa il rispetto degli *standard* di protezione dei diritti umani risulti fattibile e significativa, e quanto questa debba essere relativa all'applicazione *in toto* della sanzione, o piuttosto, più ragionevolmente, debba essere intesa come inerente a una sorta di controllo *de minimis* di arbitrarietà circa i parametri costitutivi della

sanzione imposta dalla Risoluzione del Consiglio di Sicurezza. Trattasi, in tutta evidenza, di elementi chiave la cui definizione è totalmente assente in *Al Dulimi*.

È peraltro d'uopo ricordare come questi interrogativi rappresentino dei criteri decisamente significativi circa la valutazione del ruolo della Convenzione nella definizione degli standard concreti di tutela dei diritti umani su scala internazionale, alla luce delle divergenze applicative tra Stati membri, del ruolo talvolta intrusivo dello stesso Consiglio di Europa, nonché della necessità di responsabilizzare gli Stati membri in ottica internazionale (sul punto, A. Peters, *cit.*, 2013). La decisione in commento, se pone degli interessanti assunti interpretativi in tema di compatibilità tra i due ordinamenti, risulta deludente sotto una prospettiva di sistema, poiché quantomeno laconica nella valutazione del rapporto sistemico tra Convenzione ed articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite, in tema di primazia del secondo sulla prima (o viceversa). L'approccio, pragmatico, scelto dalla Corte è pertanto relativamente efficace nel caso di specie, ma non manca di sollevare perplessità circa il suo ruolo all'interno del più ampio dibattito costituzionale tra diritto internazionale e standard CEDU di tutela.

ISSN 2037-6677	2016/4

Il delicato ruolo del giudice tra valutazioni scientifiche controverse e scelte politico-discrezionali in materia di OGM

The delicate role of the judge, among controversial scientific evidence and discretionary choices, in the field of GMOs

Giada Ragone

Tag: GMOs, TestBiotech, CJEU

ISSN 2037-6677

Il delicato ruolo del giudice tra valutazioni scientifiche e scelte politico-discrezionali in materia di OGM. Note minime a TestBiotech e a. v. Commissione (T-177/13)

di Giada Ragone

1. – Il vivace dibattito sulle politiche agricole dell'Unione Europea, recentemente alimentato della stipula del TTIP tra Stati Uniti ed Unione (cfr. il report di Friend of the Earth Europe e Fair Watch, *Contadini europei in svendita. I rischi del TTIP per l'agricoltura europea*, aprile 2016), è destinato a essere ravvivato ulteriormente dalla sentenza datata 15 dicembre 2016, con la quale il Tribunale di prima istanza UE ha respinto il ricorso per l'annullamento del rifiuto opposto dalla Commissione alla richiesta di riesame, avanzata ai sensi del «regolamento di Aarhus», di una sua decisione presa in materia di ambiente e organismi geneticamente modificati (GM). Prima di mettere in luce gli aspetti più rilevanti di tale sentenza e prendere posizione rispetto al tipo di sindacato che l'organo giurisdizionale ha posto in essere nel presente giudizio, occorre dare conto della vicenda che l'ha preceduto.

Il caso che qui si commenta (*TestBiotech e a. v. Commissione*, T-177/13) ha avuto origine con la richiesta di immissione in commercio di una certa varietà di soia geneticamente modificata, presentata dalla Monsanto Europe SA nel 2009. A seguito di tale istanza, come previsto dal Regolamento n. 1829/2003, veniva interpellata l'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare (in proseguo, EFSA), la

quale escludeva che la soia GM, se paragonata alla soia "tradizionale", comporti rischi maggiori per la salute umana e animale, nonché per l'ambiente. Sulla base di questa valutazione, la Commissione (decisione 2012/347/EU) accordava l'autorizzazione, così permettendo la circolazione della tipologia di soia in questione nei territori degli Stati Membri dell'UE.

Tre organizzazioni non governative tedesche (TestBiotech, European Network of Scientists for Social and Environmental Responsibility, Sambucus) contestavano l'esito del procedimento. Eccependo che l'EFSA non avrebbe valutato in maniera adeguata i rischi immunologici derivanti dal consumo della soia GM, varietà da considerarsi non equiparabile nella sua composizione a quella non GM, le ONG chiedevano alla Commissione di effettuare un riesame interno della sua decisione. Ciò in forza di quanto previsto dall'articolo 10 del Regolamento n. 1367/2006 che dà attuazione alla Convenzione di Aarhus (1998), la quale garantisce l'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale.

Alla suddetta richiesta la Commissione rispondeva con tre missive indirizzate alle ricorrenti, nelle quali si comunicava che l'Istituzione europea respingeva la pretesa, reputando che la richiesta di riesame interno riguardasse per la maggior parte questioni che esulano dall'ambito di applicazione del c.d. «regolamento Aarhus». A fronte dell'intervenuto diniego, le organizzazioni tedesche adivano il Tribunale dell'Unione Europea, conformemente a quanto previsto dall'art. 12 del già citato Regolamento n. 1367/2006, chiedendo l'annullamento della decisione con cui la Commissione aveva respinto la loro richiesta di riesame interno.

2. – La pronuncia della Quinta Camera del Tribunale dell'Unione Europea, con la quale è stato rigettato il ricorso, ha offerto risposte a numerose questioni aperte.

In primo luogo, è opportuno evidenziare come, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, per i giudici europei, sono riconducibili alla materia ambientale non solo le disposizioni che regolano le procedure di autorizzazione alla coltivazione degli OGM, ma anche quelle che ne regolano la commercializzazione.

In secondo luogo, è degna di interesse la precisazione del Tribunale secondo cui, dinanzi a una decisione della Commissione che rifiuta una richiesta di riesame interno, una ONG è pienamente legittimata a promuovere un ricorso giurisdizionale per il suo annullamento denunciando «the Commission's lack of powers to adopt that decision, unlawfulness of the decision, infringement of essential procedural requirements, misuse of powers or infringement of procedural rights in the adoption of the act in question» (par. 59).

Fatte queste premesse, l'autorità giudiziaria ha condiviso la tesi dell'EFSA, intervenuta in giudizio a sostegno della Commissione con Regno Unito e Monsanto, secondo la quale «judicial review should be limited to arguments regarding infringements of procedural requirements, errors in law or manifest errors of assessment in the administrative review decision, without giving rise to a review of the scientific basis of the authorisation decision» (par. 74).

Delineati così i vizi deducibili, il Tribunale ha ritenuto che le ONG non siano state in grado di dimostrare nel merito che la Commissione sia stata negligente nello svolgere le procedure che l'hanno condotta ad autorizzare l'immissione in commercio della soia GM. Nessuno degli elementi forniti dalle ricorrenti indurrebbe a ritenere che l'Istituzione europea abbia commesso leggerezze nell'accertare che la valutazione dei rischi legati alla soia GM sia stata effettuata al più alto livello possibile, né che la stessa sia venuta meno al suo dovere di verificare che fossero stati presentati all'EFSA tutti i dati necessari alla formulazione di un parere scientifico attendibile. Il Tribunale dell'Unione, in conclusione, ha affermato che, stando agli argomenti contenuti nel ricorso, non emergono elementi idonei a far ritenere errate le principali asserzioni che hanno condotto la Commissione ad autorizzare la soia GM. In particolare non sarebbe stato dimostrato che la soia geneticamente modificata e quella convenzionale abbiano sostanziali differenze quanto alla composizione, né che la potenziale tossicità e il rischio allergenico della prima siano stati valutati in maniera inadeguata.

3. – Come si è già sottolineato, nel respingere il ricorso delle ONG, il Tribunale ha chiaramente esplicitato che il sindacato giudiziario non deve tramutarsi in un riesame della valutazione scientifica operata dagli esperti che siedono nell'EFSA.

Pertanto ai giudici sarebbe inibito verificare che la base scientifica cui si appoggia la decisione discrezionale di autorizzare la commercializzazione di OGM sia fondata.

Occorre chiedersi se tali conclusioni siano condivisibili.

Ad una prima impressione si potrebbe ritenere che la Corte, rifiutandosi di porre in dubbio la fondatezza delle opinioni espresse dall'EFSA, abbia trattato con grande, forse eccessiva, deferenza la consulenza offerta dall'Agenzia. Da questo punto di vista, la pronuncia potrebbe essere accomunata al caso *Land Oberösterreich e Austria v. Commissione* (C-439/05 P e C-454/05 P). Tale pronuncia traeva origine dalla decisione di una regione austriaca di vietare sul proprio territorio la coltivazione di sementi contenenti OGM, quand'anche autorizzati a seguito del parere positivo dell'EFSA. A corredo della comunicazione alla Commissione della propria intenzione, il Land aveva allegato una relazione tecnico-scientifica nella quale si sosteneva che la coltivazione transgenica recasse danni al territorio e minasse la possibilità di mantenere colture tradizionali. Per giudicare se si trattasse di decisione legittima oppure di una dissimulata restrizione del commercio tra Stati o di un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno, le autorità competenti si rivolgevano nuovamente all'EFSA. Quest'ultima escludeva che il documento adducesse nuove evidenze scientifiche o mostrasse particolari rischi ambientali. Conseguentemente veniva sancita l'illegittimità dell'iniziativa austriaca. Come notato in dottrina, qui le valutazioni dell'EFSA sono state non solo il fondamento dell'autorizzazione della Commissione, bensì anche del giudizio dei giudici comunitari, la cui cognizione pare essersi fermata all'incontrovertibilità del parere reso dall'organo scientifico comunitario (cfr. A. Venturi, *Analisi del rischio e sicurezza alimentare. I fondamenti, le controversie, la regulation*, Aracne, Milano, 2008, p. 66).

In secondo luogo, si potrebbe forse pensare che la limitazione del sindacato giurisdizionale a vizi inerenti all'operato della Commissione, ossia l'opzione per un sindacato "esterno" svilisca e ridimensioni uno degli obiettivi principali dalla Convenzione di Aarhus: offrire al pubblico la massima possibilità di accesso alla giustizia in relazione a controversie che riguardano un ambito delicato come quello ambientale.

D'altro canto, le critiche sin qui prospettate possono essere facilmente superate e, a parere di chi scrive, può ritenersi che l'Autorità giudicante abbia a buon diritto

optato per un sindacato esterno. Si deve, infatti, considerare che il sindacato con cui il Tribunale ha esaminato l'operato della Commissione è stato – sebbene non intrinseco – di ampia portata. La scelta di non entrare nel merito della valutazione scientifica che stava alla base all'autorizzazione della soia GM non ha, infatti, precluso ai giudici europei di verificare che la decisione della Commissione sia avvenuta sulla scorta di dati accurati, affidabili e coerenti. Come si legge nella sentenza (par. 79), è del resto dovere dell'autorità giudiziaria accertarsi che gli elementi fattuali addotti contengano tutte le informazioni di cui è necessario tenere conto al fine della scelta da operarsi, nonché giudicare se il quadro fattuale fornito sia in grado di sostenere la decisone finale della Commissione (par. 79).

Se, al contrario, il Tribunale avesse rivendicato un potere di sindacato interno rispetto alla consulenza scientifica offerta dall'EFSA, avrebbe dovuto – in ultima analisi – devolvere la soluzione della controversia a scienziati e periti. Infatti, per poter valutare la fondatezza degli argomenti addotti dai ricorrenti e quelli opposti dall'EFSA, avrebbero dovuto necessariamente avvalersi di consulenti tecnici.

Una simile valorizzazione del ruolo delle autorità dotate di competenze tecnico-scientifiche non sarebbe stato, tuttavia, opportuno: quello degli OGM e della autorizzazione alla loro commercializzazione, più ancora che una questione scientifica controversa, è un problema politico. È, infatti, da tempo in atto un conflitto tra Stati e vari portatori di interessi (tra cui diverse ONG) che tutelano la produzione e la commercializzazione di alimenti "tradizionali" ed altri Paesi e *stake holders* che, invece, tutelano i produttori di OGM e spingono per la liberalizzazione di tali prodotti. Il conflitto è condotto appellandosi alla non dannosità/dannosità di tali alimenti per la salute e l'ambiente ma le vere ragioni che lo animano sono, principalmente, politico-economiche.

Tali divisioni emergono costantemente nel corso delle procedure di autorizzazione delle varietà GM e la loro inconciliabilità ha come effetto che la decisione ultima è, di fatto, lasciata al "neutrale" parere tecnico espresso dall'EFSA. Invero, *ex* art. 9 del Regolamento n. 1829/2003, affinché l'uso di un prodotto GM venga autorizzato all'interno dell'Unione, alla valutazione scientifica dell'Agenzia, deve seguire una "risk management decision" della Commissione, secondo una procedura che assicuri la stretta collaborazione tra l'Istituzione e gli Stati Membri. La

voce di questi ultimi dovrebbe essere garantita dal coinvolgimento del Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali, il quale è composto da rappresentati dei diversi Paesi UE. Tuttavia, in concreto, la partecipazione del Comitato si è sempre rivelata ininfluente sulla scelta autorizzativa: le diverse posizioni politiche in tema di prodotti geneticamente modificati hanno, in ogni singola occasione, impedito il raggiungimento della maggioranza qualificata richiesta per esprimere un voto. Il risultato è che, nella prassi, la decisione se una determinata varietà GM possa essere coltivata, commercializzata e consumata nei paesi dell'Unione, è assunta dalla Commissione (T. Christiansen - J. Polak, *Comitology between political decision-making and technocratic governance: regulating GMOs in the European Union*, in *Eipascope*, n. 1, 2009).

A ciò si aggiunga che, sebbene formalmente la Commissione debba solo tenere conto del parere dell'Autorità, in pratica le è impossibile andare contro l'indicazione da quest'ultima espressa. Stando alla giurisprudenza europea (cfr. il caso T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v. Consiglio dell'Unione Europea*), la Commissione potrebbe deviare da quanto affermato dall'EFSA solo sulla base di una valutazione scientifica contraria. Tuttavia, evidentemente essa manca delle competenze necessarie a contraddire l'Agenzia. *Sic rebus stantibus*, non stupisce che ogni singola autorizzazione concessa dalla Commissione abbia pienamente rispecchiato quanto espresso dall'EFSA. Come acutamente rilevato in dottrina, «this suggests that not the Commission, but rather EFSA itself may in a sense be seen as the de facto risk manager» (cfr. T. Christiansen - J. Polak, *op. cit.*, p. 9).

4. – In conclusione, il quadro che si è delineato induce a ritenere che il malcontento rispetto alle scelte relative all'immissione in circolazione di OGM nell'Unione Europea, più che in sede giudiziaria, debba trovare composizione in sede istituzionale. Se non attraverso una revisione delle norme che disciplinano le procedure di autorizzazione, nella direzione di una reale partecipazione degli Stati Membri, quantomeno in termini di discussione e scelte politiche. Sarebbe, in particolare, necessario che il decisore politico si riprenda lo spazio che è oggi lasciato al parere degli esperti: l'Agenzia funge da supplente tecnico apparentemente neutrale ma le scelte sui prodotti geneticamente modificati sono, in sé, politiche.

Quella della contestabilità e superabilità delle opinioni espresse dall'EFSA è questione altrettanto delicata. Nell'ambito delle decisioni che implicano e si fondano su valutazioni scientifiche, la trasparenza e la possibilità che più voci scientifiche si confrontino per dare man forte al decisore politico sono elementi fondamentali. Come autorevolmente affermato in dottrina, «la scienza connessa a, e implicata in, scelte pubbliche (*policy-related science*) deve essere concettualmente distinta e deve avere finalità diverse sia dalla scienza pura, che quella applicata. […] La scienza destinata a scelte pubbliche ... deve contribuire alla definizione di questioni che, dovendo trovare applicazione sociale, sono legate a valutazioni ampie ed esigono in ultima istanza una scelta politica anche laddove si presentino come problemi scientifico-tecnici» (M. Tallachini, *Scienza e democrazia. La scienza destinata a scelte pubbliche*, Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 174-175). Ciò posto, chiedere a dei giudici di sindacare la base scientifica delle autorizzazioni non risolve il problema che – lo si ribadisce – essendo politico-istituzionale, non si presta ad essere risolto esclusivamente in via giudiziaria.

ISSN 2037-6677	2016/4

Il difficile bilanciamento tra principio di trasparenza e presunzioni generali di riservatezza. Una delicata questione ancora aperta - Corte di Giustizia dell'Unione europea (nona sezione). Sentenza 14 luglio 2016, causa C- 271/15 P, Sea Handling SpA c Commissione europea

The difficult balance between tranparency and general privacy presumptions. A delicate and still open issue - CJEU (ninth section). Decision, 14 July 2016, C- 271/15 P, Sea Handling SpA v. European Commission

Laura Assunta Scialla

Tag: Principle of Transparency, CJEU, Italy, Right to Access

ISSN 2037-6677

Il difficile bilanciamento tra principio di trasparenza e presunzioni generali di riservatezza. Una delicata questione ancora aperta - Corte di Giustizia dell'Unione europea (nona sezione). Sentenza 14 luglio 2016, causa C- 271/15 P.*Sea Handling S.p.A. c. Commissione europea*

di Laura Assunta Scialla

1. – Il diritto di accesso agli atti delle istituzioni comunitarie registra una costante tensione tra le spinte che, sul modello dell'*open government* di stampo svedese, tendono ad espandere gli spazi della trasparenza amministrativa, e le esigenze di conservare ambiti dell'agire segreto, in nome della tutela dell'interesse generale. La giurisprudenza della Corte di Giustizia mostra chiara ed evidente, questa tensione. Nelle pronunce del giudice comunitario, talvolta prevale un aspetto, e talvolta l'altro, con un costante richiamo al principio di proporzionalità, senza che, tuttavia, sia possibile identificare un preciso indirizzo interpretativo. Nel caso di specie, la Corte respinge l'azione proposta avverso il diniego di accesso agli atti comunitari, in materia di aiuti di Stato. La richiesta di accesso concerneva alcuni atti istruttori attraverso i quali la Commissione aveva intravisto, in un'operazione di aumento di capitale effettuata da una società controllata, la configurazione di un aiuto di Stato condotto in violazione delle norme comunitarie. La società sottoposta al giudizio aveva infatti richiesto alla Commissione europea di conoscere la denuncia

all'origine del procedimento d'indagine, un'integrazione della stessa, nonché eventuale corrispondenza intercorsa tra la ricorrente e la Commissione, allo scopo soprattutto di esercitare in maniera più efficace il proprio diritto di difesa. L'organo esecutivo ha respinto la richiesta, richiamando le eccezioni consentite dal principio di riservatezza e dell'art. 4, paragrafo 2, primo e terzo trattino del reg. UE n. 1049/2001. Provvedimento confermato dal Tribunale di primo grado.

Il principio generale di riservatezza (già ribadito nella pronuncia del 29-6-2010, c-139/07 P, *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau*, in *Racc.*, p. I-5885), è applicato per tutelare la segretezza dell'attività investigativa, in presenza di un giudizio pendente, e con la possibilità di riapertura del procedimento d'indagine. L'eccezione di cui all'art. 4, paragrafo 2, relativa alla tutela degli interessi commerciali, consentirebbe poi, ad avviso della Commissione, di applicare, per analogia, la presunzione generale di riservatezza, già riconosciuta in materia di concentrazioni (Cfr. Corte giust., sent. 28-6-2012, c-447/10P, *Commissione c. Agrofert Holding*). In sostanza, trattandosi di informazioni commerciali sensibili e coperte da segreto aziendale, l'impresa coinvolta in giudizio avrebbe dovuto provare la sussistenza di un interesse pubblico sotteso alla divulgazione dei documenti richiesti.

Il giudice di primo grado conferma la decisione della Commissione e la sentenza viene impugnata in Corte di Giustizia. Le argomentazioni addotte in appello tendono soprattutto a far valere un'errata applicazione del principio della presunzione di riservatezza in materia di aiuti di Stato, sotto diversi profili: per aver erroneamente esteso la portata del principio anche alla richiesta di documenti esattamente individuati, mentre la sua applicazione avrebbe dovuto circoscriversi ai soli casi di domande di accesso globali o relative ad un insieme di documenti; la previsione del diritto di accedere agli atti istruttori, che nel reg. UE n. 659/99 in materia di aiuti di Stato viene riservata soltanto allo Stato membro coinvolto, non comporterebbe l'assenza di un obbligo della Commissione di esaminare le domande di accesso a documenti determinati, perché in caso contrario, sarebbe inapplicabile il regolamento n. 1049, nel settore degli aiuti di Stato; infine, la richiesta di accesso verteva su documenti che non potevano essere completati o modificati nel caso di riapertura del procedimento in seguito all'annullamento della decisione e, pertanto,

erroneamente, il giudice di prime cure aveva interpretato in maniera estensiva la presunzione generale di riservatezza.

2. – Concreta attuazione del principio generale di trasparenza, il diritto di accesso, dopo una serie di interventi normativi e giurisprudenziali, ha assunto nel corso del tempo un ruolo rilevante nell'ordinamento europeo. Inizialmente non era previsto come principio fondamentale e non era neppure stato consacrato nel diritto primario, ma una sua prima affermazione si è riscontrata nella prassi, in seguito ad esortazioni politiche rivolte alle istituzioni per l'adozione di determinate misure interne di carattere organizzatorio (Cfr. G. Conte, *Portata e limiti del diritto di accesso ai documenti nell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, n. 2, 2013, pp. 293 ss.; M. Salvadori, *Il diritto di accesso all'informazione nell'ordinamento dell'Unione Europea,* in *www.evpsi.org*, 2011; F. D'Oriano, *Il diritto di accesso ai documenti comunitari*, in questa *Rivista*, n. 4, 2003, pp. 1990 ss.; F. Politi, *Temi di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2015).

Nell'ordinamento comunitario il suo progressivo riconoscimento, come vero e proprio diritto, è stato determinato dalla sentita esigenza di un'azione pubblica trasparente, conoscibile e accessibile ai cittadini, sulla spinta della sua presenza già nei sistemi giuridici dei singoli Stati membri e dell'avvertita necessità di derogare alle regole di segretezza di taluni procedimenti amministrativi, in assenza di valide ragioni di pubblico interesse a sostegno della "riservatezza". Il diritto d'accesso, pertanto, trova una prima attestazione nella Dichiarazione n. 17, allegata al Trattato di Maastricht, che stabiliva l'impegno da parte dell'organo esecutivo di adottare le necessarie misure per ampliare l'accesso del pubblico alle informazioni in possesso delle istituzioni. Inseguito l'art. 255 del Trattato di Amsterdam del 1997, configurando l'accesso come diritto, ha riconosciuto a qualsiasi cittadino europeo il diritto di visionare i documenti della Commissione, del Parlamento e del Consiglio, senza far alcun riferimento alle altre Istituzioni. Con la Carta di Nizza dei diritti fondamentali del 2000, si è avuta una rilevante conferma del diritto di accesso ai documenti. Nel 2009 con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona l'impianto giuridico subisce delle modifiche. Il citato art. 255, rimodulato ed ampliato, diventa l'attuale art. 15 del Trattato di funzionamento dell'Unione europea. Il diritto di accesso viene affermato quale principio generale di trasparenza dell'azione europea,

ma anche come strumento di partecipazione del singolo al processo decisionale (*ex multis* E. Guichot Reina, *Transparencia y acceso a lainformaciòn en el Derecho europeo*, Sevilla, 2011; G. Godding, *Recent Judgments Regarding Transparency and access to documents in the field of competition Law: where does the Court of Justice of the EU strike the balance?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, n. 1, 2011, pp. 10 ss.; S. Curto, *In tema di accesso ai documenti formati o posseduti dalle Istituzioni europee*, in questa *Rivista*, n. 1, 2004, pp. 333 ss.).

Il diritto di accesso agli atti delle istituzioni comunitarie è stato disciplinato dal regolamento n.1049/2001 in una formulazione particolarmente ampia e senza la necessità che gli interessati siano costretti a dimostrare uno specifico e qualificato interesse al riguardo (su tali argomenti si rinvia alle riflessioni di R. Bifulco, *Il regolamento sull'accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie,* in *Quad. cost.,* 2001, pp. 696 ss.). Le eccezioni, di cui all'art. 4, sono distinte tra derogabili e facoltative (interessi commerciali di persone fisiche e giuridiche, ivi compresa la proprietà intellettuale; i procedimenti giurisdizionali e la consulenza legale; gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile) ed inderogabili ed obbligatorie (interesse pubblico alla sicurezza pubblica, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali ed alla politica finanziaria, monetaria o economica dell'Unione o di uno Stato membro; vita privata e integrità degli individui, con particolare riguardo alla legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali). Mentre in presenza delle prime, l'istituzione comunitaria deve valutare la sussistenza di un interesse pubblico alla divulgazione dei documenti sui quali è stata formulata richiesta di accesso, nelle ipotesi di eccezione obbligatoria l'accesso va rifiutato (su tale punto si rinvia a Corte giust., sent. 1-2-2007, c-266/05, *José Maria Sison c. Consiglio e Commissione*, commentata da A. Vedaschi, *War on Terrorism v. Openness*, in questa *Rivista*, 2007, pp. 694 ss.). Tuttavia queste eccezioni vengono costantemente interpretate in senso restrittivo, con un evidente *favor* verso l'espansione dei casi in cui l'esercizio dell'accesso possa essere consentito (cfr sent. 1-2-2007, c-266/05 P, *cit.*; sent. 1-7-2008, cause riunite, c-39/05 P e c-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*;sent. 21-9-2010, cause riunite, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07 P, *Svezia e a.c. API c. Commissione*). Nella stessa linea di tendenza si inseriscono gli orientamenti che richiedono un'attenta motivazione per i provvedimenti di diniego, sulla base del concreto ed effettivo pregiudizio che è possibile arrecare all'interesse tutelato

dall'eccezione stabilita (cfr. sent. 1-7-2008, cause riunite c-39/05 P e c-52/05 P, cit., punto 49; sent. 21-9-2010, cause riunite c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07 P, cit., punto 72; sent. 21-7-2011, c- 306/08P, *Svezia c. My Travel e Commissione*, punto 76). L'unica deroga consentita a tali eccezioni è quella di provare da parte dei soggetti interessati che un determinato documento di cui si è chiesto la divulgazione non sia coperto da tale presunzione di riservatezza, dimostrando la sussistenza di un interesse pubblico prevalente alla sua divulgazione. (cfr. sent. 29-6-2010, c-139/07 P, *cit.*, punto 62; sent. 21-9-2010, cause riunite c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07 P, *cit.*, punto 103).

3. – Nel caso di specie il giudice comunitario ha ritenuto applicabile la presunzione generale di riservatezza, negando la divulgazione dei documenti di un procedimento di controllo degli aiuti di Stato. In realtà una notevole influenza è stata esercitata dalla circostanza che potenzialmente il procedimento istruttorio avrebbe potuto riaprirsi e sono quindi prevalse esigenze di segretezza istruttoria. La circostanza che i documenti fossero stati esattamente individuati e che non potessero essere comunque modificati, anche a seguito della riapertura del procedimento, non è stata ritenuta sufficiente a superare la presunzione di riservatezza. In sostanza è prevalso l'elemento della segretezza istruttoria, ritenuto sussistente per il solo fatto che i documenti fossero ancora inseriti all'interno del fascicolo di un procedimento in materia di aiuti di Stato. Relativamente alle eccezioni di cui all'art. 4, par. 2, primo e terzo trattino richiamate, più volte la Corte di Giustizia vi è intervenuta, soprattutto con riferimento alle procedure in materia di concorrenza, chiarendo che tali deroghe implicano una presunzione di carattere generale in base alla quale la divulgazione dei documenti scambiati all'interno di tali procedimenti pregiudica la tutela degli interessi commerciali delle imprese coinvolte e gli obiettivi delle attività di indagine svolte dall'organo esecutivo. Anche in tema di concentrazioni è stato ritenuto che la presunzione continua ad applicarsi anche dopo la chiusura del procedimento, poiché la pubblicazione delle informazioni sensibili riguardanti le attività economiche delle imprese coinvolte rischierebbe sempre di compromettere la disponibilità delle imprese a collaborare quando il procedimento è pendente. (cfr. sent. 28-6-2012, c- 477/10P, *cit.*, punti 64 e 66; sent.

28-6-2012, c- 404/10, *Commissione c. Editions Odile Jacobs*, punti 123-124; sent. 29-6-2010, c-139/07 P, *cit.*, punto 61).

In queste ipotesi, allora, rispetto ad un interesse pubblico ritenuto prevalente per presunzione, è la parte ricorrente a dover dimostrare che sussiste, invece, un superiore interesse pubblico alla divulgazione dei documenti richiesti. È una limitazione del diritto di accesso particolarmente estesa, poiché non è l'interesse privato che deve sussistere e dimostrato, quanto piuttosto uno specifico interesse alla trasparenza che sia talmente forte e consistente da superare la segretezza imposta nelle fasi istruttorie. Per questo motivo, ad avviso della Corte, non poteva rivestire alcuna rilevanza il fatto che i documenti richiesti, qualora divulgati, non sarebbero comunque mai stati modificati, trattandosi di denunce, esposti, ecc. Questa è una circostanza che riguardava il bilanciamento tra l'interesse privato alla divulgazione e quello pubblico alla segretezza. L'interpretazione prevalente richiede invece che sia dimostrato un interesse pubblico alla trasparenza, e tale prova, estremamente complessa, non è stata comunque fornita in giudizio.

Il giudice comunitario di secondo grado ha evidenziato che, in presenza di un procedimento di controllo di aiuti di Stato, deve presumersi la confidenzialità dei relativi documenti amministrativi prevedendo però la possibilità di derogare alla presunzione di riservatezza, nel caso in cui i soggetti interessati dimostrino la non applicabilità della stessa su di un documento, di cui è chiesta la divulgazione (ad esempio nel caso in cui si trattino di documenti non rilevanti ai fini del controllo sugli aiuti), o diano prova della sussistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione del medesimo. Pertanto l'invocato principio di trasparenza da parte della ricorrente non ha nel caso di specie una rilevanza tale da prevalere sul diniego di divulgazione delle informazioni (cfr. Corte giust., sent. 14-11- 2013, c- 514/11 e c-605/11, *LPN e Finlandia c. Commissione*). La sussistenza di tale interesse pubblico, nel caso di specie, è stata tuttavia negata dalla Corte, dal momento che l'invocato diritto ad una difesa più completa da parte della Sea Handling non potrebbe qualificarsi come "pubblico".

La Corte di Giustizia si trova a dover bilanciare il diritto di accesso con tali presunzioni, cercando di non violare il principio di trasparenza a cui il regolamento n. 1049 si ispira. Però dalla sentenza in commento, emerge che sul soggetto,

richiedente l'accesso a determinati documenti, grava un onere probatorio particolarmente gravoso, per consentire la loro divulgazione e, quindi, derogare alle presunzioni generali di riservatezza. Il giudice comunitario, nel caso di specie, effettua un bilanciamento non condivisibile, limitando sostanzialmente l'ambito di applicazione del diritto di accesso, a cui spesso i soggetti beneficiari di aiuti di Stato vi fanno ricorso per poter esercitare al meglio il proprio diritto di difesa avverso provvedimenti di restituzione di grossi importi di denaro ricevuti. L'interesse alla difesa, e quindi al giusto processo, non è sufficiente a superare la presunzione generale di riservatezza. Resta da comprende quale mai possa essere questo specifico interesse pubblico alla divulgazione dei documenti, che sia talmente forte da superare l'esigenza di segretezza connessa agli atti istruttori.

ISSN 2037-6677	2016/4

La quantificazione del danno morale in caso di violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Giorgioni v. Italia (n. 43299/12)

The quantification of the non-material damage following the breach of Article 8 of the European Convention on Human Rights: the Giorgioni v. Italy case (nr. 43299/12)

Gioa Stendardo

Tag: ECHR, Article 8, Italy, non-material damage

ISSN 2037-6677

La quantificazione del danno morale in caso di violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Giorgioni v. Italia (n. 43299/12)

di Gioia Stendardo

1. – Nella sentenza in commento la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha nuovamente affrontato il tema dell'attuazione dell'art. 8 della Convenzione declinato nel diritto spettante al genitore di far visita al figlio con il quale non si trovi a convivere per avvenuto abbandono del domicilio familiare.

Nello specifico, il caso *de quo* verte intorno al ricorso *ex* art. 34 della Convenzione proposto da un cittadino italiano, sig. Giorgioni, nei confronti della Repubblica Italiana per aver quest'ultima, nella ricostruzione del ricorrente medesimo, mancato di rendere effettivo il suo diritto di visita nei confronti del figlio.

Nella prospettazione del ricorrente, a partire dal suo allontanamento dal domicilio familiare avvenuto nell'agosto del 2007 e nonostante le numerose pronunce giudiziali in suo favore, la madre del minore gli avrebbe impedito di esercitare regolarmente il suo diritto di visita e, nei rari momenti di visita concessi, di rimanere da solo con il figlio, in violazione delle disposizioni assunte dall'autorità giudiziaria.

A seguito del perdurante ostruzionismo della madre del minore il ricorrente aveva infine comunicato ai servizi sociali, in data 19 novembre 2010, la volontà di interrompere i contatti con il figlio per via della presenza costante della sua ex convivente ad ogni sua visita. Da quel momento il ricorrente si era rifiutato di incontrare il minore nonché di parlargli e di trascorrere le vacanze con lui.

Il sig. Giorgioni pertanto adiva la Corte dei Diritti dell'Uomo asserendo che le autorità avrebbero «tollerato il comportamento di C.M. [la madre, ndr], dal suo punto di vista inaccettabile, dato che quest'ultima avrebbe ostacolato l'esercizio del suo diritto di visita e avrebbe tentato di aizzare il minore contro di lui. Lamenta inoltre che *le autorità non hanno adottato misure positive* che gli avrebbero consentito di esercitare il suo diritto di visita e di allacciare una relazione con suo figlio»[1] (enfasi aggiunta).

2. – La pronuncia in commento si colloca sotto molteplici profili in continuità rispetto alla giurisprudenza della medesima Corte, introducendo tuttavia profili innovativi nel suo epilogo. La Repubblica Italiana non è peraltro nuova a siffatte contestazioni, se pur differentemente declinate nei diversi casi concreti (la versione in italiano della sentenza è reperibile al seguente sito del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU1282005&previsiousPage=mg_1_20).

La Corte, in tale occasione, ha ribadito la necessità di condurre l'interpretazione dell'art. 8 co. 2 della Convenzione al di là del dato letterale, ricomprendendo nel concetto di divieto di ingerenza da parte dei pubblici poteri nella sfera personale e familiare dell'individuo anche obblighi positivi in capo allo Stato di assicurare l'effettività di tali diritti dell'individuo attuando misure idonee a favorire lo sviluppo dei rapporti familiari, anche per il tramite della garanzia del rispetto delle decisioni giudiziali assunte (cfr. *ex multis* ECHR *Mihailova c. Bulgaria*, n. 35978/02, 12-01-2006, §82). Tale obbligo, però, non è assoluto, in quanto la «comprensione» e la «cooperazione» delle persone coinvolte rimane un fattore importante per il raggiungimento dello scopo prefissato e inoltre l'intervento della sfera pubblica deve

essere adeguatamente contemperato con le esigenze di tutela dei diritti e delle libertà afferenti a ciascuna delle persone coinvolte, ivi comprese quelle del minore, il cui interesse è definito dalla Corte come «superiore» (Cfr. ECHR *Piazzi c. Italy* cit., §54. Il concetto di «*interesse superiore*» è stato fatto proprio anche dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione mutuandolo dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, New York, 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176.).

Gli obblighi positivi in capo alla sfera pubblica non sono definibili a priori stante la varietà dei comportamenti ostativi al diritto di visita che sono attuabili nel concreto. A tal proposito la dottrina (R. Russo, *La CEDU censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore: non bastano misure stereotipate ed automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione Europea*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2011, 660) ha avuto modo di sottolineare come il comportamento ostruzionistico del genitore convivente con il minore nei confronti dell'esercizio del diritto di visita da parte del genitore non convivente si possa articolare sia in una violazione aperta e diretta, sia in un comportamento di ostacolo indiretto tramite l'induzione nel minore di sentimenti di avversione nei confronti dell'altro genitore. In ogni caso, nonostante il mancato raggiungimento della ricongiunzione familiare non determini di per sé una responsabilità in capo allo Stato, le azioni intraprese dagli organi pubblici non possono comunque ridursi a «pratiche automatiche e stereotipate, non caratterizzate dai requisiti di effettività ed efficacia» (N. Sabetti, *La tutela del rispetto della vita familiare nei casi di ricongiungimento familiare e la responsabilità delle autorità statali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 6, 2015, 1868 ss.). Difatti l'idoneità dei rimedi previsti dal organo giurisdizionale è valutata dalla Corte EDU in base «alla concreta funzionalità» degli stessi, non è infatti sufficiente «la previsione astratta di incontri: è necessario che "step by step" le Autorità abbiano concretamente ideato prima, e efficacemente attuato poi, un progetto concreto e adatto al singolo caso» (M.G. Ruo, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2011, 1004 ss. In senso conforme anche ECHR *Sylvester v. Austria* n. 36812/97 e n. 40104/98, 24-04-2003, §59).

Peraltro, una volta individuate le misure più idonee a favorire il ricongiungimento familiare, tali azioni devono essere assunte celermente, in quanto il trascorrere del tempo influisce negativamente sulle possibilità di riavvicinamento del genitore non convivente con il minore (Cfr. ECHR *Piazzi c. Italy* cit., §55. ECHR *Ignaccolo-Zenide v. Romania n.* 31679/96, 25-01-2000, §102, ECHR *Lombardo v. Italy* cit., §81. A tal proposito si ricordi che la Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, ratificata dall'Italia con legge 15 gennaio 1994 n. 64 (come di seguito modificata) prevede, per le medesime ragioni esplicate nel corpo dell'articolo, che le autorità giudiziarie e amministrative procedano con «urgenza» al rientro del minore). Discorrendo infatti della dannosità al corretto sviluppo psico-fisico del minore causata dalle lungaggini processuali e amministrative nel dare attuazione al predetto riavvicinamento, dottrina autorevole non ha mancato di sottolineare come si possa ritenere che «il tempo del diritto civile è l'anno, quello del diritto di famiglia il mese, quello del diritto minorile la settimana, se non il giorno» (M.G. Ruo, *cit*).

3. – Passando dunque alla trattazione del profilo innovativo della sentenza CEDU in commento appare opportuno richiamare l'art. 41 della Convenzione medesima ai sensi del quale «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte resa» (enfasi aggiunta).

Pertanto la quantificazione del danno non patrimoniale subito dal ricorrente in caso di violazione dei suoi diritti scaturenti dall'art. 8 CEDU viene determinata dalla Corte in via equitativa. In passato la Corte ha riconosciuto, in ipotesi simili a quelle affrontate nell'ambito del procedimento Giorgioni c. Italia, un risarcimento pecuniario ai sensi dell'art. 41 della CEDU in capo al ricorrente vittorioso sebbene tali importi fossero generalmente ben inferiori rispetto a quelli individuati nel *petitum* (cfr. *ex multis* ECHR *Sylvester v. Austria, cit.* e ECHR *Ignaccolo-Zenide v. Romania, cit.*).

Al contrario, nel caso qui esaminato, la Corte non ha riconosciuto alcuna somma di denaro al sig. Giorgioni a titolo di ristoro per il danno subito, affermando

che «la constatazione di una violazione fornisce di per sé un'equa soddisfazione sufficiente per qualsiasi danno morale eventualmente subito dal ricorrente» (enfasi aggiunta)[2]. Si noti incidentalmente che il ricorrente aveva domandato la corresponsione da parte della Repubblica Italiana di un importo di 100.000,00 quale equa soddisfazione del danno morale subito. Considerando inoltre che nessuna violazione è stata riscontrata per il periodo successivo al 2010, ossia per il periodo nel quale il sig. Giorgioni ha espresso l'intenzione di non avere più rapporti con il figlio, appare evidente l'implicito giudizio di disvalore riconosciuto dalla Corte all'anzidetta condotta del sig. Giorgioni tale da influire *anche* sul risarcimento del danno afferente al periodo temporale in cui la predetta violazione è stata, invece, riscontrata (ossia ante 2010). Tale rifiuto espresso dal ricorrente ha avuto infatti la conseguenza di convincere la Corte della superfluità (o forse della non opportunità) della concessione di un ristoro economico. Non risulta infatti *per tabulas* altro profilo idoneo a differenziare il caso in esame con le precedenti pronunce dalla Corte in materia di violazione dell'art. 8 CEDU. Si ricordi tra tutti il procedimento Lombardo c. Italia (n. 25704/11) all'esito del quale la Corte aveva riconosciuto l'avvenuta violazione da parte della Repubblica Italiana dell'art. 8 della Convenzione in quanto al ricorrente non era stata garantita l'effettività dell'esercizio del diritto di visita nei confronti della figlia (convivente con la madre). In tale occasione il Giudice adito riconobbe un'«equa soddisfazione» al sig. Lombardo argomentando che «tenuto conto delle circostanze del caso di specie e della constatata impossibilità del ricorrente di costruire una relazione stabile con la figlia, la Corte è del parere che l'interessato abbia subito un danno morale che non può essere riparato con la semplice constatazione di una violazione dell'articolo 8 della Convenzione». Alla luce del combinato disposto delle pronunce della Corte nel "caso Lombardo" e nel "caso Giorgioni" appare pertanto corretto sostenere che, nell'ottica della Corte, il rifiuto di un individuo di vedere il figlio, se pur all'esito di numerosi (e vani) tentativi di esercitare il proprio diritto, impedisce al medesimo di ottenere dallo Stato resistente in giudizio alcun risarcimento di natura economica per il danno morale subito, essendo a quel punto ottenibile la sola constatazione dell'avvenuta violazione.

2.

ISSN 2037-6677

La dottrina britannica in tema di diritti

di Francesca Raimondo

1. – Il dibattito dottrinale in materia di diritti nell'ordinamento britannico continua a focalizzarsi, anche nel biennio 2015-2016, sulla proposta di abolizione dello *Human Rights Act 1998* – che ha incorporato nell'assetto costituzionale inglese la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) – e la contemporanea introduzione di un *British Bill of Rights* (Dominic Grieve QC, *Can a Bill of Rights Do Better Than the Human Rights Act?*, in *Public Law*, 2, 2016, pp. 223-234). In tale dibattito, la dottrina ha concentrato la sua attenzione alla cd. *common-law resurgence,* promossa da alcune recenti pronunce della Corte Suprema (Roger Masterman, *A common law resurgence in rights protection?*, in *European Human Rights Law Review*, 1, 2015, pp. 57-65; Sir Henry Brooke, *Human rights law and English common law*, *European Human Rights Law Review*, 4, 2016, pp. 329-330). Difatti, a partire da *Osborn v. Parole Board* del 2013 e poi, ancora, nei casi *Kennedy v. Information* e *A. v. BBC* la Corte Suprema ha affermato che la *common law* resta la fonte primaria su cui i giudici devono basarsi quando sono chiamati a decidere sui diritti individuali. Nelle parole di Lord Reed: "*the development of the common law did not come to an end on the passing of the Human Rights Act 1998*". Si concentrano sulla "rinascita" del *common law* e sul costituzionalismo britannico, definito da Lady Hale "*on the march*", le riflessioni del Professor Mark Elliott nel saggio *Beyond the European Convention: Human Rights and*

the Common Law, in *Current Legal Problems*, Vol, 68, 2015, pp. 85-117. L'autore esamina le potenzialità del sistema costituzionale di protezione dei diritti in forza della *common law*, con l'obiettivo di verificare se questo possa sostituire adeguatamente lo *Human Rights Act*. Lo scopo è duplice: conoscere il livello di protezione interno (semmai apprezzando maggiormente l'influenza della Convenzione) e, in secondo luogo, tracciare le basi sulle quali dovrebbe innestarsi un eventuale *Bill of Rights*. Pertanto, i due sistemi sono messi a confronto in ragione di tre direttrici d'analisi: *normative reach, protective rigour* e *constitutional resilience*. Per un verso, Elliott rileva la natura dinamica della *common law* che, nel corso del tempo, potrebbe evolversi in misura tale da raggiungere un alto grado di convergenza con la CEDU. Tuttavia, l'autore non manca di sottolineare la minore portata e incisività della *common law* rispetto allo *Human Rights Act* in relazione alle tre direttrici sopra indicate.

Le riflessioni di Elliott e lo schema di analisi da lui proposto sono stati il punto di partenza per successivi interventi della dottrina. Giova citare il saggio di Paul Bowen (*Does the renaissance of common law rights mean that the Human RIghts Act 1998 is now unnecessary?*, in *European Human Rights Law Review*, 4, 2016, pp. 361-377) il quale afferma chiaramente che il combinato disposto della Convenzione e dello *Human Rights Act* consentono di tutelare i diritti in maniera più ampia rispetto alla *common law* e con un una più efficace *constitutional resilience*. Eirik Bjorge, al contrario, sostiene che i principi di *common law* sono muniti di un *greater potential* sia per quanto riguarda il diritto interno, ma anche in relazione al diritto internazionale (*Common Law Rights: Balancing Domestic and International Exigencies*, in *Cambridge Law Journal*, 75(2), 2016, pp. 220-243). Bjorge, infatti, analizza il principio di legalità e il test di proporzionalità in base alla *common law*, concludendo che questa consente di tutelare un maggior numero di diritti e ha un più alto grado di rigore protettivo rispetto a quello effettivamente riconosciutogli. Inoltre, a differenza dello *Human Rights Act*, non viene completamente "messa da parte" quando è necessario applicare altri obblighi derivanti dal diritto internazionale (eg. UN Charter) e, infine, è più facilmente adattabile ad accogliere le norme consuetudinarie.

Si osservi che due eventi hanno contribuito a polarizzare il dibattito politico sul *British Bill of Rights*: la vittoria del Partito Conservatore nella tornata elettorale del maggio 2015 e l'affermazione del fronte del *leave* nel referendum sulla *Brexit* tenutosi

lo scorso 23 giugno. Difatti, tra i punti cardine sui quali poggiava il programma elettorale dei *Tories* c'era la questione della permanenza all'interno dell'Unione Europea e la revisione del sistema di appartenenza alla CEDU (si veda Steven Greer, *The Conservatives' proposal for a British Bill of Rights: mired in muddle, misconception and misrepresentation?*, in *European Human Rights Law Review*, 4, 2015, pp. 372-383). Entrambe le proposte, infatti, miravano a ridefinire il ruolo della Gran Bretagna nel quadro europeo sia politicamente sia in materia di protezione dei diritti, al fine di realizzare una "*repatriation of laws and rights*".

Un'analisi critica sul punto è contenuta nell'ultima monografia di Conor Gearty, Professore presso la London School of Economics, in *On Fantasy Island: Britain, Europe and Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2016). Nel volume sono dapprima analizzati "i miti" che hanno contribuito a mettere in discussione lo *Human Rights Act 1998* sin dalla sua introduzione poi, sono indicati "i fatti" attraverso i quali si sostiene l'opportunità di far parte del sistema convenzionale e, in conclusione, si delineano le future prospettive sul tema. Sebbene, l'iniziativa del partito conservatore di riformare lo *Human Rights Act* abbia abbandonato i toni radicali del 2014 (si veda *The Conservative's Proposals For Changing Britain's Human Rights Laws* – disponibile online su www.conservatives.com) resta, comunque, uno dei punti fondamentali del programma. Per questo motivo, Mark Elliott e Robert Thomas dedicano l'ultimo di una serie di *posts* relativi alle riforme costituzionali britanniche proprio alla possibile introduzione di un *British Bill of Rights* nel blog *Public Law for Everyone* (*Public Law Update #6: A British Bill of Rights?* in publiclawforeveryone.com, 8-10-2015). Elliot e Thomas mettono in evidenza come l'attuale proposta si caratterizzi sostanzialmente per alcune intrinseche contraddittorietà. In aggiunta, secondo i due autori, il cammino verso un totale abbandono del sistema convenzionale pare essere messo in seria difficoltà dai disaccordi interni allo stesso partito conservatore nel merito della riforma, nonché dalla posizione della Camera dei Lord e della Scozia.

Tuttavia, la situazione merita di essere esaminata alla luce del referendum sulla permanenza della Gran Bretagna nell'Unione Europea. Già prima del voto è stato pubblicato il report della sesta sessione della *Commission on the Future of Britain in Europe*, svoltasi presso la London School of Economics and Political Science (Jo Murkens e Sarah Trotter (eds.), *The implications of Brexit for fundamental rights*

protection in the UK: report of the hearing held on 25th February 2016 - disponibile online su www.lse.ac.uk). Lo studio esamina dapprima il ruolo della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea mettendone in luce gli elementi positivi (*"the breadth of the Charter and the range of rights it includes that constitutes its greatest strength"*) e negativi (*"the Charter is a human rights instrument too far"*) e poi, si concentra sulle relazioni tra Regno Unito e Corte di Strasburgo e sull'eventuale introduzione di un *British Bill of Rights* che, secondo alcuni (Robertson), consentirebbe di garantire quei diritti che "*are dear to us*" mentre, secondo altri (Grieve), costrituirebbe un "*ECHR's minus*". In argomento interviene anche la Professoressa Sionaidh Douglas-Scott (*What Happens to 'Acquired Rights' in the Event of a Brexit?* in *U.K. Constitutional Law Blog* - disponibile online su ukconstitutionallaw.org, 16-05-2016), la quale esamina l'eventuale possibilità di continuare ad applicare i diritti derivanti dai trattati europei come diritti quesiti, vale a dire diritti che, una volta riconosciuti, non possono essere revocati, anche nel caso di cambiamenti nell'ordinamento giuridico (e.g. l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea).

L'analisi rileva che, in forza delle norme europee e internazionali, i diritti in capo ai cittadini europei non possono essere ritenuti automaticamente come quesiti (o almeno non tutti). Pertanto, Douglas-Scott segnala la crucialità in merito di un eventuale *withdrawal agreement* e la necessità di applicare il principio di reciprocità, in forza del quale i cittadini britannici potranno continuare a esercitare i diritti europei a patto che il Regno Unito riconosca i medesimi diritti ai cittadini degli altri Stati membri presenti sul suo territorio. Naturalmente, il dibattito ha acquisito maggiore incisività all'indomani della vittoria del *leave*. In particolare, alle dichiarazioni del Primo Ministro Theresa May, secondo cui non saranno garantiti i diritti ai cittadini europei, Virginia Mantouvalou "risponde" che l'uscita dall'UE non incide sull'appartenenza della Gran Bretagna al Consiglio d'Europa e sull'applicazione della CEDU. Di conseguenza, non riconoscere i diritti ai cittadini europei residenti in Gran Bretagna potrebbe costituire una violazione dell'Articolo 8, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo (*EU Citizens as Bargaining Chips* in *U.K. Constitutional Law Blog* – disponibile online su ukconstitutionallaw.org, 14-10-2016).

2. – Nell'attuale momento storico, dunque, appare ancor più necessario esaminare le tensioni tra Regno Unito e sistema europeo dei diritti umani in maniera complessiva, tenendo in considerazione sia il ruolo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ma anche quello dell'Unione Europea. Paul Harvey, infatti, denomina la relazione tra Regno Unito e le Corti di Strasburgo e Lussemburgo come *"a defining legal issue of our time"* (*The UK and the European Courts: Has the Incoming Tide Become All Washed Up?*, in *European Human Rights Law Review*, 3, 2016, pp. 283-289). A questo proposito, giova citare l'eccellente volume edito da Katja S. Ziegler, Elizabeth Wicks e Loveday Hodson, *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?* (Oxford, Hart Publishing, 2015) il quale arricchisce l'analisi sulle complesse relazioni tra Regno Unito e Corte di Strasburgo con una disamina relativa alle mutue interazioni in materia di diritti umani tra Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, disciplina europea e norme nazionali. L'ultima parte del volume, invece, è di particolare interesse per il comparatista grazie all'analisi del rapporto tra la Corte EDU e altri ordinamenti giuridici (Francia, Italia, Germania e Russia). Occorre menzionare, infine, la settima edizione aggiornata della pratica *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998* di John Wadham, Helen Mountfield QC, Elizabeth Prochaska e Raj Desai (Oxford, Oxford University Press, 2015). Sebbene venga espressa una valutazione sul dibattito relativo alla modifica dello *Human Rights Act 1998*, la guida si concentra ad esaminare l'impatto delle recenti sentenze dei giudici di Strasburgo concernenti il Regno Unito, rilevando la divergenza degli approcci assunti rispetto alla protezione di determinati diritti.

Di particolare interesse è il volume di Kris Gledhill, *Human Rights Acts: The Mechanisms Compared* (Oxford, Hart Publishing, 2015) che esamina gli Stati – tra cui anche il Regno Unito e altri ordinamenti di *common law* – che hanno implementato un sistema di protezione dei diritti umani attraverso gli *Human Rights Acts*. L'autore si sofferma a esaminare l'origine di tali documenti, la relativa giurisprudenza su questioni di particolare importanza e le relazioni tra la disciplina interna e le norme internazionali.

3. – Per quanto concerne la tutela dei diritti umani, una delle obiezioni che più frequentemente viene mossa riguarda la perdita di sovranità dei Parlamenti rispetto all'attivismo interpretativo delle Corti, soprattutto internazionali. Tuttavia, la questione

non può essere affrontata sancendo quale organo debba avere l'ultima parola ma, piuttosto, individuando le modalità attraverso cui valorizzare i punti di forza e minimizzare le debolezze di ciascuna istituzione al fine di promuovere una collaborazione attiva e proficua per assicurare un più alto livello di protezione dei diritti. Questo è lo spirito che caratterizza il volume *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit* edito da Murray Hunt, Hayley J.Hopper e Paul Yowell (Oxford, Hart Publishing, 2015) che, sebbene non manchi di esprimere un giudizio critico nei confronti degli organi legislativi i quali sono additati di non avere la volontà politica di affrontare *"human rights arguments seriously"*, si pone l'obiettivo di analizzare il ruolo dei Parlamenti nel promuovere e garantire il rispetto dei diritti umani. Il volume assume un approccio al contempo teorico e pratico. Rispetto a quest'ultimo, è degna di nota l'analisi del lavoro svolto dal comitato parlamentare sui diritti umani (*Westminister Joint Committee on Human Rights*) che, a parere dell'autrice, ha avuto un impatto positivo sul livello di protezione dei diritti nel Regno Unito.

Occorre evidenziare che l'opera è ulteriormente arricchita da una parte comparata che esamina *l'human rights review* da parte del potere legislativo sia in altri ordinamenti giuridici (e.g. Svezia, Paesi Bassi) che nello *Scottish Parliament* e nelle assemblee di Irlanda del Nord e Galles. In argomento si segnala anche la monografia di Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy* (Oxford, Hart Publishing, 2015) e *Parliamentary Bill of Rights. The Experiences of New Zealand and the United Kingdom* di Janet L. Hiebert e James B. Kelly (Cambridge, Cambridge University Press, 2015). Per quanto riguarda, invece, il ruolo delle Corti nazionali nell'applicare la CEDU giova citare il brillante volume di Eirik Bjorge (*Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees?*, Oxford, Oxford University Press, 2015). L'autore pone le basi della sua ricerca nel saggio di Hersch Lauterpacht del 1949 (*The Proposed European Court of Human Rights*, in *Transactions of the Grotius Society*, pp. 25-47) e, dunque, definisce le corti nazionali quali *faithful trustees*. Detta circostanza implica che queste servono il compito cruciale di applicare i diritti convenzionali in conformità ai principi sanciti dalla Corte di Strasburgo nella sua attività interpretativa e decisionale. Pertanto, l'autore esamina le posizioni assunte da tre corti nazionali (francese, tedesca e anglosassone) in relazione a quattro principi cardine: la convenzione come strumento vivente, il principio di

proporzionalità, la dottrina del margine di apprezzamento e la tesi dei concetti autonomi.

A proposito di quest'ultimo principio, Bjorge rileva un differente atteggiamento del Regno Unito rispetto agli altri due Paesi; difatti, in alcuni casi, le Corti britanniche hanno dimostrato una certa fermezza in argomento (si veda l'accoglimento del concetto di "*home"* così come interpretato dai giudici di Strasburgo).

4. – Il 2015 rappresenta un momento molto importante nella storia britannica per quanto riguarda sia la sua evoluzione costituzionale che la protezione dei diritti individuali. Si celebrano gli 800 anni della *Magna Carta Libertatum*, il primo documento che ha sancito i diritti e le libertà che costituiscono, ancora oggi, i caposaldi delle democrazie contemporanee. Tale anniversario è stato occasione per consolidare un vivace dibattito dottrinale sul ruolo che la *Magna Carta* ha esercitato nel corso dei secoli, ma soprattutto sul suo valore attuale per gli studi costituzionalistici e per la retorica dei diritti umani. In primo luogo, il volume di Francesca Klug (*A Magna Carta for all humanity: homing in on Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2015) merita una speciale attenzione perché mette in relazione la *Magna Carta* con l'*Human Rights Act*, coniugando lo storico anniversario con il più recente dibattito sui diritti umani.

L'autrice ritiene che gli argomenti che da più parti vengono avanzati per sostenere l'abolizione dello *Human Rights Act* sono molto simili alle ragioni che hanno consentito alla *Carta* di assumere un posizione particolarmente rilevante per otto secoli: "*features that are lauded as 'totemic' when applied to the Magna Carta are condemned as 'dangerous' when applied to contemporary human rights law"*. Giova citare anche *Magna Carta Uncovered* di Anthony Arlidge e Igor Judge (Oxford, Hart Publishing, 2014) la cui specificità è data dal fatto che il lavoro di ricostruzione storica è svolto da due giuristi e si rivolge a un pubblico di cultori del diritto. Pertanto, sono richiamati casi celebri in cui la *Carta* è stata citata e traspare in molteplici punti l'interesse per la rilevanza del documento rispetto ad alcuni principi fondamentali (*rule of law*, *independence of the Jury*, *right to silence*, etc). Si segnala, inoltre, il volume edito da Robert Hazell e James Melton *Magna Carta and its Modern Legacy* (New York, Cambridge University Press, 2015) che esamina l'influenza esercitata dalla *Magna Carta* nel corso della storia e la sua eredità contemporanea sia in Gran Bretagna che

oltreoceano. Di particolare interesse è anche il volume di Andrew Blick, *Beyond Magna Carta: a Constitution for the United Kingdom* (Oxford, Hart Publishing, 2015). L'autore, dopo aver ripercorso le principali tappe della storia costituzionale inglese – riservando particolare attenzione alla *Carta* – osserva che il modo più appropriato per celebrare questo storico anniversario sia attraverso l'introduzione di una costituzione scritta.

Infine, degno di nota è il lavoro edito da Robin Griffith-Jones e Mark Hill QC, *Magna Carta, Religion and the Rule of Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015) che si concentra sulla rilevanza della religione nella *Magna Charta*, la cui prima libertà sanciva: "*the English Church shall be free, and shall have its rights undiminished, and its liberties unimpaired*".

5. – Giova citare il saggio della Professoressa Sandra Fredman (*Are Human Rights Culturally Determined? A riposte to Lord Hoffmann*) nel volume in onore di Lord Hoffmann curato da Paul S. Davies e Justine Pila (*The Jurisprudence of Lord Hoffmann. A Festschrift in Honour of Lord Leonard Hoffmann*, Oxford, Hart Publishing, 2015). Lo studio risulta di particolare interesse perché affronta la questione dell'università dei diritti umani in relazione al pluralismo culturale dei diversi ordinamenti giuridici. Fredman non pare condividere pienamente la posizione di Lord Hoffmann il quale sostiene che i diritti non siano universali, ma culturalmente orientati (pertanto il giudice aveva spesso criticato i giudizi della Corte EDU): "*[O]f course we share a common humanity …Nevertheless …the specific answer, the degree to which weight is given to one desirable objective rather than another, will be culturally determined. Different communities will, through their legislature and judges, adopt the answers which they think suit them*".

Tuttavia, l'autrice giudica un errore contrapporre le due prospettive – diritti universali *vs.* culturalmente orientati – e ritiene che, nel momento in cui si decidono casi in cui vengono in considerazione i diritti umani, sia opportuno adottare un rigoroso processo deliberativo, adeguatamente supportato da prove. In questo modo, le eventuali (e giustificabili) variazioni dettate da differenze storiche, istituzionali e sociali di un certo ordinamento siano pienamente identificabili e comprensibili e non meramente attribuite al cd. determinismo culturale. Infine, l'autrice conclude focalizzando la sua

attenzione su due questioni rispetto alle quali, recentemente, hanno avuto modo di pronunciarsi diverse Corti: il diritto di voto dei condannati (si veda il caso *Hirst v. UK* deciso dalla Corte EDU e la particolare risonanza che ha avuto nel Paese) e il principio di uguaglianza rispetto all'orientamento sessuale.

6. – Per quanto riguarda la tutela della libertà religiosa occorre segnalare la seconda edizione di *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace* di Lucy Vickers (Oxford, Hart Publishing, 2016). Questa nuova edizione esamina i più importanti sviluppi nell'ambito della tutela antidiscriminatoria – in particolare l'approvazione dell'*Equality Act 2010* – approfondendo lo studio delle discriminazioni su base religiosa nei luoghi di lavoro. L'autrice s'interroga sulla possibile introduzione, anche nel contesto europeo, di un obbligo di accomodamento ragionevole (*reasonable accommodation*), già ampiamente adoperato in nord America. La Vickers sostiene che, sebbene tale obbligo non amplierebbe materialmente il livello di protezione della libertà religiosa nei luoghi di lavoro, sarebbe *more intuitive and straightforward for employees to use*.

Inoltre, fornirebbe un maggior livello di chiarezza poiché consente di esaminare singolarmente ogni richiesta, senza la necessità di dover valutare se sussista o meno uno svantaggio generalizzato a livello di gruppo. Tuttavia, l'autrice mette in chiaro che la stessa protezione della libertà religiosa nei luoghi di lavoro non è pienamente condivisa, posto che riconoscerebbe alla religione una posizione privilegiata rispetto ad altri interessi e credi. L'accomodamento ragionevole, invece, è una delle alternative prospettate da Erica Howard nel saggio *Religious Rights versus Sexual Orientation Discrimination: A Fair Deal for Everyone*, in *Religion and Human Rights*, 10 (2015), pp. 128-159. L'autrice svolge la sua analisi partendo caso *Eweida and Others v. UK* – deciso dalla Corte EDU nel 2013 – in cui sono state valutate le richieste di manifestare il credo religioso nel luogo di lavoro da parte di quattro ricorrenti tutti cristiani. Si rilevi che due di loro, le cui doglianze non sono state accolte dai giudici di Strasburgo, si rifiutavano di svolgere determinate mansioni perché si riferivano a coppie omosessuali. A questo proposito, giova segnalare il volume di Paul Johnson e Robert Vanderbeck, *Law, Religion and Homosexuality*, Abingdon, Routledge, 2014). Gli autori studiano l'influenza esercitata dalla religione in sei aree del diritto, oggetto di riforma nel Regno

Unito al fine di regolamentare varie questioni che riguardano le coppie dello stesso sesso (relazioni omosessuali, diritto di famiglia, unioni civili e matrimonio, uguaglianza nei luoghi di lavoro e acquisizione di beni e servizi, *hate speech*, educazione), rilevando come tali interventi abbiano contribuito a inficiare il riconoscimento di una piena uguaglianza.

Parimenti aperto appare il dibattito relativo ai tribunali religiosi. Per quanto concerne quelli sciaraitici, uno studio sui tre modelli potenzialmente applicabili e sull'opzione preferibilmente perseguibile nel Regno Unito viene effettuato da Peter Cumper, *Multiculturalism Human Rights and the Accommodation of Sharia Law*, in *Human Rights Law Review*, 14, 2014, pp. 31-57. Inoltre, a seguito del riconoscimento di un ruolo più importante in capo ai tribunali religiosi, stabilito nella pronuncia sul caso *Al v MT* deciso dall'*High Court of England and Wales*, interviene il Professor Ronan McCrea (*Why the role of religious tribunals in the legal system whould not be expanded*, in *Public Law*, 2, 2016, pp. 214-222) il quale si mostra critico verso l'ampliamento della *religious arbitration* nel diritto di famiglia soprattutto in vista della necessità di garantire protezione a soggetti e gruppi vulnerabili (e.g. donne e LGBT). Oltretutto, continua McCrea, "*encouraging disengagement from a legal system that shares and defines the rights and duties of all members of the community undermines ideas of a meaningful shared citizenship (…)"*. Parimenti critica è la politologa e attivista per i diritti umani Elham Manea nel recente volume *Women and Shari'a law: the impact of legal pluralism in the UK* (London, New York, I.B. Tauris, 2016), dove conduce un ricerca su *shari'a councils* e *arbitration tribunals* attivi in diverse città britanniche.

7. – Occorre segnalare anche alcuni dei contributi concernenti il diritto dell'immigrazione e il riconoscimento del diritto d'asilo. In primo luogo, *Refugees and Human Rights: The Future of International Protection in United Kingdom* di Colin Harvey (*European Human Rights Law Review*, 6, 2015, pp. 595-603). L'autore osserva criticamente che le politiche britanniche in tema di asilo siano sempre più restrittive, rilevando inoltre come, in tale ambito, vengamesso sempre di più in discussione il fondamentale diritto di accesso alla giustizia. Si concentra, invece, sulla detenzione degli immigrati lo studio condotto da Rory Dunlop e Graham Denholm, che evidenzia il

massiccio utilizzo di tale strumento nell'ordinamento anglosassone (*Detention under the Immigration Acts: Law and* Practice, Oxford, Oxford University Press, 2015). Si cita, inoltre, la settima edizione del *Textbook on Immigration and Asylum Law* di Gina Clayton (Oxford, Oxford University Press, 2016). Di particolare interesse è anche il saggio di David Campbell, *"Catgate" and the Challenge to Parliamentary Sovereignty in Immigration Law* (*Public Law*, 3, 2015, pp. 426-439). Il Professor Campbell si sofferma sulle modifiche apportate al *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* al fine di ridurre il peso dato dalle Corti al rispetto alla vita privata e familiare, *ex* art. 8 CEDU, nelle decisioni relative all'espulsione di soggetti dal Regno Unito. Su questo argomento occorre segnalare lo studio curato da Eric Fripp, *The Law and Practice of Expulsion and Exclusion from the United Kingdom* (Oxford, Hart Publishing, 2015). Il volume analizza, per la prima volta in maniera sistematica, una serie di misure (espulsione, diniego di cittadinanza, denazionalizzazione etc…) esponenzialmente adoperate nel Paese nel corso dell'ultimo decennio, con inevitabili ripercussioni sulla protezione e garanzia dei diritti umani.

Per quanto concerne i diversi studi sulla compatibilità tra la normativa antiterrorismo e tutela dei diritti, giova citare l'analisi comparata effettuata da Diane Webber nel volume sulla detenzione preventiva degli individui sospettati di terrorismo (*Preventive Detention of Terror Suspects: A New Legal Framework*, Abingdon, Routledge, 2016). Si veda, infine, il recente articolo di David Barrett (*Tackling radicalisation: the limitations of the anti-radicalisation preventy duty*, in *European Human Rights Law Review*, 5, 2016, pp. 530-541). L'autore esamina l'obbligo introdotto nel *Counter-Terrorism and Security Act 2015* in forza del quale le autorità (tra cui molte *frontline public workers* come medici, insegnanti, infermieri etc…) hanno il dovere di agire nel campo della prevenzione al fine di evitare la radicalizzazione degli individui i quali, poi, potrebbero entrar a far parte di gruppi terroristici. L'autore evidenzia i possibili rischi di violazione della libertà religiosa e del divieto di discriminazione tutelati rispettivamente dagli artt. 9 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

8. – Particolarmente interessante risulta la decisione della Corte Suprema sul suicidio assistito nel caso *Nicklison* che, nelle parole di Wicks, è stata "*one of the most*

sympathetic towards the legalisation of assisted dying ever seen in the UK courts" (Elizabeth Wicks, *The Supreme Court Judgement in Nicklinson: one step forward on assisted dying; two steps back on Human Rights*, in *Medical Law Review*, Vol. 23, 1, 2015, pp. 144-156). L'autrice sostiene la particolare importanza del caso non soltanto per le questioni che riguardano il cd. fine vita, ma anche alla luce del dibattito relativo alla protezione dei diritti umani nell'ordinamento britannico e il relativo potere delle corti nazionali. A questo proposito si vedano anche John Finnis, *A British "Convention Right" to Assistance in Suicide?* in *Law Quarterly Review*, 131, 2015, pp. 1-8 e John Adenitire, *A Conscience-based Human Rights to be "Doctor Death"*, in *Public Law*, 4, 2016, pp. 613-630.

9. – Si segnalano, infine, le edizioni aggiornate di alcuni manuali: la seconda edizione dello *Human Rights Law* di Merris Amos (Oxford, Hart Publishing, 2014), la quarta edizione dello *Human Rights Law Directions* di Howard Davis (Oxford, Oxford University Press, 2015) e la quinta edizione del *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights* di Helen Fenwick e Richard Edwards (Abingdon, Routledge, 2017).

ISSN 2037-6677

La dottrina spagnola in tema di diritti

di Dario Elia Tosi

1. – La rassegna sui più recenti contributi della scienza giuridica al dibattito sul tema dei diritti fondamentali rileva ancora una volta l'estrema sensibilità e attenzione degli studiosi spagnoli per i profili più strettamente connessi con il più attuale momento storico e sociale. Volendo quindi individuare i filoni principali di indagine, si possono indicare il tema delle sfide poste dall'attuale contesto geopolitico mondiale, con i flussi migratori e le minacce per la sicurezza interna conseguenti alla perdurante crisi mediorientale, così come le potenzialità e i rischi connessi allo sviluppo delle nuove tecnologie o, ancora, le nuove sfide in termini di etica e di giustizia sociale.

Per quanto riguarda il primo ambito, si deve rilevare l'attenzione che la dottrina spagnola ha rivolto all'evoluzione sociale deteminata dal crescente fenomeno dell'immigrazione. Al riguardo, tra gli altri, bisogna preliminarmente ricordare, per il suo impianto organico, il recentissimo contributo di A. Fernández Pérez, *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Extranjeros en España. Una visión desde la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 304. Nel suo studio, infatti, l'autrice descrive l'evoluzione dell'ordinamento spagnolo nel corso degli ultimi trent'anni, osservando come l'assenza di una disciplina costituzionale esaustiva abbia consentito all'esecutivo di adottare, in tema di

politiche migratorie, un approccio molto discrezionale e mutevole, costringendo il Tribunal Constitucional ad un importante lavoro di definizione del reale margine d'azione dei diritti degli stranieri.

Una prospettiva ancor più generale caratterizza lo studio realizzato da J.M. Goig Martínez, *Multiculturalidad, integración y derechos de los inmigrantes*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 376, nel quale si presenta non solo il quadro normativo e giurisprudenziale interno, ma anche quello internazionale e, in particolar modo, europeo. Sempre sull'interazione tra tali esperienze giuridiche diverse, si può poi ricordare il breve saggio di C. Pérez-González – F. Ippolito, *Eppur si muove!: nuevos caminos jurisprudenciales para la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados en Europa,* in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, n. 53, pp. 79-116.

Un profilo diverso si può ritrovare nel saggio di B. Rodríguez Ruiz, *Participación y ciudadanía más allá del sufragio. Los derechos de participación de las personas extranjeras*, in *Revista de estudios políticos*, 2015, n. 169, pp. 45-74, ove si promuove l'idea di un superamento del tradizionale inquadramento dei diritti di partecipazione come strumenti riservati ai cittadini; in particolare, l'autrice osserva come nella Carta costituzionale spagnola si possa rinvenire un'accezione sostanziale del concetto di cittadinanza che apra alla partecipazione anche della popolazione straniera residente nel Paese. Sullo stesso tema, si devono altresì ricordare i diversi contributi contenuti nel volume curato dalla stessa B. Rodríguez Ruiz, *Los derechos de participación de la población inmigrante asentada en Andalucía*, Granada, Comares, 2015, pp. 260, in cui si affronta il *case study* della Comunità Autonoma dell'Andalusia.

All'interno del dibattito generale sul tema degli stranieri, si possono poi ritrovare contributi caratterizzati da un focus più specifico sulle sfide legate agli attuali flussi migratori. Tra questi, si possono citare i lavori di N. Arrese – I. Barbero, *Tensiones entre las Políticas de Extranjería y los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 166 e R. Uriarte Torrealday, *Reflexiones constitucionales sobre los intentos de criminalización de inmigrantes indocumentados y las respuestas del Tribunal Supremo Americano y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2014, n. 166, pp. 153-185.

Anche in questo campo settoriale, come nel contesto più generale, l'attenzione della dottrina non ha tralasciato le problematiche connesse alle fasce più deboli delle

comunità di stranieri e, tra questi, quella dei minori non accompagnati. Al riguardo si può menzionare il recentissimo lavoro di L. Alonso Sanz, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 464, nel quale l'autrice ricostruisce il particolare statuto giuridico del minore migrante, ricorrendo ad un'analisi delle disposizioni su minori e stranieri sia a livello nazionale che a livello internazionale ed europeo.

Attesa la stretta connessione presente nel dibattito comune, accanto ai contributi che affrontano i problemi generali della disciplina in tema di stranieri e immigrazione, vale ancora la pena segnalare in questa sezione alcuni lavori sul più delicato aspetto del bilanciamento tra protezione dei diritti degli stranieri e lotta al terrorismo e tutela della sicurezza interna. Al riguardo, un'interessante prospettiva si può ritrovare nel recente contributo di J.M. López Ulla, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 174, il quale affronta il delicato tema della cattura di stranieri sospettati di appartenere alla rete internazionale del terrorismo. Partendo dalla giurisprudenza della CEDU, l'autore sostiene l'idea di un 'diritto alla verità' come un diritto delle vittime delle *extraordinary renditions* dotato di una propria autonomia rispetto agli altri diritti umani interessati da tali pratiche.

L'attenzione degli studiosi, peraltro, non si è limitata alle soluzioni individuate a livello interno, ma si è rivolta anche ad alcuni casi di studio stranieri. Tra questi, per certo, degno di nota è il problema della sospensione dei diritti operata dall'amministrazione americana in relazione alla prigione militare di Guantanamo, su cui ha insistito lo studio di Y. Gómez Lugo, *La suspensión del habeas corpus de los detenidos en Guantánamo. Poderes presidenciales y Tribunal Supremo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 251.

2. – Una seconda area, verso la quale la dottrina spagnola più recente ha rivolto particolare attenzione, è rappresentata dagli effetti che lo sviluppo delle nuove tecnologie può avere sulla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

In merito, un primo settore di indagine ha investito il tema della protezione dei dati personali, con specifico interesse per il problema originato dal funzionamento delle banche dati e delle forme di protezione dei dati personali. Al riguardo, si può

ricordare il volume collettaneo curato da A. Batuecas Caletrío – J.P. Aparicio Vaquero, *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Granada, Comares, 2015, pp. 248, nel quale i diversi contributi affrontano il tema della protezione dei dati personali e della privacy sotto differenti profili. Particolare attenzione è riservata al tema dei social networks, alla diversa ma concorrente responsabilità di amministratori e utenti, al consenso alla diffusione dei propri dati e al diritto all'oblio. Tematiche analoghe si possono ritrovare negli studi di A. Quesada, *Protección de datos y telecomunicaciones convergentes*, Madrid, BOE, 2015, pp. 472 e C. Zoco Cabala, *La intervención judicial de las comunicaciones ¿privadas? Regulación legal y nuevos escenarios tecnológicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 286.

Sempre nello stesso settore, da ultimo, sembra utile ricordare i recenti volumi collettanei di D. Canals Ametller (cur.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena regulación*, Girona, Documenta Universitaria, 2016, pp. 188 e J.A. Hernández – J.P. Duprat – S. Rodotà – E. Nieto Garrido – J.L. Piñar Mañas, *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Madrid, Reus, 2015, pp. 160, nei quali il tema della protezione dei dati viene analizzato sotto il profilo dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione.

In stretta connessione con il dibattito sugli effetti dello sviluppo delle nuove tecnologie sulla tutela dei dati personali si pone il più settoriale filone di indagine sulla protezione dell'immagine e dell'intimità personale e familiare. In tale contesto, si deve in via primaria menzionare l'opera collettanea AA.VV., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 425, nella quale si raccolgono gli atti della XX giornata di studio dell'Associazione dei Letrados del Tribunal Constitucional. I diversi contributi pubblicati, infatti, presentano un respiro organico, offrendo un'analisi del tema sotto un pluralità di profili, con interventi più propriamente di diritto costituzionale e saggi maggiormente focalizzati sul riparto di competenze tra livelli di governo o, ancora, su temi di diritto del lavoro e di procedura penale.

Sempre sul tema di innovazioni tecnologiche e tutela dei diritti della sfera personale si devono segnalare i contributi inseriti nel numero monografico della *Revista de Estudios Políticos*, 2016, n. 173, dedicato al problema della compatibilità tra democrazia e diritto nell'era di internet, e il contributo di J.M. Martínez Otero,

Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 106, pp. 119-148.

Anche in questo settore, il tema delle categorie tradizionalmente più vulnerabili è oggetto di autonoma investigazione. In tal senso, accanto ai lavori di M.C. Lorente Lopez, *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 270, e A.M. Gil Antón, *¿Privacidad del menor en Internet?*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 176, nei quali si analizzano in modo organico quelli che sono i problemi connessi alla lesione della sfera intima dei soggetti di minore età, si può segnalare il saggio di R. Serra Cristóbal, *Los derechos de la víctima en el proceso vs. medios de comunicación. Un ejemplo en la información sobre delitos de violencia contra la mujer*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, n. 103, pp. 199-230, nel quale si approfondisce il problema della comunicazione di informazioni nel caso di delitti contro le donne.

Il contributo ora menzionato pone in evidenza lo stretto contatto tra i problemi legati, da un lato, alla tutela dei dati personali e del diritto all'immagine e riservatezza della vita privata e, dall'altro, alla garanzia di altri diritti fondamentali, quali la libertà di manifestazione del pensiero e, sotto diverso profilo, la libertà di informazione. In tal senso si può ricordare esemplificativamente lo studio di F. Gómez Sáez, *Los reportajes de investigación con cámara oculta. Estudio periodístico y jurídico*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 364.

Il tema della libertà di espressione e informazione, peraltro, rappresenta da sempre per la dottrina spagnola un oggetto di interesse che trascende le problematiche connesse allo sviluppo delle nuove tecnologie. Così, tra i molti lavori pubblicati nell'ultimo periodo, si possono ricordare il volume collettaneo curato da P.J. Tenorio Sánchez – M.O. Godoy Vázquez – C. Elías Méndez – M.J. Falcón y Tella, *La libertad de expresión. Su posición preferente en su entorno multicultural*, Madrid, Wolters Kluwer, 2015, pp. 504, i cui contributi offrono una ricostruzione del panorama costituzionale europeo e statunitense, gli studi inseriti nell'opera collettanea curata da I. Bel Mallén – L. Corredoira y Alfonso (cur.), *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 859 e la ancor più recente ricostruzione di R. Bustos Gisbert, *Vida privada y derecho a la información. Desarrollos*

jurisprudenciales en 2013-2014: la extraña y tardía recepción de Carolina en España, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 107, pp. 369-414.

Sugli stessi temi, si deve poi menzionare anche il lavoro di N. Saura Freixes, *Libertad de expresión y derecho a promover y proteger los Derechos Humanos*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 180, il quale presenta uno studio sulla tutela della libertà di espressione nel quadro degli strumenti internazionali sulla protezione dei diritti dell'uomo. Nella sua analisi, l'autrice osserva come simile libertà non rappresenti unicamente un diritto in sé e per sé, ma costituisca altresì uno strumento fondamentale per perseguire la promozione e protezione dei diritti fondamentali. In questo contesto, un focus particolare è riservato ai giornalisti, i quali con la loro azione svolgono un ruolo fondamentale a difesa dei diritti umani.

Sempre sul tema della libertà di espressione nel quadro dei mezzi di comunicazione, si segnalano anche il volume coordinato da D. Capodiferro Cubero – J. De Miguel Bárcena – J.C. Gavara de Cara (cur.), *El control judicial de los medios de comunicación*, Barcellona, Bosch, 2015, pp. 276 e il recente studio di B. Rodríguez – M. Medina Guerrero – A. Barrero Ortega (cur.), *La Protección del los Derechos Constitucionales en la Regulación del Audiovisual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 270, nel quale sono raccolti diversi contributi su profili differenti. Nello stesso settore, si deve poi menzionare la peculiarità dello studio di J.L. García Guerriero, *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, il quale ha inquadrato il tema della pubblicità commerciale sotto il profilo della libertà di espressione, presentando un'analisi comparata della sua disciplina in alcune esperienze costituzionali.

Per quanto riguarda le più recenti modifiche del quadro normativo interno in tema di diritto all'informazione, si può ancora ricordare la recentissima analisi di J. Ridao Martín, *Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público en España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 107, pp. 187-217 sulla L.O. 4/2015, in materia di sicurezza, e sui profili di dubbia costituzionalità di tale intervento legislativo.

Da ultimo, all'interno della più ampia produzione scientifica sulla libertà di espressione e informazione, un interesse particolare ha rivestito, almeno nel periodo

più recente, il tema dell'*hate speech*. Al riguardo, si deve in primo luogo ricordare il recentissimo contributo monografico di A. Gascón Cuenca, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 240, nel quale l'autore presenta un confronto tra il quadro normativo e giurisprudenziale spagnolo, anche alla luce delle novità introdotte dalla L.O. 1/2015 di modifica del codice penale, e gli standard enucleati a livello internazionale. Sullo stesso tema, peraltro, insistono anche lo studio di M. Revenga Sánchez, *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2015, pp. 186, il capitolo contenuto nel recente lavoro sul tema della tolleranza di B. Marciani Burgos, *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado constitucional*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 248 e il saggio di R. Alcácer Guirao, *Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, n. 103, pp. 45-86.

3. – Un ultimo campo su cui ha insistito la più recente produzione scientifica spagnola riguarda le sfide etiche e di giustizia poste dalla più recente evoluzione sociale e tecnologica. I lavori su tali aspetti si affiancano alla tradizionale produzione in tema di libertà di religione, in relazione alla quale nell'ultimo periodo si possono ricordare i lavori di J.J. Ruiz Ruiz – G. Ruiz-Rico Ruiz (cur.), *La Libertad Religiosa en las Sociedades Multiculturales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 424; A. Ruiz Miguel – L. Villavicencio Miranda, *Estado y religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, n. 102, pp. 93-126; A. Espinosa Díaz, *La enseñanza religiosa en centros docentes. Una perspectiva constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 318.

Un inquadramento generale dei problemi etici e spirituali sollevati dalla evoluzione tecnologica in campo medico si può ritrovare nello studio di V. Morente Parra, *Nuevos retos biotecnológicos para los derechos fundamentales*, Granada, Comares, 2014, pp. 386 e nel recente volume collettaneo curato da J.A. Santos Arnáiz – M. Albert – C. Hermida (cur.), *Bioética y nuevos derechos*, Granada, Comares, 2016, pp. 348 nei quali, seppur con una sensibilità più legata ai profili filosofici, si affrontano temi differenti che spaziano dal diritto all'integrità e all'intimità personale all'obiezione di coscienza.

Proprio il tema dell'obiezione di coscienza rappresenta un profilo su cui la dottrina ha rivolto una particolare attenzione. Al riguardo, tra gli altri, si può menzionare la recentissima analisi condotta da L. Gómez Abeja, *Las objeciones de cociencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 456. Nel suo studio, l'autrice ricostruisce organicamente il tema, sottolineando come il panorama comparato, così come la dottrina scientifica e, seppur in modo non lineare, la giurisprudenza abbiano escluso la natura di diritto fondamentale autonomo per l'obiezione di coscienza. Da qui, il riconoscimento in capo al legislatore ordinario un certo margine di discrezionalità nella individuazione dei requisiti per la sua ammissibilità.

Sul più particolare rapporto tra obiezione di coscienza ed interruzione di gravidanza insiste il saggio di D. Capodiferro Cubero, *La objeción de conciencia a la interrupción del embarazo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 222. Lo stesso tema, peraltro, trova ampio spazio nel più generale lavoro di J.J. Marabel Matos, *El derecho fundamental de libertad religiosa en el ámbito de los servicios públicos sanitarios*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 285, nel quale si presenta il caso di studio della Comunità Autonoma dell'Extremadura.

Il tema dell'interruzione di gravidanza si può ritrovare anche in altre pubblicazioni che analizzano più da vicino i problemi della parità e della tutela di genere. Così, con particolare focus sui diritti della sfera sessuale si può ricordare l'opera collettanea curata da E. Carmona Cuenca (cur.), *La perspectiva de género en los Sistema Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 347, nella quale si ricostruisce il contributo giurisprudenziale dei sistemi europeo e interamericano anche sui profili della violenza di genere ed il divieto di discriminazione e si sottolinea come, nonostante l'evidenza dell'importanza di tale problema, l'approccio verso tale tema appaia ancora settoriale e insufficiente.

Temi che vanno dai diritti della sfera sessuale e riproduttiva alla rappresentanza politica delle donne, dai diritti in ambito lavorativo a quelli legati alla violenza di genere sono presenti anche nei contributi raccolti, seguendo un'impostazione interdisciplinare, nel recentissimo volume curato da C. La Barbera – M. Cruells

López (cur.), *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 674.

Sugli stessi ambiti, di tenore generale appaiono i lavori di J.F. Lousada Arochena, *El derecho Fundamental a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 630; M. Pérez-Ugena Coromina, *Igualdad entre mujeres y hombres. Instrumentos jurídicos y régimen de garantías*, Granada, Comares, 2015, pp. 141 e R. Rodríguez López – E. Díez Peralta – R. Bonachera Villegas – P. Díaz Rubio, *Mujer e igualdad en el derecho español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 302.

Un profilo di analisi particolare, invece, si può ritrovare nel saggio di B. Rodríguez Ruiz, *La dimensión constitucional de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, n. 103, pp. 355-384, ove si sottolinea l'impatto che il tradizionale assetto di ruoli all'interno della vita privata familiare può avere sull'effettività della parità di genere nella dimensione pubblica.

Peculiare appare altresì la prospettiva dei volumi di A. Alonso Álvarez, *El mainstreaming de género en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 224 e A. Guamán Hernández, *Feminismos y Procesos Constituyentes*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 144, nel quale si affronta la questione della parità di genere nei processi costituenti in prospettiva comparata e storica.

L'attenzione della dottrina spagnola sui problemi di giustizia sociale, peraltro, non sembra esaurirsi con studi sulle problematiche di genere. Accanto a questi, infatti, possono trovarsi diversi contributi che ricostruiscono e analizzano il problema della tutela dei diritti di altre categorie tradizionalmente più vulnerabili. Tra queste, si può individuare il tema dei minori. Oltre agli studi già menzionati in precedenza, si possono in questa sede ricordare contributi più generali, quali il recente lavoro di J. Ramiro, *Los derechos de los niños en las políticas españolas para la infancia*, in *Revista de Derecho Político*, 2016, n. 95, pp. 117-146.

Le tematiche della parità trovano altresì spazio con riferimento al problema dell'identità di genere. Sul punto, sempre in merito al problema dei minori, si può segnalare il recente saggio di J. Alventosa del Río, *Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española,* in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 107, pp. 153-186. Il profilo dell'identità di genere, peraltro, raccoglie un

interesse più generale. Così, su tale tema si possono ricordare il lavoro di O. Salazar Benítez, *La identidad de género como derecho emergente*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2015, n. 169, pp. 75-107 e M. Martín Sánchez, *Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 107, pp. 219-253.

4. – Oltre agli studi riportati, sembra da ultimo doveroso osservare come, accanto ad approfondimenti tematici, la dottrina spagnola abbia, anche nell'ultimo periodo, continuato a confrontarsi su concetti e problemi di natura generale. In tal senso, si può ricordare il volume collettaneo curato da R. Chueca (cur.), *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 444. I contributi raccolti in tale opera, invero, ruotano intorno al tema della dignità umana, sottolineando la difficoltà metodologica di codificazione normativa di un simile valore, tanto nei diversi ordinamenti nazionali quanto a livello internazionale. In tale contesto, i diversi saggi vanno oltre l'esame del sistema spagnolo, ricostruendo il contributo dato dalla giurisprudenza della CEDU e della strada più recentemente intrapresa anche dalla Corte di Giustizia dell'UE, così come offrendo una panoramica delle soluzioni offerte in altri ordinamenti costituzionali. Sullo stesso tema di fondo insiste anche il saggio di C. Tomás-Valiente Lanuza, *La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, n. 102, pp. 167-208.

Un respiro generale caratterizza anche il recentissimo contributo di C.H. Preciado Domènech, *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 300, nel quale si presenta, prevalentemente da una prospettiva pratica, il tema dell'interpretazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta costituzionale spagnola così come in diversi documenti internazionali. Sul più specifico tema della classificazione dei diritti, invece, si può segnalare il saggio di M.B. Arriaga Cáceres, *Las Cortes Constitucionales frente a los «derechos civiles y políticos». Una mirada desde la teoría analítica del Derecho*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, n. 105, pp. 105-136.

Un approccio interdisciplinare, poi, caratterizza il volume collettaneo di M. Lois Gonzaález – I. Diz Otero – A. Nogueira López (cur.), *Crisis, Derechos Sociales e Igualdad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 470, nel quale si affronta, con riferimento al problema dei diritti sociali, il tema delle conseguenze della crisi economica. Sempre sul tema dei diritti sociali insistono anche il libro di L. Morales, *Derechos sociales, constitucionalesy democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 383 e il recentissimo saggio di R. Sánchez Ferriz, *Sobre la crisis de los derechos sociales. Interés práctico de un cambio de paradigma*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2016, n. 172, pp. 137-165. Con un'attenzione maggiormente rivolta al livello europeo si presenta il lavoro di M. Pons Carmena, *Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales*, Madrid, Reus, 2015, pp. 190, nel quale si sottolinea come il processo di integrazione finora realizzato non permetta ancora di poter individuare uno standard comune europeo in materia sociale.

Il tema della tutela dei diritti a livello europeo e sovranazionale, peraltro, si può ritrovare anche in altri contributi di carattere generale. Tra i diversi, si può ricordare il recentissimo contributo di A. Carmona Contreras, *El Espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 107, pp. 13-40, la quale ricostruisce la complessità dell'interazione tra livelli ordinamentali sottesa alla configurazione dello spazio europeo dei diritti fondamentali, evidenziando le sfide che un tale processo ancora in itinere comporti per gli ordinamenti interni. Sugli stessi profili, si possono ricordare anche i saggi di C.H. Preciado Domènech, *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Albacete, Bomarzo, 2016, pp. 273; S. Muñoz Machado, *Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015, n. 50, pp. 195-230; F.J. Matia Portilla, *Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 106, pp. 479-522; M. Azpitarte Sánchez, *Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio*, ivi, pp. 243-268; L. Martín-Retortillo Baquer, *Treinta años de afianzamiento de los derechos fundamentales*, in *Revista de Administración Pública*, 2016, n 200, pp. 45-62. Sul più particolare profilo dell'interazione tra le diverse realtà istituzionali europee si può poi segnalare l'indagine condotta da C. Pérez Bernárdez,

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2015, n. 51, 573-610.*

ISSN 2037-6677

La dottrina belga in tema di diritti

di Lucia G. Sciannella

1. – Gli interessi scientifici della dottrina giuspubblicistica e comparatistica belga del biennio 2014-2015 sono stati prevalentemente rivolti all'analisi di tematiche classiche inerenti i singoli diritti iscritti in Costituzione, offrendone, nella gran parte dei casi, una lettura aggiornata e attuale. Unitamente a tali profili, va sottolineato come permanga sempre alto l'interesse della dottrina per lo studio dei meccanismi di protezione dei diritti, quasi sempre analizzati dai tre diversi angoli prospettici: nazionale, regionale e universale. In questo contesto, sono molti i contributi diretti a comprendere l'intreccio dei rapporti tra i diversi strumenti di protezione, nella direzione di verificare sia l'effettività della tutela dei diritti fondamentali, sia l'intensità del "dialogo" che viene ad instaurarsi tra i diversi ambiti di intervento giurisdizionale.

2. – Uno degli aspetti più rilevanti delle trattazioni pubblicistiche belghe del biennio in esame riguarda i diritti culturali. Come noto, il concetto di "diritti culturali" è stato per lungo tempo indefinito e ha rivestito un ruolo "debole" all'interno dei principali strumenti di protezione dei diritti. La stessa dottrina ha faticato non poco a individuarne i principali elementi di connotazione. Secondo le linee di sviluppo più recenti e che riprendono in massimo grado le sollecitazioni

offerte dalla Dichiarazione di Friburgo del 2007, i diritti culturali vengono intesi – nella loro portata più ampia – come «espressione ed esigenza della dignità umana» e interpretati secondo criteri di «universalità, interdipendenza e indivisibilità», comprendendo il diritto all'identità e al patrimonio culturale, il diritto di accedere e di partecipare alla vita culturale, il diritto alla formazione e all'informazione.

Tra i volumi che ne hanno affrontano, in maniera approfondita, le implicazioni principali, si segnala la ponderosa opera di C. Romainville, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et international*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 890. Una lettura originale e molto attuale – che spazia dalla dimensione nazionale a quello globale – relativamente al riconoscimento della portata, dell'effettività e della legittimità del diritto di partecipare alla vita culturale. Punto di partenza è il poliedrico concetto di cultura, inteso nella sua accezione più ampia, come fattore che alimenta la crescita personale, spirituale del singolo e della società intera.

L'A. conduce la sua approfondita analisi – con rigore metodologico e ricchezza bibliografica – sulla base di due assunti di partenza. Per un verso, esplora la qualificazione del diritto alla cultura nella sua fondamentalità, con tutto quello che esso implica sul piano della tutela giurisdizionale e, per altro verso, tenta di inquadrare tale diritto nella sua diversa articolazione, inteso sia come diritto di partecipare alla vita culturale, sia come libertà di esprimere, di creare e di scegliere le "culture" alle quali si desidera partecipare. Consacrata alla determinazione e alla dimostrazione della piena giuridicità del diritto alla cultura, tale ponderosa opera ne offre un'analisi rigorosa e originale.

In relazione a questo interessante filone di studi giuridici, la *Revue belge de droit constitutionnelle*, n. 1/2014, ha pubblicato gli atti di un seminario interdisciplinare sul tema "*Le droit de participer à la vie culturelle et les politiques culturelles*", svoltosi a Bruxelles, il 6 dicembre 2013.

Nell'*Avant-propos*, (Rev. *belge dr. const.*, 1/2014, pp. 3-7) *M. Verdussen* introduce il tema ricordando che il diritto costituzionale deve occuparsi della "cultura" almeno per due ragioni. La prima attiene alla necessità di incanalare la democrazia in una prospettiva culturale. La seconda ragione risiede nel legame stretto che unisce la cultura, la protezione dei deboli e la dignità umana. È in questo spirito che la

Costituzione belga – al pari di altre Costituzioni – iscrive e articola i diritti economici, sociali e culturali attorno al valore della dignità (art. 23 Cost.). La dignità ha una dimensione essenziale in quanto assicura a tutti la libertà di fare delle scelte e di assumerle, mentre il legame della cultura con l'economia è evidente, in quanto la cultura è la chiave per lo sradicamento della povertà. Secondo l'A. i diritti culturali, al pari di quelli economici e sociali, rivestono un ruolo essenziale nella costruzione di una società democraticamente avanzata.

Degli atti fa parte anche il contributo di C. Romainville, *Droit de participer à la vie culturelle et politiques culturelles*, in *Rev. belge dr. const.*, 1/2014, pp. 7-30, che riprende in sintesi i temi tratteggiati molto più approfonditamente nel suo lavoro monografico.

Segue il contributo di M. Lambrecht, *Enjeux éthiques de la participation à la vie culturelle*, in *Rev. belge dr. const.*, 1/2014, pp. 31-40, in cui vengono delineati i contorni giuridici e filosofici del diritto di partecipare alla vita culturale della società. A tal fine, l'A. sviluppa tre argomenti che giustificano l'opportunità di implementare politiche pubbliche dirette ad incoraggiare la partecipazione alla vita culturale. In primo luogo, da un punto di vista dell'eguaglianza di *chances*, è necessario che lo Stato investa sulla cultura e sulla formazione scolastica per rimuovere le disparità di partenza. In secondo luogo, adeguate politiche culturali consentono ai cittadini di partecipare alla costruzione del dibattito pubblico e, dunque, di prendere parte con maggiore consapevolezza ai processi decisionali. In terzo luogo, le nuove forme di partecipazione culturale – primariamente rappresentate da Internet – contribuiscono ad aumentare la libertà degli individui.

L. Hanquinet, *Inégalités et culture: une relation complexe*, in *Rev. belge dr. const.*, 1/2014, pp. 41-54, analizza invece il rapporto complesso e articolato tra diseguaglianze e cultura. L'A. si interroga attorno alla portata della letteratura attuale che è pervasa dal problema di quantificare economicamente il valore della cultura nella società. In piena era di *austerity*, sono molti coloro che reputano opportuno "contenere" le spese di bilancio per lo sviluppo della vita culturale, evitando invece di comprendere l'importanza di investire nella crescita culturale della società civile. Con un'analisi prevalentemente di natura empirica, l'A. cerca di dimostrare che la cultura non è solo "élévatrice d'esprit", ma anche fonte di inclusione sociale.

L'interessante contributo di J.-G. Lowies, *L'évaluation des politiques culturelles, une utopie?*, in *Rev. belge dr. const.*, 1/2014, pp. 55-66, analizza le varie metodologie di valutazione delle politiche pubbliche in tema di cultura, segnalandone i punti di forza e di debolezze e mostrando come l'interesse per i processi e le politiche culturali si sia accentuato nell'ultimo periodo a causa del concomitante intrecciarsi di fenomeni variegati che riguardano in prevalenza la sfera economica e la fattibilità degli interventi pubblici nell'area della cultura.

H. Dumont, Presidente del *Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel* dell'Università di Saint-Louis di Bruxelles, conclude i vari interventi con un contributo dal titolo, *Le droit de participer à la vie culturelle face aux politiques culturelles*, in *Rev. belge dr. const.*, 1/2014, pp. 67-81. L'A. evidenzia che il diritto di ciascuno di partecipare alla vita culturale presuppone che vi sia parità di accesso alle risorse culturali. Spetta allo Stato garantire un'ampia gamma di servizi culturali particolarmente importanti ai fini del consolidamento del carattere democratico della società.

3. – In materia di diritti politici e sistemi elettorali, si segnala l'opera di F. Bouhon, *Droit électoral et principe d'égalité. L'élection des assemblées législatives nationales en droits allemand, belge et britannique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1010. L'A. conduce un'interessante riflessione in merito ad una delle questioni più discusse all'interno delle democrazie contemporanee, riguardanti le modalità di formazione della rappresentanza politica. Il tentativo – indubbiamente ben riuscito – è quello di offrirne una lettura aggiornata attraverso un'analisi originale, approfondita e di taglio comparato dei sistemi elettorali di Germania, Belgio e Gran Bretagna, accomunati, secondo l'A. da almeno tre aspetti. In primo luogo, fanno tutti parte dell'UE e del Consiglio d'Europa. In secondo luogo, nel quadro di tale ultima organizzazione, hanno tutti ratificato il Protocollo Addizionale alla CEDU, il cui art. 3 obbliga le Parti contraenti a tenere elezioni libere e ad intervalli regolari. Infine, gli Stati presi in considerazione presentano tutti un sistema di governo di tipo parlamentare, in cui le elezioni politiche hanno un effetto diretto sulla formazione del governo. Il metodo comparato consente, in tal caso, non solo di apprezzare le similitudini, ma anche di

analizzare in tutta la loro complessità le differenze che si evidenziano nei diversi contesti analizzati.

L'analisi comparativa viene arricchita dalla prospettiva diacronica che l'A. utilizza per ricostruire – alla luce del principio di eguaglianza – l'evoluzione storica dei sistemi elettorali tedesco, inglese e belga.

4. – Come già accennato in premessa, un settore che continua a godere di un importante interessamento da parte della dottrina giuspubblicistica belga è sicuramente quello dell'analisi degli strumenti di tutela dei diritti, nella dimensione nazionale, regionale e universale.

Un'interessante e originale lettura del complesso rapporto tra tutela dei diritti e dialogo tra Corti nel contesto europeo viene offerta da G. Rosoux, *Vers une "dématérialisation" des droits fondamentaux? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnelle belge*, Bruxelles, Bruylant, 215, pp. 1072. Secondo l'A. una complessità crescente caratterizza la protezione dei diritti fondamentali nel panorama europeo, garantiti da molteplici cataloghi e sottoposti alla protezione di molteplici giudici, nazionali ed europei. Alla luce di tale intenso e articolato rapporto tra un numero considerevole di "Corti" e di "Carte", G. Rosoux evidenzia come la mancanza di coerenza rappresenti, ad oggi, uno dei principali fattori caratterizzanti il sistema tutela dei diritti fondamentali nel contesto europeo.

Partendo dalla giurisprudenza della Corte costituzionale belga, che già da tempo ha affermato che i differenti testi europei, costituzionali e convenzionali, di tutela dei diritti, costituiscono un «ensemble indissociable», l'A. propone la nozione di "dematerializzazione" come chiave di lettura del suo lavoro di ricerca. In altri termini, secondo l'A. l'intenso dialogo tra giudici nazionali e giudici europei ha contribuito alla costruzione di un giurisprudenza non più incentrata sui singoli testi ma sui diritti, disancorati dai testi che li contengono, ossia, appunto, "dematerializzati".

Nella prima parte dell'ampio volume, l'A. ricostruisce l'articolazione procedurale dei diritti fondamentali, esaminando i diversi ruoli ricoperti dai giudici,

belgi ed europei; a livello interno, punto centrale dell'analisi è costituito dall'art. 26, § 4 della legge speciale sulla Corte costituzionale, mentre a livello europeo, l'analisi si incentra sulla relazione triangolare tra i giudici belgi e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

La seconda parte del lavoro si sofferma sull'articolazione sostanziale dei diritti fondamentali. Partendo dall'analisi delle differenti fonti e Corti, costituzionali ed europee, l'A. sviluppa la sua analisi sulla base di quattro distinte direttrici ("coesistenza armoniosa", "integrazione", "assimilazione" e "fusione") che utilizza per classificare in una chiave nuova ed originale i rapporti tra le fonti nazionali e quelle europee di tutela dei diritti.

In un'ottica più circoscritta – ma di sicuro spessore scientifico – si pone il lavoro di J. Pilorge Vrancken, *La protection des droits fondamentaux des minorités nationales par les mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme en Europe et en Afrique: étude comparative*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2015/1, pp. 5-30. L'A. conduce un interessante lavoro di comparazione tra la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e la CEDU. La Carta africana, sottoscritta il 27 giugno 1981 a Nairobi, si inscrive nell'alveo degli strumenti universalistici di protezione dei diritti dell'uomo, tenendo in debita considerazione le peculiarità del continente africano. Difatti essa menziona i «valori di civilizzazione africani che devono ispirare e caratterizzare le loro riflessioni sulla concezione dei diritti dell'uomo e dei popoli». La CEDU rappresenta una realtà molto ben consolidata all'interno del complessivo sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali, con un radicamento e un grado di penetrazione nei singoli ordinamenti nazionali che non trova eguali nel panorama internazionale.

Dopo aver ricostruito la genesi delle due Carte, il lavoro concentra la propria attenzione sul concetto di "minoranza nazionale", rilevando che esso non compare affatto nella Carta africana, mentre è utilizzato una sola volta nel testo della CEDU (art. 14) – senza peraltro soffermarsi a definirlo – e una sola volta all'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 12, che prevede un divieto generale di discriminazione. Nonostante che in entrambi i contesti regionali, la questione della tutela delle minoranze nazionali è ben presente, secondo l'A. le due Carte hanno adottato approcci differenti per la loro protezione. Per un verso, la Carta africana costituisce

il primo testo regionale che consacra i diritti "dei popoli" in quanto tali, adottando un «approccio collettivo della protezione dei diritti delle minoranze» e, dunque, riconoscendo il gruppo minoritario in quanto entità giuridicamente protetta. Al contrario, la CEDU è stata elaborata sulla base di una concezione individualista dei diritti, per cui le minoranze in quanto gruppo non sono oggetto di specifiche misure di tutela. Ma nonostante le differenze di approccio tra i due sistemi, la protezione dei diritti delle minoranze viene comunque effettuata principalmente per mezzo della constatazione della violazione dei diritti individuali, cioè in maniera indiretta.

Il tema della tutela dei diritti nel sistema convenzionale europeo è stato altresì al centro di due interessanti lavori pubblicati sulla *Revue Trimestrielle de Droits de l'homme*. Il primo è di F. Tulkens, *Pour le 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme: bilan, questions critiques et défis*, in *Rev trim. dr. de l'homme*, n. 98, 2014, pp. 333-352. Già giudice della Corte e membro dell'*Académie Royale de Belgique*, Tulkens ha colto l'occasione del sessantesimo anniversario dell'entrata in vigore della Carta per fare un bilancio della sua attuazione, soprattutto alla luce della sapiente interpretazione che ne è stata data dalla Corte. Confutando le critiche che alcuni autori hanno mosso nei riguardi di un dinamismo reputato "eccessivo" della Corte europea, il contributo di Tulkens illustra la diversità dei campi di applicazione della CEDU e la difficoltà di operare bilanciamenti complessi, come quelli riguardanti la libertà di espressione e l'*Hate Speech*. L'A. non manca di accennare ad alcune importanti sfide che attendono la Corte nei prossimi anni: dalla difesa del ricorso individuale, alla protezione delle minoranze e, non da ultimo, all'adesione dell'UE al sistema CEDU.

Il secondo contributo è di O. de Schutter, *L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne*, in *Rev. tr. dr. de l'homme*, n. 102, 2015, pp. 259-316. L'A. passa in rassegna le questioni politiche e giuridiche poste dall'adesione dell'UE alla Carta sociale europea del Consiglio d'Europa, esaminando le principali questioni, a partire dalla competenza internazionale richiesta per portare a compimento il processo stesso. L'A. tenta di analizzare le conseguenze dell'adesione anche in rapporto alle affermazioni rese dalla Corte di giustizia nell'*avis* 2/2013, in relazione al processo di adesione dell'UE alla CEDU.

Sempre dedicato al sistema CEDU è l'opera di R. Ergec, J. Velu, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1252. L'opera analizza il

ruolo – sempre più pervasivo – assunto dalla CEDU all'interno degli ordinamenti giuridici dei 47 Stati membri. Nella prima parte l'A. esamina il rapporto tra CEDU e fonti nazionali, nonché il ruolo sempre più centrale che la giurisprudenza della Corte ricopre nell'ambito delle attività dei giudici belgi. Nella seconda parte viene invece dettagliatamente descritto il funzionamento del sistema di protezione, analizzato sia nei suoi aspetti formali che sostanziali.

Sotto la direzione di S. van Drooghenbroeck, è stato pubblicato il lavoro dal titolo, *Le droits international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 448. L'opera è dedicata all'esame delle questioni riguardanti la penetrazione del diritto internazionale ed europeo dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico belga e lo *status* formale che ad esso è stato riconosciuto, nel sistema delle fonti, dai giudici nazionali. I singoli ambiti vengono analizzati alla luce delle più importanti pronunce delle supreme autorità giudiziarie dell'ordinamento belga (Corte costituzionale, Corte di cassazione e del Consiglio di Stato). Accanto a tale analisi, l'A. approfondisce in maniera generale aspetti più originali, non ancora toccati dalla riflessione dottrinale, riguardanti, in particolare, il trattamento riservato dai giudici nazionali alle norme internazionali di *soft law*.

Di sicura utilità per gli studiosi di diritto comparato e internazionale è il volume di C. Chiurulli, *La protection dea apatrides*, Anthemis, 2014, pp. 180, in cui l'A fa il punto sul fenomeno dell'apolidia, che ormai coinvolge milioni di persone in tutto il mondo. L'A., partendo dalle norme dettate in merito allo *status* di apolide dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 28 settembre 1954, ne tenta una categorizzazione sia per quanto concerne l'individuazione del soggetto cui deve essere riconosciuto lo *status* di apolide, sia dei diritti ad esso connessi. L'opera fornisce delle risposte a tali questioni ancora in gran parte aperte e indefinite, comparando le norme internazionali con la normativa attualmente in vigore nell'ordinamento belga.

4.1. – Sempre in tema di tutela dei diritti in ambito internazionale ed europeo, nel biennio in esame sono stati ripubblicati edizioni aggiornate di lavori di taglio prevalentemente didattico e divulgativo. Tra questi, si segnala la terza edizione dell'interessante lavoro di R. Ergec (con la collaborazione di M. Happold), *Protection*

européenne et internationale des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 336. Dopo aver ricostruito la genesi del diritto internazionale dei diritti dell'uomo, l'A. analizza in maniera esaustiva il sistema di protezione delle Nazioni Unite, nonché dei principali sistemi regionali. In particolare, la terza parte del volume esamina in dettaglio i meccanismi di funzionamento di sistemi regionali diversi da quello europeo e, in particolare, quelli interamericano e africano.

È stata, inoltre, pubblicata l'edizione aggiornata del *Code de droit internationale des droits de l'homme*, di O. De Schutter, F. Tulkens, S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 868 (aggiornato al 1° ottobre 2013). Il Codice raccoglie i principali testi internazionali – universali e regionali – relativi ai diritti dell'uomo. Essi sono sempre più numerosi e l'obiettivo degli AA. è quello di fornire agli addetti ai lavori uno strumento aggiornato, completo e ben catalogato.

ISSN 2037-6677

La dottrina portoghese in tema di diritti

di Anna Ciammariconi

1. – Il biennio 2014-15 reca una cospicua serie di contributi dottrinari dedicati al tema dei diritti fondamentali. Si tratta, sovente, di riflessioni che muovono dall'analisi ragionata di coeve misure legislative e decisioni delle magistrature superiori e del *Tribunal Constitucional* (TC). In particolare, l'arco di tempo preso in considerazione – contrassegnato ancora dagli strascichi della crisi economico-finanziaria che duramente ha colpito il Paese (sebbene si scorgano timidi segnali di ripresa) – ha visto le istituzioni lusitane adottare misure normative finalizzate, per un verso, a contenere la spesa pubblica (con conseguente, sensibile compressione di un'ampia serie di diritti, specie di quelli sociali e dei lavoratori, di cui è particolarmente nutrita la *Constituição da República Portuguesa* – CRP –), per altro verso, a contrastare fenomeni quali la corruzione e l'ingiustificato arricchimento e, nel contempo, a valorizzare le esigenze di trasparenza (probabilmente in parziale bilanciamento ai sacrifici economici richiesti). In questo clima, non sorprende come buona parte degli scritti – spesso a commento di relative sentenze del TC – abbia ad oggetto l'effettività dei diritti sociali o, più in generale, la capacità di tenuta, nel contesto attuale, degli assetti costituzionali.

Come nelle precedenti rassegne, anche in questo caso si preferisce articolare i paragrafi non tenendo conto della "veste editoriale" dei lavori selezionati

(monografie, saggi, note a sentenza, rassegne, articoli in opere collettanee e riviste, etc.) ma del contenuto, ossia della tipologia di diritti presa in considerazione. In tal senso, pertanto, il par. 2 raccoglie i contributi che analizzano in un'ottica "complessiva" e di quadro i diritti fondamentali; il par. 3 descrive le opere che trattano dei diritti c.d. civili e politici; il par. 4 si appunta sui diritti economici, sociali e culturali; il par. 5, infine, reca le pubblicazioni concernenti i diritti di solidarietà e i c.d. "nuovi" diritti.

Unitamente ai lavori monografici e alle opere collettanee (editi dalle principali case editrici portoghesi, vale a dire principalmente per i tipi di Almedina e Coimbra Editora), l'insieme di riviste del settore visionate ricalca quanto già indicato nelle rassegne relative ai bienni precedenti, arricchendosi, tuttavia, di nuovi periodici (tra cui si segnalano la rivista telematica *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, disponibile sul web dal 2014, e la *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, edita a partire dal 2015).

È opportuno precisare, infine, che alcuni lavori – pubblicati su riviste o volumi editi da case editrici portoghesi – sono ascrivibili ad autori brasiliani. La scelta di non limitare l'indagine alla sola dottrina giuspubblicistica lusitana, ma di riferire anche di quella brasiliana, è dettata non solo dall'affinità idiomatica ma, primariamente, dal costante e proficuo confronto dottrinale tra studiosi dei due Paesi.

2. – Se si eccettua la "consueta" manualistica (che nel periodo in esame vede, tra l'altro, la pubblicazione di ristampe o edizioni riviste e aggiornate di precedenti opere) e i numerosi scritti destinati alla didattica (i quali, benché in molti casi pregevoli, scontano inevitabilmente un taglio descrittivo), nonché i commentari alla Costituzione (che annoverano approfondite analisi sul tema dei diritti fondamentali, ricalcando l'impostazione fatta propria dalla CRP, nella quale sussiste un regime giuridico dicotomico tra la categoria dei *Direitos, liberdades e garantias* e quella dei *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais*), piuttosto limitato è il numero di contributi dati alle stampe nel biennio 2014-15, nel quale la tematica dei diritti fondamentali viene affrontata in un'ottica generale o "di quadro". Al riguardo, si segnala il volume di J. de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais - Introdução Geral*, Estoril, Principia, 2ª ed., 2015, pp. 176. Si tratta di una nuova edizione, rivista e

attualizzata – rispetto a quella del 2007 – alle più significative novità giurisprudenziali e dottrinali, specie nel campo dei diritti sociali.

Un ampio e approfondito studio, che privilegia l'impostazione diacronica, è presente in J. Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 800. Il volume costituisce una tesi di dottorato trasfusa in monografia, in cui l'A. si sofferma sulle tipologie di diritti che lo Stato è chiamato a tutelare soprattutto nel contesto attuale: prevale principalmente l'esigenza di garantire la sfera della sicurezza e dell'integrità personale dei cittadini. A proposito delle forme di tutela dei diritti fondamentali azionabili dai singoli e, in particolare, sul ruolo dell'*Ombudsman*, si segnala l'articolo, in lingua inglese, di J. de Faria Costa, *The Ombudsman and the promotion and protection of Human Rights – the present and the future*, in *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n. 5/2015. Nel contributo, l'A. si occupa compiutamente della figura dell'*Ombudsman*, interrogandosi, anzitutto, sui profili etici che informano l'azione di tale, peculiare figura e soffermarsi, quindi, sull'attività di "mediazione" in prospettiva futura; si fa notare incidentalmente che l'A. dell'articolo è il *Provedor de Justiça*, ossia l'*Ombudsman* portoghese.

Ricco di spunti e riflessioni critiche risulta il *Dossier* celebrativo degli ottocento anni della *Magna Charta Libertatum*, incluso nel n. 56/2015 della *Revista Nova Cidadania* (il periodico dell'*Instituto de Estudos Políticos* dell'*Universidade Católica Portuguesa*). I saggi ivi pubblicati prendono spunto dalla celeberrima carta per proiettarsi su aspetti e problematiche attuali, privilegiando un'impostazione di taglio politologico; tra gli articoli più significativi figurano i seguenti: J.C. Espada, *Estaremos à altura da herança da Magna Carta?*, e, del medesimo A., *2015: Quatro efemérides da liberdade europeia*; M. Morgado, *Os primeiros 800 anos*; G. Almeida Ribeiro, *O mito do gradualismo britânico*; P. Rangel, *A Magna Carta como (pre)texto da superioridade britânica*; A. Azevedo Alves, *A liberdade antiga e os despotismos modernos*.

Benché non sia specificatamente incentrato sul tema dei diritti fondamentali, giova comunque menzionare il volume di Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 452; l'opera costituisce l'occasione per riflettere intorno alla necessità, nel contesto globalizzato del XXI secolo, di superare l'idea del primato assoluto della Costituzione e, quindi,

di rendere tale principio maggiormente flessibile e permeabile al diritto transnazionale. Ciò, evidentemente, non equivale a negare lo Stato di diritto e il principio democratico, ma mira a promuovere una rilettura "*aperta e cosmopolita*" del diritto costituzionale portoghese, maggiormente attenta alla disciplina di derivazione europea o internazionale. Dalla specifica prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, l'impostazione poc'anzi riferita riduce (sebbene parzialmente) il livello di protezione dei diritti, come dimostrano, del resto, le recenti misure normative e gli interventi giurisprudenziali in materia economico-finanziaria.

3. – Un numero considerevole di pubblicazioni scientifiche (riconducibili ad autori portoghesi e brasiliani) approfondisce il versante dei valori e principi fondamentali (tra cui spicca, in particolare, il riferimento alla dignità umana) e dei diritti classici.

Tra le principali opere edite nel biennio, si annovera il volume di J. Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 200. Provocatoriamente, l'A. esordisce interrogandosi sul senso attuale di un'opera dedicata al principio supremo della dignità umana (la cui disposizione costituzionale di riferimento – art. 1 CRP – è sinora rimasta inalterata rispetto al *draft* originario della Costituzione del 1976 e interpretata in modo costante *Tribunal Constitucional* nonché già ampiamente analizzata dalla dottrina nei vari commentari al testo costituzionale). Reis Novais ritiene opportuno occuparsi della dignità, anzitutto perché costituisce il principio base dell'ordinamento e, in seconda battuta, perché, pur essendo spesso invocata dalle Corti, in specie dal TC, non sempre significato e portata normativi risultano di immediata interpretazione. Questo primo volume (di un'opera complessiva suddivisa in quattro tomi), oltre a ripercorrere l'evoluzione storica del concetto e ad analizzarne il significato giuridico-costituzionale (cap. I-III), affronta il complesso rapporto tra la dignità e i diritti fondamentali, articolando tale relazione intorno a tre possibili dimensioni: la prima, che vede il principio in esame confondersi materialmente con i diritti fondamentali; la seconda, che colloca la dignità *al lato* dei diritti, distinguendo dunque i profili materiali dei due concetti; la terza, che considera la dignità contrapposta ai diritti fondamentali. Nel testo, viene approfondita soprattutto la seconda prospettiva –

probabilmente la più immediata e naturale –, che presuppone il ricorso alla dignità ove si intenda rafforzare la sfera delle libertà e dei diritti, senza trascurare di riflettere, tuttavia, sulle perplessità suscitate allorché la dignità è utilizzata *contro* le libertà individuali, quindi per comprimere l'autonomia e la sfera delle libertà fondamentali (cap. V-VIII).

Sul versante del principio di eguaglianza – benché si tratti di contributo scritto da A. brasiliano e concernente l'ordinamento del Paese sudamericano –, è stato pubblicato il saggio di G. de Oliveira Grisoste Barbosa, *O Princípio da Igualdade no Supremo Tribunal Federal Brasileiro*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (*RJLB*), 1/2015, p. 1021 ss. Nel contributo, l'A. si cimenta nel tentativo di individuare il contenuto giuridico del principio in discorso, passando dalla dimensione dell'eguaglianza formale a quella sostanziale, per soffermarsi, quindi, sulla pertinente giurisprudenza del *Supremo Tribunal Federal* brasiliano.

Il tema delle garanzie processuali e, in particolare, la ragionevole durata del processo è al centro delle riflessioni di A. Luna da Cunha, M.C. Zainaghi, *O Princípio da Razoável Duração do Processo no Brasil, na Espanha e nos Estados Unidos da América*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 6/2015, pp. 37-53. Nello scritto, gli A. indagano principalmente la cornice costituzionale del Brasile (traendo spunto dall'art. 5, *inciso* LXXVIII, Cost. 1988, secondo cui «a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação»), con opportune analisi di taglio comparato, riguardanti i casi spagnolo e statunitense nonché l'area di applicazione della Convenzione americana dei diritti umani. Suggestioni interessanti, variamente compromesse con la tematica dei diritti fondamentali, specie in situazioni di restrizione della libertà personale, possono trarsi inoltre da alcuni contributi editi sulla rivista *Julgar*, n. 22/2014.

La libera circolazione delle persone è oggetto del lavoro di C. Urbano de Sousa, *Globalização e livre circulação de pessoas*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, n. 26-27, pp. 137-152, scritto nel quale l'A. osserva la vigente normativa sulla libera circolazione delle persone; emerge come molti Stati tendano ad inasprire le politiche di controllo delle frontiere e riformare, in senso restrittivo, la disciplina sull'immigrazione. Non mancano, tuttavia, ordinamenti che, al contrario, mirano a valorizzare il fenomeno della mobilità delle persone e di

"sfruttare" positivamente il potenziale (soprattutto economico) dell'immigrazione: si pensi, ad esempio, al caso del *golden visa* del Portogallo (il programma di attrazione di investitori stranieri nel Paese) o, similmente, del *golden passport* di Malta. Gli esempi appena citati costituiscono il pretesto per riflettere, altresì, sulla compatibilità di tali regimi con i principi di leale cooperazione e le regole sulla cittadinanza effettiva consacrati sia a livello internazionale che nella cornice dell'Unione europea. Alla normativa portoghese sulla cittadinanza è dedicato, inoltre, lo scritto di R. Moura Ramos (già Presidente del TC), *As alterações recentes ao direito português da nacionalidade – Entre a reparação histórica, a ameaça do terrorismo islâmico e a situação dos netos de portugueses nascidos no estrangeiro*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3994, 2015, pp. 4-25.

Anche il tema della libertà religiosa ha rappresentato un proficuo terreno di interesse per la dottrina portoghese. Oltre ad alcuni articoli pubblicati nella *Revista de Direito Público*, n. 12, 2014, si segnala il volume di J. Bacelar Gouveia, M. Saturino da Costa Gomes, F. Soares Loja, *Direito da Religião*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda - INCM, 2015, pp. 493, opera contenente un compiuto quadro delle più importanti fonti del diritto in materia di libertà religiosa nell'ordinamento giuridico portoghese (con particolare attenzione ai contenuti della *Lei da Liberdade Religiosa* del 2001). Il tema in discorso è esaminato, inoltre, nel volume collettaneo di P. Pulido Adragão (coord.), *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 254. Dalla sinergia di studiosi del diritto (prevalentemente canonico) italiani e lusitani, ha preso avvio un fecondo dialogo scandito da periodici seminari e incontri di studio. Nel volume in questione vengono raccolti gli atti del convegno svoltosi in aprile 2012 presso la *Faculdade de Direito* dell'*Universidade do Porto*, occasione nella quale ci si è interrogati intorno ai problemi legati al fenomeno dell'intolleranza religiosa nell'area europea.

Infine, ulteriore terreno di indagine della dottrina è rappresentato dal tema "classico" del diritto di proprietà. Quest'ultimo, analizzato nel contesto della CEDU, trova svolgimento nel lavoro di T. Macieirinha, *O direito de propriedade na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, in *O Direito*, I/2014, pp. 71-104, in cui l'A., oltre a cimentarsi su aspetti generali riguardanti l'ambito di protezione della proprietà, ha cura di fornire una rassegna delle principali sentenze in materia. I profili di intersezione tra diritto di proprietà e diritto d'autore, nell'ordinamento

brasiliano e in prospettiva prettamente costituzionalistica, sono analizzati nell'articolo di J. de Oliveira Ascensão, *Princípios Constitucionais do Direito Autoral no Brasil*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n. 1-4, 2015, p. 7 ss. Sempre in relazione all'ordinamento del Brasile, spunti interessanti sul diritto di proprietà possono trarsi dallo scritto di A. Riccitelli, *A Propriedade como Garantia Constitucional*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (*RJLB*), 5/2015, pp. 167-194. L'A. analizza, in particolare, la funzione sociale della proprietà, ripercorrendo l'evoluzione del concetto in parola attraverso lo studio dei vari testi costituzionali (da quelli più risalenti fino alla vigente Costituzione del 1988) e della disciplina di rango legislativo (tra cui le norme del nuovo codice civile).

4. – Come in parte anticipato, nel biennio in esame la dottrina giuspubblicistica lusitana ha orientato le proprie riflessioni primariamente al tema dei diritti sociali. Tra le ragioni di tale generalizzato interesse figura la circostanza per cui le situazioni giuridiche soggettive in discorso, cui fa ampio e approfondito riferimento il vigente testo costituzionale, sono state sensibilmente compresse dalle misure governative di contenimento della spesa pubblica (necessitate dall'esigenza di far fronte alla crisi economica, in seguito agli accordi siglati con istituzioni europee e internazionali). Spicca, in particolare, lo studio monografico di C. Santos Botelho, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – Ou revisitar as normas programáticas*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 610, nel quale l'A. fa seguire all'ampia dissertazione attraverso cui ripercorre l'evoluzione della disciplina interna, comparata, internazionale ed europea sui diritti sociali, alcune riflessioni sulla crisi e/o metamorfosi dello Stato sociale nonché sulle aporie riconducibili a tali *species* di diritti (com'è noto, strettamente compromessi con la (in-)disponibilità di risorse economiche).

Al centro dell'attenzione è stata soprattutto la giurisprudenza del TC, più volte sollecitato a pronunciarsi (sia in sede di controllo preventivo che successivo di costituzionalità) sulla compatibilità delle misure legislative anticrisi economica (tra cui le leggi di bilancio) con la CRP e i diritti socio-economici ivi sanciti. In argomento, giova menzionare il volume di C. Queiroz, *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 128. L'opera traccia un articolato e compiuto itinerario della giurisprudenza del TC sui diritti sociali e si sofferma su quei principi costituzionali che rappresentano il nucleo fondante dello

Stato sociale (in special modo sugli artt. 1 e 2 CRP, rubricati, rispettivamente *República Portuguesa* – tra le cui finalità compare quella di realizzare una «sociedade livre, justa e solidária» – ed *Estado de direito democrático* – «baseado ... no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural»).

Alla giurisprudenza del TC al tempo della crisi economica è dedicato altresì il volume di J. Silva Sampaio, *O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 734. Nell'opera, l'A. analizza le più discusse sentenze relative alle misure legislative di contenimento della spesa pubblica, incentrandosi sulla compatibilità di queste ultime rispetto ai diritti sociali menzionati nel testo costituzionale; in tale prospettiva, l'A. delinea gli elementi strutturali propri di ciascun diritto "chiamato in causa" nonché i pertinenti parametri argomentativi utilizzati dai giudici.

Una convinta approvazione delle recenti decisioni dei giudici costituzionali relative alle misure anti-crisi economica è rinvenibile nell'opera di J. Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 208. Il testo in questione ha, tra l'altro, il pregio di non essere destinato soltanto ad un pubblico di esperti, ma di fornire al lettore gli argomenti giuridici "di base" al fine di interpretare correttamente le sentenze del TC. In argomento, manifestano, invece, maggiori perplessità sull'attività dell'organo di giustizia costituzionale J. de Melo Alexandrino, *O impacto jurídico da jurisprudência da crise*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Porto*, 2014, pp. 159-165, e G. de Almeida Ribeiro, L. Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaios Críticos*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 288. Come nel caso dell'opera poco sopra menzionata, anche il testo in questione è destinato ad un pubblico ampio, sforzandosi gli autori (hanno contribuito alla pubblicazione dell'opera un numero considerevole di esperti appartenenti a tre delle più importanti Facoltà di Diritto del Portogallo – Cattolica, Coimbra e Lisbona –) di utilizzare un registro informale e, nei limiti del possibile, accessibile non solo agli studiosi.

Con specifico riferimento agli *Acórdãos* sulle recenti leggi di bilancio (*Orçamento do Estado – OE*) e, in particolare, sui profili di incostituzionalità dell'OE per il 2014,

è dato alle stampe il testo di A. Martins, *A Jurisprudência Constitucional sobre as Leis do Orçamento de Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 146. Non si tratta solo di un'indagine sui profili più strettamente tecnici inerenti alle politiche di finanza pubblica (peraltro, su questi aspetti, spunti interessanti possono trarsi dagli articoli pubblicati nella rivista *Finanças Públicas e Direito Fiscal*: cfr., in special modo, i nn. 2-4/2015) ma costituisce anche un'analisi di taglio teorico circa l'articolazione dei poteri tra gli organi di sovranità e il ruolo giocato dal diritto in ambiti come quello in discorso.

Aspetti di dettaglio, che intercettano variamente le politiche governative di austerità e la compatibilità di queste ultime con il testo costituzionale del Portogallo, possono trarsi dai seguenti scritti: A.P. Antunes, *Reflexões em torno da Contribuição Extraordinária de Solidariedade [2013 e 2014]*, in *Revista do Ministério Público*, n. 138 (2014), pp. 175-226 (in cui l'A. analizza, tra l'altro, la sentenza n. 187/2013 del TC, relativa alla legge di bilancio per il 2013); S. Preto, *Alguns aspectos da retribuição: I – A remuneração durante as férias*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n. 1-3, 2014, p. 233 ss.; C. Santos Botelho, *Os Direitos sociais num contexto de austeridade: elogio fúnebre ao príncipio da proibição do retrocesso social?*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 75/2015, pp. 259-293 (in tale articolo, l'A. non si limita soltanto ad esaminare la cornice costituzionale di riferimento, ma approfondisce la giurisprudenza del TC e rimarca la funzione di custode dei *direitos fundamentais sociais* propria dell'organo di giustizia costituzionale). Il tema della previdenza sociale e del diritto alla pensione, sempre nel contesto della crisi economico-finanziaria, è oggetto del numero monografico (1/2014) della rivista telematica *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*: al riguardo, si segnalano, in particolare, i contributi di V. Canas, *Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao "corte" de pensões)*, e di J. Reis Novais, *O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira*. La rivista in parola, inoltre, per celebrare il 70° anniversario della Dichiarazione dei diritti sociali del 1944, al n. 3/2014 include una sezione monografica sui diritti sociali, con articoli della più autorevole dottrina autoctona e straniera. Si segnalano i contributi di: C. Blanco de Morais, *De novo a querela da "unidade dogmática" entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de "exceção financeira"*, e di L. Pereira Coutinho, *Os direitos sociais como compromissos*. Il primo A. sostiene come non sia condivisibile la tesi di chi intende superare il regime dicotomico di diritti di libertà e diritti sociali (facendo leva

sull'unità dogmatica delle due tipologie di situazioni giuridiche soggettive e negando contestualmente la configurabilità dei diritti sociali alla stregua di diritti "deboli"); tale approccio costituisce altresì l'occasione per commentare le principali sentenze attraverso le quali sono state censurate diverse misure legislative adottate nel contesto della crisi economica. Il secondo A. prende spunto dalla natura compromissoria dei diritti sociali e la interpreta alla luce dei diversi testi costituzionali – tra i quali il portoghese – in cui siffatte categorie di diritti trovano espressa menzione. Proprio l'indole compromissoria dei diritti sociali, se, da un lato, evidenzia la minore "intensità" giuridica di questi (diversamente da quanto avviene per i *direitos de liberdades*), dall'altro, ne mette in risalto la maggiore "forza" politica, che, peraltro, contribuisce ad accostare i diritti sociali allo Stato democratico.

Ancora in tema di diritti sociali, giova segnalare l'opera di P. Ferreira da Cunha, *Direitos Fundamentais - Fundamentos & Direitos Sociais*, Lisboa, Quid Juris, 2014, pp. 432. Unitamente ad un'ampia sezione dedicata ai diritti fondamentali in un'ottica generale e in chiave diacronica, il testo si appunta sui diritti sociali, economici e culturali, approfondendo, in particolare, il diritto alla salute e il diritto al lavoro. Il tema del lavoro è oggetto, inoltre, dell'articolo di E. Meireles, *O Trabalho nas Constituições Sociais*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (*RJLB*), 5/2015, pp. 429-455; nel contributo, l'A. osserva principalmente l'ordinamento brasiliano in prospettiva comparata, attraverso opportuni rinvii ai diversi testi costituzionali adottati nel secondo dopoguerra.

Il diritto di sciopero è al centro delle riflessioni **di *P. Moreira,*** *A inadequação do princípio da proporcionalidade ao direito à greve. Algumas notas da perspectiva do Direito português*, in *O Direito*, I/2014, pp. 145-180. L'A. esamina la natura giuridica del diritto in questione, prendendo spunto dalle tesi in materia di libertà economiche avanzate da Viking e Laval. Alle limitazioni relative al diritto di sciopero nel settore dei trasporti è invece rivolto l'articolo di J. Leal Amado, *Os limites do direito à greve e os serviços mínimos no sector dos transportes: a propósito de um silogismo*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3990, 2015. Un'analisi di quadro sulle libertà sindacali, attraverso il prisma delle decisioni della Corte di Strasburgo, è presente nello scritto di A.T. Ribeiro, *A liberdade sindical na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*,

in *Direito e Justiça – Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. 1/2015, pp. 163-187.

In chiusura, giova dar conto di almeno una parte dei molteplici scritti di autori brasiliani che variamente indagano l'argomento dei diritti sociali, specie con riguardo all'ordinamento di provenienza. Il lavoro di M. Martini Motta Loss, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos como Meio de Efetivação dos Direitos Sociais*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (*RJLB*), 2/2015, pp. 1457-1510, vede nei doveri di solidarietà e, in primo luogo, nel dovere di contribuire al prelievo fiscale uno dei cardini indispensabili per garantire e assicurare la tutela dei diritti sociali; l'articolo di P. Freitas Soares de Moura, *O Direito à Saúde e a Obrigação do Estado de Fornecer Medicamentos*, *ivi*, pp. 1663-1724, si appunta anzitutto sul diritto alla salute quale diritto fondamentale (e strettamente connesso alla tutela della dignità umana), per soffermarsi poi (attraverso un'analisi relativa sia al dato giuridico-formale che a quello giurisprudenziale) sul dovere dello Stato di provvedere alla prestazione di trattamenti sanitari. Alla tutela della salute in Brasile è rivolto anche l'ampio scritto di A. Dantas de Oliveira Junior, *O Direito Constitucional à Saúde e suas Peculiaridades: Da Fundamentalidade à Reserva do Possível*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (*RJLB*), 3/2015, pp. 237-315, nel quale l'A., in prospettiva diacronica e operando utili rinvii a documenti internazionali, analizza le diverse dimensioni giuridiche del diritto alla salute, soffermandosi, in special modo, sui profili inerenti alla *Reserva do Possível* e all'applicazione del principio di proporzionalità (senza trascurare di riferire della giurisprudenza del STF in materia). Tocca incidentalmente la tutela della salute e i trattamenti sanitari il numero monografico della rivista *Julgar* (2014, pp. 352), che reca un'ampia disamina sul consenso informato, con contributi di taglio comparato e lavori che sviluppano i vari profili giuridici implicati.

Anche il diritto all'istruzione chiama in causa il principio della *Reserva do possível* e le altre condizioni (*in primis* la disponibilità di risorse economiche) necessarie al fine di garantire i diritti sociali: sul tema, in relazione all'ordinamento brasiliano, si segnala l'articolo di I. Dias Carneiro Santos, *O Direito à Educação à Luz das Constituições Brasileiras e sua Efetividade Atual*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (*RJLB*), 3/2015, pp. 795-814.

Privilegia l'approccio comparato J. Miranda, nello scritto dal titolo *Introdução ao Direito da Educação: Direito português e Direito brasileiro*, in *E-pública*, 2/2014. La prima parte del lavoro contiene un'analisi dei concetti di cultura e istruzione, sia nella prospettiva internazionalistica che in quella interna; la seconda attiene più direttamente all'indagine comparata tra gli ordinamenti costituzionali portoghese e brasiliano e conclude con un richiamo ai principali strumenti di tutela di detto diritto, anche attraverso la rassegna delle più importanti decisioni del TC in materia.

Tra i diritti culturali, infine, si fa menzione dell'articolo di J. Casalta Nabais, *Reflexões sobre os princípios gerais do direito do património cultural*, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, Urbanismo e Ambiente (RevCEDOUA)*, n. 32/2014.

5. – Tra i lavori pubblicati nel periodo concernenti i c.d. "nuovi diritti" o, se si vuole, i diritti di III e IV generazione, riscuotono maggiore successo, nel senso dell'interesse manifestato dalla dottrina lusitana, i temi della tutela dell'ambiente del diritto alla *privacy* o, comunque, della sfera dei diritti connessi allo sviluppo dell'informatica e delle telecomunicazioni.

Sul versante delle tematiche ambientali, la dottrina giuspubblicistica annovera tra i massimi esperti la prof.ssa Carla Amado Gomes, la quale nel biennio in esame ha dato alle stampe diversi lavori, tra i quali figurano gli articoli: *Os tempos estão a mudar: alterações climáticas, ordenamento do território e protecção da orla costeira*, in *O Direito*, III/2014, pp. 583 ss. (nel contributo, l'A. incentra la propria riflessione sull'opportunità di riformare la disciplina giuridica relativa alle zone costiere); ed *Energias renováveis em Portugal: evolução e perspectivas*, in *e-Pública*, n. 1/2014 (ricco saggio attraverso il quale l'A., con la consueta chiarezza espositiva, ripercorre l'evoluzione della normativa portoghese in tema di fonti rinnovabili. Più nello specifico, emerge come il legislatore lusitano – benché abbia iniziato ad occuparsi di tali fonti energetiche a partire dalla fine degli anni ottanta – ha dato un notevole impulso alla disciplina in materia soprattutto negli anni 2001-2003, attraverso l'attuazione di direttive europee sull'energia "verde". Nel corso della crisi economica, nonostante gli *input* provenienti dall'UE sempre diretti a incoraggiare il ricorso alla produzione di energia da fonti rinnovabili, il legislatore del Portogallo ha, tuttavia, ridotto gli

incentivi sinora concessi, determinando un quadro di obiettiva incertezza in merito alle tendenze evolutive in atto.

La tutela dell'ambiente, osservata dalla prospettiva internazionalistica, è oggetto del lavoro di J. Silva Sampaio, *Do Direito Internacional do Ambiente à responsabilidade ambiental e seus meios de efectivação no âmbito do Direito Internacional*, in *O Direito*, II/2014, pp. 405-467. L'articolo si incentra sulla responsabilità nel diritto ambientale internazionale e, in particolare, cerca di far luce, da un lato, sui soggetti titolari dell'adozione di misure di prevenzione e riparazione necessarie a fronteggiare eventuali rischi ambientali, e, dall'altro, sull'indicazione dei mezzi più idonei al fine di garantire il rispetto degli obblighi di prevenzione e di rimedio cui gli Stati eventualmente colpiti possano fare riferimento.

Un interessante *dossier*, dal titolo *Território e Ambiente*, con contributi in chiave prevalentemente socio-economica, ma con alcune riflessioni che privilegiano anche la prospettiva giuridica (specie con riferimento all'ordinamento brasiliano), è presente nella rivista *Análise Social*, n. 211/2014, p. 346 ss. L'argomento è oggetto, inoltre, dello scritto di A. Aragão, Direito do ambiente, direito planetário, in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, n. 26-27, 2014, pp. 153-181.

Alcuni lavori che intercettano il tema della tutela dell'ambiente sono altresì pubblicati sul n. 1/2015 della *Revista Jurídica Luso-Brasileira*: il fascicolo in questione, in particolare, raccoglie gli atti del ricco *Colóquio de Direito Luso-Brasileiro*, svoltosi presso la *Faculdade de Direito* dell'*Universidade de Lisboa*, nei giorni 12-16 maggio 2014. Tra i molteplici contributi – ascrivibili prevalentemente a giovani studiosi – si segnalano quelli di: G. de Souza Dourado, *Os Principais Reflexos do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) na Proteção da Amazônia Brasileira*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 1/2015, pp. 889-952 (in cui l'A. approfondisce il tema della tutela di ambiente ed aree protette, quali la foresta amazzonica); F. Meira Macêdo, *Vaquejadas e o Dever de Proteção Ambiental*, *ivi*, pp. 749-792 (articolo che reca un'ampia e approfondita riflessione sul singolare tema del rodeo, sospeso tra protezione delle tradizioni culturali ed esigenze di salvaguardia dell'ambiente e, ancor più nello specifico, di diritti degli animali). A proposito di diritti degli animali, giova menzionare l'articolo di C. Amado Gomes, *Direito dos Animais: Um Ramo Emergente?*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 2/2015, pp. 359-380; trova collocazione nel medesimo numero della rivista da ultimo menzionata anche il saggio di L. Epifânio, *Contributo para uma Análise Económica dos Direitos dos Animais*, *ivi*, pp. 1165-1195. Sulla già citata rivista telematica *E-pública* (n. 2/2015) è presente una sezione monografica intitolata *Law and the Future - A Legal Perspective on Intergenerational Justice*, in cui compaiono diversi studi di taglio prevalentemente giuspubblicistico.

Sul fronte dei diritti legati allo sviluppo dell'informatica, spiccano in particolare gli scritti che, in vario modo, si occupano della tutela della *privacy*. V. Correia, *Sobre o direito à privacidade*, in *O Direito*, I/2014, oltre a descrivere il quadro normativo interno e internazionale in argomento, delinea le forme di violazione contro tale situazione giuridica soggettiva nonché le diverse dimensioni giuridiche attraverso cui può

essere analizzato il diritto in questione. L'argomento è indagato, inoltre, nello scritto di L. Estevam de Assis Zanini, *O Surgimento e o Desenvolvimento do Right of Privacy nos Estados Unidos*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 4/2015, pp. 791-817. Nel lavoro, l'A. si appunta sulla distinzione tra diritto alla *privacy* e diritti della personalità, per analizzare, quindi, le tesi di Warren e Brandeis in argomento e gli echi di queste su dottrina, giurisprudenza e legislazione statunitensi. Il numero successivo del medesimo periodico ospita il saggio di L. Vasco da Silva, *Direito de Privacidade no Direito Brasileiro e Norte Americano*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 5/2015, pp. 819-840. Nello scritto, l'A. opera un'analisi comparata del diritto alla *privacy* negli ordinamenti brasiliano e statunitense, attraverso, tra l'altro, l'esame di casi giurisprudenziali e della regolamentazione attinente sia alla dimensione negativa del diritto in questione (la tutela della vita privata dalle interferenze dei poteri pubblici) che a quella positiva (la protezione della *privacy* attraverso l'implementazione di misure volte a proteggere gli individui dalle azioni di privati e dello Stato, specie in relazione allo sviluppo tecnologico). Il tema della *privacy*, visto in contrapposizione alla libertà di espressione e di informazione, è altresì affrontato da L. Tonet, *Parâmetros para a Ponderação na Colisão entre a Liberdade de Expressão e Informação em Contraposição com os Direitos da Personalidade*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (*RJLB*), 3/2015, pp. 933-959. Nell'articolo, l'A. esamina principalmente il quadro costituzionale brasiliano (prendendo spunto dall'esperienza dello Stato del Rio Grande do Sul), senza tralasciare di approfondire esperienze comparate sul punto nonché il ruolo giocato dalla Corte Interamericana dei diritti umani.

In argomento, è stato pubblicato il ponderoso studio monografico di A. Pinheiro, *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: a Construção Dogmática do Direito à* Identidade Informacional, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 907. Si tratta di una tesi di dottorato trasfusa in monografia, incentrata sulle differenze culturali tra i sistemi nordamericano ed europeo quanto alla tutela dei dati personali, giungendo all'individuazione di un "nuovo diritto" derubricato *direito a identidade informacional.*

Oltre ad "ambiente" e diritto alla *privacy*, un altro filone di studi particolarmente apprezzato concerne le problematiche giuridiche connesse agli sviluppi delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Si segnala, al riguardo, l'articolo di H. Gomes de Melo *O direito ao conhecimento da origem genética*, in *Revista do Ministério*

Público, n. 152, 2015, pp. 35-57, in cui l'A. descrive il contenuto della *Lei* n. 32/2006 (che disciplina la *Procriação medicamente assistida*) e, sul versante del regime giuridico dell'adozione, analizza le novità contenute nella *Proposta de Lei* n. 340/XII, che *Altera o Código Civil e aprova o Regime Jurídico do Processo de Adoção*. Sempre in tema di tecniche di PMA e di *status* giuridico dell'embrione, nel biennio in esame è dato alle stampe il volume, dal titolo suggestivo, di V.L. Raposo, *O Direito à Imortalidade*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 257. Nell'opera – che include interessanti riferimenti di taglio comparato –, l'A. si cimenta nel tentativo chiarire la portata giuridica dei diritti c.d. riproduttivi, riconducendo questi ultimi alla categoria dei diritti fondamentali (che trovano, pertanto, tutela a livello costituzionale).

Gli interrogativi giuridici connessi al progresso della genetica e delle tecniche riproduttive muovono spesso dalla consapevolezza dall'inadeguatezza dei concetti tradizionali del diritto; ad occuparsene è S. Barbas, *Discriminação e Genética*, in *Revista de Direito Público*, n. 11/2014, pp. 95-113.

Per concludere, riferiamo in questa sede anche degli scritti aventi ad oggetto i diritti fondamentali dell'uomo osservato da diversi punti di vista o in fasi specifiche della sua esistenza. Ai diritti dei fanciulli, nell'ordinamento portoghese, è rivolto l'ampio e approfondito saggio di M. Baptista Lopes, *Enquadramento Jurídico-Normativo dos Direitos da Criança em Portugal*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, t. 1, 2014, pp. 331-354. Ai disabili, e, in particolare, ai non udenti, è dedicato il volume di F. Venade de Sousa, *Os Direitos Fundamentais das Pessoas Surdas*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 188. L'A., vivendo in prima persona la condizione di ipoacusia, si propone di definire lo *status* giuridico di tale specifica categoria di soggetti, evidenziando come ad essi, per un verso, debbano applicarsi i diritti dei disabili (coerentemente con quanto sancito nella Convenzione dell'ONU sui diritti delle persone disabili, ratificata dal Portogallo), e, per altro verso, le regole poste a tutela delle minoranze linguistiche (garantita, tra l'altro, dall'art. 74, n. 2, *alínea* h, CRP, secondo cui, a proposito delle politiche sull'istruzione, è compito allo Stato «[p]roteger e valorizar a língua gestual portuguesa, enquanto expressão cultural e instrumento de acesso à educação e da igualdade de oportunidades»).

ISSN 2037-6677

La dottrina canadese in tema di diritti

di Irene Spigno

1. – Il biennio 2015-2016 si è caratterizzato per importanti eventi di carattere politico ed istituzionale. Innanzitutto, sono stati nominati tre nuovi giudici della Corte suprema: si tratta dei giudici Suzanne Côté, Russell Brown e Malcolm Rowe. Inoltre, nel mese di novembre del 2015, il liberale Justin Pierre James Trudeau è stato eletto come nuovo Presidente. La dottrina – italiana e straniera – che nel biennio in esame si è occupata dell'analisi dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ordinamento costituzionale canadese, oltre ad analizzare questioni generali legate ad aspetti della storia costituzionale e politica, la giurisprudenza della Corte suprema e le tecniche interpretative da questa utilizzata per interpretare la *Charter of Rights and Freedoms* del 1982 (d'ora in avanti la *Charter* o la Carta dei diritti e delle libertà o semplicemente la Carta), si è concentrata prevalentemente sulla libertà religiosa prevista dalla lett. a) della *section* 2 e sullo sviluppo interpretativo della *section* 7 della *Charter* (grazie alla sentenza della Corte nel caso *Carter v. Canada (Attorney General)* [2015 SCC 5] in materia di suicidio medicalmente assistito e agli interventi normativi in materia di terrorismo). Inoltre, si distinguono i contributi con riferimento alla protezione dei diritti sociali (in particolare, diritto alla salute e ad un ambiente salubre), agli *equality rights* della *section* 15 e al multiculturalismo.

2. – Un'*overview* dell'ordinamento costituzionale canadese, partendo dal

constitution making process e passando attraverso l'analisi della forma di governo, del federalismo, dei diritti e delle libertà e della posizione ricoperta dai popoli aborigeni, è contenuta in J. Webber, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 178. Sul ruolo della Costituzione canadese come elemento fondamentale nel processo di costruzione dell'identità costituzionale nazionale, si veda E. M. Adams, *Canadian Constitutional Identities*, in *The Dalhousie L J*, 2015, pp. 311-343. Sulle origini della *Charter* e il suo legame con il *Bill of Rights* del Saskatchewan del 1953, si veda T. Irvine, *Saskatchewan, the Patriation of the Constitution and the Enactment of the Charter: Looking Back and Looking Forward*, in *Can J Hum Rts*, 2015, pp. 259-289. L'Autore si concentra in particolare sull'influenza che la Carta dei diritti del Saskatchewan ha avuto sulla *Charter*, influenza presente anche nel dibattito sulla *Patriation* e negli sviluppi nell'era post-*Charter*. Si tratta di un'influenza realizzatasi tanto a livello nazionale, quanto a livello internazionale, spingendo altri paesi del *Commonwealth* ad adottare una Carta di diritti avente carattere vincolante.

3. – Sul rapporto tra diritto internazionale e ordinamento nazionale, si veda P. Akhavan, *Canada and International Human Rights Law: Is the Romance Over?*, in *Canadian Foreign Policy Journal*, 2016, pp. 331-338; l'Autore mette in evidenza come il diritto internazionale abbia svolto un ruolo fondamentale nella costruzione dell'identità canadese, dato che sia il *Bill of Rights* del 1960 prima, che la *Charter* del 1982 poi, costituiscono dei punti di convergenza di valori nazionali e globali. Quelle barriere tra diritto internazionale e diritto nazionale che in questo modo erano state eliminate, sembrano ormai ricomparse dato che la tolleranza, da parte dell'ordinamento canadese, di pratiche come l'uso della tortura nella guerra contro il terrorismo o come l'indifferenza mostrata nei confronti delle sofferenze dei popoli indigeni, dimostra un profondo divario tra i valori proclamati e quelli realmente perseguiti.

4. – Numerosi i contributi che osservano l'operato della Corte suprema come interprete privilegiato e attivo della *Charter*, tanto per quanto riguarda la giurisprudenza in materia di diritti e libertà fondamentali, ma anche con riferimento alle tecniche interpretative utilizzate. Nel primo punto si inserisce il contributo di D. Snowa, M. S. Harding, *From Normative Debates to Comparative Methodology: The Three Waves of Post-Charter Supreme Court Scholarship in Canada*, in *American Review of Canadian*

Studies, 2015, pp. 451-466, il quale ricostruisce la giurisprudenza della Corte suprema dall'introduzione della *Charter* nel 1982 fino ad oggi, dividendola in tre fasi: la prima sarebbe stata maggiormente incentrata sull'elaborazione di argomenti normativi, tanto sperimentali quanto prospettici, diretti a garantire l'impatto della Carta sull'unità nazionale e sulle istituzioni politiche del Canada; la seconda, invece, si sarebbe caratterizzata per lo sforzo compiuto dalla Corte nel rafforzare la propria legittimità e il dialogo con gli altri attori politici; infine, la terza fase – quella ancora in corso – si caratterizza per un approccio meno normativo, ma più comparativo e metodologicamente rigoroso. Per quanto riguarda, invece, l'analisi delle tecniche di interpretazione utilizzate dal giudice supremo canadese il contributo di B. J. Oliphant, *Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *University of Toronto L J*, 2015, pp. 239-283 mette l'accento sul fatto che il *purposivism* – inteso quale criterio interpretativo che prende in considerazione lo scopo, il *purpose*, della norma da interpretare – può operare – e di fatto ha operato – limitando la portata di quelle disposizioni costituzionali vaghe e poco specifiche. L'Autore critica quelle forme eccessivamente ampie di *purposivism*, come quelle utilizzate dalla Corte in materia di diritto di voto, in quanto possono mettere in pericolo la stessa legittimità del controllo di costituzionalità. Pone l'accento invece su una possibile soluzione all'eterna tensione tra controllo di costituzionalità delle leggi da un lato e democrazia costituzionale dall'altro, individuata nel cd. "*remedial minimalism*", B. Huang, *Holding Back to Push Forward: the Role of Remedial Minimalism in Uniting the Rule of Law and Democracy in Canada*, in *McGill Journal of Political Studies*, 2016, pp. 17-23. Secondo l'Autore, l'adozione di tale criterio consentirebbe al giudice supremo di rafforzare la relazione tra la *rule of law* e la democrazia. Sulla necessità che le norme della *Charter* (così come anche le altre disposizioni costituzionali) siano interpretate facendo riferimento al contesto, dati i problemi che sorgerebbero nel caso in cui si procedesse ad una interpretazione puramente testuale priva di qualunque collegamento con il contesto di riferimento, si veda J. M. Keyes, C. Diamond, *Constitutional Inconsistency in Legislation – Interpretation, Remedies and the Ambiguous Role of Ambiguity*, in *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, 2016, pp. 1-30. Infine, il forte attivismo del giudice supremo canadese è oggetto di preoccupazione nell'articolo di O. Fitzgerald, *Distant Echoes: Discussing Judicial Activism at Canadian and American*

Supreme Court Nomination Hearings, in *Constitutional Forum constitutionnel*, 2016, pp. 37-47: nella sua analisi, l'Autore considera la possibilità di ridurre i rischi a questo legati mediante un processo di mediatizzazione delle udienze di nomina. Secondo le riflessioni sviluppate nell'articolo di A. Banfield, G. Flynn, *Activism or Democracy? Judicial Review of Prerogative Powers and Executive Action*, in *Parliamentary Affairs*, 2015, pp. 135-153, quella all'attivismo giudiziale sarebbe una tendenza generalizzata di tutte le corti. Tale atteggiamento avrebbe generato il fenomeno della cd. "giudizializzazione dell'esercizio del potere", fenomeno questo che avrebbe ricevuto un particolare impulso specialmente dopo l'entrata in vigore della *Charter*. Infine, il contributo di G. Gentili, *Enhancing Constitutional Self-Understanding through Comparative Law. An Empirical Study of the Use of Foreign Case Law by the Supreme Court of Canada (1982-2013)*, in M. Andenas, D. Fairgrieve (a cura di), *Courts and Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 378-406, analizza in dettaglio l'uso della giurisprudenza straniera nell'interpretazione costituzionale della Corte suprema.

5. – Con riferimento alle libertà riconosciute e tutelate nella *section* 2 della *Charter*, numerosi sono i contributi in materia di libertà religiosa, prevista dalla lettera a) di tale disposizione. Innanzitutto, la libertà religiosa dei popoli aborigeni risulta violata nel momento in cui vengono distrutti i loro luoghi sacri: tale tematica è oggetto di analisi nel contributo di N. Bakht, L. M. Collins, *The Earth is Our Mother: Freedom of Religion and the Preservation of Aboriginal Sacred Sites in Canada*, in *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, 2016, pp. 1-26. In un primo momento, la libertà religiosa è stata interpretata in senso negativo, come libertà di professare e vivere conformemente alle proprie credenze religiose e senza interferenza alcuna da parte dello Stato. Tale approccio è poi parzialmente cambiato, evolvendosi verso uno schema che impone allo Stato di trattare i diversi credo religiosi in modo uguale, senza privilegiare una comunità rispetto ad un'altra e senza restringere arbitrariamente le pratiche religiose di un gruppo, a meno che non vi siano delle ragioni di interesse pubblico. Tale approccio rappresenterebbe il risultato del bilanciamento tra libertà religiosa da un lato e gli *equality rights* della *section* 15 dall'altro. Su tale aspetto è il capitolo di R. Moon, *The Limits of Canada's Commitment to State Neutrality in Religious Matters*, in A. Carling (a cura di), *The Social Equality of Religion or Belief. A New View of Religion's Place in Society*, London, Palgrave MacMillan, 2016, pp. 239-250. Questo cambio di prospettiva implica che i governi, sia a livello federale che provinciale, si adoperino

per adottare e rafforzare delle politiche più inclusive, che garantiscano anche il diritto alla libertà religiosa dei gruppi minoritari. In questo senso, il lavoro di D. Seljak, *Post-secularism, Multiculturalism, Human Rights, and Religion in Ontario*, in *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, 2016, pp. 542-565, analizza le politiche adottate dalla Commissione dei diritti umani dell'Ontario in materia di libertà religiosa, sottolineando il necessario bilanciamento tra laicismo, multiculturalismo e diritti umani, dinamica questa che segna la transizione del Canada verso il consolidamento di una società pluri-culturale e post-secolare. Sulla riconciliazione tra libertà di religione ed *equality rights*, in particolare per la tensione con i diritti degli appartenenti alla minoranza LGBTIQ, si veda anche J. McGill, *"Now It's My Rights Versus Yours". Equality in Tension with Religious Freedoms*, in *Alberta L R*, 2015-2016, pp. 583-608. Si concentra invece sulla relazione tra libertà religiosa ed insegnamento dell'educazione etica nelle scuole religiose, l'articolo di N. Qureshi, *The Supreme Court of Canada Debates Freedom of Religion and the Scope of Ethics Education in a Religious School*, in *Education L J*, 2016, pp. 209-223, mentre il contributo di L.G. Beaman, P. Beyer, C. L. Cusack, *Young people and religious diversity. A Canadian perspective*, in E. Arweck (a cura di), *Young People's Attitudes to Religious Diversity*, Londra e New York, Routledge, 2016, pp. 245-262, si concentra sulla relazione tra i giovani e la diversità religiosa.

6. – Un capitolo a parte è rappresentato dalla saga della *Trinity Western University* (TWU), tornata di estrema attualità grazie alla recente sentenza della Corte suprema della British Columbia del 10 dicembre del 2015, *Trinity Western University v. The Law Society of British Columbia* [2015 BCSC 2326]. La TWU è un'università privata che impone, tanto agli iscritti, quanto al personale docente, un codice di comportamento di matrice religiosa-cristiana, che di fatto discrimina gli appartenenti alla comunità LGBTIQ. La TWU è stata protagonista di una lunga sequela giudiziaria che ha assistito all'intervento di diversi organi e di diverse pronunce, dato il contrasto tra, da un lato la *section* 2, lett. a) della *Charter* e dall'altro lato gli *equality rights* protetti dalla *section* 15. Prima in ordine cronologico è stata la sentenza della Corte suprema del Canada *Trinity Western University v British Columbia College of Teachers* [(2001) 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31]. Tale sentenza è stata commentata, unitamente ad altre quattro recenti pronunce sullo stesso tema, nel contributo di M. A. Witten, *Tracking Secularism: Freedom of Religion, Education, and the Trinity Western University Law School Dispute*, in *Saskatchewan L R*, 2016, pp. 216-263, il quale sottolinea come la Corte

suprema in materia di libertà religiosa abbia cominciato ad adottare un atteggiamento a tendenza *soft-secularist*. Proprio in quella decisione del 2001, la Corte aveva affermato che la decisione del *College of Teachers* della British Columbia, con la quale si respingeva la richiesta dei laureati di quella università di insegnare in scuole pubbliche, violava la libertà religiosa protetta dalla *section* 2, essendo costituzionalmente illegittimo vietare ai laureati delle scuole private di partecipare in modo pieno alla attività delle scuole pubbliche, compreso quindi l'insegnamento. L'approccio del giudice supremo canadese nei confronti della TWU e della libertà religiosa in generale era quindi nel senso di includere nella protezione costituzionale anche quelle associazioni di carattere privato che di fatto non rispettano i principi contenuti nella *Charter*.

Quindici anni dopo quella pronuncia si registrano alcuni cambi. Le più recenti controversie che vedono come protagonista la TWU riguardano i programmi delle Facoltà di Giurisprudenza in diverse Province. In Ontario, la *Superior Court* ha dichiarato la prima sconfitta giudiziale della TWU, concludendo per la legittimità della decisione assunta dalla *Law Society of Upper Canada* di non riconoscere l'accreditamento dei suoi programmi universitari, in quanto tale decisione – secondo quanto affermato dalla Corte superiore – rappresenterebbe un bilanciamento ragionevole tra eguaglianza e libertà religiosa. Seguono poi le sentenze della Corte suprema della Nova Scotia [*Trinity Western University v. Nova Scotia Barristers' Society* (2015 NSSC 25)], che si pronuncia in favore della TWU, riflettendo così quello stesso approccio *soft-secularist* proposto dalla Corte suprema federale nel 2001, secondo il quale in mancanza di un pericolo di rilevanza pubblica lo Stato deve tollerare anche i gruppi che non rispettano i valori della *Charter* (tale sentenza è stata commentata da B.W. Bussey, *Trinity Western University v The Law Society of British Columbia 2015 BCSC 2326*, in *Ox. J Law Religion*, 2016, pp. 372-374), e della Corte suprema della British Columbia sopra citata, che a sua volta ribalta la decisione della *Law Society* provinciale che negava l'accreditamento dei programmi accademici della TWU e, di conseguenza, della validità dei titoli ivi conseguiti. Sulla pronuncia della Corte suprema della British Columbia si veda il lavoro di P. M. Wornall, *A Decision in Favor of Trinity Western University and Religious Rights in Canada*, in *J Glob Just & Pub Pol'y*, 2015-2016, pp. 467-475.

7. – Uno dei temi che ha occupato lo spazio del dibattito pubblico canadese è rappresentato dalla discussione sullo status costituzionale delle norme di successione della Corona e il suo contrasto con la libertà religiosa. Tale tema è stato oggetto, nell'agosto del 2014, di due pronunce della Corte d'Appello dell'Ontario. Nella prima, *Teskey v. Canada (Attorney General)*[2014 ONCA 612], il giudice aveva negato che le modifiche legislative apportate dal Parlamento britannico alle regole di successione, e sulle quali il Canada aveva espresso il proprio consenso, costituissero una violazione del diritto all'eguaglianza religiosa prevista dal combinato disposto tra le *sections* 2 lett. a) e 15 della Carta. Nella seconda decisione, *McAteer v. Canada (Attorney General)* [2014 ONCA 578], il giudice considerava che l'obbligo previsto dalla legge di prestare giuramento a Sua Maestà come Regina del Canada per ottenere la cittadinanza canadese non costituisse una violazione delle libertà di coscienza, di religione e di espressione previste rispettivamente dalla *section* 2 lett. a) e b) della Carta, nei confronti di coloro che professavano una fede differente all'anglicana. Su tale tematica si vedano M.H. Ogilvie, *Queen of Canada and Not of Babylon: The Constitutional Status of the Crown in Canada and Freedom of Religion*, in *Ecclesiastic L J*, 2015, pp. 194-214 e C. Cornell, *Succession to the Throne and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *Law & Bus Rev Am*, 2015, pp. 115-127.

8. – Nonostante la quasi totale assenza di giurisprudenza in materia di riconoscimento del diritto al lavoro, la Corte suprema ha individuato nella lettera d) della *section* 2 della Carta, che riconosce la libertà di associazione, il fondamento del diritto alla sciopero: in questo senso si vedano la sentenza del 30 gennaio 2015 *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan* [2015 SCC 4] e l'articolo di J. Fudge, H. Jensen, *The Right to Strike: The Supreme Court of Canada, 'The Charter of Rights and Freedoms and the Arc of Workplace Justice'*, in *Kings L J*, 2016, pp. 89-109. Il diritto allo sciopero acquisterebbe così lo status di diritto costituzionale, anche alla luce degli standard internazionali, come messo in rilievo sia da K. J. M. Vallance, *"Lest you Undermine our Struggle": Sympathetic Action and the* Canadian Charter of Rights and Freedoms, in *Alta L Rev*, 2015-2016, pp. 139-174, che da J. Fudge, *Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining, and Strikes*, in *Current Legal Problems*, 2015, pp. 1-39.

9. – Piuttosto ricca la dottrina e la produzione bibliografica con riferimento alla

section 7 della *Charter* che garantisce il diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza, da declinarsi come autonomia dell'individuo in senso ampio. Ampia è anche la protezione che viene così garantita all'individuo che non può essere privato dei diritti ivi riconosciuti se non conformemente ai principi fondamentali di giustizia. Un primo profilo riguarda la materia dell'immigrazione anche a causa delle recenti modifiche apportate nel 2012 all'*Immigration Refugee Protection Act* dal *Protecting Canada's Immigration System Act* (PCISA; approvato con il Bill C-31 e rubricato *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act, the Balanced Refugee Reform Act, the Marine Transportation Security Act and the Department of Citizenship and Immigration Act*). Un primo profilo problematico è rappresentato dalla presunta incompatibilità di tali modifiche con la Carta canadese dei diritti e delle libertà ed in particolare di quelle modifiche che riguardano i richiedenti asilo che arrivano via mare. Tali problematiche sono oggetto delle riflessioni di L. Taylor, *Designated Inhospitality: The Treatment of Asylum Seekers who Arrive by Boat in Canada and Australia*, in *McGill L J*, 2015, pp. 333-379, il quale compara tali cambi normativi con la politica di non-accoglienza attuata nei confronti dei richiedenti asilo provenienti dal mare in Australia, in particolare a partire dal 1989. Per quanto riguarda invece il nuovo status dei richiedenti asilo identificati come *Designated Foreign National* (DFN) introdotto proprio dalla modifica del 2012 e la conseguente forte diminuzione dello standard rispetto ai diritti garantiti ai rifugiati dalla Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati del 28 luglio 1951, si veda A. Neylon, *Ensuring Precariousness: The Status of Designated Foreign National under the Protecting Canada's Immigration System Act 2012*, in *International Journal of Refugee Law*, 2015, pp. 297–326. In materia di ricongiungimento familiare, si è fatto un sempre maggiore uso del testo del DNA per provare la relazione biologica tra soggetti che richiedevano il ricongiungimento. Su tale punto si veda l'articolo di Y. Joly, S. Salman, I. Ngueng Feze, et al., *DNA Testing for Family Reunification in Canada: Points to Consider*, in *Journal of International Migration & Integration*, 2016, pp.1-14, i quali sottolineano come tale test dovrebbe essere considerato come *extrema ratio*, utilizzabile solo quando non sarebbe possibile provare il legame familiare con un altro tipo di prova o quando eventuali ulteriori prove si rivelino insufficienti. Inoltre, i valori fondanti della *Charter* impongono che le decisioni in materia di immigrazione devono essere adottate con un profondo senso umanitario e di compassione, in particolare nel caso in cui si tratti di decisioni

che coinvolgono dei minori. In quest'ultimo caso, infatti, il principio guida è rappresentato dall'interesse superiore del minore: in questo senso, si veda il lavoro di E. Chan, J. Stone, *Where no court has gone before: Primacy and centrality of the best interests of the child principle - Case Comment on Kanthasamy v. Canada*, in *Canadian Journal of Administrative Law & Practice*, 2016, pp. 219-234.

10. – Un secondo filone di analisi della *section* 7 riguarda la normativa antiterrorismo, ed in particolare l'*Anti-terrorism Act* del 2015, investito di numerosi dubbi di costituzionalità, sia per la violazione della *section* 7, ma anche per la presunta violazione di altre disposizioni della *Charter* (tale provvedimento normativo è oggetto di approfondita analisi nel lavoro di C. Forcese, K. Roach, *False Security. The Radicalization of Canadian Anti-terrorism*, Toronto, Irwin Law Inc., 2015, pp. 632). Uno dei principali dubbi di costituzionalità riguarda il riferimento contenuto nella normativa *de qua* alle offese terroristiche, riferimento che, data la generalità dell'espressione utilizzata, potrebbe potrebbe provocare delle restrizioni illegittime di diversi diritti contenuti nella *Charter*; in questo senso si veda M. Ku, *Walking the Tightrope between National Security and Freedom of Expression: A Constitutional Analysis of the New Advocating and Promoting Terrorism Offence,* in *Appeal*, 2016, pp. 83-98. Allo stesso modo, l'*Anti-Terrorism Act* violerebbe gli obblighi internazionali assunti dal Canada e risulterebbe incompatibile con gli standard minimi dello stato di diritto: questa è la posizione critica assunta da R. P. Alford, *Bill C-51: A Threat to the Rule of Law?*, in *National Journal of Constitutional Law*, 2016, pp. 113- 139.

11. – Un terzo profilo di analisi relativo alla *section* 7 è rappresentato dalla protezione dell'autonomia individuale, con riferimento alla quale la Corte suprema si è pronunciata nel caso *Carter v. Canada* [2015 SCC 5]. Con tale decisione, raggiunta all'unanimità nel febbraio del 2015, è stato legalizzato il suicidio medicalmente assistito. Il giudice supremo ha infatti riconosciuto agli adulti mentalmente capaci e che soffrono di una patologia intollerabile e degenerativa il diritto di ricorrere ad un dottore per ricevere un aiuto nella morte. La decisione *Carter* ribalta quanto precedentemente affermato dal giudice supremo canadese in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* [3 SCR 519] (in questo senso si vedano B. Chan, M. Somerville, *Converting the 'Right To Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': an Analysis of Carter v Canada (Attorney General), Supreme Court of Canada*, in

Medical Law Review 2016, pp. 143-175 e A. Di Martino, *La Corte Suprema canadese fa un overruling e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2015, pp. 1-19). Numerose sono le implicazioni etiche legate al seguito legislativo di tale decisioni, analizzate nel contributo di J. T. Landry, T. Foreman, M. Kekewich, *Ethical considerations in the regulation of euthanasia and physician-assisted death in Canada*, in *Health Policy*, 2015, pp. 1490-1498. Su aspetti più pratici, come le problematiche legate alle modalità di accesso al servizio, l'esercizio del diritto e l'obiezione di coscienza, sono concentrati i contributi di A. Browne, J. S. Russell, *Physician-Assisted Death in Canada*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2016, pp. 377-383 e A. Attaran, *Commentary: The Limits of Conscientious and Religious Objection to Physician-Assisted Dying after the Supreme Court's Decision in* Carter v. Canada, in *Health Law in Canada*, 2016, pp. 86-98. Sui particolari aspetti legati all'obiezione di coscienza, sia per motivi religiosi che etici, della pratica del suicidio medicalmente assistito si veda T. Christie, J. Sloan, D. Dahlgren, F. Koning, *Medical Assistance in Dying in Canada: An Ethical Analysis of Conscientious and Religious Objections*, in *iBioéthiqueOnline*, 2016, pp. 1-9. La sentenza Carver ha avuto una profonda eco tanto all'interno dello stesso ordinamento canadese, quanto sulla giurisprudenza straniera: in questo senso si veda E. Stefanelli, *La Corte suprema del Canada, il suicidio assistito, l'uso dei precedenti. Brevi note a margine del caso* Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5*, in *Federalismi.it*, 2015, pp. 2-22. Sugli interessi collettivi sottesi alla pronuncia della Corte (ed in particolare sulla relazione tra le *sections* 1 e 7), si veda M. Carter, Carter v. Canada: "*Societal Interests" Under Sections 7 and 1*, in *Sask. L Rev*, 2015, pp. 209-216. Sempre sulla relazione tra le *sections* 1 e la 7 con riferimento ai *societal interests*, si veda anche il commento alla sentenza *Canada (Attorney General)* v. *Bedford* [2013 SCC 72, [2013] 3 SCR 1101]: contenuto *in* D. W. L. Wu, *Case Comment: Missing the Forest for the Trees in* Canada (Attorney General) v Bedford, in *Rev. Const. Stud.*, 2014-2015, pp. 281-302.

12. – Un quarto filone è invece rappresentato dalla necessità di effettuare un bilanciamento tra esigenze di sicurezza e diritto alla vita privata. In questo contesto, si inserisce il lavoro di T. Skolnik, *Droit pénal et droit des libertés publiques. Improving the Current Law of Warrantless Cellphone Searches after* R v Fearon, in *Revue Juridique Thémis*, 2015, pp. 825-833, il quale commenta in modo critico la sentenza *Regina v. Fearon* [2014 SCC 77], nella quale la Corte suprema ha confermato la possibilità che agenti di polizia perquisiscano, senza mandato, il telefono cellulare di una persona

arrestata. Difatti, nonostante la Corte abbia comunque cercato di mantenere un approccio prudente in modo da circoscrivere il diritto costituzionale previsto dalla *section* 10 di non essere sottoposto a provvedimenti restrittivi della libertà privi di una base legale, nell'ordinamento mancherebbero degli strumenti appositi idonei a garantire protezione costituzionale contro quelle misure cautelari illegittime. Lo stesso Autore approfondisce il tema della possibile configurazione come diritto costituzionale dell'uso di un telefono cellulare per contattare un avvocato durante la detenzione in un'autovettura della polizia. Le ragioni di tale esclusione – analizzate in T. Skolnik, *Why There Should Be No Constitutional Right to Contact Counsel from a Police Car*, in *Western Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 1-11 – sarebbero ricollegabili principalmente a tre motivi: innanzitutto, le recenti interpretazioni giurisprudenziali sul diritto all'assistenza legale hanno precluso la possibilità per le persone che si trovano in una situazione privativa della libertà personale, perché detenute o arrestate, di utilizzare i propri telefoni cellulari per chiamare un avvocato da una macchina della polizia. In secondo luogo, consentire ai detenuti di utilizzare i loro telefoni cellulari per contattare il proprio difensore potrebbe creare rischi irragionevoli per la sicurezza pubblica e minare la *privacy* del detenuto stesso. In terzo luogo, i meccanismi preesistenti – e quindi il diritto a contattare il proprio avvocato una volta giunti alla stazione di polizia – proteggerebbero comunque adeguatamente l'imputato contro l'auto-incriminazione, mentre si genererebbero maggiori rischi permettendo a un detenuto di usare il proprio telefono cellulare. Pertanto, secondo l'Autore, la *section* 10 si potrebbe ritenere comunque rispettata nel momento in cui le persone detenute vengono trasferite immediatamente ad una stazione di polizia dalla quale possono contattare un avvocato. Infine, con riferimento alla *privacy* e al diritto alla riservatezza, messo in pericolo dalle nuove tecnologie, si veda R. J. Krotoszynski Jr., *Privacy Revisited: A Global Perspective on the Right to Be Left Alone,* Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 312.

13. – Si concentra invece sull'analisi di alcune recenti pronunce della Corte suprema con riferimento alla presunta incostituzionalità per contrasto con la *section* 12 della *Charter* che vieta i trattamenti inumani e degradanti di alcune normative approvate negli ultimi anni dal Governo canadese che impongono un minimo edittale di pena per differenti reati (che vanno da reati sessuali nei confronti dei minorenni a reati in materia di sostanze stupefacenti) l'articolo di W. K Gorman, *The*

Death of Mandatory Minimum Periods of Imprisonment in Canada?, in *Ct Rev*, 2016, pp. 96-99.

14. – Nonostante la mancanza di un esplicito riconoscimento nella *Charter*, il fondamento costituzionale dei diritti sociali è da rinvenire nel combinato disposto delle *sections* 7 e 15. Diversi i contributi pubblicati sia per quanto riguarda il diritto alla salute, alla famiglia, ad una dimora adeguata e ad un ambiente salubre. Il contributo di E. Macfarlane, The *Dilemma of Positive Rights: Access to Health Care and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *Journal of Canadian Studies/Revue d'études canadiennes*, 2014, pp. 49-78 riassume i punti cruciali del dibattito relativo a se la *Charter* protegga solo le libertà negative, e cioè quelle che richiederebbero solo l'astensione dei pubblici poteri da qualunque tipo di intervento, o anche i diritti positivi, che quindi esigerebbero che il potere pubblico si adoperi per garantire servizi sociali come la salute, la dimora o un livello minimo di benessere. Dopo aver analizzato l'approccio della Corte suprema in materia di diritti sociali, questo articolo sostiene un'interpretazione amplia della Carta, che includa anche la protezione di questa categoria di diritti, sottolineando il dovere e la responsabilità degli organi di governo, piuttosto che dei giudici, di adottare politiche di garanzia dei diritti sociali. La necessità che si rafforzi il riconoscimento del diritto alla salute come diritto fondamentale sia alla luce delle disposizioni della *Charter*, ma anche in virtù delle obbligazioni internazionali assunte dallo Stato, risulta di fondamentale importanza al fine di garantire una migliore implementazione di politiche specifiche che garantiscano un effettivo accesso all'assistenza sanitaria e alle cure mediche: tale tematica è oggetto di studio nell'articolo di M. Jackman, *The Future of Health Care Accountability: A Human Rights Approach*, in *Ottawa L R*, 2016, pp. 437-472. Analizza invece la giurisprudenza della Corte suprema in materia di diritto alla salute dei disabili il contributo di M. A. McColl, R. Bond, D. W. Shannon, C. Shortt, *People with Disabilities and the Charter: Disability Rights at the Supreme Court of Canada Under the Charter of Rights and Freedoms*, in *Canadian Journal of Disability Studies*, 2016, pp. 183-210, sostenendo come la Carta abbia avuto un impatto limitato in tale evoluzione. Nello stesso senso è anche S. J. Hoffman, L. Sritharan, A. Tejpar, *Is the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities Impacting Mental Health Laws and Policies in High-Income Countries? A Case Study of Implementation in Canada*, in *BMC Int Health Hum Rights*, 2016, pp. 28-45, secondo i quali vi sarebbe una profonda disparità tra

l'approccio canadese e gli standard internazionali. Un tentativo per combattere la discriminazione per ragioni legate alla disabilità sarebbe quello posto in essere da alcune Province che hanno previsto dei processi di consultazione, diretti all'approvazione di normative e di politiche che rispettino degli standard minimi corrispondenti agli obblighi internazionali e che garantiscano l'accessibilità e quindi il rispetto delle condizioni di inclusione sociale in settori quali il lavoro, i mezzi di trasporto, i servizi di informazione e di comunicazione. Il loro obiettivo sarebbe quello di abbattere le barriere architettoniche ed attitudinali ancora esistenti. Tali iniziative sono oggetto dell'analisi compiuta da L. Jacobs, *'Humanizing' Disability Law: Citizen Participation in the Development of Accessibility Regulations in Canada*, in I. Bouhadana, W. Gilles, R. Weaver (a cura di), *Citizen Participation and Collaboration in Promoting Open Government*, Durham, Carolina Academic Press, 2017 (in corso di pubblicazione). Sulle conseguenze normative e giurisprudenziali, in particolare a livello provinciale e da parte delle corti inferiori, della decisione della Corte suprema del Canada del 1988 *Regina v. Morgentaler* [1 SCR 30] si veda l'articolo di R. Johnstone, E. Macfarlane, *Public Policy, Rights, and Abortion Access in Canada*, in *International Journal of Canadian Studies*, 2015, pp. 97-120.

Per quanto riguarda il diritto alla famiglia, si vedano le riflessioni di respiro comparato svolte da K. O'Halloran, *The Politics of Adoption International Perspectives on Law, Policy and Practice*, Svizzera, Springer International Publishing, 2015, pp. 854), nel quale si analizza la funzione sociale e giuridica dell'adozione a livello comparato ed internazionale. Sul diritto ad una dimora adeguata si veda l'articolo di D. Des Baillets, *The International Human Right to Housing & the Canadian* Charter: *A Case Comment on* Tanudjaja V Canada (Attorney General), in *Windsor Y B Access Just.*, 2015, pp. 121-138. Si tratta di un commento alla sentenza della Corte superiore dell'Ontario *Tanudjaja v. Attorney General* [2013 ONSC 5410], che costituisce una opportunità senza precedenti per la discussione della dottrina – a prescindere dal risultato negativo della sentenza – dato che si tratta del primo caso nel quale viene in rilievo la questione del diritto ad una dimora degna fondato sul combinato disposto delle *sections* 7 e 15 e sul diritto internazionale. Sul diritto ad una adeguata dimora e sul diritto alla salute si concentra il contributo di A. Kwadrans, *Socioeconomic Rights Adjudication in Canada: Can the Minimum Core Help in Adjudicating the Rights to Life and Security of the Person under the Canadian Charter of Rights and Freedoms?*, in *Journal of Law*

and Social Policy, 2016, pp. 78-107.

Data la mancanza di un'esplicita disposizione nella costituzione canadese, il diritto ad un ambiente salubre è frutto di un riconoscimento giurisprudenziale: in questo senso si veda il lavoro di L. M. Collins, *Safeguarding the Longue Durée: Environmental Rights in the Canadian Constitution*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, 2015, pp. 519-539. Inoltre, secondo le riflessioni sviluppate in L. M. Collins, D. R. Boyd, *Non-Regression and the* Charter *Right to a Healthy Environment*, in *Journal of Environmental Law and Practice*, 2016, pp. 285-304, il riconoscimento costituzionale del diritto ad un ambiente salubre avrebbe evitato il degrado delle politiche ambientali. Secondo gli Autori, il suo riconoscimento ed inclusione tra i diritti della *Charter* consentirebbero il recupero di tali politiche cosi come la sua preservazione nel futuro. Sulla storica esclusione dei diritti legati alla proprietà dalla Carta del 1982, si veda D. Newman, L. Binnion, *The Exclusion of Property Rights From The Charter: Correcting The Historical Record*, in *Alta. L Rev*, 2014-2015, pp. 543-565.

15. – Per quanto concerne gli *equality rights* protetti dalla *section* 15, numerosi sono i contributi che hanno ad oggetto i diritti della minoranza LGBTIQ. L'opera collettanea a cura di C. A. Ball, *After Marriage Equality. The Future of LGBT Rights*, New York, New York University Press, 2016, pp. 368, si occupa delle diverse implicazioni legate al riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio e a formare una famiglia. Inoltre, mentre a livello provinciale la protezione garantita contro la discriminazione per orientamento sessuale risulta essere piuttosto avanzata, lo stesso non si può dire a livello federale. In particolare, risulta deficiente la protezione giuridica delle persone *transgender*, per quanto riguarda ad esempio l'accesso ad un alloggio o ad un'occupazione. In questo senso, si veda G. Hunt, M. Pelz, *Transgender Rights in Canada: Legal, Medical and Labour Union Activities*, in T. Köllen (a cura di), *Sexual Orientation and Transgender Issues in Organizations. Global Perspectives on LGBT Workforce Diversity*, Svizzera, Springer International Publishing, 2016, pp. 133-147. Sulle diverse relazioni tra l'attivismo della minoranza LGBTIQ nei diversi livelli di governo si veda anche M. Tremblay (a cura di), *Queer Mobilizations. Social Movement Activism and Canadian Public Policy*, Vancouver, Toronto, University of British Columbia Press, 2015, pp. 336.

16. – Sui diritti linguistici, garantiti dalla *section* 23 della *Charter* si veda il lavoro collettivo di K. Sarkowsky, R. O. Schultze, S. Schwarze, (a cura di), *Migration, Regionalization, Citizenship Comparing Canada and Europe*, Svizzera, Springer International Publishing, 2015, pp. 270, il quale, dalla prospettiva della scienza politica, della letteratura e degli studi linguistici, analizza comparativamente la realtà della diversità culturale e linguistica del Canada e dell'Europa, prendendo il Canada come un modello esemplare avendo riguardo agli effetti della transnazionalizzazione, della regionalizzazione e della diversificazione linguistica e culturale, basate sulla nozione di cittadinanza e sui processi di formazione dell'identità. Si veda, inoltre, l'articolo di D. Pothier, *Language Rights Remedies in the Supreme Court of Canada: Invisible, Gentle, or Stern Hand?*, in *Rev Const Stud*, 2014-2015, pp. 147-189, nel quale si evidenzia l'evoluzione dell'approccio della Corte suprema in materia di diritti linguistici, tanto prima, come dopo l'entrata in vigore della *Charter*, passando dall'essere una "mano invisibile", mediante un comportamento passivo, ad essere una "mano inflessibile".

17. – Il secondo comma della *section* 24 è oggetto di analisi nel contributo di M. J. Murchison, R. Jochelson, *Canadian Exclusion of Evidence Under Section 24(2) of the* Charter*: An Empirical Model of Judicial Discourse*, in *Revue canadienne de criminologie et de justice pénale*, 2015, pp. 115-152, il quale analizza l'atteggiamento restrittivo adottato dalla Corte suprema in particolare dopo gli attentati alle Torri Gemelle dell'11 settembre del 2001 alla luce de modello "Cohn-Kremintzer" elaborato nel 2005 per misurare il *judicial discourse* nelle decisioni delle corti costituzionali e quindi valutare cosí l'atteggiamento del giudice supremo in particolare con riferimento alla normativa in materia di perquisizioni e confische.

18. – Diversi anche i contributi in materia di multiculturalismo, protetto dalla *section* 27 che riconosce l'impegno a proteggere il patrimonio multiculturale del Canada. Innanzitutto, l'articolo di V. Uberoi, *Legislating Multiculturalism and Nationhood: The 1988 Canadian Multiculturalism Act*, in *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 2016, pp. 267-287 offre un'analisi del contesto nell'ambito del quale è stato approvato il *Canadian Multiculturalism Act* del 1988. Inoltre, una riflessione sul ruolo svolto da quelle politiche multiculturali inclusive, dirette all'integrazione degli immigrati e con l'obiettivo di migliorare la

competitività della Nazione e il consolidamento del senso di identità nazionale, è offerta da E. S. Ng, I. Metz, *Multiculturalism as a Strategy for National Competitiveness: The Case for Canada and Australia*, in *Journal of Business Ethics*, 2015, pp. 253-266. Critico invece è il contributo di B. B. Abigail, *Multiculturalism and Its Contradictions: Education for Citizenship and Social Justice in Canada*, in A. Peterson, R. Hattam, M. Zembylas, J. Arthur (a cura di), *The Palgrave International Handbook of Education for Citizenship and Social Justice*, London, Palgrave MacMillan, 2016, pp. 347-368, il quale sottolinea come quella della cittadinanza inclusiva sia stata soltanto una promessa non mantenuta, dato che diverse sono le comunità che ancora vivono modelli radicati di discriminazione sistemica. Sull'esportabilità del modello multiculturale canadese, si veda A. Shachar, *Squaring the Circle of Multiculturalism? Religious Freedom and Gender Equality in Canada*, in *The Law & Ethics of Human Rights*, 2016, pp. 31–69.

19. –Per una rassegna aggiornata della legislazione in materia di diritti delle popolazioni aborigene, si veda S. Imai, *Annotated Indian Act and Aboriginal Constitutional Provisions*, Toronto, Carswell, 2015, pp. 1350. Sul ruolo del diritto internazionale (tanto a livello normativo, quanto giurisprudenziale) e sulla sua incapacità di creare principi idonei a coadiuvare gli Stati e le tribù nella gestione delle controversie relative all'appartenenza indigena, si veda K. Gover, *Indigenous membership and human rights. When self-identification meets self-constitucion*, in C. Lennox, D. Short (a cura di), *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*, Londra e New York, Routledge, 2015, pp. 35-47.

20. – Con riferimento al caso specifico del Québec, l'articolo di R. Iacovino, *Contextualizing the Quebec Charter of Values: Belonging without Citizenship in Quebec*, in *Canadian Ethnic Studies*, 2015, pp. 41-60, considera come l'adozione della Carta dei valori del Québec nel 2013 rappresenti un ripudio di quel consenso consolidato circa il predominante modello di integrazione di matrice liberale. Secondo l'Autore, si tratta di una circostanza che deve essere analizzata alla luce anche dei recenti eventi di carattere politico che hanno visto il *Parti québécois* uscire sconfitto alle elezioni del maggio del 2014. Questa sconfitta avrebbe decretato anche la fine della Carta. Sulla relazione tra la Carta canadese dei diritti e delle libertà e il Codice civile e lo *ius commune* del Québec si veda l'articolo di M. Samson, L. Langevin, *Revisiting Quebec's Jus Commune in the Era of the Human Rights Charters*, in *The American Journal of*

Comparative Law, 2015, pp. 719-745, il quale sottolinea l'inevitabile arricchimento che deriva dall'influenza della filosofia dei diritti umani tanto sullo *ius commune*, quanto sul Codice civile.

21. – Infine, sul funzionamento della *override clause* prevista dalla *section* 33 della *Charter* – quale clausola di compromesso tra la supremazia legislativa e il controllo di legittimità costituzionale – si veda L. E. Weinrib, *The Canadian Charter's Override Clause: Lessons for Israel*, in *Israel L R*, 2016, pp. 67-102. L'Autrice esplora la possibilità che Israele possa imparare dall'esperienza canadese con il fine di adottare nell'ordinamento israeliano una clausola simile da applicare ad un ampio numero di diritti fondamentali e quindi operare contro le decisioni della Corte suprema.

ISSN 2037-6677

La dottrina statunitense in tema di diritti

di Claudia Sartoretti

1. – La letteratura giuridica statunitense in materia di diritti si conferma anche per il biennio 2015-2016 ricca e articolata. Numerosi articoli e saggi sono, in particolare, dedicati all'analisi di questioni che l'attualità solleva e pone al dibattito pubblico, e su ciascuna delle quali si è sviluppato un vero e proprio filone di studio e di ricerca, finalizzato ad approfondire la macro-tematica di riferimento.

2. – Uno degli argomenti sui quali la dottrina si è maggiormente concentrata è quello dell'eguaglianza e del divieto di discriminazioni: la questione viene approfondita sotto vari aspetti ma con una maggiore attenzione per le disuguaglianze razziali e quelle riguardanti l'orientamento sessuale, le quali sono al centro delle riflessioni degli studiosi da numerosi anni, a conferma del fatto che i pregiudizi razziali e quelli nei riguardi degli omosessuali continuano ad essere una realtà che purtroppo interessa ancora le società odierne.

Con riferimento al problema delle discriminazioni razziali si segnala innanzitutto l'articolo di S.Shindler, *Architectural Exclusion: Discrimination and Segregation Through Physycal Design of the Built Environment,* in 124 *Yale L.J,* 1934 (2015) in cui l'Autrice evidenzia come alcune scelte urbanistiche nascondano invero l'obiettivo di emarginare i più poveri e le persone di colore, separandole dai più ricchi e dai bianchi. In passato – sottolinea l'Autrice – veniva eretti veri e propri

muri o barriere separatorie, oggi è la composizione architettonica e urbana a perseguire il medesimo obiettivo, come dimostra, ad esempio la costruzione di ponti così bassi da ostacolare il passaggio sotto di mezzi pubblici e impedire alle persone di colore e a quelle più povere che non possiedono auto, di raggiungere con l'autobus la spiaggia pubblica.

Razzismo e omofobia sono anche presenti negli studi legali come dimostra, ad esempio, la differenza da un punto di vista qualitativo tra il lavoro assegnato a persone di colore o a omosessuali, rispetto a quello attribuito a persone eterosessuali o a individui bianchi (v., K.Woodson, *Race and Rapport: Homophily and Racial Disadvantage in Large Law Firms,* in 83 *Fordham L.Rev* 2257 (2015)). Analogamente si assiste ad un implicito favoritismo per le persone bianche anche nella giustizia criminale, che in alcuni casi appare basata su stereotipi e pregiudizi nei confronti dei neri, considerati ostili, violenti e facilmente avvezzi alla criminalità. (R.J.Smith, J.D.Levinson, Z.Robinson, *Implicit White Favoritism in the Criminal Justice System,* in 66 *Ala L.Rev* 871 (2015) e così pure con riguardo alle sentenze di condanna per traffico di stupefacenti: A.Ropka, *Equal Protection Falling Through the Crack: A Critique of the Crack-to-Powder Sentencing Disparity,* in 6 *Ala. C.R.& C.L.L.Rev.* 121 (2015) evidenzia una disparità di trattamento fra le persone di colore e povere, accusate di fare uso e spaccio di cocaina crack e i bianchi, appartenenti alla classe media, rei di utilizzare e vendere cocaina in polvere. L'Autrice evidenzia, in particolare, come il principio di eguaglianza venga violato quando i giudici infliggono pene più severe per il reato di uso e traffico di cocaina crack che per l'illecito legato all'impiego di cocaina in polvere. Sull'argomento si veda anche la recente monografia di M.J.Fortner, *Black Silent Majority: The Rockfeller Drug Laws and the Politics of Punishment,* Cambridge, Harvard University Press, 2015.

Sempre in tema di disuguaglianza razziale e giustizia, T-L.Brito, David J.Pate, Jr, J-H-S.Wong, "*I Do for My Kids":Negotiating Race and Racial Inequality in Family Court,* in 83 *Fordham L.Rev.* 3027 (2015) denunciano un "*justice gap*" dovuto alla circostanza per cui le persone di colore, spesso economicamente indigenti, sono sotto rappresentate nelle aule dei tribunali.

F. Gamal, *The Racial Politics of Protection: A Critical Race Examination of Police Militarization,* in 104 *Cal.L.Rev.* 979 (2016), nel ricordare i tristi episodi di Ferguson e

Baltimore, denuncia il rischio che la militarizzazione della polizia faccia invero crescere la paura e la sfiducia nei confronti di coloro che non hanno la pelle bianca, con il rischio di disseminare odio razziale.

Interessante è inoltre lo scambio di riflessioni (G.J.Chin, C.J.Vernon, *Reasonable but Unconstitutional: Racial Profiling and the Radical Objectivity of* Whren v. United States, in 83 *Geo.Wash.L.Rev.* 882 (2015); L.S.Richardson, *Implicit Racial Bias and the Perpetrator Perspective: A Response to* Reasonable but Unconstitutional, in 83 *Geo.Wash.L.Rev.* 1008 (2015); G.J.Chin, *Rebuttal. Doctrine, Discretion and Discrimination: A Response to Professor Richardson,* in 83 *Geo.Wash.L.Rev.* 1023 (2015) che trae spunto dal caso Whren v.United States (1996), in cui la Corte Suprema americana dichiarò legittimo il fermo del sig. Whren ad un posto di blocco, riconoscendo alle forze dell'ordine il diritto e il dovere di verificare sempre la corretta circolazione dei mezzi meccanici. I giudici, in quell'occasione, rigettarono all'unanimità l'accusa che il controllo di regolarità del traffico fosse un pretesto di cui si erano avvalsi i poliziotti per eseguire altri accertamenti, privi di finalità amministrative, nei confronti di un cittadino di colore.

Di rilievo, sul punto, è anche l'articolo di E.M.Toledo, *When* Loving *is not Enough,*in 104 *Cal L.Rev* 269 (2016) in cui l'Autrice ragiona su come di fatto le leggi abbiano nel tempo condizionato le scelte di vita dei singoli, privilegiando coppie monorazziali.

A.Cook, *The Ghosts of 1964: Race, Reagan, and the Neo-Conservative Blacklash to the Civil Rights Movement,* in 6 *Ala. C.R.& C.L.L.Rev.* 81 (2015) evidenzia come il fantasma della schiavitù (formalmente abolita con il XIII Emendamento della Costituzione) sembra quasi tornare, in forma di subordinazione delle persone di colore in campo politico, economico e culturale, durante il mandato presidenziale di Ronald Reagan negli anni '80, in cui venne perseguita una politica finalizzata alla dura repressione dei crimini, che portò – come evidenzia l'Autore – all'incarcerazione di molte persone di colore e di origine ispanica.

Piuttosto interessante è l'analisi di una delle questioni centrali della giurisprudenza americana in materia elettorale, il *gerrymandering*, ossia la ri-definizione dei confini dei collegi elettorali allo scopo di includere quelle parti della popolazione favorevoli alla elezione di un determinato candidato. N.O.Stephanopoulos, *Race,*

Place and Power, in 68 *Stan.L.Rev.* 1323 (2016) e R.L.Hasen, *Racial Gerrymandering's Questionable Revival,* in 67 *Ala. L. Rev.* 365 (2015) affrontano il tema approfondendo le derive razziali del *gerrymandering*, quando cioè è la razza a divenire il fattore predominante che giustifica la ri-divisione dei distretti elettorali.

In tema poi di rappresentatività, S.Ansolabehere, Bernad L.Fraga, *Do Americans Prefer Coethnic Representation? The Impact of Race on House Incumbent Evaluations,* in 68 *Stan.L.Rev.*1553 (2016) prende in esame le teorie che asseriscono la preferenza da parte dei cittadini per rappresentanti appartenenti alla stessa loro razza o origini etniche.

Il tema della discriminazione razziale è affrontato altresì da R.B.Siegel, *Race-Conscious But Race-Neutral: The Constitutionality of Disparate Impact in the Roberts Court,* in 66 *Ala.L.Rev.* 653 (2015) e da L.R.Pruitt *The False Choice Between Race and Class and Other Affermative Action Myths,* in 63 *Buff.L.Rev.* 981 (2015) che analizzano il punto di vista, di chi viene, invece, penalizzato dall'*affermative action policy*.

R.B.Siegel, in particolare, esamina il caso Ricci v.De Stefano con cui la Corte Suprema è stata chiamata a chiarire se il rifiuto da parte della città di New Haven di convalidare una prova d'esame per la promozione di alcuni pompieri, espletata in termini neutri rispetto al fattore razziale, violasse il Titolo VII del *Civil Right Act*. Nel caso di specie, quasi tutti i vincitori del concorso erano risultati persone di razza bianca, ma, per timore di essere chiamata a rispondere di discriminazione indiretta, la città di New Haven aveva preferito invalidare le prove. Ricci ricorreva dunque in giudizio, contestando il rifiuto di procedere alla promozione e sostenendo l'intento discriminatorio nei confronti degli individui "bianchi".

L.R. Pruitt, invece, parte dalla vicenda Fisher v. University of Texas at Austin, sorta nel 2008 con la mancata ammissione al campus di Austin della studentessa Abigail Fisher e con la sua decisione di ricorrere alla Corte per chiedere di invalidare la selezione perchè viziata dall'applicazione forzata del principio dell'*affirmative action.* L'Autrice affronta la questione delle azioni finalizzate a promuovere pari opportunità, sottolineando come supportare persone di razza bianca indigenti non leda necessariamente le minoranze nere ed etniche. Non si tratta – spiega l'Autrice – di scegliere tra l'una o l'altra minoranza, ma piuttosto di promuovere un sistema di

istruzione universitaria che consenta l'accesso a tutti gli studenti economicamente poveri, senza alcuna distinzione di razza.

Infine, merita attenzione il ricco e articolato *Symposium* dedicato al *Civil Rights Act* del 1964 pubblicato su 95 *B.U.L.Rev.* 683 *(*2015).

Un'altra attenzione particolare con riguardo al tema dell'eguaglianza è rivolta dalla dottrina statunitense ai diritti degli omosessuali e, segnatamente, al diritto di contrarre matrimonio. Si segnalano, sul punto, D.H.J.Hermann, *Extending The Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in* Obergefell v.Hodges, in 49 *Ind.L.Rev.* 367 (2016); K.T.Matsumura, *A Right Not to Marry,* 84 in *Fordham L.Rev.* 1509 (2016); R.A Poster, *Eighteen Years on: A Re-Review,* in 125 *Yale L.J.* 533 (2015); M.S. DePrince, *Same-Sex Marriage and Disestablishing Parentage: Reconceptualizing Legal Parenthood Though Surrogacy,* in 100 *Minn. L.Rev.* 797 (2015); K.Yoshino, *A New Birth of Freedom?: Obergefell v.Hodges,* in 129 *Harv.L.Rev.* 147 (2015); D.Nejaime, *Marriage Equality and the New Parenthood,* in 129 *Harv.L.Rev.* 1185 (2016) e il *Forum, Perspective on Marriage Equality and the Supreme Court,* aperto su 84 *Fordham L. Rev.* 1 (2015).

E.Sepper, *Gays in the Moralized Marketplace,* in 7 *Ala.C.R.&C.L.L.Rev.* 129 (2015) e A.Koppelman, *A Zombie in The Supreme Court: The* Elane Photography *Cert Denial,* 7 *Ala. C.R.&C.L.L.Rev.* 77 (2015) traendo spunto da due specifiche vicende giudiziarie (rispettivamente, *Burwell v. Hobby Lobby* e *Elane Photography, LLC v. Willock* del 2014), affrontano, in particolare, la questione del bilanciamento fra la libertà religiosa espressa dalle imprese convenute in giudizio e il divieto di discriminazione basata sull'orientamento sessuale, avanzata da parte ricorrente. Sul caso *Burwell v. Hobby Lobby* riflettono anche I.C.Lupu, *Moving Targets: Obergefell, Hobby Lobby and the Future of LGBT Rights,* in 7 *Ala.C.R.&C.L.L.Rev.* 1 (2015) e J.M.Oleske, Jr, *The Evolution of Accomodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages,* in 50 *Harv.C.R.-L.L.Rev.* 99 (2015), il quale si interroga sulle ragioni per cui gli accademici siano particolarmente attenti ad analizzare le obiezioni religiose sollevate in punto di matrimonio fra persone dello stesso sesso più di quanto lo siano stati con riguardo alle contestazioni sollevate contro i matrimoni interrazziali.

L'articolo di E. Traylor, *Protecting the Rights of Children of Same-Sex Parents in Indiana by Adopting a Version of the Uniform Parentage Act,* in 48 *Ind. L.Rev.* 695 (2015) dedica invece una particolare attenzione alla delicata questione della tutela dei bambini di coppie dello stesso sesso.

3. – Il principio di eguaglianza, inteso come pari opportunità e divieto di discriminazioni è poi approfondito dalla dottrina con riguardo alle differenze di genere (D.Rosenblum, D.Roithmayr, *More Than a Woman: Insights into Corporate Governance After the French Sex Quota,* in 48 *Ind.L.Rev.* 889 (2015); E.R.Carter, *The Illusion of Equality: The Failure of the Community Property Reform to Achieve Management Equality,* in 48 *Ind.L.Rev.* 853 (2015); E.S.Adams, S.P.Engel, *Gender Diversity and Disparity in the Legal Profession: An Empirical Analysis of the Gender Profile in the National Law Firms and Law School,* in 63 *Buff.L.Rev.* 1211 (2015); K.E.Lamm, *Work in Progess: Civil Rights Class Actions After* Wal-Mart v.Dukes, in 50 *Harv.C.R.-C.L.L.Rev.* 153 (2015), ma tocca anche problematiche riguardanti le diseguaglianze economiche che mettono le persone indigenti nelle condizioni di non poter esercitare appieno i propri diritti (si veda l'interessante *Symposium, The Constitution and Economic Inequality,* in 94 *Tex. L.Rev.* IX (2016)) J.Alison Lee, *Poverty, Dignity and Public Housing,* in 47 *Colum.Hum.Rts.Rev.* 97 (2015) in particolare, affronta la questione drammaticamente attuale della povertà, focalizzando la sua attenzione sui pregiudizi che la società nutre nei confronti di chi versa in situazioni di indigenza, considerandoli responsabili della propria situazione economico-sociale. L'articolo rappresenta una sorta di denuncia e una critica a questa distorta immagine della povertà, evidenziando come i pregiudizi, ancora presenti nella società americana verso i più poveri, ritenuti moralmente e dal punto di vista comportamentale, inferiori agli altri individui, abbiano finito per condizionare le politiche di sostegno adottate dallo Stato. Secondo l'Autrice, l'attribuzione di alloggi pubblici non può considerarsi una soluzione vincente alla povertà se non è accompagnata anche da una politica antidiscriminatoria che tuteli la dignità dei più poveri e riconosca loro *rights to "voice" and "choice".*

Le diseguaglianze economiche sono oggetto di studio anche del saggio di D.A.Cranet, *Antitrust and Wealth Inequality,* in 101 *Cornell L.Rev.* 1171 (2016) che si

domanda se una più forte ed efficace politica economica antitrust aiuti a creare maggiori condizioni di eguaglianza sul piano delle ricchezze.

Il tema delle disparità è anche affrontato, con riguardo alle opportunità di accesso all'istruzione, E.A.Parvis, *When Choice is the Only Option: the New Orleans All-Charter School System and the Inequality It Breeds,* in 47 *Colum.Hum.Rts.L.Rev.* 280 (2015), M.D.Adler, *Equity by the Numbers: Measuring Poverty, Inequality and Injustice,* in 66 *Ala.L.Rev.* 551 (2015) e da J.E.Weishart, *Reconstituting the Right to Education,*in 67 *Ala L.Rev.* 915 (2016), il quale trae spunto dalla storica sentenza *San Antonio Independent School District v.Rodriguez,* del 1973 per ragionare sulla necessità e sull'importanza di un espresso riconoscimento del diritto allo studio, come situazione giuridica soggettiva "fondamentale", nella Costituzione federale.

Con riguardo alle discriminazioni nei riguardi dei malati di AIDS, E.K.White, *A Reason for Hope?: A Legal and Ethical Implementation of the HIV Organ Policy Equity Act,* in 96 *B.U.L.Rev.* 609 (2016) affronta la questione del diritto dei malati di AIDS, in attesa di trapianto, di poter ricevere gli organi sia da pazienti HIV-sieropositivi che da donatori sani.

M.J.Jeter, "*No Handicapped People Allowed":the Need for Objective Accessibility Standards Under the Fair Housing Act,* in 91 *Wash.L.Rev.* 325 (2016) si concentra invece sulla necessità di tutelare i portatori di *handicap*, offrendo loro strutture prive di barriere architettoniche che ne limitino l'accesso e attraverso una revisione del *Fair Housing Act* in cui vengano meglio specificati gli standards minimi oggettivi da rispettare nella costruzione di edifici.

Si segnala poi l'articolo di B.A.Areheart, *Accomodating Pregnancy,* in 67 *Ala.L.Rev.* 1125 (2016), in cui l'Autore sostiene l'utilità di porre fine al *right to accomodations*, ossia a quelle misure destinate a tutelare alcune categorie di persone, come, ad esempio, le donne in gravidanza, da possibili discriminazioni, poiché, diversamente, si rischia di ricondurre la gravidanza a una sorta di "disabilità", con il rischio di declassare la donna e di considerarla un individuo con scarsa capacità produttiva nel lavoro. Per fare fronte alle discriminazioni a cui spesso le donne lavoratrici sono soggette una volta rientrate al lavoro dopo il parto, l'Autore suggerisce invece di adottare un *gender-symmetrical approach,* in cui i due sessi siano collocati simmetricamente con

riguardo a qualsivoglia normativa, poiché solo così é possibile affermare l'eguaglianza uomo-donna.

Interessanti sono le riflessioni di G.M.Chiappetta, *A Battle of the Amendments: Why Ending Discrimination in the Courtroom May Inhibit a Criminal Defendant's Right to an Impartial Jury,* in 83 *Fordham L.Rev.* 1997 (2015) sulla ricusazione dei giurati che si teme possano non essere imparziali e i risvolti discriminatori che tale esclusione assumerebbe. L'Autrice, in particolare, ripercorre la storia dei limiti che la Corte Suprema ha imposto alla ricusazione dei componenti di una giuria popolare (a cominciare dalla nota vicenda giudiziaria *Batson v. Kentucky* del 1986, in cui il giudice supremo americano invalidò una *peremptory strike* con cui si ricusava un giurato perché appartenente alla stessa razza dell'imputato) e si interroga sulla opportunità di estenderli anche all'ipotesi in cui l'esclusione sia giustificata dal fatto che il giurato esprime lo stesso orientamento sessuale dell'imputato.

Le discriminazioni sul lavoro, basate non solo sul sesso ma altresì sullo stato di salute, e più specificatamente, su base genetica, continuano a preoccupare la società contemporanea e quella americana, come evidenzia I.Ajunwa, *Genetic Data and Civil Rights,* in 51 *Harv.C.R.-C.L.L.* 75 (2016) la quale sottolinea come lo stesso *Genetic Information Nondiscrimination Act* del 2009 non offra più una tutela sufficiente al cospetto dei recenti sviluppi tecnologici e come tale debba essere ulteriormente rafforzato al fine di prevenire illecite disparità di trattamento.

Sempre con riferimento alle possibili discriminazioni in campo lavorativo, C.O'Connell, *Ban The Box: A Call to the Federal Government to Recognize a New Form of Employment Discrimination* in 83 *Fordham L.Rev.* 2801 (2015) riflette poi sulla necessità che venga adottata una normativa *ban the box* (con la quale si proibisca agli imprenditori di richiedere a chi è in cerca di lavoro informazioni relative alle sue passate condanne definitive) anche a livello federale, in modo da poter regolare i rapporti di lavoro con imprenditori che operano in più Stati dell'Unione.

Suggestiva l'analisi di E.Greenbaum, *The Non-Discrimination Principle in Open Source Licensing,* in 37 *Cardozo L.Rev.* 1297 (2016) che esamina il principio di non discriminazione applicato alle licenze *open sources.* Come allo Stato non è permesso compiere disparità fondate sulla razza, così – sottolinea l'Autrice – una licenza *open source* non può escludere alcuni utenti dalla comunità informatica di riferimento.

Tuttavia – aggiunge ancora la studiosa – la necessità di assicurare libero accesso a tutti, indiscriminatamente, non ha solo una forte valenza morale ma anche un forte impatto legale ed economico.

Infine, in tema di discriminazioni in generale, merita attenzione il contributo di D.Hellman, *Two Concepts of Discrimination* in 102 *Va. L. Rev.* 865 (2016) (con cui si confronta K.W. Simons, *Discrimination is a Comparative Injustice: a Reply to Hellman,* in 102 *Va.L.Rev.* 85 (2016)) nel quale l'Autrice riflette sulla distinzione fra disparità *comparative wrong* e diseguaglianza *noncomparative wrong,* evidenziando come la prima presupponga la comparazione fra due soggetti che non sono stati trattati in modo eguale e la seconda si verifica quando un individuo non è stato trattato come avrebbe invece avuto diritto di essere. Questa differenza, rileva l'Autrice, giustifica anche il ricorso a rimedi diversi per ripristinare il rispetto del principio di eguaglianza.

4. – Un altro filone a cui la dottrina statunitense ha prestato particolare attenzione nel biennio di interesse è rappresentato dal rapporto fra i diritti e le libertà costituzionalmente riconosciute e garantite, e le nuove tecnologie.

Sull'argomento, si segnala il saggio di O.S.Kerr, *The Fourth Amendment and the Global Internet*, in 67 *Stan.L.Rev.* 285 (2015) in cui l'Autore indaga su come conciliare il IV Emendamento con gli sviluppi tecnologici, primo fra i quali quello di Internet, senza che ciò pregiudichi la tutela del diritto a non subire indebite intrusioni nella propria vita privata. Il tema è approfondito anche da A.G.Ferguson, *The Internet of Things and the Fourth Amendment of Effects,* in 104 *Cal.L.Rev.* 805 (2016).

G.R.Schlabach, *Privacy in the Cloud: the Mosaic Theory and the Stored Communications Act,* in 67 *Stan.L.Rev.* 677 (2015) analizza invece il rapporto fra il IV Emendamento e la possibilità di utilizzare avanzati sistemi di sorveglianza come, ad esempio, l'inserimento di sistemi GPS senza autorizzazione in macchine "sospette" e la tutela della privacy dei singoli individui, minacciata, quest'ultima, dall'ingente numero di immagini e dati che questi sofisticati sistemi possono indistintamente raccogliere.

Interessante, con riguardo ancora al difficile bilanciamento fra il IV Emendamento e i vantaggi derivanti dall'utilizzo di meccanismi *data mining* (cioè di quei processi di estrazione di conoscenza da banche dati di grandi dimensioni tramite l'applicazione di algoritmi che individuano e rendono visibili le associazioni

"nascoste" tra le informazioni) è il contributo di S.Barocas, A.D.Selbst, *Big Data's Disparate Impact,* in 104 *Cal.L.Rev.* 671 (2016) e la nota *Data mining, Dog Sniffs, and the Fourth Amendment,* in 128 *Harv.L.Rev.* 691 (2015).

A.G.King, M.J.Mrkonich, *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination* in 68 *Okla.L.Rev.* 555 (2016) analizza invece i possibili rischi di discriminazione sul lavoro, a causa della massiva e veloce produzione di dati (*Big Data)* e delle specifiche tecnologie richieste per la loro estrazione (*Data Mining)* messe al servizio dei datori di lavori.

Il contributo di F.Fabbrini, *Human Rights in the Digital Age: the European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and Its Lessons for Privacy and Surveillance in the United States,* in 28 *Harv.Hum.Rts.J.,* 65 (2015) focalizza la sua attenzione sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, per analizzare la tutela della privacy e il trattamento dei dati personali negli Stati Uniti, mettendone in luce le differenze con il modello europeo che, secondo l'Autore, può essere di esempio per la patria della riservatezza.

Alcuni suggerimenti su come meglio tutelare la privacy e proteggere le informazioni personali contro le indebite ingerenze delle nuove tecnologie, sono offerti dal contributo di L.H.Sholz, *Privacy Petitions and Institutional Legitimacy,* in 37 *Cardozo L.Rev.* 891 (2016); ma anche da quello di R.Shah, *Law Enforcement and Data Privacy. A Forward-Looking Approach,* in 125 *Yale L.Rev.* 543 (2015); di J.Lebowitz, *Technology and Individual Privacy Rights: The Fourth Amendment Imlications of Exploiting Zero-Day Vulnerabilities For Domestic Investigations,* in 47 *Colum.Hum.Rts.L.Rev.* 242 (2015); di D.Gray, *Fourth Amendment Remedies as Rights: The Warrant Requirement,* in 96 *B.U.L.Rev.* 425 (2016) e infine dal saggio di S.R.Peppet, *Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security and Consent,* in 93 *Tex.L.Rev.* 85 (2015). Interessante è anche la monografia curata da *A.Sarat, A World Without Privacy: What Law Can and Should Do?,* New York, Cambridge University Press, 2015, che raccoglie numerosi contributi volti ad approfondire i contenuti del diritto alla privacy oltre che ad analizzare i rischi a cui essa è esposta a causa delle nuove tecnologie e dei social network, primo fra i quali Facebook, capaci di raccogliere e conservare una considerevole quantità di dati personali.

Numerosi sono inoltre gli interrogativi che la privacy solleva con riguardo all'impiego di sistemi di video-sorveglianza negli spazi pubblici (E.B.Bernstein, *Health Privacy in Public Spaces,* in 66 *Ala.L.Rev.* 989 (2015)) a cui si aggiunge il difficile contemperamento tra l'esigenza di assicurare la massima trasparenza della Pubblica amministrazione e il diritto alla tutela delle informazioni personali dei pubblici dipendenti (P.Paine, *Public Records in Private Devices: How Public Employees' Article I, Section 7 Privacy Rights Create a Dilemma for State and Local Government,* in 90 *Wash.L.Rev.* 545 (2015)).

Restando in tema di privacy, si segnala ancora il contributo di K.Robinson, *Corporate Rights and Individual Interests: the Corporate Right to Privacy as a Bulwark Against Warrentless Government Surveillence,* in 36 *Cardozo L.Rev.* 2283 (2015) ove l'Autrice evidenzia come siano in espansione i diritti riconosciuti alle società americane, primo fra i quali quello alla privacy delle proprie informazioni, contro indebite forme di sorveglianza messe in atto dal Governo. Sul punto, si veda anche l'articolo di K.Saphner, *You Should Be Free to Talk the Talk and Walk the Walk: Applying* Riley v.California *to Smart Activity Trackers,* in 100 *Minn.L.Rev.* 1689 (2016).

Il diritto alla privacy, come è noto, è il diritto alla auto-determinazione informativa, o più specificatamente, il diritto a controllare le proprie informazioni, potendone chiedere la rettifica ma anche la cancellazione. La questione del *right to be forgotten* e del *right to delete* è affrontata da P.W.Cooper, *The Right to Be Virtually Clothed,* in 91 *Wash.L.Rev.* 817 (2016) il quale mette in luce tutte le difficoltà che la rimozione di immagini e informazioni personali incontra, una volta inserite in internet, ancor più se a contenuto pornografico, poiché in tal caso si tratta di ridurre (o, se possibile, eliminare) i danni alla reputazione del soggetto interessato.

5. – La dottrina scientifica ha poi prestato particolare attenzione al diritto di voto, e, segnatamente, al suo riconoscimento e alla sua tutela.

I.A. Douglas, *State Judges and the Right to Vote,* in 77 *Ohio St.L.J.* 1 (2016) esamina il diritto di voto nella giurisprudenza delle Corti statali, evidenziando come la dottrina e i media abbiano maggior interesse per le decisioni dei giudici federali piuttosto che per quelle pronunciate dai giudici statali. L'Autore è critico sulla scarsa attenzione prestata alle pronunce delle Corti statali, la quale appare ingiustificata se si considera il notevole contributo dato dai giudici statali al riconoscimento e alla

tutela di un diritto che trova il suo fondamento giuridico anche e *a fortiori* nelle carte costituzionali dei singoli Stati.

Interessanti sono i contributi che approfondiscono la questione riguardante la necessità di garantire l'effettivo esercizio del diritto di voto nell'ipotesi ad esempio in cui vi siano barriere fisiche che rendono non agevole l'accesso dei portatori di *handicap* ai seggi elettorali (R.Belt, *Contemporary Voting Rights Controversies Through the Lens of Disability,* in 68 *Stan.L.Rev.* 1491 (2016)) o come nel caso in cui la difficoltà di identificare alcuni soggetti – per lo più cittadini appartenenti a minoranze etniche e di razza – che finiscono per non essere registrati nelle liste elettorali, impedisca loro di votare (D.P.Tokaji, *Applying Section 2 to the New Vote Denial,* in 50 *Harv.C.R.-C.L.L.Rev.* 439 (2015); nella rubrica dedicata alla normativa riguardante la minoranza degli indiani d'america della 129 *Harv.L.Rev.,*1653 (2016) si veda il quarto capitolo *Securing Indian Voting Rights,* (p.1731 ss.); B.F.C.Wallace, *Charting Procedural Due Process and the Fundamental Right to Vote,* in 77 *Ohio St.L.J.* 647 (2016)).

D.E.Ho *Two Fs for Formalism: Interpretating Section 2, of the Voting Rights Act in Light of Changing Demographics and Electoral Patterns,* in 50 *Harv.Civil Right* 403 (2015) focalizza invece la sua attenzione sulla crescita progressiva, da un punto di vista demografico, delle comunità di colore e sulla sempre più accentuata eterogeneità che le caratterizza, a cui va poi aggiunta la diffusione a livello geografico che le caratterizza. Tutti questi fattori – osserva l'Autore – sollevano alcuni interrogativi su come debba oggi interpretarsi la Seconda Sezione del *Voting Rights Act* del 1965 (secondo cui "Nessuna qualificazione o prerequisito per votare, o standard, prassi, o procedura può essere imposta o applicata da alcuno Stato o altro ente politico al fine di denegare o limitare il diritto di tutti i cittadini degli Stati Uniti di votare per ragioni di razza o colore"), al cospetto di nuove e più ristrette minoranze, rispetto a quella di colore, che abbisognano di una particolare tutela, perché sia garantita loro la piena rappresentanza e l'effettiva partecipazione alla vita politica del paese.

Infine, sul diritto di voto si segnala il contributo di R.L.Hasen, *Election Law's Path in the Roberts Courts's First Decade: A Sharp Right Turn but with Speed Bumps and Surprising Twists,* in 68 *Stan.L.Rev.* 1597 (2016) che esamina la giurisprudenza della Corte Suprema americana sotto la presidenza Roberts in materia di riforma delle legge elettorale, con una particolare attenzione alle questioni del finanziamento della

campagna elettorale e delle elezioni amministrative, e il commento di M.Hurta, *Counting the Right to Vote in the Next Census: Reviving Section Two of the Fourteenth Amendment,* 94 *Tex.L.Rev.* 147 (2015) che ragiona sull'importanza della seconda sezione del XIV Emendamento come strumento di tutela e garanzia dei diritti politici fondamentali.

6. – Un ampio spazio di riflessione continua ad essere poi riservato dalla dottrina statunitense al I Emendamento della Costituzione, in ordine soprattutto alla libertà di espressione e alla libertà religiosa.

Con riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero, si segnala il contributo di A. Tsesis, *Balancing Free Speech,* in 96 *B.U.L.Rev.* 1 2016 in cui l'Autore, traendo spunto dalla giurisprudenza della Corte Suprema, sotto la Presidenza Roberts, sottolinea la necessità di bilanciare il diritto previsto nel I Emendamento con altri valori e talvolta anche con interessi governativi come ad esempio quello a limitare la diffusione di videogames contenenti immagini violente che gli utenti potrebbero essere incoraggiati ad emulare.

Sempre con riferimento alle pronunce della *Roberts Court,* T.E.Pettys, *Free Expression, In-Group Bias, and the Court's Conservatives: A Critique of the Epstein-Parker-Segal Study,* in 63 *Buff.L.Rev.* 1 (2015) riflette, invece, su uno studio pubblicato nel 2014 dal quotidiano *New York Times* in cui si evidenziava come, dal 1953 al 2010, i giudici della Corte Suprema avessero di fatto tutelato la libertà di espressione con un maggior "favore" per chi manifestava valori ideologicamente condivisi dalla Corte stessa.

Con un'interessante analisi storica, F.Abrams, *Free Speech and Civil Liberties in the Second Circuit,* in 85 *Fordham L.Rev.* 11 (2016) parte da due casi giudiziari (l'uno sorto dopo la fine del I conflitto mondiale e l'altro durante la Guerra fredda) per analizzare il ruolo giocato in passato dai giudici d'appello del Secondo Circuito con riguardo al contemperamento fra l'interesse nazionale alla sicurezza e la libertà di parola. H.M.Wasserman, *Holmes and Brennan* in 67 *Ala L.Rev.* 797 (2015) ripercorre invece due decisione storiche (*Abram v.United States* del 1919 e *New York Times Co v. Sullivan* del 1964) ove le opinioni espresse rispettivamente dai giudici Hommes e Brennan hanno contribuito notevolmente al riconoscimento e alla tutela della libertà di manifestazione del pensiero.

Lo studio monografico di A.Gajda, *The First Amendment Bubble: How Privacy and Paparazzi Threaten A Free Press,* Cambridge, Harvard University Press, 2015, trova spunto nell'esperienza giornalistica personale dell'Autrice per evidenziare come paparazzi e privacy rappresentino entrambi una minaccia alla libertà di stampa. In particolare, l'Autrice evidenzia come molti giornalisti abbiano richiamato il I Emendamento per proteggere l'esercizio di una libertà di stampa che è spesso andata oltre i limiti etici consentiti, con il risultato di veder sollevare numerosi ricorsi innanzi alle Corti statali e a quella federale.

Da ultimo meritano attenzione due contributi. Il primo è quello di M.Forero, *Distorting Access to Government: How Lobbying Disclosure Laws Breach a Core Value of the Petition Clause,* in 67 *Ala L.Rev.* 327 (2015) riguardo alle lobbies e alla protezione costituzionale offerta loro dal I Emendamento, con il quale si tutela la libertà di parola dei gruppi di pressione per convincere il decisore pubblico. L'Autore analizza in particolare il *Lobbying Disclosure Act* del 1995, le cui modifiche del 2007 violerebbero la *Petition Clause* contenuta nel I Emendamento.

Il secondo contributo è di J.Zenor, *A Reckless Disregard for the Truth? The Constitutional Right To Lie in Politics,* in 38 *Campbell L.Rev.* 41 (2016) e focalizza, invece, la sua attenzione sui discorsi ufficiali pronunciati durante le campagne elettorali e sulla illegittimità delle menzogne pronunciate a danno degli avversari politici. L'Autore auspica, in proposito, che il giudice supremo americano intervenga sul punto ed estenda la tutela del I Emendamento anche ai discorsi politici non diffamatori, bilanciando, in questo modo, la libertà di parola con il diritto a una corretta campagna elettorale.

In merito invece alla libertà di religiosa, si segnalano alcuni contributi sul controverso *Religious Freedom Restoration Act* (atto che tutela i singoli individui o società denunciate per discriminazione di appellarsi al rispetto delle proprie convinzioni religiose). R.Katz, *Indiana's Flawed Religious Freedom Law,* in 49 *Ind.L.Rev.* 37 (2016), in particolare, parte dalla recente sottoscrizione della controversa legge da parte del Governatore dello Stato dell'Indiana per approfondire la questione riguardante l'applicazione concreta della normativa contestata alle controversie sorte solo fra privati.

A.Swindle, *Virgin Mary or Mary Magdalene: An Examination of the Contraceptive Mandate Cases and the Religious Freedom Restoration Act's Substantial Burden Standard,* in 66 *Ala.L.Rev.* 925 (2015) esamina, più specificatamente, le controversie giudiziarie sorte dopo l'implementazione del *Patient Protection and Affordable Care Act* che obbliga le aziende americane ad offrire ai propri impiegati un'assicurazione medica, comprensiva fra l'altro anche di svariati tipi di metodi contraccettivi riconosciuti dalla FDA. Come è noto, infatti, alcuni datori di lavoro si sono opposti per motivi religiosi al finanziamento dei piani assicurativi delle proprie dipendenti donne per quanto riguarda anti-concezionali e farmaci abortivi, sostenendo che l'osservanza dell'*Obamacare* (per la parte indicata) costituisce invero una indebita violazione della libertà di religione.

In una prospettiva più ampia, con riguardo ai numerosi aspetti della vita quotidiana in cui la religione assume rilievo (istruzione, carcere ed esercito), si rinvia alla recente monografia di B.I.Bittker, S.C.Idleman, F.S.Ravitch, *Religion and the State in American Law,* New York, Cambridge University Press, 2015, mentre S.Moyon, *Christian Human Rights,* Philadelphia University of Pennsylvania, 2015, affronta la questione dei diritti umani e della loro stretta connessione ai valori cristiani, evidenziano, ad esempio, come il concetto di dignità sia stato letto e interpretato dal Vaticano in modo funzionale alla necessità di allontanare la minaccia del comunismo e delle politiche liberali. L'Autore, provocatoriamente, esplora le discriminazioni compiute attualmente nei confronti dei musulmani europei, denunciando l'incapacità di fatto dei diritti umani di trascendere, nel contesto occidentale, dalle strette connessioni cristiane.

7. – Un altro filone scientifico piuttosto ricco è rappresentato dalla tutela dall'ambiente a cui la 39 *Harvard Environmental Law Review,* 1 (2015) dedica un interessante *Symposium* in cui si approfondisce la questione dei cambiamenti climatici e dei rischi per l'ecosistema derivanti dall'inquinamento dell'aria. Sull'argomento, si segnala anche il contributo di LS Cruickshank, *The "Drafting Error" That Could Derail the Clean Power Plan,* in 67 *Ala.L.Rev.* 887 (2015) e quello di T.Meyer, *How Local Discrimination Can Promote Global Public Goods,* in 95 *B.U.L.Rev.* 1937 (2015) in tema di energie rinnovabili

Il saggio di D.Cohen, *Forever Evergreen: Amending the Washington State Constitution for a Healthy Environment,* in 90 *Wash.L.Rev.* 379 (2015) riflette invece sulla necessità di emendare la Costituzione dello Stato di Washington e codificare il diritto alla tutela di un ambiente salubre. La codificazione di un diritto costituzionale alla protezione dell'ambiente offrirebbe, secondo l'Autrice, una maggior garanzia di salvaguardia dell'ecosistema nell'interesse delle generazioni presenti e future.

Interessante è inoltre il saggio di C.N.Waterhouse, R.Smith, *The Lingering Life of Lead pollution: An Environmental Justice Challenge for Indiana,* in 49 *Ind.L.Rev.* 99 (2015) in cui gli Autori denunciano una disparità razziale nell'esposizione ai rischi ambientali: i bambini di colore e di origini ispaniche dell'Indiana, a differenza dei bambini "bianchi", vivono in aree povere e non bonificate, il cui suolo è contaminato da agenti inquinanti come il piombo, con il quale essi vengono quotidianamente a contatto. Gli Autori, nel denunciare questa drammatica situazione, evidenziano come, nonostante l'Epa e le organizzazioni ambientali statali siano a conoscenza dei gravi rischi alla salute di numerosi bambini, non siano stati finora adottate le misure necessarie a porre fine a questa deplorevole forma di discriminazione razziale.

Infine, l'articolo di M.Cherry, *Permit to Poison: The Failure of the Federalist Regulatory Regime to Address the Human Health Impacts of Mountaintop Removal Coal Mining,* in 47 *Colum.Hum.Rts.L.Rev.* 242 (2015) affronta la problematica dell'estrazione del carbone sui Monti Appalachi e dei rischi che il metodo adottato di far esplodere la montagna crea all'ambiente e alla salute umana.

8. – Il diritto di proprietà, con riguardo soprattutto a quella intellettuale, rappresenta un altro tema a cui gli studiosi americani hanno prestato attenzione in questo ultimo biennio. Sul diritto di autore, si segnala, in particolare, il contributo di R.K.Weisbord, *A Copyright of Publicity*, in 84 *Fordham L.Rev.* 2803 (2016) che esplora i punti di incontro fra diritto all'immagine e al nome, normativa riguardante il diritto d'autore e I Emendamento della Costituzione americana, mentre A.J.Mitran, *Royalties Too?: Exploring Resale Royalties for New Media Art*, in 101 *Cornell L.Rev.* 1349 (2016) affronta la questione dei diritti di vendita delle opere d'arte digitali, ripercorrendo la storia del *droit de suite*, il diritto cioè che consente all'autore di

un'opera e ai suoi eredi di ricevere una percentuale del prezzo ottenuto per la (ri)vendita del suo lavoro.

J.E.Cohen, *Property as Institutions for Resources: Lessons from and for IP,* in 94 *Tex.L.Rev.* 1 (2015) rivisita invece il dibattito che negli ultimi anni si è svolto attorno alla questione se la proprietà intellettuale possa effettivamente essere assimilata alla *land property*, visto che le creazioni dell'intelletto umano vengono oggi aggregate, frazionate, riutilizzate e così via più di quanto si faccia, o sia possibile fare, con la terra.

9. – Altri contributi si occupano di questioni più settoriali ma altrettanto interessanti come ad esempio, il saggio di J.Q.Whitman, *Presumption of Innocence or Presumption of Mercy?: Wheighing Two Western Modes of Justice*, in 94 *Tex.L.Rev.* 933 (2015) che compara la struttura del sistema di giustizia criminale degli Stati Uniti con il *modus operandi* del sistema giudiziario europeo, rilevando come quest'ultimo abbia invero adottato un approccio «*more humane*» rispetto al primo. Si segnala altresì la nota *"A Prison is a Prison is a Prison: Mandatory Immigration Detention and the Sixth Amendment Right to Counsel,* in 129 *Harv.L.Rev.* 522 (2015) in cui si osserva come molti Stati e molti Comuni non sempre assicurino agli stranieri indigenti il diritto di farsi assistere da un avvocato per la difesa in giudizio.

Il libro di J.B.Jacobs, *The Eternal Criminal Records,* Cambridge, Harvard University Press, 2015, si incentra invece sulla questione relativa alla capacità della società civile di reintegrare al suo interno coloro che hanno scontato una condanna penale, con riguardo alla conservazione (in termini di modi e tempi) delle informazioni giudiziarie e alla necessità di rettificare i dati erronei.

Merita poi attenzione il saggio di Z.Robinson, *Constitutional Personhood,* in 84 *Geo.Wash.L.Rev.* 605 (2016) che analizza il concetto di "personalità" nel sistema costituzionale americano, traendo spunto dal caso *Citizens United v.FEC,* in cui la Corte Suprema nel 2010 ha riconosciuto alle società il diritto all'esercizio della capacità giuridica e la titolarità di alcuni diritti fondamentali.

Si segnala poi con riguardo al diritto all'aborto, lo studio monografico di M.Zigler, *After* Roe: *The Long history of the Abortion Debite,* Cambridge, Harvard University Press, 2015, il contributo di A.Bernstein, *Common Law Fundamentals of Right to Abortion,* in 63 *Buff.L.Rev.* 1141 (2015) e la nota *Phisically Intrusive Abortion*

Restrictions as Fourth Amendment Searches and Seizures, in 951 *Harv.L.Rev.* 951 (2015), mentre con riferimento all'eutanasia, è interessante il commento di K.Norman, *Live and Let Die: The Consequences of Oklahoma's Nondiscrimination in Treatment Act,* in 68 *Okla.L.rev.* 585 (2016) sul recente *Nondiscrinmination Act* introdotto in Oklahoma nel 2013.

Nell'ambito del diritto di famiglia, si segnalano alcuni articoli e, nella fattispecie, quello di S.Godwin, *Against Parental Rights,* in 47 *Column, Hum. Rts.L.Rev.* 1 (2015) di S.Mayeri, *Foundling Fathers: (Non-)Marriage and Parental Rights in the Age of Equality,* in 125 *Yale L.J.* 2292 (2016) e di D.Dinner, *The Divorce Bargain:the Fathers' Rights Movement and Family Inequalities,* in 102 *Va.L.Rev.* 79 (2016) sui diritti dei genitori e sulla questione riguardante la parità padre-madre.

Dedicato, invece, al tema del possesso delle armi da parte di privati cittadini, l'articolo di A.J.McClurg *The Second Amendment Right to Be Negligent,* in 68 *Fla.L.Rev.* 1 (2016) mette in evidenza come il II Emendamento tuteli di fatto un vero e proprio *right to be negligent,* constatando come numerosi crimini siano stati invero commessi con armi rubate a proprietari inadempienti in fatto di custodia delle medesime.

Al II Emendamento è dedicato anche il saggio di C.J.Peters, *What are Constitutional Rights for? The Case of the Second Amendment,* 68 *Okla.L.Rev.,* 433 (2016) in cui l'Autore mette in evidenza gli aspetti controversi della norma costituzionale e del diritto ivi codificato.

Infine, un altro lavoro di interesse è la monografia di J.Green, *The Devil is Here in These Hills: West Virginia's Coal Miners and Their Battle for Freedom,* New York, Atlantic Monthly Press, 2015, in cui l'Autore ripercorre gli anni di protesta dei minatori della Virginia dell'Ovest a sostegno dei propri diritti, fra i quali la libertà di associazione e la libertà di parola.

10. – Come per il biennio precedente, anche in questi ultimi due anni, una parte della produzione scientifica statunitense ha preso in esame i diritti umani in generale, senza cioè focalizzare la propria attenzione su una singola, specifica situazione giuridica soggettiva.

Con uno sguardo che non si limita solo all'ambito nazionale ma spazia anche a quello transnazionale, M.Narine, *Disclosing Disclosure's Defects: Irresponsability for Human*

*Rights Impacts,*in 47 *Column.Hum.Rts.L.Rev.* 84 (2015) affronta la questione riguardante l'obbligo delle imprese di esercitare la propria attività economica nel pieno rispetto dei diritti umani, secondo le linee guida stabilite nel 2011 dalle Nazioni Unite. Il saggio di T.Wood, *Reinforcing Participatory Governance Through International Human Rights Obligations of Political Parties,* in 28 *Harv.Hum.Rts.J.* 147 (2015), invece, focalizza la sua attenzione sui partiti politici evidenziando come un dialogo fra gli stessi a livello transnazionale contribuirebbe a far rispettare gli obblighi internazionali in materia di partecipazione politica.

Interessante è il saggio di E.J.Criddle, *Standing for Human Rights Abroad,* in 100 *Cornell L.Rev.* 269 (2015)*,* sulle misure restrittive (embargo, congelamento dei beni) adottate da alcuni Paesi nei confronti di quegli Stati che non rispettano i diritti umani.

Infine, ancora con un approccio internazionalista, va segnalato l'intervento nel corso della *Madison Lecture,* del giudice Rosemary Barkett "*Bringing Human Rights Home"? I Thought They were Already Here! Human Rights and Our Constitution,* in 91 *N.Y.U.L.Rev.* 535 (2016) sulla protezione costituzionale dei diritti umani negli Stati Uniti, comparandola con quella adottata in altri contesti giuridici dove la salvaguardia delle libertà appare deficitaria, nonostante la stipula di Trattati internazionali per la tutela dei diritti.

11. – Il difficile contemperamento fra gli interesse pubblici e la tutela dei diritti è l'oggetto dell'analisi del saggio di P.Hamburger, *The Inversion of Rights and Power,* in 63 *Buff.L.Rev.*731 (2015), in cui l'Autore riflette sull'inversione di tendenza degli studiosi americani rispetto al tradizionale approccio secondo cui i diritti espressamente previsti nella Costituzione debbano essere sempre e comunque preferiti nel bilanciamento con gli interessi di governo.

Da ultimo, a conclusione di questa rassegna, merita ancora segnalare lo studio J.A.Gardner, *Justice Brennan and the Foundations Human Rights Federalism,* in 77 *Ohio St L.J.* 355 (2016), in cui l'Autore si sofferma sul rapporto fra la tutela statale e quella federale dei diritti umani, partendo da un famoso intervento del giudice associato della Corte Suprema William Brennan pubblicato nel 1977 nella *Harvard Law Review*, in cui egli sosteneva che la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali non

fosse garantita solo ed esclusivamente dallo U.S. *Bill of Rights* ma anche dalle Costituzioni dei singoli Stati federati.