

DPCE
online



Direttore responsabile

Giuseppe Franco Ferrari

Sede e direzione,

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

Tel. (+39) 02.5836.5227

mail: dpceonline@dpce.it

Sito internet: www.dpce.it

ISSN: 2037-6677

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

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

Comitato scientifico	Collaboratori stranieri
Vittoria Barsotti, Carlo Casonato, Lorenzo Cuocolo, Patrizia Depasquale, Angela Di Gregorio, Miryam Iacometti, Susanna Mancini, Laura Montanari, Paolo Passaglia, Pier Luigi Petrillo, Valeria Pierigigli, Fabrizio Politi, Oreste Pollicino, Alessandro Somma, Rolando Tarchi	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).
Redazione	
Coordinamento: Edmondo Mostacci; Comitato di redazione: Serena Baldin, Carla Bassu, Vincenzo De Falco, Andrea Marchetti, Graziella Romeo, Sabrina Ragone, Dario Tosi, Claudia Sartoretti; Comitato editoriale: Valerio Lubello, Nausica Palazzo; Nicola Pisciavino.	

Indice dei contributi

EDITORIALE

A. Ligustro, *La politica commerciale del Presidente Trump: bilancio dei primi cento giorni*

p. 165

LA TESTIMONIANZA

İ.O. Kaboğlu, *Turquie : suppression du régime parlementaire sous l'état d'urgence. Des remarques préliminaires sur la modification constitutionnelle "approuvée" par le référendum du 16 Avril 2017*

p. 177

SAGGI

M. Manfredi, *Foreign Direct Investments in African lands: The Chinese and EU different approach*

p. 193

M. Mazza, *L'onda populista: dalla Brexit a Trump fino al cuore dell'Europa*

p. 215

E. Mostacci, *Intruder in the Constitution: la parabola dell'obiezione di coscienza alla leva militare nel contesto statunitense*

p. 229

V.R. Scotti, *Presidentialism in Turkey. A first appraisal of 2017 Constitutional Reform*

p. 251

• **Ricordando Alessandro Pizzorusso**

G. de Vergottini, *Pizzorusso e la comparazione*

p. 267

V. Varano, *Alessandro Pizzorusso e la comparazione*

p. 281

R. Tarchi, *Alessandro Pizzorusso: un gigante della comparazione giuridica senza aggettivazioni*

p. 293

• **Casi e questioni: Creating a Market for Refugees in Europe**

P.H. Schuck, *Creating a Market for Refugees in Europe*

p. 303

C. Grütters, *Refugees are no merchandise*

p. 305

M. Savino, *Creating a European market for refugees?*

p. 309

NOTE E COMMENTI

• **Corte di Giustizia dell'UE**

P. Addis, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea alle prese con una domanda ricorrente: che cos'è la disabilità?*

p. 319

G. Befani, *Aiuti di stato al trasporto aereo: Illegittime le tariffe agevolate di Ryanair e Aer Lingus*

p. 325

G. Bellomo, *«Regola tecnica»: la Corte conferma l'inopponibilità in caso di mancata notifica*

p. 329

G. Bonerba, *Legittimazione e interesse a ricorrere dell'offerente definitivamente escluso da una gara pubblica: la CGUE si pronuncia sul caso Technische Gebäudetreuung*

p. 333

F. Campodonico, *Trasferimenti di competenze tra autorità amministrative e appalto pubblico: le condizioni della CGUE*

p. 337

M. Di Stefano, *La tutela del diritto di proprietà intellettuale in ambito UE: gli sforzi di interpretazione uniforme della Corte di Giustizia*

p. 341

G.F. Ferrari, *La Corte di Giustizia chiude senza novità l'era Teckal*

p. 347

F. Guella, *Data retention e circolazione dei livelli di tutela dei diritti in Europa: dai giudizi di costituzionalità rivolti alla disciplina UE al giudizio della Corte di giustizia rivolto alle discipline nazionali*

p. 349

M.C. Locchi , <i>Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti la protezione sussidiaria: la Corte di Giustizia torna sul caso irlandese</i>	p. 359
G. Mantica , <i>Corte di Giustizia: la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico diventa causa ostativa all'attribuzione dello status di rifugiato</i>	p. 365
G. Orusa , <i>Sistema di promozione a carattere piramidale e nesso indiretto</i>	p. 369
A. Perelli , <i>La Corte di Giustizia definisce il concetto di «figlio» ai fini del diritto dell'Unione Europea</i>	p. 373
I. Rivera , <i>Il diritto alla salute e la richiesta di protezione internazionale nel “Sistema Dublino”</i>	p. 377
F. Santolini , <i>La competenza giurisdizionale in materia di responsabilità e obblighi dei genitori: il criterio della residenza abituale del minore come garanzia del suo migliore interesse</i>	p. 383
L. Uccello Barretta , <i>L'impiego degli strumenti informatici nella pubblica amministrazione è sempre sinonimo di maggiori diritti?</i>	p. 387
L. Uccello Barretta , <i>La sicurezza alimentare tra Unione europea e regimi nazionali. Brevi notazioni su una recente pronuncia della Corte di Giustizia</i>	p. 391
A.C. Visconti , <i>Un intervento chiarificatore in materia di doppia incriminabilità nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale</i>	p. 397
• Corte Europea dei Diritti dell’Uomo	
D. Bacis , Khlaifia e altri c. Italia: <i>l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo</i>	p. 401
C.M. Reale , <i>Corte europea dei diritti umani e gender bender: una sovversione mite</i>	p. 409
• Corti costituzionali e supreme	
O. Soldatov , <i>The Transformative Effect of Social Media: Preliminary Lessons from the Supreme Court Argument in Packingham v. North Carolina</i>	p. 417
L. Trucco , <i>A volte ritornano: la Corte Suprema USA alle prese col gerrymandering</i>	p. 421
• Attualità costituzionale	
E. Bertolini , <i>Un Crisantemo per il XXI secolo: brevi considerazioni sulla Famiglia Imperiale nipponica, tra abdicazione e successione femminile</i>	p. 425
I collaboratori del presente fascicolo	p. 435

Contents

EDITORIAL

- A. Ligustro**, *President Trump's trade policy: an appraisal of the first hundred days* p. 165

LA TESTIMONIANZA

- I.Ö. Kaboğlu**, *Turkey: the abolition of the parliamentary regime under the state of emergency* p. 177

ARTICLES

- M. Manfredi**, *Foreign Direct Investments in African lands: The Chinese and EU different approach* p. 193
M. Mazza, *The populist wave: from Brexit to Trump to the heart of Europe* p. 215
E. Mostacci, *Intruder in the Constitution: the conscientious objection to military service in the U.S.* p. 229
V.R. Scotti, *Presidentialism in Turkey. A first appraisal of 2017 Constitutional Reform* p. 251

• Remembering Alessandro Pizzorusso

- G. de Vergottini**, *Pizzorusso and legal comparison* p. 267
V. Varano, *Alessandro Pizzorusso and legal comparison* p. 281
R. Tarchi, *Alessandro Pizzorusso: a giant of legal comparison* p. 293

• Topical Issues: Creating a Market for Refugees in Europe

- P.H. Schuck**, *Creating a Market for Refugees in Europe* p. 303
C. Grüters, *Refugees are no merchandise* p. 305
M. Savino, *Creating a European market for refugees?* p. 309

NOTES AND COMMENTS

• Court of Justice of the EU

- P. Addis**, *CJEU's struggles with a recurring question: what is a "disability"?* p. 319
G. Befani, *State aids to the air transport: Unlawful Ryanair and Aer Lingus tariff concessions* p. 325
G. Bellomo, *«Technical regulation»: The Court confirms the unenforceability in the event of failure to notify* p. 329
G. Bonerba, *Locus standi and interest in bringing proceedings of a tenderer definitively excluded from a procurement procedure: the ECJ decides the Technische Gebäudebetreuung case* p. 333
F. Campodonico, *Transfers of powers between administrative authorities and public procurement: the ECJ's conditions* p. 337
M. Di Stefano, *The protection of intellectual property right in the EU: a uniform interpretation of the Court of Justice* p. 341
G.F. Ferrari, *The CJEU has closed the Teckal era with no changes* p. 347
F. Guella, *Data retention and the circulation of levels of rights' protection in Europe: from constitutional adjudication concerning EU rules to ECJ judgment relevant for national regulation* p. 349
M.C. Locchi, *The right to be heard of applicants for subsidiary protection: the Court of Justice rules again on the Irish case* p. 359

G. Mantica , <i>Court of Justice: The participation to a terroristic group's activities becomes an obstacle to the attribution of refugee status</i>	p. 365
G. Orusa , <i>Pyramid promotional system and indirect link</i>	p. 369
A. Perelli , <i>The Court of Justice of the European Union defines the concept of «child» for the purposes of European Union's law</i>	p. 373
I. Rivera , <i>The right to health and the request for international protection in the Dublin system</i>	p. 377
F. Santolini , <i>The jurisdiction about parents' responsibility and obligations: the criterion of the child's habitual residence as a guarantee of his best interest</i>	p. 383
L. Uccello Barretta , <i>Does digitisation process always turn into a more intense protection of people's rights?</i>	p. 387
L. Uccello Barretta , <i>Food safety between the European Union and the national legislations. Brief thoughts on a recent pronouncement of the European Court of Justice</i>	p. 391
A.C. Visconti , <i>A clarifying intervention on matter of double criminality within the context of judicial cooperation in penal matters</i>	p. 397
• European Court of Human Rights	
D. Bacis , <i>Khlaifia and others v. Italy: the Strasbourg Court's decision on the reception of immigrants</i>	p. 401
C.M. Reale , <i>The European Court of Human Rights and gender bender: a moderate subversion</i>	p. 409
• Foreign Jurisdictions	
O. Soldatov , <i>The Transformative Effect of Social Media: Preliminary Lessons from the Supreme Court Argument in Packingham v. North Carolina</i>	p. 417
L. Trucco , <i>The US Supreme Court still dealing with racial gerrymandering: decide everything to decide what?</i>	p. 421
• Constitutional developments	
E. Bertolini , <i>A Chrysanthemum for the XXI Century: Some Consideration on the Japanese Imperial Family, between Abdication and Feminine Succession</i>	p. 425
Contributors	p. 435

La politica commerciale del Presidente Trump: bilancio dei primi cento giorni

di Aldo Ligustro

1. – Il “Contratto con l’elettore americano”, il noto “manifesto” con cui Donald J. Trump, nella campagna elettorale per le Presidenziali americane del novembre scorso, ha definito il piano d’azione da intraprendere nei primi cento giorni di Presidenza *to make America great again*, contiene anche, alla voce *Seven actions to protect American workers*, quattro punti che delineano il proprio programma in materia di politica commerciale con l’estero: una politica caratterizzata da una retorica nazionalista e “antiglobalista” e da contenuti protezionistici, in base all’assunto secondo il quale gli Stati Uniti subirebbero da decenni una guerra commerciale responsabile del loro enorme deficit.

Le quattro azioni indicate nel “contratto con l’elettore” per rimediare a tale squilibrio, riguardano: 1) la rinegoziazione del NAFTA (*North Atlantic Free Trade Agreement*) o il recesso dallo stesso; 2) la rinuncia al progetto del TPP (*Trans-Pacific Partnership*); 3) la qualificazione della Cina come “manipolatore di valuta”; 4) l’incarico, affidato alle autorità preposte alla gestione delle relazioni commerciali con l’estero (*Secretary of Commerce* e *Trade Representative*), di individuare tutti gli “abusi commerciali” commessi all’estero che danneggino i “lavoratori americani”, per contrastarli con ogni strumento previsto dal diritto statunitense e dal diritto internazionale.

Questi indirizzi programmatici, riaffermati anche dopo la campagna elettorale e ulteriormente rafforzati da una serie di dichiarazioni o di concreti provvedimenti, preoccupano numerosi partner commerciali degli Stati Uniti, che temono per i propri interessi economici ma anche per la stabilità (e per la stessa sopravvivenza) dell’intero sistema degli scambi internazionali assicurata, da oltre un ventennio, dall’Organizzazione mondiale del commercio (OMC). A distanza di circa mezzo anno dall’insediamento ufficiale del nuovo Presidente alla Casa Bianca, e con il periodo dei primi cento giorni ormai ampiamente superato, si può tentare un primo bilancio degli effetti di queste politiche, valutando la fondatezza, allo stato, dei timori manifestati da tanti governi. C’è da chiedersi, in particolare, se, come in molti credono o sperano, i bellicosi proclami di Trump *candidato* nella corsa alla Casa Bianca siano destinati a lasciar spazio ad una più morbida e “responsabile” *Realpolitik* del Trump *Presidente*.

2. – Un tratto evidente della politica commerciale di Trump è costituito dall'insofferenza per ogni forma di cooperazione multilaterale e la preferenza, invece, per i rapporti bilaterali, ritenuti più funzionali alla tutela degli interessi nazionali. Di questo orientamento è destinato a farne le spese, innanzitutto, come si è visto, il NAFTA, l'accordo di integrazione economica regionale che dal 1994 lega gli Stati nordamericani. Vero è che, finora, non è stato intrapreso alcun passo concreto contro tale accordo; è altrettanto vero, però, che alcune misure annunciate o già adottate dagli USA espongono questi ultimi alla reazione, eventualmente anche in sede giudiziaria, dei suoi vicini, in quanto manifestamente incompatibili con regole del NAFTA, a partire dal fondamentale principio di non discriminazione nel trattamento di merci e imprese in base alla loro nazionalità. È il caso, per citare uno degli esempi più eclatanti, dell'ordine esecutivo presidenziale adottato il 18 aprile scorso dal titolo (ispirato a due slogan gemelli molto cari a Trump) *Buy American, Hire American* ("compra americano, assumi americano") che è volto a favorire l'uso di materiale e di maestranze statunitensi nella realizzazione di opere pubbliche sul territorio nazionale. È facile, dunque, che in caso di ricorsi del Canada e del Messico, o delle loro imprese, e ancor di più in caso di eventuali condanne degli Stati Uniti, Trump possa voler rendere effettivo il suo proposito di cambiare profondamente, oppure denunciare, lo stesso NAFTA.

Al di là, comunque, di questi profili di carattere formale, i legami degli Stati Uniti con Canada e Messico risultano già, nella sostanza, piuttosto compromessi rispetto al passato. È quasi paradossale che, mentre viene messa in discussione la stessa esistenza del NAFTA, il Canada rinsaldi fortemente i suoi rapporti commerciali oltreoceano con l'Unione europea, sottoscrivendo con essa, il 30 ottobre 2016, il CETA (*Canada-EU Trade Agreement*), l'accordo globale che prevede l'abolizione della maggior parte dei dazi doganali tra le due parti, entrato nella fase di applicazione provvisoria il 15 febbraio scorso e attualmente sottoposto alle procedure di ratifica da parte dei singoli membri dell'Unione. Anche se non tutti nel mondo politico e nell'opinione pubblica considerano questo accordo come un successo (sono anzi note le critiche e le contestazioni che, in moltissimi Paesi, investono il CETA e analoghi accordi "megaregionali"; contestazioni nel merito delle quali non possiamo entrare in questa sede), è evidente come la sua importanza strategica (sia per il Canada che per l'Unione europea) sia lievitata proprio in risposta al protezionismo USA e in vista di un probabile addio al TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), il ben più ambizioso progetto di partenariato economico transatlantico, fortemente voluto dagli Stati Uniti sotto la Presidenza Obama, ma da Trump almeno inizialmente osteggiato (sono recenti, invece, le voci di un ripensamento statunitense dopo i colloqui dello scorso aprile tra il Segretario al Commercio Wilbur Ross e il Commissario europeo Cecilia Malmstrom, che non hanno escluso un rilancio dei negoziati).

Diversamente dal Canada, il Messico è completamente destabilizzato dall'attacco al NAFTA e all'integrazione nordamericana sferrato dalla nuova Presidenza USA, privo com'è, allo stato, di un'analogia capacità di diversificazione delle proprie strategie economico-commerciali. Pure questa situazione ha, a ben vedere, qualcosa di paradossale. Secondo, infatti, accreditate opinioni (cfr. sinteticamente, ma con rinvii ad analisi più ampie, J. M. Cypher, *Il Messico nella*

trappola della dipendenza, in *Le Monde Diplomatique/Il Manifesto*, aprile 2017, 8 s.), le principali accuse oggi rivolte dall’Amministrazione Trump (l’attuazione di pratiche commerciali sleali consistenti nel dumping sociale, ambientale e fiscale a favore delle merci nazionali) sarebbero il portato della scelta di allineare la propria politica economica a quella statunitense effettuata in passato da questo Paese, anche sotto la pressione dei governi e del mondo economico del potente vicino. Proprio in seguito alla firma del NAFTA, il Messico, in effetti, ha aperto la quasi totalità dell’economia nazionale (eccetto il settore petrolifero) al controllo delle imprese manifatturiere del Nord America attratte dalla possibilità di avvalersi della riduzione dei costi produttivi derivanti dai bassi salari messicani, per acquisire vantaggi competitivi sui mercati internazionali e merci a prezzi ridotti per i consumatori nazionali (uno schema che, del resto, ha caratterizzato in generale i rapporti con i Paesi in via di sviluppo, e con la Cina, nei processi di globalizzazione portati avanti nei decenni passati sotto la guida degli Stati Uniti). Tali vantaggi, peraltro, sono stati fino ad oggi stabilmente garantiti dai diversi governi messicani attraverso mirate politiche di contenimento delle dinamiche salariali e l’autorizzazione a creare numerose *maquiladoras*, le famigerate aziende di assemblaggio, esenti da imposte e specializzate in lavori poco qualificati e a basso costo, poste a ridosso della frontiera con gli Stati Uniti. Il prezzo pagato per queste scelte dalla società messicana (ma non dalle sue élites politico-economiche, in grado, invece, di avvantaggiarsene) è stata la condanna ad un modello di sviluppo basato, appunto, quasi esclusivamente su settori manifatturieri di scarsa qualità (a scapito di altri settori, come quello agricolo) e fortemente orientato all’esportazione, prevalentemente verso il vicino a nord del Rio Grande (che attualmente assorbe circa il 90% dell’intero export messicano). Addossare, quindi, al Messico, come fa ora Trump, la responsabilità degli odierni problemi statunitensi legati alla desertificazione industriale di alcune parti del suo territorio e alla disoccupazione o sottoccupazione degli americani, brandendo l’arma di provvedimenti restrittivi nei confronti delle merci e della manodopera provenienti da tale Paese, crea, in effetti, un vero paradosso, che ha per lo stesso il sapore di una beffa ed evidenzia, altresì, la matrice prettamente populista della polemica anti-globalizzazione di Trump, estranea ad ogni serio approfondimento delle cause degli inconvenienti da essa prodotti.

Giusto un breve cenno merita ancora un altro dossier, quello relativo a Cuba, rispetto al quale la nuova Presidenza ha realizzato uno strappo netto col passato, annunciando la cancellazione dello storico accordo di recente siglato da Obama per avviare la normalizzazione dei rapporti con l’isola caraibica e il superamento dell’embargo e del divieto di turismo; misure ormai in atto da oltre mezzo secolo e di dubbia conformità col diritto internazionale e col diritto dell’OMC.

3. – Chiuso il capitolo del continente americano, rivolgiamo l’attenzione a quello asiatico e all’area del Pacifico, dove la partita da giocare è ben più complessa e delicata per l’ingombrante presenza della Cina, la potenza economico-commerciale che, da anni, contende agli Stati Uniti l’egemonia mondiale. Anche su questo fronte si registra una svolta radicale rispetto agli indirizzi seguiti da Obama (e dai suoi predecessori). Si è passati, infatti, da una strategia definita di “contenimento”

dell'espansione cinese ad una politica detta di *rollback*, volta a riaffermare la supremazia statunitense.

A questa svolta è innanzitutto da ascrivere la rapida attuazione della seconda promessa contenuta nel programma di politica commerciale di Trump, e, cioè, l'abbandono del TPP, già nel mese di gennaio, col ritiro della firma apposta da Obama al relativo accordo. Si trattava, infatti, di realizzare sotto l'egida statunitense, un'ampia zona di libero scambio comprendente gran parte dell'Asia orientale ed estesa all'area del Pacifico per arginare l'influenza della Cina, esclusa dal progetto. Trump, però, come già sottolineato, ha preferito affidarsi, anche nel perseguimento di questa strategia di contenimento, a rapporti di carattere bilaterale, al riparo dai vincoli e dai condizionamenti che un accordo di larga portata comporta. Eccolo così allora rilanciare, ad esempio, l'alleanza strategica con l'India, il secondo gigante economico dell'Asia, sia sul versante militare (tra l'altro con la fornitura di droni statunitensi, per la prima volta ad un Paese non membro della NATO) che economico.

Il fulcro della sua strategia nell'area considerata è, comunque, il confronto diretto con Pechino, condotto con uno stile decisamente più "assertivo" rispetto al suo predecessore (così F. Sisci, *Perché cinesi e american non si capiscono*, in *Cina-Usa, la sfida*, Limes, 2017/1, 113 ss., 115). Un esempio concreto della sfida di Trump può essere rinvenuto nel rifiuto di accordare alla Cina lo *status* di "economia di mercato" dopo la fine, nel dicembre del 2016, del periodo transitorio di quindici anni dal suo ingresso nell'OMC, periodo durante il quale si è consentito agli altri Stati membri di adottare nei confronti delle importazioni da essa provenienti dazi antidumping a condizioni più permissive e di entità più elevata in considerazione delle peculiari caratteristiche della sua economia, lontane, appunto, da quelle di mercato. La posizione degli Stati Uniti rispetto a tale richiesta non è, in vero, isolata, ma è condivisa da diversi Membri dell'OMC, Unione europea compresa, particolarmente esposti all'invasione delle importazioni cinesi. Dal canto suo la Cina ha fatto ricorso in sede contenziosa sia contro gli Stati Uniti, sia contro l'Unione, ritenendo le pratiche antidumping da essi attuate ormai illecite in base alle regole OMC (cfr. le due parallele richieste di consultazioni rubricate WT/DS515/1 e DS516/1, del 15 dicembre 2016); e l'esito di tali ricorsi è atteso con grande trepidazione da molti Paesi, potendo gli stessi sortire, nel caso di un loro accoglimento, effetti deflagranti nei propri mercati interni (per un approfondimento della questione cfr. K. Kaszubska, *Rethinking China's Non-Market Economy Status Beyond 2016*, ORF Occasional Paper, Januar 2017, reperibile in rete).

Considerata questa incombente minaccia, potrebbe stupire la decisione di Donald Trump di rinunciare allo strumento di difesa nei confronti delle importazioni cinesi ch'era stato espressamente annunciato nel suo programma elettorale. L'intenzione di far dichiarare la Cina "manipolatore di valuta" (*Currency Manipulator*) da parte del Segretario al Tesoro è stata, infatti, bruscamente accantonata poche settimane fa. La Casa Bianca ha presentato all'opinione pubblica questa scelta quale frutto della propria azione politico-diplomatica, in grado di ottenere rapidamente importanti concessioni dal partner asiatico (compreso, sul piano politico, un intervento cinese sulla Corea del Nord). Per molti osservatori, però, si è trattato sin dall'inizio di un'operazione meramente propagandistica, in

quanto affidata ad un'arma già in partenza spuntata (e altresì osteggiata dalle multinazionali americane, decisamente contrarie a una guerra commerciale con la Cina). L'accusa mossa al Governo cinese è quella di tenere il corso dello yuan artificialmente basso per concedere alle proprie merci vantaggi competitivi sui mercati mondiali; e ciò avverrebbe da decenni, tant'è che già in precedenza (ma l'ultima volta risale al 1994) il Segretario al Tesoro aveva più volte adottato il provvedimento ora richiesto da Trump. Sennonché, in base alla legislazione attualmente vigente negli Stati Uniti dopo le recenti modifiche intervenute nel 2015, per potersi compiere un passo del genere devono ricorrere precise condizioni, tra cui, soprattutto, la dimostrazione che la Cina abbia speso l'equivalente del 2% del proprio prodotto interno per acquistare valute straniere al fine di aumentarne il valore e ridurre, di conseguenza, quello dello yuan. Proprio negli ultimi anni, però, il Governo cinese ha invertito la propria politica monetaria, smettendo di acquistare valute straniere, e il dollaro in particolare, lasciando determinare il corso dello yuan dal libero mercato e ricorrendo, addirittura, in qualche caso, ad acquisti della propria valuta per perseguire i suoi attuali obiettivi di politica economica (su cui non è evidentemente possibile soffermarci in questa sede). Anche, tuttavia, a voler ipotizzare un esito positivo per l'indagine del Tesoro, le conseguenze che ne potrebbero derivare non sarebbero né immediate, né particolarmente significative. La legislazione vigente prevedrebbe, infatti, in tale ipotesi, l'apertura di un negoziato col Paese straniero al fine di raggiungere sul punto una soluzione amichevole entro un anno; e solo in seguito ad un fallimento delle trattative si potrebbe finalmente far ricorso a misure di ritorsione. La più grave consisterebbe nel blocco dei finanziamenti in Cina da parte della *U.S. Overseas Private Investment Corp.*, un'agenzia governativa di aiuto allo sviluppo; ma questo strumento non è attualmente disponibile poiché il programma di finanziamenti statunitensi in Cina è stato sospeso già nel 1989 come sanzione per la sanguinosa repressione delle manifestazioni a Piazza Tienanmen. Bene ha fatto, dunque, Trump, dal suo punto di vista, a rinunciare a questo tipo di azione, propagandando il cambio di politica monetaria cinese nel frattempo determinatosi come un proprio successo politico.

Sa molto di *bluff* (a parere di tanti analisti, anche statunitensi) pure quanto finora avvenuto nei rapporti sino-americani in materia più strettamente commerciale. La Casa Bianca ha enfatizzato come un altro importante successo l'accordo bilaterale sottoscritto con la Cina subito dopo la visita del Presidente Xi Jinping negli Stati Uniti, agli inizi di aprile, che facilita l'accesso ai reciproci mercati nazionali per una serie di settori, in particolare quello della carne bovina e dei servizi finanziari. Molti osservatori, però, hanno sottolineato la portata marginale dell'accordo, anche se l'Amministrazione lo considera come semplice base iniziale per un più ampio negoziato futuro.

Al di là della retorica propagandistica presidenziale, non è facile capire quali siano attualmente lo stato e le prospettive del confronto sino-americano; anche perché, in tale contesto, i profili commerciali si intrecciano strettamente con complessi problemi di natura politico-militare. A testimoniare queste difficoltà di valutazione, la circostanza che vari tentativi fin qui in tal senso effettuati giungono spesso a conclusioni molto divergenti: chi, da una parte (ad esempio, Federico Rampini e Moisés Naím, in diversi articoli giornalistici, e C. Van Staden, *Pechino*

avanza perché noi non sappiamo più osare, in *Limes*, 2017/1, 145 ss.), osserva come la chiusura protezionistica e il ritiro dal TPP costituiscano errori macroscopici per gli USA, che si autocondannerebbero così al declino come superpotenza, e un regalo a Pechino, pronta a occupare gli spazi economici e geopolitici lasciati dal rivale per lanciare il progetto della Nuova via della seta e affermare il suo ordine mondiale come nuova nazione leader della globalizzazione; chi, dall'altra (ad esempio, J. L. Shapiro, D. Fabri e F. Sisci, in *Limes* 2017/1, 93 ss.), dà ormai per acquisiti la riaffermazione della supremazia statunitense e il ridimensionamento cinese, sottolineando anche il carattere marginale e, tutto sommato, piuttosto innocuo, se non addirittura utile, per gli interessi americani, del suddetto progetto della Nuova via della seta.

4. – La campagna protezionistica di Donald Trump non si ferma a Messico e Cina ma investe anche, come terzo fronte principale, l'Europa e ... il resto del mondo.

Per quanto riguarda i Paesi europei, sono tanti i dossier aperti. Si va dalla vecchia disputa sull'embargo europeo della carne agli ormoni, all'accusa di vendite in dumping dell'acciaio da parte di Italia, Germania, Francia e Belgio (ma anche di Giappone, Corea del Sud e Taiwan), fino alla polemica contro le merci etichettate con marchi europei, ma assemblate in Cina o in Paesi in via di sviluppo, per sfruttare il trattamento preferenziale loro concesso negli Stati Uniti (come accade spesso anche per il *made in Italy*, nei settori dell'abbigliamento e delle calzature). Vi è persino la contestazione della svalutazione competitiva mossa, dopo lo yuan, anche all'euro.

L'Amministrazione Obama cercava di risolvere questi conflitti attraverso il negoziato e il progetto del TTIP. L'approccio di Trump è, ancora una volta, più conflittuale e non prevede alcuno sconto nemmeno per il Vecchio Continente (che, del resto, dopo la Cina è il maggiore esportatore di merci negli Stati Uniti), le cui merci egli intende contrastare con vari strumenti, ma specialmente con l'arma dei dazi e delle multe antidumping.

A tale proposito, giungiamo a considerare il quarto obiettivo di politica commerciale contemplato nel programma elettorale di Trump: quello finalizzato alla lotta contro tutte le pratiche commerciali sleali di partner stranieri che contribuiscono a determinare un deficit della bilancia commerciale statunitense annuo di 500 miliardi di dollari (sarebbero addirittura 750 considerando solo gli scambi di merci, senza le forniture di servizi). Tale obiettivo è stato portato avanti, questa volta, con grande determinazione. Per darvi attuazione, il 31 marzo scorso, Trump ha, infatti, firmato due ordini esecutivi presidenziali.

Il primo prende semplicemente in considerazione il problema della "riscossione dei crediti", limitandosi, in sostanza, a richiedere alle competenti autorità del Paese di predisporre, entro novanta giorni, un piano adeguato per rendere più rigorosa l'applicazione delle leggi antidumping e più efficace la riscossione dei dazi dovuti all'amministrazione americana, che dal 2001 ad oggi ha fatto registrare una perdita di 2,8 miliardi di dollari.

Decisivo, ai fini della strategia di riequilibrio dei rapporti di scambi con l'estero e di riduzione del deficit commerciale, è invece il secondo ordine esecutivo, con cui si affida al Segretario al commercio e al Rappresentante commerciale il

compito di predisporre, sempre entro novanta giorni, un *Omnibus Report on Significant Trade Deficits*, volto ad individuare le pratiche sleali messe in atto dai vari Stati contro gli USA, proponendo misure di difesa adeguate. I novanta giorni previsti per l'attuazione dei due ordini esecutivi sono appena scaduti. Il Presidente potrà quindi presto prendere visione dei rapporti e, su questa base, procedere alla fase esecutiva del piano di azione contro i Paesi “sleali”.

C’è da attendersi, quindi, a breve, una raffica di sanzioni commerciali probabilmente dirette, oltre che contro Messico e Cina, verso un’ampia gamma di Paesi, compresi quelli tradizionalmente amici come la Corea del Sud e il Giappone, e contro l’Unione europea. Per valutare quali potrebbero essere gli effetti di questa offensiva commerciale, sono opportune alcune considerazioni di carattere giuridico. È, infatti, di centrale importanza comprendere se le eventuali sanzioni statunitensi siano destinate a realizzarsi nel rispetto dei limiti previsti dal diritto internazionale e dal diritto statunitense, come annunciato nel “contratto con l’elettore americano”, o a travalicarne i confini. A seconda dei casi, le reazioni degli Stati colpiti e le ripercussioni “sistemiche” delle politiche di Trump, potrebbero essere – è evidente – di diversa portata e gravità.

5. – Una prima considerazione riguarda un argomento ricorrente nelle rivendicazioni di Trump, chiaramente esplicitato anche nell’ordine esecutivo *Omnibus*: l’assenza di reciprocità dei vantaggi rispetto ai partner con cui gli Stati Uniti sono legati da accordi commerciali, compresi quelli dell’OMC. La reciprocità dei vantaggi, oltre ad essere un principio “strutturale” delle relazioni internazionali in materia di trattati, costituisce certamente uno dei principi fondamentali dell’OMC, dove assume però una duplice valenza, a seconda che lo si consideri sotto il profilo formale (simmetricità degli impegni *convenzionalmente* assunti dagli Stati in termini, in particolare, di riduzione delle barriere tariffarie e non tariffarie agli scambi) o sostanziale (equilibrio tra i vantaggi *effettivamente* ottenuti dagli Stati sul piano materiale). Le due accezioni del principio sono concepite come tendenzialmente coincidenti, nel senso che la reciprocità giuridico-formale presuppone implicitamente che gli Stati cercheranno di realizzare, almeno a medio e lungo termine, un effettivo equilibrio dai vantaggi derivanti dalle rispettive concessioni.

Questo assunto, almeno in condizioni normali, è del resto in perfetta sintonia con le premesse ideologiche e gli obiettivi di stampo neoliberista del sistema OMC, il quale mira a favorire le produzioni più efficienti e dinamiche, capaci di trarre effettivo beneficio dalla rimozione degli ostacoli al libero scambio, e non a garantire quote di mercato a tutti gli Stati. Da molti anni, tuttavia, gli Stati Uniti, ma anche altri Paesi industrializzati, rivendicano la necessità di apportare dei “correttivi materiali” al tradizionale funzionamento della reciprocità in rapporto, in particolare, ai Paesi di nuova industrializzazione (prima ancora al Giappone, e oggi soprattutto alla Cina), accusati di perseguire una politica di scambi “sleale”, avvantaggiandosi del basso livello generale delle tariffe doganali applicate dai Paesi industrializzati per accrescere smisuratamente le proprie esportazioni, proteggendo al contempo i loro mercati interni con dazi elevati e altri mezzi anticoncorrenziali. *Nulla quaestio*, sotto il profilo giuridico, se un membro dell’OMC che lamenti questi

problemi riesca ad ottenere dai suoi partner, tramite negoziato, ulteriori concessioni in grado di riequilibrare i reciproci *terms of trade*. Spesso, però, dalle recriminazioni si è passato ai fatti col varo di apposite legislazioni che autorizzano le autorità governative nazionali a favorire l'apertura dei mercati stranieri con l'ausilio di sanzioni economiche: è quanto avvenuto proprio negli Stati Uniti con gli emendamenti apportati nel 1988 al *Trade Act*. Dato il loro unilateralismo, la liceità di tali politiche (per le quali è stato coniato il termine di "reciproicità aggressiva"), alla luce degli obblighi multilaterali dell'OMC, è però assai dubbia (ricordiamo, tra l'altro, che ogni misura di ritorsione, anche qualora pienamente giustificata da comportamenti sleali o illeciti altrui, va comunque autorizzata dall'Organo di soluzione delle controversie dell'OMC, al termine di un procedimento di tipo giudiziario) e ha infatti già provocato in passato il sorgere di diversi conflitti tra i membri dell'Organizzazione (ci si consenta di rinviare, per un approfondimento del tema, a P. Picone, A. Ligusto, *Il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, 119 ss.; 593 ss.; 664 ss.). Il programma di Trump, se attuato con criteri del genere, rischia evidentemente di esasperare e moltiplicare questi conflitti, e la circostanza che le politiche descritte non siano, come si è visto, di esclusivo appannaggio degli Stati Uniti non costituisce un'attenuante, ma suggerirebbe, a maggior ragione, la rinuncia all'unilateralismo, a favore di soluzioni negoziate a livello multilaterale.

6. – Una seconda considerazione riguarda la scelta, ricavabile dal programma di Trump e dagli ordini esecutivi volti a darne attuazione, di privilegiare soprattutto i dazi antidumping quali strumenti di difesa commerciale nei confronti delle importazioni dirette nel mercato statunitense. Tra le numerose clausole di eccezione e di salvaguardia previste dagli accordi OMC che consentono di derogare agli obblighi assunti in presenza di circostanze eccezionali, i dazi antidumping sono, infatti, i più efficaci allo scopo indicato, consentendo ai Paesi importatori più ampi margini di applicazione. La maggiore libertà concessa in tal senso agli Stati dà però spesso adito a veri e propri abusi rispondenti all'intento di proteggere illecitamente l'industria nazionale dalla concorrenza straniera; abusi facilmente sanzionabili in sede giurisdizionale. Non a caso la materia dei dazi antidumping è tra quelle che maggiormente alimenta il contenzioso in ambito OMC e gli Stati Uniti (ma non solo essi) sono tra i Paesi più frequentemente condannati, essendo dotati di una legislazione antidumping tra le più "generose" verso le esigenze di protezione delle industrie nazionali.

A questo proposito va peraltro richiamata l'attenzione su un dato che, per certi versi, possiamo considerare come un effetto diretto dell'offensiva protezionistica americana in questo settore: l'Unione europea si è impegnata in una modifica della propria legislazione antidumping per renderla più incisiva, avvicinandola molto, nei contenuti, a quella statunitense (e ciò specie nella versione scaturita dalle modifiche alla proposta della Commissione suggerite dal Parlamento europeo il 20 giugno scorso). Invero, la riforma intrapresa (all'insegna dello slogan "un commercio libero ma equo") mira principalmente a contrastare le importazioni dalla Cina (anche in vista di un eventuale obbligo a riconoscerle lo *status* di

economia di mercato). Tuttavia, facilitando in generale l'imposizione di dazi, essa rischia di accrescere ulteriormente il contenzioso OMC in questo campo.

7. – L'ultima considerazione da svolgere, sotto il profilo giuridico, riguarda per l'appunto il meccanismo di soluzione delle controversie dell'OMC. L'insofferenza manifestata da Trump verso i vincoli derivanti da accordi e organizzazioni multilaterali non ha mancato di dirigersi anche contro tale meccanismo. In un momento in cui l'Amministrazione USA rischia di essere coinvolta, per reazione ai provvedimenti da essa annunciati, in un'*escalation* di procedimenti contenziosi, c'è da temere che l'insofferenza si trasformi in aperta contestazione, fino all'estrema tentazione di ignorare i verdetti provenienti dall'OMC sfavorevoli per gli Stati Uniti, come adombrato di recente in una relazione del Rappresentante commerciale al Congresso. Una reazione del genere assesterebbe probabilmente un colpo mortale all'intero sistema multilaterale degli scambi, o quantomeno segnerebbe un regresso dello stesso alla stentata esistenza del vecchio GATT (l'Accordo generale sulle tariffe doganali ed il commercio), che non era in grado di assicurare né l'approvazione né l'esecuzione dei giudizi emanati dai suoi organi, a differenza del meccanismo di soluzione delle controversie operante nell'OMC dal 1955, non a caso definito "il gioiello della corona" per la sua capacità di risolvere efficacemente una mole considerevole di liti, che non ha paragoni in altre organizzazioni internazionali di carattere multilaterale (ad oggi si contano circa 525 procedimenti risolti o pendenti in poco più di venti anni!).

In una fase storica in cui la credibilità e la tenuta del quadro di relazioni commerciali multilaterali sono già fortemente compromesse, da un lato, dal sostanziale stallo del *Doha Round* (il ciclo di negoziati annunciato nel 2001 con un ambizioso programma di riforma e di estensione degli accordi vigenti), dall'altro, dalla formidabile proliferazione di accordi bilaterali, regionali e megaregionali (oltre 400!), che ne ha fortemente eroso la coesione, la delegittimazione del "gioiello della corona" da parte della nazione leader rischierebbe di demolire definitivamente il sistema (come di recente paventato da Gardner, ex ambasciatore degli Stati Uniti presso l'Unione europea) e di portarci incontro al Far West.

Non è il caso, però, di fare un processo alle intenzioni. La situazione descritta è, come si è visto, ancora molto fluida e non consente di fornire delle risposte chiare ai vari quesiti che ci siamo posti: primo fra ogni altro quello sulla possibilità che l'attuale Presidente degli Stati Uniti recuperi un'autentica disponibilità al dialogo e alla cooperazione con tutti, di cui il mondo ha bisogno. Gli sviluppi futuri, da seguire con molto interesse, sia come studiosi che come cittadini, potranno forse darci, fin dai prossimi mesi, dei segnali più certi sul destino che ci attende.

La testimonianza

Presentazione

Abbiamo ricevuto, grazie all'impegno di Tania Groppi, l'analisi di İbrahim Ö. Kaboḡlu del complessivo processo di revisione della Costituzione turca, la quale segna una svolta in senso autoritario del Paese.

L'involuzione della forma di Stato della Repubblica di Turchia è stata accompagnata, come è noto, da una limitazione della libertà delle istituzioni universitarie e dell'accademia, con l'allontanamento di coloro le cui posizioni non collimassero con il nuovo corso politico. Tra questi l'autore della testimonianza che

pubblichiamo, non solo per l'indubbio valore scientifico del testo, ma anche in segno di solidarietà da parte della comunità degli studiosi italiani di Diritto pubblico comparato. Una solidarietà che risulta particolarmente spontanea per chi proviene da un Paese che – in un tempo fortunatamente remoto ma ancora presente nella memoria degli studiosi e dei cittadini italiani – ha dovuto conoscere un'esperienza non dissimile da quella della Turchia odierna.

Giuseppe Franco Ferrari

Il testo che si pubblica qui di seguito rappresenta al tempo stesso una analisi giuridica della recente revisione della costituzione turca e una testimonianza di impegno civile.

Il suo autore, il professor İbrahim Ö. Kaboḡlu, infatti, uno dei principali costituzionalisti turchi, ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Marmara e professore invitato in molteplici università francesi, autore di innumerevoli volumi, impegnato attivamente nella società civile, è stato licenziato con il decreto legge di emergenza del 7 febbraio 2017, come migliaia di accademici e decine di migliaia di altri dipendenti pubblici. A seguito del tentato colpo di stato del 15 luglio 2016 il governo di Erdogan, approfittando dei poteri straordinari conferitigli dalla proclamazione dello stato di emergenza, col pretesto di colpire i presunti autori del golpe, ha colto l'occasione per sbarazzarsi dei suoi oppositori, con provvedimenti sprovvisti di

qualsiasi motivazione e non impugnabili. In questa situazione sono state approvate modifiche alla costituzione turca che sono considerate dalla comunità internazionale (si veda il parere della Commissione di Venezia) come volte a instaurare un regime autoritario. La revisione costituzionale in questione costituisce l'oggetto principale dell'articolo che, oltre a descriverne criticamente il contenuto e il contesto di emergenza in cui è avvenuta, contiene anche interessanti e appassionate considerazioni su quelli che potranno essere gli sviluppi della situazione turca da qui al 2019, anno nel quale entrerà in vigore la maggior parte delle nuove norme costituzionali.

Questo articolo viene pubblicato congiuntamente dalle riviste DPCE Online, Teoria y Realidad Constitucional; Revue des droits de l'homme; Les Annales de l'Université de Bucarest.

Tania Groppi

Turquie :

suppression du régime parlementaire sous l'état d'urgence

Des remarques préliminaires sur la modification constitutionnelle “approuvée” par le référendum du 16 Avril 2017

par *İbrahim Özden Kaboğlu**

Abstract: *Turkey: the abolition of the parliamentary regime under the state of emergency* – This paper discusses the politico-constitutional upheavals that took place in Turkey since 15 July 2016. While a state of emergency has been proclaimed to restore the public order disturbed by the attempted military coup, a constitutional modification, addressed to remove the parliamentary system, has been adopted under exceptional circumstances. The first question we considered in this paper is the constitutional practice of the state of emergency proclaimed, both in the perspective of the binding Constitution and the European Convention on Human Rights. Secondly, we analysed the constitutional modifications, which appear very radical with respect to the continuity of the constitutional order, with respect to the time dimension of its effects, to the procedure adopted and the requirements of the rule of law. We finally asked ourselves whether such “new order”! is sustainable in a political organization conceived as a democratic State based on the rule of law and the respect of human rights.

177

Keywords: State of emergency; Core of rights; Abusive constitutionalism; Suspension of human rights; Parliamentary system.

À la suite du putsch avorté (le 15 juillet 2016), l'état d'urgence a été proclamé (le 21 juillet). Au cœur des contestations dues à la pratique anti-constitutionnelle de l'état d'urgence par le biais des décrets-lois, la proposition de loi pour changer la Constitution a été déposée à l'Assemblée nationale (le 10 décembre). Le projet de loi introduisant le changement du régime politique a été adopté par l'Assemblée nationale (le 21 janvier 2017) et, à partir de sa publication dans le Journal officiel (le 11 février), la loi constitutionnelle a été soumise au référendum qui a eu lieu le 16 avril 2017.

D'abord, il convient de rappeler les acquis constitutionnels de la Turquie. Ensuite, l'état d'urgence et sa pratique du point de vue de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) seront abordés. En

* Chaire de droit constitutionnel à l'Université de Marmara, révoqué par le décret-loi du 7-2-2017. Professeur invités dans les universités de France, mais il ne peut pas continuer à enseigner ni à participer aux colloques internationaux en raison de la privation de son passeport. Il continue à présider l'Association des recherches en droit constitutionnel et à diriger la Revue de droit constitutionnel. Il est chroniqueur du quotidien national “BirGün” et du site internet “OrtakSöz”. Il est également créateur de l'initiative “Démocratie d'abord” qui milite pour une démocratie constitutionnelle en Turquie.

troisième lieu, la modification constitutionnelle du point de vue de la procédure et du contenu sera présentée d'une façon générale. Enfin, une évaluation sera faite sur la période de transition.

1. Rappel du bilan constitutionnel : des acquis non négligeables

Devant le dilemme entre la continuité et la rupture qui a marqué l'histoire politico-constitutionnelle de la Turquie au cours de la deuxième moitié du XXe siècle, au début du XXIe siècle, on croyait que la continuité était acquise et que la rupture était enfin devenue un thème de l'histoire de la démocratie. Hélas ! La nuit du 15 au 16 juillet 2016, une nuit infernale jamais vécue dans le pays, a bien montré qu'on s'était trompé.

Fort heureusement, ce n'est pas la rupture (grâce au putsch avorté), mais c'est la continuité qui l'a remporté. Toutefois, la période qui succède la tentative avortée a soumis de nouveau la Turquie à l'épreuve de la démocratie et de l'Etat de droit.

Alors que le pays avait besoin d'un retour à l'ordre constitutionnel à la suite du putsch avorté, le choix du parti au pouvoir¹ fut l'inverse : en profitant des circonstances exceptionnelles, il a changé la Constitution qui risque de mettre en cause (même de supprimer) les acquis constitutionnels. Du point de vue du régime politique, depuis la période de la monarchie constitutionnelle sous l'Empire ottoman, la Turquie a expérimenté le régime parlementaire à l'instar de la majorité des Etats européens. Quant à la Constitution en vigueur du 7 novembre 1982, les modifications effectuées et étalées sur trois décennies ont renforcé au fur et à mesure les mécanismes de freins et d'équilibre en faveur des droits de l'homme dans la balance de «l'autorité et de la liberté». Les obligations pour l'Etat de respecter, de protéger et de développer les droits de l'homme ont été affermies par rapport à la possibilité de restreindre davantage les droits et libertés constitutionnels dans le texte initial. Il s'agit également d'amélioration du statut spécial des différentes catégories des droits de l'homme. *La métamorphose de la Constitution* doit être donc soulignée à partir de la transformation du régime des droits de l'homme.

En effet, le droit constitutionnel des libertés ne peut être compréhensible que dans le contexte du droit constitutionnel institutionnel. L'article 13 de la Constitution, pierre angulaire de la métamorphose, constitue des obligations positives pour toutes les autorités publiques, de l'Assemblée nationale aux forces de l'ordre. Le pouvoir législatif doit d'abord prendre en considération les implications de chaque critère énoncé dans l'article 13 : la société démocratique, la république laïque, la proportionnalité et l'essence de la liberté. Ces critères doivent aussi être appliqués par le juge d'une façon directe. Ils sont également valables pour l'exécutif et l'administration : les forces de l'ordre sont tenues de respecter surtout le principe de proportionnalité et l'essence de la liberté. De plus, il faut prendre en compte l'effet cumulatif des critères énoncés dans l'article 13².

Du point de vue de l'organisation étatique, la séparation souple des pouvoirs dans les régimes parlementaires est valable également pour la Turquie. D'après la

¹ L'AKP (Parti de justice et de développement), parti au pouvoir depuis novembre 2002.

² Pour le détail, v. : İbrahim Ö. Kaboğlu et Eric Sales, *Le droit constitutionnel turc/entre la démocratie et coup d'Etat*, Paris, 2015, 337-340.

Constitution, les «organes fondamentaux de la République» sont le législatif³ et l'exécutif dont le Président de la République est irresponsable⁴ et le Gouvernement responsable devant l'Assemblée nationale ainsi que le judiciaire, organisé à partir de l'indépendance des tribunaux.

En bref, la lecture de la Constitution modifiée, remaniée et révisée devrait être faite dans son ensemble.

2. L'état d'urgence et les décrets-lois : une voie constitutionnelle, mais une pratique abusive

Alors que l'état d'urgence a été proclamé le 21 juillet 2016 sur une base constitutionnelle (afin de rétablir l'ordre public dégradé par le coup d'Etat avorté), sa mise en pratique par les décrets-lois a largement dépassé le cadre constitutionnel et conventionnel.

2.1. «Le renversement de l'ordre démocratique constitutionnel»

L'article 120 de la Constitution d'après lequel “En cas d'apparition d'indices sérieux d'extension d'actions violentes visant à renverser l'ordre démocratique libre instauré par la Constitution...” constitue la raison de la proclamation de l'état d'urgence. Le Conseil des ministres réuni sous la présidence du Président de la République est compétent pour «proclamer l'état d'urgence dans une ou plusieurs régions du pays ou sur l'ensemble du territoire, pour une durée ne dépassant pas six mois»⁵.

À partir de la proclamation de l'état d'urgence, l'article 15 de la Constitution (à l'instar de l'article 15 de la CEDH)⁶ est entré en application du point de vue du régime des droits de l'homme. Cet article dérogatoire par rapport à l'article 13 qui est relatif au régime général des libertés et prévoit leurs critères de garantie et de restriction⁷, introduit «la suspension de l'exercice des droits et libertés fondamentaux». D'après l'article 15, en cas de guerre, de mobilisation générale, d'état de siège ou d'état d'urgence, l'exercice des droits et libertés peut être partiellement ou totalement suspendu. Toutefois, cette mesure qui dépasse la restriction n'est pas arbitraire du fait qu'elle est soumise à trois séries de réserves qui devraient être observées lors de la *suspension* : le choix d'une mesure requise par la situation, le respect des obligations découlant du droit international ainsi que le

³ Le pouvoir législatif est composé d'une chambre unique : l'Assemblée nationale.

⁴ L'élection du Président de la République de Turquie au suffrage universel direct mise en place par la modification constitutionnelle du 10-5-2007 et entrée en vigueur en 2014 : «Parlementaire à l'origine, le régime s'est présidentialisé sous le double effet de cette révision et de l'accession à la présidence de la République de Recep Tayyip Erdogan lors des élections présidentielles du mois d'août 2014» (Eric Sales, «3 questions à Eric Sales sur la réforme constitutionnelle turque», Le club des juristes, L'actualité au prisme du droit, 28-4-2017).

⁵ L'état d'urgence du juillet 2016 a été proclamé sur l'ensemble du territoire et sa durée a été fixée à 3 mois et prolongée pour chaque période de 3 mois et, d'après la situation actuelle, l'état d'urgence sera valable jusqu'au 20-7-2017.

⁶ A la suite du putsch avorté, la Turquie a eu recours à l'article 15 de la Convention européenne lequel concède aux Etats contractants un droit de dérogation limité en cas de guerre ou d'autre danger menaçant la vie de la nation.

⁷ Tel qu'il a été rédigé lors de la modification effectuée par la loi n° 4709 du 3-10-2001.

respect du «noyau dur» des droits de l'homme et notamment du droit à la vie, du droit à l'intégrité physique et spirituelle, de la liberté de religion, de conscience et de pensée, de la non-rétroactivité des peines et de la présomption d'innocence⁸. Il s'agit donc de reconnaître les droits non dérogeables qui sont valables pour tout le monde, partout et tout le temps.

De ce point de vue, la convergence entre l'article 15 de la Constitution et l'article 15 de la CEDH est évidente. (...) En effet, la proclamation et la pratique de l'état d'urgence figurent parmi les compétences extraordinaires, mais *constitutionnellement encadrées*. Par contre, la pratique des décrets-lois édictés lors de l'état d'urgence ne peut être classée ni dans le cadre constitutionnel ni dans le cadre conventionnel.

2.2. Une pratique des décrets-lois contraire à la Constitution et à la Convention européenne

D'une part, la constitutionnalité de la plupart des décrets-lois est mise en cause du point de vue de la forme et, d'autre part, les mesures prises par la plupart des décrets-lois ne sont compatibles ni avec la Constitution ni avec la Convention du point de vue des restrictions qui sont allées jusqu'à l'anéantissement des droits de l'homme.

A. Du point de vue de la forme : volet procédural

À l'inconstitutionnalité manifeste des décrets-lois s'ajoute le non-respect du caractère règlementaire des décrets-lois :

-
- «Pendant toute la durée de l'état d'urgence, le Conseil des ministres réuni sous la présidence du Président de la République peut édicter des décrets-lois dans les matières qui rendent l'état d'urgence nécessaire» (Art.121). En vertu de cette disposition, la réunion du Conseil des ministres sous la présidence du Président de la République est une condition pour édicter chaque décret-loi, acte collectif et règlementaire. En pratique, la réunion du Conseil des ministres sous la présidence du président de la République s'effectue à un moment donné et, ultérieurement, plusieurs décrets-lois sont édictés au fur et à mesure⁹. Une telle pratique n'est pas compatible avec le principe de simultanéité de la réunion et de l'élaboration de cet acte collectif.
- Alors que le décret-loi est un acte règlementaire, à la plupart de ces textes sont annexées des listes de noms de milliers de personnes afin de les sanctionner¹⁰. L'exclusion de la fonction publique de dizaines de milliers de personnes sans aucun motif et avec une mention générale d'une liaison avec une organisation terroriste est une mesure étrangère au droit et à la Constitution, même dans les circonstances exceptionnelles.

Par conséquent, on peut avancer que la nullité juridique des décrets-lois est évidente du point de vue du volet procédural.

⁸ L'article 15 a été interprété par plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle et de la Cour EDH.

⁹ Citons en exemple le décret-loi n° 686 édicté la nuit du 7 février qui fait référence à la réunion du Conseil des ministres tenue le 2-1-2017.

¹⁰ Par exemple, le décret-loi n° 686 est annexé d'une liste de 4.400 fonctionnaires dont l'auteur de cette contribution.

B. Du point de vue du contenu : volet substantiel

Les actes juridiques réglementés sous le nom de décrets-lois sont contraires aussi au droit des droits et libertés du point de vue du contenu. On va se contenter d'en citer quelques exemples.

- *Les critères à respecter*: Les mesures requises par la situation et les obligations découlant du droit international doivent être respectées. Les mesures requises par la situation doivent être recherchées dans l'objectif de la proclamation de l'état d'urgence (art.120) : “actions violentes visant à renverser l'ordre démocratique libre instauré par la Constitution...”. Les obligations découlant du droit international doivent être recherchées tout d'abord dans la CEDH, surtout dans son article 15. Néanmoins, la plupart des mesures prises à partir des décrets-lois édictés sont anti-constitutionnelles et anti-conventionnelles. Il s'agit, la plupart du temps, **de sanctions massives et généralisées**. À l'épuration publique qui a touché presque toutes les institutions du secteur public, il faut ajouter les licenciements et autres démissions imposées dans les institutions éducatives privées (écoles, collèges, universités), les milieux d'affaires (...), la presse et les médias, dans les fédérations sportives... Du point de vue des sanctions, au lieu de suspendre les activités des organisations présumées, la fermeture ou la dissolution n'est ni conforme au texte ni à l'esprit de la Constitution¹¹.

- *Les mesures qui portent atteintes au noyau dur des droits de l'homme* : Les restrictions et même les limitations introduites, surtout en ce qui concerne les droits de la défense, portent atteintes au droit à un procès équitable et, au noyau dur des droits de l'homme garantis par les articles 15 de la Constitution et de la Convention.

- *L'objectif et le temps* : Les mesures prises devraient rester dans le cadre de l'objectif de la proclamation de l'état d'urgence. Par contre, la purge dans la fonction publique est allée bien au-delà. Elle s'est étendue à des opposants qui n'ont rien à voir avec cette tentative de putsch militaire tels que des gauchistes, certains islamo-conservateurs, des libéraux voire des universitaires, journalistes, avocats et écrivains, (...)¹². On peut noter, en particulier, que les deux coprésidents ainsi que certains maires et députés du Parti démocratique des peuples (HDP, kurde, socialiste, laïque et le deuxième parti politique d'opposition à l'Assemblée nationale) ont été ainsi mis en détention. Or, le HDP s'opposait vigoureusement à la constitutionnalisation d'un régime de pouvoir personnalisé. De même, plusieurs

¹¹ - *Les principes généraux du droit pénal sont violés* : par exemple, alors que “la responsabilité pénale est personnelle et individuelle” (art.38/7), les proches des personnes accusées ou prévenues sont sanctionnées très souvent en les privant de certains droits et libertés.

- *Le droit de propriété* est très souvent violé.

- L'étouffement des libertés collectives et des manifestations est massif.

- *La violation de la liberté d'expression* est constante.

¹² «L'épuration (...) a certes ciblé les auteurs du putsch, mais elle a aussi donné au parti au pouvoir des “opportunités et des moyens dont aucun gouvernement civil n'a disposé, depuis l'instauration du pluralisme en Turquie, au milieu du 20e siècle.» (Interview avec J. Marcou, “Turquie : les clés pour comprendre le putsch avorté”, par Anne-Laure Frémont, mis à jour le 18-7-2016). D'après le rapport publié par l'Union des éditeurs de Turquie (juin 2016-juin 2017), 30 maisons d'éditions ont été fermées par les décrets-lois de l'état d'urgence, 34 écrivains et éditeurs (le 20 avril 2017) et 162 journalistes et employés des journaux (8 mai 2017) sont emprisonnés ainsi que 1656 utilisateurs des médias sociaux (Pour le détail, v. : Yayılama Özgürliği Raporu (Haziran 2016-Haziran 2017, Türkiye Yayıncılar Birliği/Turkish Publishers Association, İstanbul, Mayıs 2017).

responsables et journalistes du quotidien d'opposition Cumhuriyet, kémaliste et gauchiste, ont été placés en détention. De plus, la dissolution de certaines organisations qui n'ont rien à voir avec les confréries est aussi une sanction qui outrepasse l'objectif de l'état d'urgence.

Du point de vue du *temps*, les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sont provisoires et limitées en principe par la durée du régime exceptionnel. Cette limite temporelle peut être déduite de la dernière phrase de l'article 15/3 de la Convention. Par contre, plusieurs dizaines de mesures prises après le putsch avorté sont susceptibles d'exercer leurs effets à long terme. Surtout, la restructuration qui touche plusieurs institutions publiques est l'une des mesures tellement durables qu'elle exercera son influence au-delà du calendrier de l'état d'urgence qui est limité dans le temps.

De plus, la révocation de milliers d'universitaires et de fonctionnaires a été motivée d'une façon informelle par les actes ou statuts antérieurs à la tentative du coup d'état, en bref par leurs opinions politiques¹³, alors que l'article 18 de la Convention européenne est suffisamment clair :

Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.

En bref, la nullité juridique des décrets-lois peut être également avancée du point de vue du volet substantiel. À la purgation généralisée et aux mesures structurelles, c'est-à-dire durables, s'ajoute le blocage des voies de recours.

2.3. Le blocage des voies de recours

Alors que la Constitution prévoit plusieurs dispositions relatives au droit au recours, le gouvernement n'a pas tardé à bloquer les voies de recours contre les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence. Grossièrement, trois séries d'obstacles peuvent être évoquées : la manière de prendre des mesures et l'intimidation de toutes les instances étatiques y compris la justice ainsi que la promesse d'établir une Commission d'examen de l'état d'urgence.

A. La Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat

Comme l'on a signalé, les décrets-lois de l'état d'urgence tels qu'ils sont appliqués ne peuvent être classés dans une catégorie juridique et, ils ne peuvent être qualifiés que d'anomalie juridique.

Au-delà des restrictions relatives au contrôle exercé par la Cour constitutionnelle et les tribunaux administratifs pendant les circonstances exceptionnelles, toutes les instances étatiques, y compris la justice¹⁴ sont intimidées par la pratique des décrets-lois utilisés comme une «épée de Damoclès» :

¹³ Il paraît que la signature de la pétition pour la paix (le 10 janvier 2016) et/ou la qualité de membre du syndicat des travailleurs de la fonction publique considéré comme de gauche constitue la raison principale de la révocation de dizaines de milliers d'universitaires, d'instituteurs mais aussi d'agents publics.

¹⁴ 4.000 juges et procureurs sont exclus de la fonction et/ou détenus, c'est-à-dire plus d'un cinquième de la magistrature. Au total, 102.551 agents publics ont été exclus par les décrets-lois

- La Cour constitutionnelle a refusé d'exercer le contrôle sur le décret-loi de l'état d'urgence¹⁵. Pour ce qui concerne les recours individuels, la Cour constitutionnelle se plaint d'être engorgée de dizaines de milliers de recours et s'abstient de se prononcer sur les recours individuels.
- Quant à la justice administrative, le Conseil d'Etat a ciblé les tribunaux administratifs pour les recours des victimes des actes de l'état d'urgence ; mais les tribunaux administratifs sont privés de décider le sursis à exécution des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence.

B. La Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a rejeté d'abord les recours individuels des victimes des sanctions appliquées dans le cadre de l'état d'urgence en rappelant l'existence de la possibilité d'utiliser le droit du recours devant la Cour constitutionnelle¹⁶. Ensuite, la promesse par le Gouvernement de la mise en place d'une commission d'examen a été utilisée comme argument du rejet des recours. À ce propos, il convient de citer le discours du président de la CEDH : «Nous avons reçu 5 363 nouvelles requêtes relatives aux événements post-15 juillet... Parmi ces requêtes,... 2 ont été déclarées irrecevables par une décision de chambre pour non-épuisement des voies de recours internes (ce sont les affaires *Mercan c. Turquie* et *Zihni c. Turquie*). Je rappelle que, dans la décision *Mercan*, la requête portait sur la régularité de la détention provisoire d'une magistrat, et que dans la décision *Zihni*, il s'agissait du cas d'un enseignant révoqué. Ces deux décisions sont très importantes. Elles rappellent que, de notre point de vue, dans ce moment de crise très grave, même si l'accès à la Cour reste ouvert, le principe de subsidiarité doit s'appliquer pleinement. Il convient donc de laisser les autorités turques faire leur travail, ce qui signifie que ces requérants, comme tous les autres, doivent épuiser les voies de recours internes avant d'introduire une requête devant notre Cour, pour autant que ces recours existent et soient considérés comme efficaces. À cet égard, il y a moins d'une semaine, on a assisté à de nouveaux développements très encourageants à Ankara. Des décrets-lois ont été publiés qui ont institué une commission chargée d'examiner les recours contre les mesures prises en vertu des décrets-lois d'état d'urgence. Cette commission, dont la compétence est très large, est habilitée à examiner les questions relatives au renvoi des fonctionnaires, aux dissolutions d'associations, et à un certain nombre d'autres mesures... La création de cette commission est le fruit de l'action de l'ensemble des organes du Conseil de l'Europe. Nous suivrons avec beaucoup d'attention l'activité de cette commission... Jusqu'à présent, la Cour a considéré le recours devant la Cour constitutionnelle comme un recours efficace et conforme à sa jurisprudence. Cependant, cette logique de subsidiarité ne pourra pas perdurer si la Cour constitutionnelle se déclare incompétente.

183

(le 17-5-2017). D'après la déclaration de M. le ministre de la Justice, le nombre total des juges et procureurs en juin 2017 est de 2.652 y compris les membres de la Cour de cassation (104), du Conseil d'Etat (41), de la Cour constitutionnelle (2) et du Conseil supérieur des juges et des procureurs (3).

¹⁵ L'arrêt de la Cour constitutionnelle en abandonnant sa jurisprudence développée en 1991 et en 2003 a refusé d'exercer le contrôle sur les décrets-lois n° 668 et 669 (Journal officiel du 4-11-2016).

¹⁶ CEDH, déc., *Mercan/Turquie*, requête n° 56511/16, 08/11/2016 ; CEDH, déc., *Zihni /Turquie*, requête n° 59061/16, 29-11-2016.

Dans cette éventualité, la Cour de Strasbourg serait submergée par des dizaines de milliers d'affaires. C'est pourquoi il est essentiel pour nous, mais surtout pour la démocratie et l'État de droit en Turquie, que la voie judiciaire reste ouverte aux personnes affectées par les mesures d'urgence»¹⁷. En dernier lieu, dans une affaire relative à la révocation d'un instituteur par décret-loi après la tentative de coup d'État, la Cour a déclaré irrecevable la requête en question pour non-épuisement des voies de recours internes. La Cour a notamment souligné que le requérant devait utiliser la voie de recours créée par le décret-loi n° 685. En effet, ce dernier avait prévu qu'une commission soit établie afin de se prononcer sur les recours faits contre les mesures adoptées par les décrets-lois d'état d'urgence¹⁸.

C. La Commission d'examen : «instrument imaginaire» pour empêcher le recours efficace ?

Alors que le décret-loi n° 685 du 23 janvier relatif à la Commission d'examen prévoyait la désignation de ses membres dans un mois, ils ont été désignés au bout de quatre mois¹⁹. L'incertitude règne sur son entrée en fonction. En effet, les voies du recours administratif sont aussi bloquées : toutes les instances politico-administratives orientent les recours introduits vers la Commission d'examen qui sera établie pour recevoir les recours des victimes des mesures de l'état d'urgence.

Sans aborder son statut discutable du point de vue de l'indépendance et de l'impartialité, on va se contenter d'attirer l'attention sur son efficacité. Il est fort probable qu'elle reste inefficace du fait que ni la CEDH, ni la Cour constitutionnelle n'ont formulé un arrêt de principe (ou arrêt pilote) pour faciliter la tâche de la Commission. Est-ce que la Commission pourra formuler une décision de principe devant le flux des recours estimés à environ 200.000 ? En effet, pour l'instant, les instances administratives et judiciaires devant lesquelles les recours sont introduits soit restent silencieuses soit orientent les recours en cause vers la Commission «imaginaire»²⁰. En bref, l'espérance de M. le Président de la CEDH n'a pas été concrétisée à cause de l'inertie et des actions gouvernementales. De plus, la décision d'irrecevabilité²¹ est d'autant décevante que, même après le discours de M. le Président Raimondi, le Gouvernement s'est précipité pour purger les fonctionnaires qui n'avaient rien à avoir avec les putschistes, mais qui peuvent être perçus comme des milieux appartenant à «l'opposition démocratique». De ce fait,

¹⁷ Cour Européenne des Droits de l'Homme, Conférence de presse Discours du Président Guido Raimondi 26 janvier 2017.

¹⁸ CEDH, déc., Köksal/Turquie, requête n° 70478/16, 6-6-2017.

¹⁹ La création (dans un mois) de la Commission d'examen était prévue par le décret-loi n° 685 du 23-1-2017. Toutefois, les 7 membres de la Commission n'ont été désignés que le 16-5-2017.

²⁰ À titre d'exemple, plusieurs recours ont été introduits par l'auteur de cet article devant la préfecture d'Istanbul et devant l'Université de Marmara ainsi que devant le tribunal administratif d'Istanbul à partir du 13-2-2017. Aucun retour n'a été fait par les instances en question. Quant au recours introduit devant le Conseil supérieur de l'enseignement et la Cour constitutionnelle, le Conseil a rejeté le recours en le renvoyant à la Commission à établir alors que la Cour a rejeté la demande relative à la mesure d'urgence en indiquant qu'il ne s'agissait pas d'un danger qui menaçait la vie du requérant. Malheureusement, la Cour constitutionnelle n'a pas pris au sérieux les paroles, répétées à chaque occasion, du Président de la République pour se féliciter de la «purgation dans les universités des terroristes». Pour lui, les universitaires qui «osent critiquer» les politiques du Gouvernement et du Palais présidentiel sont des terroristes.

²¹ Köksal/Turquie, requête n° 70478/16, 6-6-2017.

le prix de la liberté d'expression, individuelle ou collective²², fut trop lourd étant donné que les agents publics révoqués ont été privés presque de la totalité des droits et libertés reconnus par la Constitution²³. En fait, les juges européens devraient être informés des violations de plus en plus massives et généralisées des droits de l'homme aggravées²⁴ et, d'inefficacité de recours internes. Autrement, l'interrogation de la raison d'être de la Cour EDH serait sans doute légitime²⁵.

3. Le changement ou la suppression du régime politique ?

Le respect de la Constitution tel qu'a été prévu dans l'article 11 était la condition préalable pour éradiquer «les organisations putschistes». La mise en pratique des acquis constitutionnels était donc urgente aussi pour le respect des droits de l'homme et pour que la Turquie soit une société des droits. Toutefois, la Constitution a été modifiée par une méthode abusive.

3.1. La modification de la Constitution dans les circonstances de l'état d'urgence : du renversement échoué à la suppression «réussie» ?

En attendant le rétablissement de l'ordre public dans le respect de la Constitution, l'avertissement du chef du Parti du mouvement national (MHP) sur la divergence entre de facto et de jure de «la position du chef d'Etat» vis-à-vis de la Constitution a suffi de changer “l'ordre du jour constitutionnel” du pays (octobre 2016). Les milieux proches du gouvernement et du Parti de justice et de développement (AKP) se sont livrés sans tarder à la rédaction d'une proposition constitutionnelle qui ciblait le statut du président de la République. Une telle initiative a été contestée par les constitutionnalistes en raison des circonstances exceptionnelles.

En effet, la Turquie se trouvait déjà devant une trilogie à surmonter : *la désinformation constitutionnelle* et *la déconstitutionnalisation* ainsi que *le fétichisme constitutionnel*.

De plus, cette trilogie avait été accentuée par les circonstances de l'état d'urgence. Il faudrait donc éviter la modification de la Constitution dans ces circonstances du fait qu'un débat libre sur la Constitution ne serait pas possible, que la liberté de la communication audiovisuelle et la liberté de la presse ainsi que les libertés collectives ont été excessivement surveillées, même supprimées.

²² L'activité syndicale comme liberté d'expression collective étant la base de la société démocratique.

²³ La mention du nom d'un universitaire dans la liste annexée au décret-loi suffit de le priver de la totalité de ses droits socio-professionnels, y compris de la liberté de voyager vers l'étranger et d'enseigner dans les universités en dehors du pays du fait de l'annulation également du passeport.

²⁴ De nombreuses publications sont accessibles dans les langues officielles du Conseil de l'Europe. Citons en comme exemple : Alain Bockel, *Turquie : la «mort civile» d'Ibrahim Kaboğlu, «opposant actif» et «défenseur de l'Etat de droit»*, En savoir plus sur www.lemonde.fr/idees/article/2017/06/09/turquie-la-mort-civile-d-ibrahim-kaboglu-opposant-actif-et-defenseur-de-l-etat-de-droit_5141376_3232.html#PTOxCPAkPsHfsHRS.99

²⁵ Nuriye Gümen, universitaire, et Semih Özakça, enseignant d'école primaire, ont été emprisonnés dans la prison de Sincan, à Ankara, le 23 mai, pour une grève de la faim prolongée afin de protester contre la perte de leur emploi par le décret-loi de l'état d'urgence.

De surcroît, il s'agissait d'une modification non ordinaire, mais "extraordinaire" puisqu'elle visait le changement du régime (ou système) politico-constitutionnel. Pour adoucir les contestations, le Premier ministre avait promis que le référendum constitutionnel n'aurait pas lieu sous le régime de l'état d'urgence.

En fait, l'état d'urgence constituait en soi un obstacle à la période de "pédagogie", aux nécessaires débats qui devaient avoir lieu avant l'adoption d'un changement d'une telle ampleur. Finalement, contrairement à la promesse du Premier ministre, le référendum a bien eu lieu sous le régime de l'état d'urgence. Dans les circonstances de l'état d'urgence, le président de la République et le gouvernement ont "mobilisé" pour le "oui" tous les appareils étatiques alors que ceux qui étaient contre l'introduction d'un gouvernement personnalisé n'ont pas bénéficié d'un droit d'accès libre aux médias. Finalement, à la suite d'une campagne inéquitable et d'un référendum plutôt «plébiscitaire», les électeurs ont dit "oui" à 51,4% des voix, le 16 avril 2017 à la révision constitutionnelle²⁶.

Le Conseil supérieur électoral (CSE) a été saisi à cause des irrégularités observées lors de la votation. Toutefois, le Conseil n'a pas annulé le référendum du fait que les irrégularités avancées n'affectaient pas les résultats du référendum. Les partis politiques de l'opposition et certains électeurs ainsi les groupes de personnes vont continuer à faire leur recours d'abord devant la Cour constitutionnelle et ensuite devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. Les partisans du «non» continuent à mettre en cause la légitimité des résultats du référendum par les contestations et manifestations de toute sorte²⁷.

3.2. Fin du régime parlementaire, illusion d'un régime présidentiel

Les pouvoirs présidentiels ont déjà été renforcés par la pratique institutionnelle depuis l'élection de M. Erdogan par le suffrage universel. Néanmoins, il convient de se demander s'il s'agit d'introduire un «gouvernement de la présidence de la République» comme les partisans de la modification l'avancent souvent ?

A. Le pouvoir exécutif incarné dans la personnalité du président de la République

La loi constitutionnelle attribue au chef de l'Etat²⁸ l'ensemble du pouvoir exécutif. Le poste de Premier ministre va disparaître purement et simplement. Avec la disparition officielle du Premier ministre à compter de 2019, ses prérogatives remontent au Président lequel nommera et révoquera ses ministres, qui ne seront plus responsables devant le Parlement. Au titre de ses nouveaux pouvoirs propres, il nommera un ou plusieurs vice-présidents ayant vocation à le remplacer lorsqu'il est en déplacement à l'étranger ou quand il est empêché. Le chef de l'Etat qui

²⁶ Pour le détail, v. : İbrahim Ö. Kaboḡlu, *15 Temmuz Anayasası* (La Constitution du 15 juillet), Tekin yayinevi, Mayis 2017.

²⁷ En particulier, la décision du Haut Conseil électoral (YSK) consistant à considérer comme valides les bulletins de vote non marqués du sceau officiel a suscité de vives contestations. Cette décision a été prise malgré le libellé manifestement contraire de la législation en la matière interdisant de considérer comme valides de tels bulletins.

²⁸ Il s'agit de multiplication de ses qualités sans parler de son leadership : le Président de la République.

détermine les politiques relatives à la sécurité nationale détient aussi le pouvoir d'édicter l'ordonnance afin de déterminer les principes de nomination des hauts fonctionnaires et des autres nominations stratégiques (la compétence de compétence). Il pourra déclarer l'état d'urgence en cas de "soulèvement contre la patrie" ou d' "action qui met la nation en danger de se diviser" et, édicter les décrets-lois de l'état d'urgence.

Le chef de l'Etat pourra aussi demeurer le chef d'un parti politique.

Quant au mandat présidentiel, il sera de cinq ans, renouvelable une fois²⁹. En bref, une personne sera titulaire de trois présidences : le parti, le gouvernement et l'Etat.

B. Un Parlement avec plus de députés, mais avec moins de pouvoirs

L'Assemblée nationale va perdre ses pouvoirs sur deux plans : pouvoir normatif et pouvoir du contrôle sur l'exécutif. Du point de vue du contrôle, puisque la responsabilité de l'exécutif devant l'Assemblée nationale ne sera pas posée, la motion de censure et le vote de confiance seront supprimés. Quant au pouvoir normatif, le président pourra également contourner le Parlement en gouvernant par décret dans la sphère – large – de ses compétences. De facto dépouillée de ses pouvoirs au profit du chef de l'Etat, la nouvelle Chambre passera tout de même de 550 à 600 députés. De plus, le délai du mandat des députés a été élevé de 4 à 5 ans. La Grande Assemblée Nationale de Turquie pourra être dissoute par le Président de la République, mais sans être tenu de respecter les conditions qui président à son déclenchement dans la Constitution en vigueur.

Le Parlement pourra en revanche superviser les actions du chef de l'Etat et, si celui-ci est accusé ou soupçonné d'avoir commis un délit, il peut exiger une enquête – en cas de majorité des trois cinquièmes.

Les nouvelles élections – présidentielle et législative en même temps – auront lieu le 3 novembre 2019. La simultanéité des élections présidentielle et législatives pourrait offrir au président de la République la possibilité d'avoir sa majorité à l'Assemblée nationale puisqu'il sera à la fois le chef du parti politique. Par ailleurs, le Président, auparavant contraint d'observer une neutralité politique, pourra dorénavant préserver les liens avec son parti politique d'appartenance et même en assurer la direction. Sa désignation populaire pour un mandat de cinq ans, organisée de façon simultanée avec les élections législatives pour la même durée, permettra de le faire Président en même temps que chef de la majorité parlementaire. Dans ces conditions, il sera difficile pour lui d'assurer pleinement la mission constitutionnelle de représentation de la République et du peuple entier³⁰.

En bref, il s'agit d'une corrélation régressive entre la quantité et la qualité en ce qui concerne le nouveau statut du pouvoir législatif.

²⁹ Le mandat présidentiel d'une durée de cinq ans et la limite de deux mandats successifs sont maintenus. Toutefois, si le Parlement décide d'un renouvellement des élections législatives durant le second mandat du chef de l'Etat, ce dernier peut présenter à nouveau sa candidature. «Ainsi, un simple calcul permet de comprendre que les députés de l'AKP pourront, le temps venu, offrir un troisième mandat au chef de leur parti politique» (Eric Sales, «3 questions à Eric Sales sur la réforme constitutionnelle turque»).

³⁰ Cf. Eric Sales, «3 questions à Eric Sales sur la réforme constitutionnelle turque».

C. Une justice sous la tutelle du président de la République

Alors que la mention de l'impartialité de la justice a été introduite, le poids du président de la République sur la justice s'est affermi : il nommera douze des quinze membres du Conseil constitutionnel, ainsi que six des treize membres du Conseil des juges et des procureurs, institution chargée de choisir le personnel judiciaire. La contradiction est assez claire : la gestion de la justice "impartiale" sera assurée sous la haute surveillance d'un président "partial".

D. Quel modèle de gouvernement ?

Le parlementarisme a été supprimé pour introduire le régime présidentiel. Pourtant, il nous est très difficile de le qualifier de régime présidentiel à défaut des conditions exigées du point de vue de la séparation des pouvoirs. Le régime présidentiel est un régime dans lequel les pouvoirs et les organes qui en sont les titulaires sont séparés et, les relations entre les organes sont fondées sur une totale indépendance structurelle, fonctionnelle et relationnelle. Quant à la nouvelle configuration constitutionnelle, non seulement l'indépendance de la justice est atténuée d'une façon explicite, mais l'indépendance structurelle, fonctionnelle et relationnelle entre l'organe exécutif et l'organe législatif n'est pas assurée. En bref, les mécanismes de *checks and balances* nécessaires pour chaque Etat de droit démocratique n'existent pas. Il nous est très difficile donc de classifier la nouvelle réglementation dans le cadre de régimes ou systèmes politiques démocratiques pluralistes, c'est-à-dire, de «l'Etat de droit démocratique» (Article 2 de la Constitution)³¹.

188

3.3. La période de transition échelonnée risque de poser des problèmes non négligeables

L'intégralité de la loi constitutionnelle n° 6771 sera en vigueur en principe à la suite des élections qui auront lieu le 3 novembre 2019. Toutefois, les dérogations introduites nous permettent d'utiliser l'expression de «transition échelonnée» :

- Le président de la République en fonction peut adhérer à son «ancien parti» à partir de la publication des résultats du référendum constitutionnel dans le Journal officiel³².
- La dissolution du Conseil supérieur des juges et des procureurs et sa restructuration ont été effectuées un mois à partir de la publication des résultats du référendum constitutionnel dans le Journal officiel.
- La Cour de cassation militaire et le Tribunal administratif militaire ont été supprimés à partir de la publication des résultats du référendum dans le Journal officiel.

³¹ Il est tout à fait légitime de s'interroger sur l'existence même d'un ordre constitutionnel à la suite de la modification abusive de la Constitution et du constitutionnalisme abusif. Pour le débat détaillé dans ce sens, voyez : Kemal Gözler, *Elveda Anayasa / 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler*) (Adieu à la Constitution/critiques sur la modification constitutionnelle à voter le 16 avril 2016), 3. Baskı, Ekin, Mart 2017.

³² Ce que M. Erdogan a fait immédiatement.

On pourrait donc parler de trois ordres constitutionnels dans cette nouvelle configuration : la Constitution en vigueur, la mise en vigueur partielle de la loi du n° 6771 et un troisième ordre ou désordre constitutionnel induit à partir des divergences des deux ordres constitutionnels. Quant à ce dernier type d'ordre, on peut notamment souligner que la cohabitation du Premier ministre avec un chef de l'Etat qui sera à la fois le président de la République et le chef d'un parti politique risquerait d'aboutir à un chaos constitutionnel.

4. Quelles perspectives politico-constitutionnelles ?

Est-ce que le renversement déguisé de l'ordre constitutionnel peut-être expliqué ou justifié ?

Il s'agit d'une réforme qui, selon le président de la République, était nécessaire pour doter la Turquie d'un exécutif fort et stable et pour lui permettre de faire face à d'importants défis économiques et sécuritaires. Mais l'opposition démocratique dénonçait un texte écrit sur mesure pour satisfaire les ambitions du président en fonction, accusé de dérive autoritaire, notamment depuis le putsch avorté de juillet 2016.

La démocratisation des structures politico-étatiques pouvait être conçue comme un besoin du pays et une révision constitutionnelle, de toute façon, devrait viser prioritairement à renforcer l'indépendance de la justice et le Parlement ainsi que la décentralisation. Mais au contraire, au-delà de la centralisation des pouvoirs en atténuant le rôle de l'Assemblée nationale et de l'indépendance de la justice, il s'agit d'une personnalisation excessive du pouvoir politique. De ce fait, "le nouvel ordre constitutionnel", difficile à classer parmi les régimes politiques pluralistes, n'est pas compatible non plus avec l'article 2 de la Constitution d'après lequel «*la République de Turquie est un Etat de droit démocratique*» et ce, pour trois principales raisons :

- L'irresponsabilité politique de l'exécutif.
- Le défaut de mécanismes de freins et de contrôle.
- L'atténuation (pour ne pas dire la suppression) de la séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des normes.

Est-ce que dans ce contexte on peut espérer une démocratie constitutionnelle en Turquie ? Oui, dans la mesure où *la dialectique entre la démocratie et la Constitution est assurée*.

Le décalage étroit entre le «oui» et le «non» lors du dernier référendum peut être conçu comme une source d'espérance. Pourquoi ? Parce que malgré la mobilisation politico-étatique et la pression exercée sur les partisans du non, -à supposer que les résultats proclamés par le Conseil supérieur électoral reflètent la réalité- le score du «oui» est très faible. De ce fait, le «oui» l'a remporté en droit selon la décision du Conseil supérieur électoral, mais le «non» a gagné démocratiquement. En fait, la seule voie, pour éviter le chaos politico-constitutionnel et pour ouvrir la voie de la démocratie constitutionnelle, passe par «*l'organisation de l'espérance démocratique*». Comment ?

- *L'appropriation des acquis des droits de l'homme* : la suppression de l'état d'urgence et le retour à l'ordre constitutionnel ainsi que le respect des droits de l'homme sont les obligations prioritaires pour les organes étatiques.
- *L'élaboration d'une constitution démocratique* : la modification imposée à la société comme «projet personnalisé» et une campagne “officialisée” en faveur du “oui”, ont accordé l'occasion de la “socialisation de la Constitution» pour le camp du «non» par la prise de conscience du danger dû à l'instrumentalisation de la Constitution pour des objectifs personnels d'une part, et par la sensibilisation généralisée pour s'approprier le destin des générations futures et empêcher d'hypothéquer le destin de ces mêmes générations d'autre part. La naissance d'un esprit de société civile à travers l'ordre du jour constitutionnel signifie aussi la transformation profonde de la société, capable de reprendre et de réunir les projets et rapports relatifs au renouvellement de la Constitution, élaborés au cours de deux décennies dernières par les initiatives des organisations de la société civile. Certes, un tel travail doit être entamé sous trois optiques suivantes : les acquis constitutionnels de la Turquie depuis l'Empire ottoman³³ et les compromis politiques³⁴ ainsi que les données assurées par le trans-constitutionnalisme.
- *Les alliances politiques destinées à assurer l'alternance politique* : un projet constitutionnel peut jouer un rôle de levier pour le soutien des alliances politiques dans l'optique des élections législatives et présidentielles.

Est-ce que l'espérance démocratique est réalisable ? “Il faut persévérer dans l'effort” : pour répondre aux besoins de la société en Turquie, pour maintenir son originalité (spécificité) et ses acquis qui ont réussi grossso modo à instaurer la démocratie (grâce à la laïcité) dans une société majoritairement musulmane et pour que la Turquie restaure l'Etat de droit démocratique fondé sur les droits de l'homme, il faut insister d'une façon constante sur la trilogie «égalité, laïcité et citoyenneté».

La tentative de coup d'Etat militaire du 15 juillet 2016 par ses “anciens alliés” a accordé au gouvernement du Parti de justice et de développement (AKP) et au président de la République «l'opportunité de construire l'infrastructure d'un régime personnalisé», mais le référendum du 16 avril 2017 fut également l'occasion de créer une «sensibilité constitutionnelle» dans la société civile. La société démocratique est donc à l'épreuve de la démocratie d'ici à 2019 pour éviter la transformation du pouvoir personnalisé en un totalitarisme.

(İstanbul, le 22 juin 2017)

³³ De la période du Tanzimat (1839) à la métamorphose de la Constitution de 1982 (de 1987 à 2010).

³⁴ Surtout, les 60 articles sur lesquels la Commission du compromis pour une nouvelle constitution s'est mise d'accord dans l'Assemblée nationale de 2011 à 2013.

Saggi

Foreign Direct Investments in African lands: The Chinese and EU different approach

di Matteo Manfredi

Abstract: *Gli investimenti diretti esteri nei Paesi africani: il diverso approccio di Cina e Unione europea* – The article focuses on the differences between Chinese and EU investment policies towards African countries and how that policies are influencing land investments. The Chinese investment policy is primarily driven by economical needs and is based on the 2001 Going global policy. The article takes into consideration the BITs between China and African countries and the Chinese Special Economic Zones in Africa. Concerning of the EU policies in Africa, the paper analyses the Economic Partnership Agreements, the envisaged new trade pillar of Africa-EU cooperation, and the EU energy policy that is promoting investments in African lands for biofuels' production. Finally, the article points out possible solutions for fostering sustainable investments in African lands, starting from the promotion of a trilateral cooperation involving not only China and European Union, but also African countries and African Union.

Keywords: Foreign Direct Investment – African lands – Chinese investment policy – EU EPAs – Sustainable development

193

1. Foreign direct investments in Africa

During the last few years, Africa has seen the role of foreign direct investment (FDI) as crucial to its development. FDI is, in principle, expected to bring a number of developmental benefits, such as increased employment, technological development, increased trade benefits, new markets, new services and infrastructure. There is now considerable evidence that FDI may affect growth and development by complementing domestic investment and by undertaking trade and transfer of knowledge and technology¹.

It is remarkable to point out that the importance of FDI for developing and less-developed countries is envisioned not only by the World Bank or Developed countries, but also by African countries. In fact, the New Partnership for Africa's

¹ Africa is the world's fastest-growing region for foreign direct investment. In 2015, the region recorded its highest share of continent-wide FDI, at 26.3% of total projects. Southern Africa, however, remained the largest investment region on the continent, despite a 11.6% fall in projects on 2014. In terms of capital investment on the continent, west Africa outpaced southern Africa as the leading recipient on the continent. Its FDI flows overall saw a 16.2% rebound on 2014. North Africa, which has also seen big declines in recent years due to political turbulence and security concerns, saw an 8.5% year-on-year growth in FDI projects. In sub-Saharan Africa however, these projects are increasing at a much faster rate. On this point see the World Bank datas at the following link: data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD

Development (NEPAD), the African Union strategic framework for pan-African socio-economic development², has added a strong emphasis on increasing power flows to Africa as one way to help overcome the region's resource gap³. This is because Africa, like many other developing regions of the world, needs a substantial inflow of external resources.

On the other hand, the recent inflow of FDI has been strongly criticised especially by NGOs and International development organizations⁴ that hint at possible negative impacts for the target countries and especially for the poor. In small economies, large companies can and often abuse their dominant market position and, based on the literature⁵, it is obvious that FDI is not always in the host's country best interest and therefore it should be controlled.

One of the most relevant forms of FDI in Africa is land investment. Foreign direct investments can guarantee benefits to African agriculture, for example, through capital influx, transfer of technology for innovation and for the increase of productivity, expansion of domestic production, improvement of living standards and through job creation⁶.

However, it often happens that intervention by African states for guaranteeing the success of the investment have negative effects on local populations, which are deprived of their lands and of the resources contained in them. In these cases, scholars do not talk about land investments, but they describe the phenomenon as *land grabbing*⁷. The *land grabbing* phenomenon represents a great challenge for African states. In fact, about two thirds of the lands and natural resources, which are the object of foreign investments in these last few years, have been located in Africa and, especially, in Sub-Saharan Africa⁸.

As from 2007-2008, with the beginning of the financial crisis, the interest towards African lands has increased considerably, to the extent that some authors talk about a new colonialism⁹. This is caused mainly by food demand, climate change and the ongoing desertification, and by the demand for energy resources and, especially, for biofuels, which are considered an alternative solution to oil and

² The New Partnership for Africa's Development (NEPAD) is both a vision and a policy framework for Africa in the twenty-first century. NEPAD is a radically new intervention, spearheaded by African leaders, to address critical challenges facing the continent: poverty, development and Africa's marginalisation internationally. See: www.nepad.org/

³ On this point see C. Dupasquier, P.N. Osakwe, *Foreign direct investment in Africa: Performance, Challenges and Responsibilities*, in *Journal of Asian Economies*, Vol. 17, Issue 2, 2006, 241-260.

⁴ Among the NGOs and International Development Organizations see Oxfam, Grain, International Land Coalitions, Action Aid, etc.

⁵ See e.g. L. Cotula, S. Vermeulen, R. Leonard, J. Keeley, *Land grab or development opportunity? - Agricultural investment and international land deals in Africa*, London/Rome, 2009.

⁶ On the benefits of the investments in agricultural lands see the analysis in N. Cuffaro, *The Record of FDI in Developing Country Agriculture*, article presented in Rome on 30th-31st July 2009 during the meeting of the FAO's experts about foreign investments in the agriculture of developing countries.

⁷ See e.g. A. Bonfanti, "Land Dealing" o "Land Grabbing"? *Imprese e investimenti agricolo responsabile*, in E. D'Orazio (ed.), *Corporation and global justice: should multinational corporations be agents of justice?*, Milan, 2013, 44-58.

⁸ T. Kachika, *Land Grabbing in Africa A Review of Impacts and the Possible Policy Responses*, Oxfam International, 2010, 15-16.

⁹ L. Cotula, *The great African Land Grab?: Agricultural Investments and the Global Food System*, IIED, London, 2013, 40 ff.

a medium to contribute to the reduction of greenhouse gases. A lot of African lands are used for the farming of jatropha, a plant whose seeds contain about 30-38% oil. The jatropha can be used as common fuel by means of a simple filtration in diesel engines which have been suitably designed, or it can be converted into biodiesel which can be employed in all engines fed by diesel oil without making any specific change in the engine¹⁰.

Analyzing some investment agreements in agricultural lands¹¹, it is possible to see that the object of the contract concerns uncultivated or abandoned acreages, the so-called idle lands or marginal lands. Unfortunately, at present there is not a general and shared legal definition which explains the meaning of uncultivated or infertile land, hence the choice is left to the discretionary power of the states and, in general, to the contracting parties¹². For instance, in Ethiopia, all the contracts registered in the National Investment Promotion Agency are classified as referring to “*unused land without prior users*”¹³. However, this formal classification raises some doubts. In fact, concepts like abandoned land or unused land do not have to be linked to the real presence of rural communities, but to the real productivity of those lands¹⁴.

Therefore, terminology becomes essential, because these definitions are destined to the exploitation of the resources that are evaluated unproductive by the government authorities, but which have a crucial role for the subsistence of the local rural communities. In many cases, this land, which is considered marginal, uncultivated and idle, is actually vital to guarantee survival to people who live on small-scale agriculture or sheep breeding, to women and native populations¹⁵.

According to the majority of the Constitutions of African states¹⁶, non-titled land belongs to the public or to the state. The occupation of lands by people without any official title is admitted but not legally recognized and the state has the legitimate power to dispose of its natural resources.

In Tanzania, for example, lands are state-owned and only a part of them, namely the general lands, can be the object of an investment. In particular, the national legislation on lands defines “*general land as all public and which is not reserved land or village land and includes unoccupied or unused village land*”¹⁷. However, this definition is too vague and it cannot protect local populations, as in the case of

¹⁰ L. Russi, *Hungry Capital: The Financialization of Food*, Alresford, 2013, 120 ff.

¹¹ L. Cotula, *Land Deals in Africa: What is in the contracts?*, IIED, London, 2011, 16 ff.

¹² A. M. Karodia, P. Soni, *African Land Tenure and Foreign Land Ownership: Threat or Opportunity?*, in *International Journal of Economics and Business Studies*, Issue 3, 2013, 4-7.

¹³ The Oakland Institute, *Understanding Land Investment deals in Africa. Country Report: Etiopia*, Oakland, 2011, 22.

¹⁴ J. von Bernstorff, *Who is entitled to cultivate the Land? Sovereignty, Land Resources and Foreign Investment in Agriculture in International Law*, in F. Romanin Jacur, A. Bonfanti, F. Seatzu (eds.), *Natural resources grabbing, an international law perspective*, Leiden, 2016, 55-74.

¹⁵ See A. M. Karodia, P. Soni, *op. cit.*

¹⁶ On an overview of the principle African Constitution dealing with land rights see L. Cotula, *Property rights, negotiating power and foreign investment: An international and comparative law study on Africa*, Edinburgh, 2009, 154 ff.

¹⁷ Article 2, Land Act Tanzania, 1999, available at the following link: faolex.fao.org/docs/pdf/tan23795.pdf.

the Maasai communities who are constrained to leave their villages to give their land in grant to a foreign multinational corporation¹⁸.

Another important consideration that must be taken into account in the present analysis concerns land regulations in African countries. In a state or in a region, there can exist rights on lands which have a different legal nature: traditional law and common law, government law and tribal law¹⁹. Therefore, in view of a complex and uncertain legal situation, central governments have a predominant role in the distribution of lands, and they often intervene with legislations on lands which aim at transferring all the non-registered lands to the state and this is to foreign investors' advantage too²⁰.

With regard to investors, both the states and the state-owned or state-controlled enterprises invest in Africa, but it is the private sector that prevails. On the one hand, the states provide political support and operate in the diplomacy field in order to facilitate the agreements; on the other hand, private corporations carry on the projects: large public companies for China, joint ventures between the public and the private sectors, or enterprises which are subsidiary companies with sovereign wealth funds for the Western states, especially EU countries²¹.

In the next chapters, what will be examined is the investment and the cooperation policies of two main actors, China and the European Union, in Africa, pointing out the differences and the implications in the development of the African continent.

2. The Chinese developing legal framework for Foreign Direct Investments in Africa

China's presence in Africa can be traced back to the years of decolonization. During the struggle for independence, China has been able to give assistance to African countries through specific agreements to ensure financial and technical support: China's economic activities in Africa were primarily motivated by China's political agenda and were focused on providing economic assistance to newly independent African nations²². The turning point of the Chinese presence in Africa was

¹⁸ The Oakland Institute, *Understanding Land Investment deals in Africa. Country Report: Tanzania*, Oakland, 2011, 32 ff.

¹⁹ See the analysis on the African land regulations in G. Mizzau, *La terra degli antenati. Il regime fondiario tradizionale dei coltivatori africani*, Milan, 2001.

²⁰ In most of the African states, the management of the land is problematical and it generates numerous conflicts. For, instance, the laws that regulate land property in the Senegalese legal system are based on a hybrid system characterized by the presence of juridical pluralism. On this point see J. Faye, *Land and decentralisation in Senegal*, Dakar, 2008.

²¹ A. Goetz, *How different are the UK and China? "Land grabbing" countries in comparative perspective*. Report presented in the "Global Land Grabbing II" international conference of 17th-19th October 2012 organized by Land Deals Politics Initiative (LDPI) and held at the Cornell University, Ithaca, NY.

²² Chinese capital investment into Africa up to July 2016 has increased by 515% from full-year 2015 figures. With more than \$14bn invested in Africa by Chinese companies so far in 2016, investment levels have already surpassed every year of recorded data available for FDI Markets since 2003. In addition, the number of investment projects into Africa from China is set to surpass any previous year since 2003, with 36 projects recorded from January to July 2016. With 38 projects for the whole of 2012, the number of projects recorded during 2016 is certain to reach a new high. Despite a year-on-year decrease in capital expenditure invested in

represented by the *Going Global policy*, formally adopted by the Chinese government in 2001, with the aim of encouraging domestic companies to establish business relationships abroad, in order to consolidate the presence at the international level²³.

China is now one of the main commercial partners of Africa. Its growing population and energy demand is pushing it to forge joint-partnerships with several African states rich in natural resources where China invests capital and develops the country's infrastructure in exchange for employment and favourable terms for extracting raw materials to China²⁴. Moreover, agricultural investment in Africa has been encouraged by the government. Until relatively recently, China's partnership in African agriculture was focused on technical assistance and capacity building. However, in the interest of sustainability, the development of markets and the potential for expanded trade, China has encouraged public-private partnerships and provided incentives for its agribusiness corporations to invest in African agriculture²⁵.

With particular reference to the purchase of arable land, China's interest is based on the need to ensure food at an affordable price for its people and on the production of biofuels. The first known cases of Chinese investment in African agricultural land appeared between 1949 and 2001, when ten investments, with a combined total of 11,000 hectares of land, were realized²⁶. From 2001, many investment agreements have been signed in the field of agricultural cooperation, with the establishment of Chinese state-owned enterprises in Zambia, Zimbabwe,

Africa from China between 2014 and 2015, the number of projects, jobs created and companies investing has increased each year into Africa between January 2013 and July 2016. During this period, the number of projects recorded has increased by 112%, the number of jobs created has increased by 413% and the number of companies investing has more than doubled by 108%.

On this point see: data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.WD.GD.ZS

²³ On the relationship between China and Africa see B. Barton, A. De Bellefroid, *China and the European Union in Sub-Saharan Africa*, in J. Wonters, J.C. Defraigne, M. Burnay (eds.), *China, the European Union and the Developing World. A Triangular Relationship*, Cheltenham/Northampton, 2015, 371-401.

²⁴ B. Kabamba, *China-DRC: a convergence of interests*, in J. Wonters, J.C. Defraigne, M. Burnay (eds.), *op. cit.*, 2015, pp. 414-426.

²⁵ Compared to western multinational companies (MNCs), the role of the Chinese government in the global expansion of Chinese MNCs is significant. China provides its MNCs, mainly state owned, with political and financial support (i.e., involvement of state political and financial agencies in Chinese MNC ventures abroad). Such government support enables Chinese companies to overcome their disadvantaged position resulting from their late arrival in the international market. By going global, they are subject to less competition. They can realize higher profit, due to their price competitiveness, and diplomatic, political and financial support from Beijing's central government. To survive the intense competition in the global market, Chinese companies acquire foreign management skills and new technological skills and develop strong relationships with companies in the countries where they operate. Such relationships often lead to mergers and acquisitions. See D. Bräutigam and T. Xiaoyang, *China's Engagement in African Agriculture: "Down to the Countryside"*, in *The China Quarterly*, Issue 199, 2009, 686-706.

²⁶ There are eight confirmed investments, i.e. five in Zambia (8,807 ha.), one in Guinea Bissau (1,800 ha.); one in Mauritania (638 ha.); one in Mali (500 ha.), and one unconfirmed one in Ghana (size unknown).

Uganda and Tanzania and in the next few years it is expected that new Chinese farmers may be present on the African continent²⁷.

On the one side, the Chinese investments in Africa may be considered as *win-win* solutions and operations, since they promote host countries' development through new capital, infrastructure, technologies, experts, agronomists and seeds supply. On the other side, China's investments in agricultural land may raise many doubts: agricultural projects in biofuels threaten food security and do not allow local people to decide how to cultivate their lands²⁸. Moreover, African workers are often hired to low wage and working conditions, and forced to live with the constant threat of immediate layoff by Chinese enterprises²⁹.

Nonetheless, it is indisputable that Africa is benefiting from Chinese investments. China's aid and investment in Africa has helped to build a structure upon which African countries' economic growth can be built, even in areas where Western countries and agencies are not willing to invest. The impacts of Chinese investments in Africa are more visible in infrastructure development, investment, trade and human capital development. Loans from China have provided African countries with an alternative source for capital, which weakened the position of the World Bank in project financing in Africa³⁰.

In the following paragraphs, the article will examine two legal instruments through which the Chinese government is trying to promote and influence investment in agricultural land and the development of the African continent: Bilateral Investment Treaties and the creation of Special Economic Zones.

2.1. Chinese Investment Agreements in Africa and their legal effects on land deals

The majority of investment contracts, adopted by Chinese investors, are long-term contracts, i.e. contracts to perform work for another over an extended period of time. Many contracts provide long-term rent of land owned (or managed) by African states³¹.

One of the main problems in the long-term contracts is the distribution of economic costs, risks and benefits. Some deals may be mutually beneficial, whilst others may be unbalanced. In these contracts, skewed deals are not sustainable because the party losing out may seek a renegotiation or even renege on the contract altogether³².

²⁷ J. Gu, *China's Private Enterprises in Africa and the Implications for African Development*, in *European Journal of Development Research*, Issue 21, 2009, 570–587.

²⁸ C. Smaller, Q. Wei, L. Yalan, *Farmland and Water: China invests abroad*, Winnipeg, 2012, 1-3.

²⁹ For a detailed analysis see A.Y. Baah, H. Jauch (eds.), *Chinese Investments in Africa: a labour perspective*, Accra-Windhoeck, 2009, 15 ff.

³⁰ On this point see K. Adisu, T. Sharkey, S. C. Okoroafo, *The impact of Chinese Investment in Africa*, in *International Journal of Business and Management*, Vol. 5, Issue 9, 2010, 3-9.

³¹ A. Yilmaz-Vastardis, T. Van Ho, *Integrating Human Rights into the Extractive Industries: How Investment Contracts Can Achieve Protection*, in F. Romanin Jacur, A. Bonfanti, F. Seatzu (eds.), *op.cit.*, 225-244.

³² R.E. Scott, *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, in *California Law Review*, Vol. 75, Issue 6, 1987, 2005 ff.

Although the current land contracts usually do not contain guarantees for local people and small producers³³, investment contracts could represent an important legal instrument not only for investors, but also for host countries.

During the investment project's negotiation, local governments often require investors contribution to the development of the region hosting the investment, not only through the provision of jobs or ensuring adequate environmental protection and development, but also through the direct involvement of local farmers in the supply chain³⁴. Optimizing local benefits may require sustainable trade agreements, such as contract farming with small-scale producers or joint ventures with organizations legally recognized in the local community³⁵. For instance, the Chinese state-owned enterprise, *China-Africa Cotton Development Limited*, has a joint venture in Malawi to produce, process and export cotton to China, providing 1,500 jobs for locals and 100,000 farmer families with capital and technological aid³⁶. Further research is needed to examine the impact of this project, but this kind of investment could potentially offer the opportunity to enhance agricultural development in Africa and ensure benefits to local farmers and the economy.

Despite the measures taken by China to encourage investment, there remains a critical issue: there are no specific rules for the stipulation of contracts for agricultural investment. This is a major problem, since it does not allow to discover how the negotiations brought about the conclusion of the contract and in particular whether the content of the contracts is clearly defined³⁷.

The use of *soft law* instruments is likely to enable greater standardization of investment contracts, favouring investments that offer a greater focus on sustainable development and the development of peoples. However, apart from the *soft law* commitments enshrined in the Forum on China and Africa Cooperation (FOCAC) Declarations and Action Plans³⁸, the most important sources of law in China-Africa investment relations are Bilateral Investment Treaties.

China has signed bilateral investment treaties with thirty-five African states³⁹, whose main features are: a broad definition of investments; absolute standards of treatment (for example, fair and equitable treatment) clauses; relative standards of treatment (for example, National Treatment and Most-Favored-Nations) clauses; protection against expropriation; protection against wars, riots, and related civil disturbances; State-State dispute settlement as well as Investor-

³³ L Cotula, 2011, *op. cit.*, 3 ff.

³⁴ L. Cotula, 2011, *op. cit.*, 16.

³⁵ M. Manfredi, *Land Investments and "Land Grabbing": the Need for a Legal Framework*, in *Diritto del commercio internazionale*, Issue 3, 2013, 815 ff.

³⁶ See J. Gu, *op. cit.*

³⁷ J. Miller, *Contracting in Agriculture: potential problems*, in *Drake journal of agricultural law*, Issue 8, 2003, 70.

³⁸ On this point see Centre for Chinese Study, *Evaluating China's FOCAC commitments to Africa and mapping the way ahead*, 2010, available at: www.ccs.org.za/wp-content/uploads/2010/03/ENGLISH-Evaluating-Chinas-FOCAC-commitments-to-Africa-2010.pdf

³⁹ For a complete list of bilateral investment treaties between China and Africa see: investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu

State dispute settlement procedures; subrogation clauses; and clauses guaranteeing the right of investors to freely transfer funds⁴⁰. There are, however, no clauses on the protection of human rights, labour rights and environment and sustainable development.

As it was pointed out in the previous paragraph and as stated in the 2010 report of the United Nations Conference on Trade and Development⁴¹, China's approach to African lands appears different from that of the EU states, since Chinese investment is not intended to influence the policy choices of the African states. But, if one analyses bilateral investment treaties signed by China with African countries, it will be noticed that the treaties are very similar to those signed by the EU Member states. In particular, it will be evident that all treaties signed by China with African countries contain clauses that almost only protect investors⁴².

In all analysed BITs, both first-generation one as China-Ghana BIT⁴³ and those concluded in recent years as the China-Madagascar BIT⁴⁴, one may find provisions for investment promotion and protection. Concerning of investment promotion, the BITs do not provide details on the pre-conditions and modalities of the investment promotion activities agreed upon, nor do they include any follow-up mechanism that would allow monitoring as to what extent the promotion measures have been put in place and are effective. As far as investment protection is concerned, the BITs include specific levels of protection, such as the guarantee of a fair and equitable treatment to investors, the obligation of non-discrimination and the guarantee of full protection and security⁴⁵.

In the first generation bilateral treaties, such as the Ghana-China BIT, the parties stipulate that investment and related activities are insured "*equitable treatment and shall enjoy protection in the territory of the other Contracting state*"⁴⁶. In the recent investment treaties, instead, the Parties introduce the principle of fair and equitable treatment to investors in a more specific and detailed way, in order to avoid arbitrary and discriminatory decisions⁴⁷. Furthermore, investor's protection is guaranteed by the Most Favoured Nation clause, the principle of National

⁴⁰ See B. Barton, A. De Bellefroid, *op. cit.*, 372-373.

⁴¹ UNCTAD, *Economic Development in Africa. Report 2010, South-South Cooperation: Africa and the New Forms of Development Partnership*, New York, 2010, 24.

⁴² W. Kidane, Z. Weidong, *China-African Investment Treaties: Old Rules, New Challenges*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 35, Issue 1, 2013, 1055-1063.

⁴³ China-Ghana BIT, 12 October 1989, available at: investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/737

⁴⁴ China-Madagascar BIT, 21 November 2005, available at: investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/758

⁴⁵ See articles 2-3 of China-Ghana BIT and 3-4 of China-Madagascar BIT

⁴⁶ Article 3 par. 1 of China-Ghana BIT.

⁴⁷ See, for instance, article 3 of China-Madagascar BIT, note 43, and in particular paragraph 1: "chacune des Parties Contractantes s'engage à assurer, sur son territoire défini plus haut, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie Contractante et à faire en sorte que l'exercice d'un droit ainsi reconnu ne soit entravé en droit, ni en fait".

Treatment and by the access to infrastructure and goods of the Host countries, including access to water and energy⁴⁸.

With particular regard to land investments, BITs could offer a specific protection to Chinese investors through the clause on the prohibition of expropriation without compensation⁴⁹. This clause provides that expropriation should be justified by a public and non-discriminatory interest and provides just and fair compensation to the affected families whose land has been acquired or proposed to be acquired or are affected by such acquisition. But, it often happens that the local population is recognized as a symbolic compensation or the expropriations are granted in exchange for temporary jobs⁵⁰.

This analysis shows that the main goal of Chinese investment treaties in Africa is to create favourable conditions for foreign investors. In contrast, however, to the model BIT approved by United States in 2012⁵¹, China did not approve a model Treaty as a symbol of its growing bargaining power, but tries to obtain same level of protection for investments as provided in BITs of other capital exporting states⁵².

As indicated above, in face of clauses promoting and protecting foreign investment, there is no evidence in any China-Africa BIT of articles relating to environmental protection and local territories, the right to work and the rights of local populations⁵³. Solutions to this serious gap may be identified in the system of protection of human rights and in particular in the African Convention on Human and People's Rights. But in this article, the writer's aim is to consider if it is possible to insert into bilateral investment treaties clauses promoting sustainable development and host countries obligations to the local communities.

At the moment, there are no examples of specific investment treaties with those clauses, but it could be useful to consider two Treaties: the US model BIT of 2012 and the Economic Partnership Agreement between the EU and the Eastern and Southern African Group signed in June 2016⁵⁴. In both treaties, there is a clear reference to the link between the investment and the development of the host state. This is particularly important in the relations between China and Africa where human rights protection systems and the issues related to sustainable development are not as developed as in the US or in EU countries. The inclusion of these requirements in the China-Africa treaties would be of a great benefit, because it would improve the Chinese legislation, which would apply to foreign investors in

⁴⁸ W. Kidane, Z. Weidong, *op. cit.*, 1063 ff.

⁴⁹ A. Reinisch, *Expropriation*, in P. Muchlinski, F. Ortino (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 410 ff.

⁵⁰ P. Houanye, S. Shen, *Foreign Direct Investment in Africa: securing Chinese's investment for a lasting development in Africa*, in *Global Conference on Business and Finance Proceedings*, Vol. 7, Issue 1, 2012, 143-156.

⁵¹ www.state.gov/documents/organization/188371.pdf

⁵² U. E. Ofodile, *Africa-China Bilateral Investment Treaties: a Critique*, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 35, Issue 1, 2013, 155 ff.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ For further informations see paragraph 4.1.

China, and the recognition of the needs and the interests of the African people, often unjustly deprived of their lands⁵⁵.

2.2. The legal impact of Chinese Special Economic Zones on African lands

China's effort to attract foreign investment relied at first on Special Economic Zones (SEZ). SEZs are regions where special economic policies and flexible governmental measures, like tax incentives for foreign investment enterprises, are granted. SEZs are given more independence on international trade actions and economic activities are driven directly by market forces. To date, China has about 330 SEZs, which are considered by many analysts as particularly effective tools to support targeted investments and to promote the development of specific areas. But the establishment of these zones has considerable costs with particular regard to land acquisitions⁵⁶.

Despite their enduring attractiveness and advantages, the Chinese SEZs have to be scrutinized critically with regard to WTO requirements. Each SEZ has its own unique configuration of incentives, which have to be compliant with WTO law⁵⁷. Of greatest concern are export subsidies and requirements to use domestic over imported goods. Here, the WTO agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement) comes into play. According to the World Bank's interpretation, SEZ regimes that have specific incentives linked to export performance, such as minimum export requirements, subsidized rent or utilities, or a lower tax on export income, are not compatible with WTO disciplines (Art. 3 of the SCM Agreement) and have to be altered⁵⁸. Particularly the SEZs which focus on export which has to be in line with the SCM Agreement in order not to harm other countries and raise more WTO concerns.

In order to regulate those zones, the Chinese government has provided detailed legislation, identifying characteristics for areas subject to expropriation,

⁵⁵ See B. Barton, A. De Bellefroid, *op. cit.*

⁵⁶ W. Anseeuw, L. Cotula, M. Taylor., *Expectations and implications of the rush for land. Understanding the opportunities and risks at stake in Africa*, in J.A. Allan, M. Keulertz, S. Sojamo, J. Warner (eds.), *Handbook of Land and Water Grabs in Africa. Foreign direct investment and food and water security*, Abingdon / Oxon, 2013, 421-434.

⁵⁷ SEZs differentiate between local areas in a country, treating foreigners there more favorable than in other parts of this country. The installing rules in the countries have to observe WTO law, particularly its rules on non-discrimination (most-favored nation principle in Art. I GATT, national treatment principle in Art. III GATT) and on state subsidies. There are only special rules for SEZ insofar as the exemption of an exported good from duties or taxes is not deemed to be a subsidy. The exemption of import duties is lawful if it makes no difference between other member states. The lawfulness of all these measures may be considered by the trade policy review mechanism of WTO, by the subsidies surveillance, is subject to notification requirements and finally to the WTO dispute settlement procedure. See S. Creskoff, P. Walkenhorst, *Special Economic Zones in Developing Countries*, Policy Research Working Paper 4892, The World Bank, 2009.

⁵⁸ R.A. Torres, *Free Zones and the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, in *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 2, Issue 5, 2007, 217-223.

the criteria for the compensation of local people forced to leave their lands and establishing a minimum level of land for agricultural production⁵⁹.

In 2006, the Chinese government announced that it would establish up to 50 overseas economic and trade cooperation zones in Africa as part of its *Going Global* policy. At present, five zones are at different stages of construction – one each in Ethiopia and Mauritius, and two in Nigeria; the *Chambishi zone* in Zambia is partially operational while the proposed Algerian zone has been suspended. Only Egypt's Suez ETCZ is fully operational⁶⁰.

The first special economic zone in Africa was established in 2007 in Zambia, in the province of Copperbelt; the second in Mauritius, where China planned to build a commercial area open to twenty-one countries of the Common Market for Eastern and Southern Africa⁶¹. For China, in addition to exporting its own model of development, that zones have the function to support internal industrial restructuring, transferring Chinese companies that are less advanced and competitive and require more labour. There is no, however, a single model of SEZ: some focus on the processing of minerals, others on the creation of technology parks, others on the manufacturing sector⁶².

With particular regard to land acquisition, China's interest is linked to the need to guarantee food at an affordable price to its people, but also the supply of raw materials for industry and biofuels. In addition, one of the main benefits that these areas should promote in African states is the creation of new jobs. As reported by various authors⁶³, employment opportunities promised by the Chinese companies in the agribusiness sector, as incentives for local people to give up their lands, fail after a few years. In fact, some authors report that Chinese enterprises hire local workers through occasional or temporary employment contracts, but after a short period those workers are replaced by Chinese ones, as is happening in the Lekki Nigeria SEZ⁶⁴.

203

The Chinese government, although not directly involved in the creation of SEZs in Africa, provides funds for the construction of those areas and takes action in promoting the projects that are considered of strategic importance for the development of their country⁶⁵. There are cases where local communities are deprived of their land without being consulted and without receiving any

⁵⁹ D. Bräutigam, X. Tang, *China's investment in Africa's special economic zones* in T. Farole, G. Akinci (eds.), *Special economic zones: Progress, emerging challenges, and future directions*, Washington DC, 2011, 69 ff.

⁶⁰ D. Bräutigam, X. Tang, "Going Global in Groups: Structural Transformation and China's Special Economic Zones Overseas, in *World Development*, 2013, 3 ff.

⁶¹ T. Farole, *Special Economic Zones in Africa Comparing Performance and Learning from Global Experiences*, Washington DC, 2011, 61-109.

⁶² On the specific characteristics of each special economic zones, see D. Bräutigam, X. Tang, 2011, *op. cit.*

⁶³ See W. Anseeuw, L. Cotula, M. Taylor, *op. cit.* and D. Bräutigam, X. Tang, 2011, *op. cit..*

⁶⁴The Lekki Free Zone was established in November 2010 and consists of 3 thousand hectares, with priority given to projects related to electronics, machinery, pharmaceutical and the furnishings. Despite promises by the Chinese investors to promote employment opportunities for local communities, it is experiencing a steady employment of workers from China to the detriment of the local population who were persuaded to give up part of their land in exchange for a job. On this point see D. Bräutigam, X. Tang, 2011, *op. cit.*, 93 ff.

⁶⁵ See T. Farole, *op. cit.*

compensation. For this reason, some authors consider special economic zones as one of the causes of land grabbing in Africa by Chinese investors⁶⁶.

Moreover, as the experience of the Mauritius special economic zone shows⁶⁷, Chinese investors give no guarantee to develop the area. Consequently, African governments are now reluctant in expropriating land for the creation of zones that often deprive local populations of their natural resources and will not promote the country's economy⁶⁸.

Potentially, Chinese SEZs may offer opportunity to contribute to job creation, industrialization and poverty reduction in Africa through investments in a wider range of sectors, spanning agro-industry, manufacturing and services. But, as the experience of the described zones has shown, Chinese SEZs in Africa have, by and large, failed to deliver significant benefits to date. In other words, they have generated low levels of investment, exports or employment⁶⁹. For this reason, it is necessary that Chinese investment agreements in Africa regulate these zones with clear and shared rules, supporting partnership between foreign investors and small farmers and local populations.

3. The EU's developing legal framework for Foreign Direct Investments in Africa

The next paragraphs will focus on how EU policy are influencing investment in agricultural land in Africa.

At first, the new land rush requires an analysis of EU external action, which includes the EU's competence on foreign direct investment. The external action is based on principles and predetermined objectives identified in art. 21 TEU, which includes the founding values of the Union that "seeks to advance in the wider world"⁷⁰, and whose aims are: security, independence and integrity of the EU, promotion of peace and international security, sustainable development, integration and progressive liberalization of world economies, solidarity and cooperation⁷¹.

⁶⁶ On this point see H. Cowaloosur, *Land grab in new garb: Chinese special economic zones in Africa*, in *African Identities*, Vol. 12, Issue 1, 2014, 94–109 and O. De Schutter, *How not to think on land grabbing: three critiques of large scale land investment*, in *Journal of Peasant Studies*, Issue 38, 2011, 249–279.

⁶⁷ A Chinese company based in Mauritius and the Mauritian Prime Minister pursued negotiations with the Chinese company for the creation of a Special Economic Zones. The location finalised for the zones was Riche Terre, which was occupied by 106 sugarcane planters. The planters had to leave the area without an adequate compensation. By acquiring the land at Riche Terre at the expense of the farmers, not only has the SEZ contributed to unemployment, but also has aggravated the food security situation, initiated disadvantages and added to the pressure on land on the island. On this point see C. Baissac, *Planned Obsolescence? Export Processing Zones and Structural Reform in Mauritius*, in T. Farole, G. Akinci (eds), *op. cit.*, 227 ff.

⁶⁸ Y.W. Cheung, J. De Haan, X. Quian, S. Yu, *China's investment in Africa*, in Y.W. Cheung, J. De Haan, (eds.), *The evolving role of China in the Global Economy*, Cambridge, 2013, 419 ff.

⁶⁹ On this point see T. Farole, *op. cit.*, 239 ff.

⁷⁰ Principles of art. 21 par. 1 TEU are: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law.

⁷¹ Art. 21 par. 2 TEU.

Development cooperation is thus set in the context of the principles and objectives of EU external action, which includes fostering “*the sustainable economic, social and environmental development of developing countries, with the primary aim of eradicating poverty*”⁷². Since the eradication of poverty is considered as a primary aim of the European Union, it applies to all areas of EU external action⁷³. The need to mainstream the principles and objectives underpinning development cooperation also implies that stress has to be put on policy coherence, not only in development but in EU external actions more generally.

While the European Union has exclusive competence for trade policy, the competence over development policy is shared with member states of the European Union. Through Policy Coherence for Development, the EU seeks to take account of development objectives in all of its policies that are likely to affect developing countries. It aims at minimizing contradictions and building synergies between different EU policies to benefit developing countries and increase the effectiveness of development cooperation⁷⁴.

Moreover, foreign direct investments that significantly reinforce the common commercial policy, eliminate the previous competence division between trade and investments. With the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009 the EU has acquired new competences in the area of international investment law and policy. Article 207 TFEU now provides the EU with external treaty-making power in the field of foreign direct investment⁷⁵. The EU is hence expressly entitled to negotiate and conclude international investment agreements or free trade agreements including chapters on investment comparable to those concluded by EU Member States individually before that⁷⁶.

Before taking into consideration the EU policies in Africa, it is worth pointing out that Developing countries benefit from preferential import conditions to the EU, which effectively implies that the EU charges lower taxes at the border on products from developing countries than other suppliers⁷⁷.

There are several schemes for preferential access, most notably the Generalized System of Preferences (GSP). That System is an autonomous trade arrangement through which the EU provides non-reciprocal preferential access to the EU market to 176 developing countries and territories. Furthermore, there is a

⁷² Art. 21 par. 2 lett. d) TEU.

⁷³ M.E. Bartoloni, *La cooperazione allo sviluppo dell'Unione europea con Paesi terzi: da politica contro la povertà a cooperazione globale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 8, Issue 3, 2014, 663-668.

⁷⁴ M. Carbone, *Mission impossible: the European Union and Policy Coherence for Development*, in M. Carbone (ed.), *Policy Coherence and EU Development Policy*, Abingdon, 2009, 1-20.

⁷⁵ Article 207(1) TFEU provides: “*The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, the achievement of uniformity in measures of liberalisation, export policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action.*”

⁷⁶ A. Dimopoulos, *Eu Foreign Investment Law*, Oxford, 305 ff.

⁷⁷ A. R. Young, J. Peterson, ‘*We care about you, but...*’: the politics of EU trade policy and development, in *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 26, Issue 3, 2013, 497-518.

special incentive arrangement for sustainable development and good governance for 15 beneficiary countries, known as GSP+. Moreover, the Everything But Arms (EBA) arrangement provides duty-free and quota-free access for all other products for the 49 Least Developed Countries (LCDs)⁷⁸. In 2011, the Commission put forward a proposal for a revised scheme to focus Standard GSP on those countries that are truly in need, to strengthen GSP+ as an incentive to good governance and sustainable development as well as making the system more transparent, stable and predictable. The EBA scheme should be reinforced, but by re-adjusting the preferences, the Commission hopes to attain a generally higher impact⁷⁹.

As far as the EU policies in Africa are concerned, the European Union has tried to tighten its economic links with African countries by fostering Free Trade Agreements. In order to preserve a special economic link with its former colonies, the EU Member States decided to enhance their commercial interest under the responsibility of the EU⁸⁰. This resulted in the initial signature of the 1963 Yaoundé Agreement, which was subsequently revised and followed by the four Lomé Conventions. The EU's preferential trade regime operated through exceptions to the WTO's Most Favoured Nation treatment rules. The last waiver under the Lomé Convention was extended to 31st December 2007. Given this deadline, and the obligation to replace the waiver with WTO-consistent regional trade agreements, a Council Decision of 17th June 2002 paved the way for negotiations on economic partnership agreements (EPAs)⁸¹. These EPAs will govern the economic relationship between the EU and the African, Caribbean and Pacific (ACP) countries in the future. Unlike the Cotonou or Lomé Conventions, which are to be replaced by the EPAs, these agreements are WTO-compliant, covering substantially all trade in goods (at least 80%) and services, investments and trade-related rules. EPAs may foster ACP integration into the world economy and promote the countries' sustainable development⁸².

After this brief introduction on the European Union investment and development policies, two legal instruments will be considered which, in this writer's opinion, better outline the EU policy in Africa: the Economic Partnership Agreements (EPA) and the EU policy on renewable energies, which is encouraging investment in African lands for cultivation of biofuels.

3.1. The EU Economic Partnership Agreements and land investments in Africa

The Economic Partnership Agreements between the EU and African, Caribbean and Pacific countries and regions were established in the Cotonou Agreement in

⁷⁸ See Regulation No 732/2008, available at: ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/generalised-scheme-of-preferences/

⁷⁹ B. Wardhaugh, *GSP+ and Human Rights: Is the EU's Approach the Right One?*, in *Journal of International Economic Law*, Issue. 16, 2013, 827-847.

⁸⁰ T. Faia, *Exporting Paradise? EU Development Policy towards Africa since the End of Cold War*, Cambridge, 2012, 1-30.

⁸¹ *Ibidem*, 78 ff.

⁸² L. Bartels, *The Trade and Development Policy of the European Union*, in *European Journal of International Law*, Vol 18, Issue 4, 2007, 715-756.

2000 and they aim at promoting ACP-EU trade and contribute to sustainable development and poverty reduction. These Economic Partnership Agreements (EPAs) are negotiated in six regional groups – four in Sub-Saharan Africa, one in the Pacific, and one in the Caribbean region⁸³.

In the Cotonou Agreement, the EU and ACP states agreed on EPAs coming into force in 2008. This was also to respond to the WTO challenges against the preferences, since the WTO allows for more preferential treatment amongst the member of a free trade area. Hence, in order to maintain their preferences⁸⁴, ACP countries had to enter into reciprocal free trade agreements. A waiver was granted by the WTO members that allowed the preferential treatment of ACP states to be continued until 31st December 2007, by which time the free trade areas would have to be agreed upon⁸⁵.

Typically, an Economic Partnership Agreement provides for the opening of African markets for all imports from the European Union. This could have negative implications on the African production, although it is possible to exclude some products that may be in the list of so-called sensitive products⁸⁶. Moreover, some EPAs include a standstill clause providing that no new customs duties shall be introduced for trade with the EU, nor those already applied be increased, as from the entry into force of the agreement. The main effect of the standstill provision is to prevent EPA states from raising tariffs on those products not scheduled for liberalisation. But it is difficult to understand the reason for the asymmetric treatment. It seems that, more recently, the EU has offered more flexibility in this area, which may help to restore some greater tariff autonomy to ACP signatories of the more restrictive EPAs⁸⁷.

One of the most contested clauses by African countries is the Most Favoured Nation clause, which requires the signatory states to accord to the EU Parties "*any more favourable treatment applicable as a result of the Signatory [...] states becoming party to a free trade agreement with any major trading economy*"⁸⁸. That clause is included in some Interim Partnership Agreements, such as the EU and Western

⁸³ European Commission (EC)/ACP-States: 2000/483/EC: Partnership agreement between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, signed in Cotonou on 23 June 2000.

⁸⁴ A. Di Caprio, S. Trommer, *Bilateral Graduation: The Impact of EPAs on LDC Trade Space*, in *Journal of Development Studies*, Vol. 46, Issue 9, 2010, 1607–1627.

⁸⁵ C. Stevens, *The EU, Africa and Economic Partnership Agreement: unintended consequences of policy leverage*, in *The Journal of Modern African Studies*, Vol. 44, Issue 3, 2006, 441–458.

⁸⁶ S. Karingi, R. Lang, N. Oulmane, R. Perez, M. Sadni Jallab, H.B. Hammouda, *Economic and Welfare Impacts of the EU-Africa Economic Partnership Agreements*, African Trade Policy Centre, Work in progress n. 10, Addis Abeba, 2005, 22 ff.

⁸⁷ S. Bilal, C. Stevens (eds.), *The Interim Economic Partnership Agreements between the EU and African States: Contents, challenges and prospects*, Policy Management Report 17, Maastricht, 2009.

⁸⁸ Art. 16 par. 2 of *Interim Agreement establishing a framework for an Economic Partnership Agreement between the Eastern and Southern Africa States, on the one part, and the European Community and its Member States on the other part*, 2012. eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:111:FULL&from=EN

African countries Agreement, prompting criticism in the negotiations, as it would prevent the development of sub-regional markets for African farmers⁸⁹.

By definition, the Most Favoured Nation is an expression of the principle of non-discrimination in Article 1 of the GATT, whose purpose is to create a situation under which it is forbidden to Member states to differentiate the treatment of assets (or services or citizens) foreigners according to their origin (or citizenship, in the case of individuals)⁹⁰.

Some scholars consider that clause as a tool to allow the European companies to control African markets eroding the system of preferences that in the past was granted to them⁹¹. Furthermore, with particular reference to agriculture, there is a risk that agro-food companies in African countries may control the input of seeds, affecting, in this way, the whole African food system⁹². EU and African states will have to create their new trade relations with special regard to food security issues and their responsibility to respect an essential human right, the right to food for African people.

For the reasons above mentioned, European Commission and ACP negotiators had in most cases not been able to reach a common understanding and approach on the cornerstones of the new trading arrangement, notably, and quite surprisingly, on the development component and regionalism⁹³. There was resistance from many African countries that have failed to sign Partnership Agreements and only nineteen African states (including most non-least developed and some least developed countries) have initialled Interim EPAs⁹⁴. Only in June 2016 was the first EPA signed: the Economic Partnership Agreement between the EU and the Eastern and Southern African Group (SADC EPA)⁹⁵.

This agreement is really important, because it is the first complete EPA signed. The SADC EPA recalls that the agreement is based on the principles of respect for human rights, rule of law, and democracy and it confirms that any new or modified legislation on labour conditions or environmental practices that they may adopt will follow internationally recognised standards⁹⁶. It means also that the Parties cannot weaken labour or environmental protection to encourage trade or investment. To make sure the rules are respected, each participating country will also have a possibility to request consultations on questions of sustainable development, involving representatives of civil society⁹⁷.

⁸⁹ See S. Bilal, C. Stevens, *op. cit.*

⁹⁰ M. Herdegen, *Principles of International Economic Law*, Oxford, 2013, 189 ff.

⁹¹ See F. Pocar, *Diritto dell'Unione europea*, Milan, 2010, 85 ff.

⁹² On this point see J.B. Kanyangoga, *The MFN clause in the EAC-EU EPA negotiations: State of play and related implications*, Bridges Africa, Vol. 3, Issue 2, 2014.

⁹³ H.A. Diouf, *Why the MFN clause should not be included in EPAs*, Bridges Africa, Vol. 9, Issue 8, 2010.

⁹⁴ On the negotiations of the Economic Partnership Agreements between the African countries and the European Union see: trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/september/tradoc_144912.pdf.

⁹⁵ trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153915.pdf

⁹⁶ See article 2 and Chapter 2 of SADC EPA.

⁹⁷ See article 11 of SADC EPA.

SADC EPA and Interim EPAs are based on the Cotonou Agreement of 2000. The provisions of the Cotonou Agreement on human rights, on sustainable development, and on dialogue including parliaments and civil society, continue to apply. As such, the EPA offers some of the most complete protection of human rights and sustainable development available in EU agreements⁹⁸.

Currently, EPA is the only hard law instrument in force that includes a responsibility to the investor states, but it does not rule FDI in agriculture, placing a simple commitment for a future negotiation that affects them. In fact, Article 9 of SADC EPA imposes on EU investors the obligation to actively support the conclusion of direct foreign investment, ensuring at the same time the promotion of active cooperation between investors and local communities. It is also expressly provided in article 68 of the new Agreement the need to ensure the protection of natural resources (and therefore of land)⁹⁹. Furthermore, the agreement contains a state-to-state dispute resolution procedure of consultation, followed by mediation and arbitration¹⁰⁰.

3.2. The EU policy on renewable energies and the legal impact on African lands

Besides the Economic Partnership Agreements, one should consider the EU policy on renewable energies and in particular the Renewable Energy Directive¹⁰¹ (RED) and the Fuel Quality Directive¹⁰² (FQD) and analyze the effects that such a policy can yield on investment in agricultural land. The aim of these directives is to reduce by 2020 the emissions of carbon dioxide generated in the transport sector: the RED stating that 10% of the total fuel consumption must come from renewable sources; the FQD setting at 6% reduction of emissions from fuels. The criteria currently in force on the sustainability of biofuels prevent the direct conversion of forests, wetlands and areas of high biodiversity value into the production of biofuels and require that biofuels emit at least 35% less greenhouse gas than the fossil fuels they replace. This target will increase to 50% in 2017¹⁰³.

209

This legal framework produces a distorted market and a strong economic incentive to convert agricultural land into the production of biodiesel within the EU and also outside. Moreover, in order that 10% of European transport by 2020 will be from biofuels there will have to be, with the existing technologies (first

⁹⁸ A. Bormann, M. Busse, *The Institutional Challenge of the ACP/EU Economic Partnership Agreements*, Hamburg Institute of International Economics, available at: www.fes.de/aktuell/focus_europa/4/Docs/FES_HWWA_Institutional_Challenge_EPA.pdf

⁹⁹ See articles 9 and 68 of SADC EPA.

¹⁰⁰ See note 95.

¹⁰¹ Renewable Energy Directive -RED 28/2009 / EC

¹⁰² Renewable Energy Directive -RED 28/2009 / EC

¹⁰³ According to the preamble of the RED, (a) “*The control of the European energy consumption and the increased use of energy from renewable resources, together with energy savings and increased use of energy efficiency, constitute important parts of the package of measures needed to reduce greenhouse emissions and comply with the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, and with further Community and international greenhouse gas emission reduction commitments beyond 2012*”.

generation)¹⁰⁴ an increase in current production and to utilize a large amount of hectares for the production of agrofuels¹⁰⁵.

In order to achieve the above objectives, the European Commission supplies the necessary subsidies for biofuels production in the EU, but only for those particular biofuels grown and processed that conform to environmental standards and farmland biodiversity. Nonetheless, those biofuels, that do not respect the indicated limits, will not be considered illegal nor banned from the EU market and these biofuels can be imported anyway.

European Union energy policy has some significant implications on investment in land and in particular appears to be, as evidenced by various reports¹⁰⁶, a major cause of land use in developing countries. In fact, the EU territory is not able to fulfil the increase in biofuel demand and consequently more and more companies are gaining control of large plots of land in developing countries, particularly in Africa, for producing raw materials for the biofuel industry.

In 2012, for example, the EU co-financed a project in Tanzania and Mozambique called Sustainable Wood and Charcoal Production in Rural Mozambique and Tanzania, which aimed at increasing access to modern, affordable and sustainable energy services for rural and peri-urban poor by focusing on renewable energy solutions as well as on energy efficiency measures¹⁰⁷. But some authors reported that the villages involved in the project lost part of their lands through lease contracts of 99 years without receiving the benefits and jobs that had been promised¹⁰⁸.

Moreover, the EU policy on biofuels increases the economic value of land, that is therefore considered as any economic asset traded and an object of speculation. In fact, in order to achieve the objectives set out in the directive, by using existing technologies which currently only allow the production of first generation biofuels, will be necessary to use an area equal to 20 or 30 million hectares for their production¹⁰⁹.

210

¹⁰⁴ The first-generation biofuels are: biodiesel, pure vegetable oils, bioethanol from cereals and from sugar commodities, bio-ETBE (Ethyl Ter Butyl Ether produced from bioethanol) and biogas. Their production and their use are already underway, while now it is necessary to find solution for improvement the reduction of production costs, the optimization of the energy balance, the increase of energy efficiency of engines. On this point see F. Esu, S. Avet, *The European Integration and the 2009 Renewable Energy Directive: A Suitable Framework for the Implementation of the Sustainability Criteria for Biofuel Protection in Third-States?*, in F. Romanin Jacur, A. Bonfanti, F. Seatzu (eds.), *op. cit.*, 199-221.

¹⁰⁵ M. Leon-Moreta, *Biofuels: A Threat to the Environment and Human Rights? An Analysis of the Impact of the Production of Feedstock for Agrofuels on the Rights to Water, Land and Food*, in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 4, Issue 1, 2011, 122-143.

¹⁰⁶ M. Harvey, S. Pilgrim, *The new competition for land: Food, energy and climate change*, in *Food Policy*, Vol. 36, Issue 1, 40-51; A. Graham, S. Aubry, R. Kunneman, S. Monsalve Suarez, *Land Grab Study*, Fian International, Heidelberg, 2010, 47 ff.

¹⁰⁷ database.energyfacilitymonitoring.eu/acpeu/project/4549/

¹⁰⁸ R.E. Malimbwi, E. Zahabu, *The analysis of sustainable charcoal production systems in Tanzania*, in S. Rose, E. Remedio, M.A. Trossero (eds.), *Criteria and indicators for sustainable woodfuels. Case studies from Brazil, Guyana, Nepal, Philippines and Tanzania*, Rome, 2009, 195-224.

¹⁰⁹ See F. Esu, S. Avet, *op. cit.*

From this brief analysis, it is clear that on the one hand the European Union is committed and is doing its best to adopt appropriate instruments in promoting sustainable investment, like the guidelines of 2004 for promotion of land reforms and policies in developing countries¹¹⁰, and on the other hand, the EU policy on biofuels seems to conflict with the policies of cooperation and development mentioned above¹¹¹.

Analyzing investment projects in European agricultural land and the EU policy on renewable energies, it is possible to affirm that there is a basis to consider EU energy policy in violation of the objectives of development, particularly because it gives an incentive in not recognizing the right to a free prior and informed consent, no guarantees on access to water and food, and raises problems about food safety¹¹². In order to prevent or reduce such negative effects and to promote the sustainable production of biofuels, it will be necessary that a rigid respect of article 21 of the TUE and article 208 of the TFUE be applied. But a claim before a national court or the ECJ for violations of EU Treaties could hardly generate an immediate and long-lasting success¹¹³. For this reason, the writer believes that, to date, a good solution to avoid negative impacts on local populations could be the insertion of specific clauses related to the production of biofuels into investment agreements between the EU and African countries, following the example of the SADC EPA. In this way, cases of dispossession of agricultural land for the production of biofuels will be enforced before the dispute settlement body established by the investment agreements.

211

4. Final Remarks

The aim of this paper was to examine the legal instruments in African lands adopted by the two main investors: China and the European Union.

Chinese and EU investment agreements in Africa are very different. The European Union provides most of its aid in the form of donations for eradication of poverty, but places increasing political conditions (respect for democratic rules, human rights and the advancement of good governance practices); instead China mainly provides loans on concessional terms, largely aimed at building infrastructure and guaranteed by long-term contracts for the exploitation of natural resources. Moreover, Chinese loans are often linked to the use of Chinese enterprises, goods and sometimes even their native workforce into the realization of the investment project.

The doctrine has highlighted the lack of coherence of European action both horizontal, between policies (as in the case of energy policy and development policy integrating the EU external action) both vertical (between the EU and Member

¹¹⁰ eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0686&from=EN

¹¹¹ T. Ferrando, *Global Land Grabbing: A European Self-Critique*, in *International Law Journal of London*, Vol. 1, Issue 1, 2014, 137-178.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

States), in contrast to a more directed and focused Chinese approach¹¹⁴. The Chinese approach, in fact, is generally more acceptable to the African ruling classes, because it is without conditionality and political connotations. It is recognized, however also, that it has had a stimulating effect and change, because the Chinese action led to an acceleration of the modernization of the EU's developing legal framework for FDIs in Africa, one that has always been highly fragmented.

Moreover, because of the difficulties and problems that have characterized the negotiation of Economic Partnership Agreements between the EU and African countries and the increasing involvement of China in Africa, the EU has had to rethink its partnership agreements, taking as a model the new EPA signed in June 2016 with South Africa Development Community¹¹⁵.

There are some changes, but not yet able to radically transform relations among investor States and African countries. Nonetheless, it is worth noting that the African Union intends to launch a new Pan-African Investment Code (PAIC) on the basis of which, different states will be encouraged to adopt coherent policies and able to attract foreign investors¹¹⁶. At the same time, changes of recent years, beginning with the new relations between Africa and China and by the high economic growth of African countries, are not enough to overturn the dependence on European financial aid that still binds Africa.

Although the European Union remains the leading investor in Africa, the speed and intensity of Chinese direct investment in Africa has caused some concern in the EU¹¹⁷.

With particular regard to investment in agricultural land, it has shown a steady increase of investment projects in African lands by economic operators from the European Union and China. On the one hand, the article has examined the different strategies of the two actors in Africa, and on the other, it has emphasized one of the main problems of these policies: the lack of protection for the African people, often deprived of their lands.

In order to identify potential solutions in promoting sustainable investment in Africa, one should recognize that the relationships between the EU and China into the African continent will not be necessarily of a competitive nature and it will be admirable to encourage trilateral cooperation involving the two major investors and African countries as well¹¹⁸.

A trilateral cooperation makes sense only if it is effective and equal. The starting point of the asymmetry of the relationship is to be taken seriously: China is only a large country dealing with single African countries, while the EU often

¹¹⁴ On this point see A. Forgani, *L'Unione europea e la Cina*, in A. Lang, M.P. Mariani (eds.), *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Turin, 2014, 107 ff.

¹¹⁵ U. Wissenbach, *The EU's Response to China's Africa Safari: Can Triangular Co-operation Match Needs?*, in *European Journal of Development Research*, Vol. 21, Issue 4, 662–674.

¹¹⁶ See the declaration of 30 October 2014 in: ea.eu.int/en/content/pan-african-investment-code-african-independent-legal-experts-kicks-djibouti

¹¹⁷ On this point see the detailed analysis of M. Klaver, M. Trebilcock, *Chinese Investment in Africa: Strengthening the Balance Sheet*, in P. D. Farah, E. Cima (eds.), *China's Influence on Non-Trade Concerns in International Economic Law*, Abingdon – New York, 2017, 113 ff.

¹¹⁸ B Berger, U. Wissenbach, *Eu-China-Africa Trilateral Development Cooperation. Common Challenges and New Directions*, Bonn, 2007, 16 ff.; B. Barton, A. De Bellefroid, *op. cit.*

struggles to speak with one voice in its relations with the continent. It is necessary, therefore, that the European Union will make further efforts to create unity for its actions, with a long-term geostrategic approach, improving the EU-Africa strategy adopted in Lisbon¹¹⁹.

In addition, it is essential that African countries will be able to identify common investment strategies ensuring greater support and protection to the local population through a Pan-African Investment Code promoted by the African Union (but this solution could be hard to achieve), or through Investment agreements, like the Economic Partnership Agreement between the EU and South Africa Development Community, able to guarantee protection for both investors and for local communities.

If the Africa Union, and more generally African countries, are able to promote sustainable investment agreements with China and to strengthen the human rights and development clauses in the Economic Partnership Agreements, it will lead to the development of shared rules in investments in agricultural land.

¹¹⁹ www.africa-eu-partnership.org/sites/default/files/documents/eas2007_joint_strategy_en.pdf

L'onda populista: dalla Brexit a Trump fino al cuore dell'Europa

di Mauro Mazza

Abstract: *The populist wave: from Brexit to Trump to the heart of Europe* – The paper examines, moving mainly from the analysis of the recent Austrian experience of the presidential elections of 2016, some theoretical, historical and comparative characteristics of populism(s). This, in order to identify the possible influences of the populist phenomenon on the party systems, on one side, and on the forms of State and forms of government, on the other side.

Keywords: Populism, Austrian presidential election, Party systems, Forms of State, Forms of government.

1. Verso un populismo diffuso nell'Occidente del XXI secolo? Il caso austriaco in prospettiva comparata

215

Il vento del populismo¹ sembra soffiare (sempre più) forte nei Paesi della *western legal tradition*². Già nel caso della Brexit era risultato abbastanza evidente l'influsso

¹ Si è parlato anche di onda(ta) populista: v. T. Barber, *La oleada de populismo amenaza con engullir a Austria e Italia*, in *Expansión*, 19-11-2016, per il quale «Los alarmistas temen que la victoria de la extrema derecha austriaca y la derrota de Renzi puedan indicar que Europa, acostumbrada a los movimientos contra el establishment, se ve arrastrada por una ola populista. Esta ola empujó a los británicos en junio a votar la salida de la UE y la semana pasada impulsó a Donald Trump a la presidencia de EEUU».

² V., per esempio, C. Mudde, *Brexit, Trump, and Five (Wrong) Lessons About 'The Populist Challenge'*, in www.huffingtonpost.com; M. Tarchi, *Un mondo che cambia? Pregi e limiti dei casi Brexit, Trump, Hofer, Le Pen & Co*, in *Diorama letterario*, n. 334, novembre-dicembre 2016 (www.diorama.it); E. Ivarsflaten, *Siren Songs: Reflections on Contemporary Populism in Europe's Old Democracies*, in www.sv.uio.no (website del Center for Research on Extremism – norv. Senter for ekstremismeforskning – della Facoltà di scienze sociali dell'Università di Oslo) e in *APSA (American Political Science Association) Comparative Politics Newsletter*, 2016, n. 2, 50 ss. In precedenza, cfr. l'analisi comparativa di D. Oesch, *Explaining workers' support for rightwing populist parties in Western Europe: Evidence from Austria, Belgium, France, Norway, and Switzerland*, in *International Political Science Review*, 2008, 349 ss., che evidenzia le non sempre lineari connessioni tra populismi e *Right-wing extremism* (RWE). Per panoramiche dettagliate ed aggiornate, v. C. Mudde, *Fighting the System? Populist Radical Right Parties and Party System Change*, in *Party Politics*, 2014, 217 ss.; Id. (Ed.), *The Populist Radical Right. A Reader*, London, Routledge, 2017; T. Akkerman, S.L. de Lange, M. Rooduijn (Eds.), *Radical Right-Wing Populist Parties in Western Europe. Into the Mainstream?* London, 2016; B. Moffitt, *The Global Rise of Populism. Performance, Political Style, and Representation*, Stanford (CA), 2016; R. Heinisch, O. Mazzoleni (Eds.), *Understanding Populist Party Organization. The Radical Right in Western Europe*, New York, 2017; S. Wolinetz, A. Zaslove (Eds.), *Absorbing the Blow. Populist Parties and Their Impact on Parties and Party System*, Colchester, 2017; A.R. Jupskås, *Populistiske partier i Vest-Europa*, in R. Malnes (Ed.), *Velkommen til statsvitenskap*, Oslo, 2016, 187 ss., sui partiti

sull'elettorato delle tematiche populistiche³, ma tale influenza emerge anche nella vicenda della “fresca” elezione di Donald Trump alla carica di Presidente degli Stati Uniti d’America⁴, pur nella necessaria consapevolezza delle importanti differenze tra la “tradizione” populista latina e quella anglosassone, nel senso che «il populismo statunitense suole invocare una specie di iperliberalismo, il ritorno alle

populisti in Europa occidentale (testo in norvegese; l'a. è un brillante studioso di populismi ed estrema destra).

³ Cfr. G.F. Ferrari, *R (Miller) -V- Secretary of State for Exiting the European Union: eterogenesi dei fini e populismo in una nuova pagina della storia britannica*, in www.dpce.it; Id., *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, nel website ult. cit.; sulla Brexit si segnala il recentissimo volume a cura di G. Baldini, *La Gran Bretagna dopo la Brexit*, Bologna, 2016, nonché la sez. *Dibattiti* della Rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, n. 3 (contributi di E. Mostacci, C. Martinelli, F. Rosa e J.O. Frosini), preceduta dall'*Editoriale* di F. Bestagno, *Scenari di dis-integrazione commerciale in caso di «Brexit»*, 535 ss. V., altresì: R. Ford, M. Goodwin, *Britain After Brexit: A Nation Divided*, in *Journal of Democracy*, 2017, n. 1, 17 ss.; AA.VV., *Brexit Means Brexit, but What Does the Second Brexit Mean?*, in www.diritticomparati.it, *Working Papers*, n. 4/2016; G. Caravale, *Sovranità parlamentare vs Sovranità popolare: nel Regno Unito si discute “the constitutional case of the century”*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it.

⁴ V. G.F. Ferrari, *Ricostruire l'equilibrio tra volontà e ragione: gli Stati Uniti all'epoca di Trump*, in www.dpce.it (nel forum *L'America di Trump tra neoconservatorismo e rifiuto dell'establishment?*), il quale osserva che «il GOP, partito moderato della middle class con venature conservatrici molto variegate nelle diverse parti del territorio, è divenuto il contenitore di integralismi religiosi, tea parties, populismi vari». Cfr., inoltre, T. Greven, *The Rise of Right-wing Populism in Europe and the United States. A Comparative Perspective*, Washington (DC), 2016; K. Hawkins, *Populism and the 2016 U.S. Presidential Election in Comparative Perspective*, in *APSA (American Political Science Association) Comparative Politics Newsletter*, 2016, n. 2, 91 ss.; J. Lowndes, *Populism in the 2016 U.S. Election*, ivi, 2016, n. 2, 97 ss.; A. Martinelli (Ed.), *Beyond Trump. Populism on the Rise*, introduz. di P. Magri, Milano, 2016; J.E. Oliver, W.M. Rahn, *Rise of the Trumpenvolk populism in the 2016 election*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science (AAPSS)*, 2016, n. 1, 189 ss.; C. Mudde, *The Trump phenomenon and the European populist radical right*, in *The Washinton Post*, 26-8-2015; P. Norris, *It's not just Trump. Authoritarian populism is rising across the West. Here's why*, ibidem, 11-3-2016; M.-C. Naves, *Trump. L'onde de choc populiste*, Limoges, 2016; P. Anderson, *Bouillonnement antisystème en Europe et aux États-Unis*, in *Le Monde diplomatique*, marzo 2017, 1 e 10-11. Online v. M. Knigge, *US elections 2016 2016. Trump intrigues Europe's far right*, in *Deutsche Welle*, 4-3-2016 (www.dw.com); T. Ginsburg, *Constitutional Implications of the Trump Administration*, nel *Blog* della *International Academy of Comparative Law/Académie internationale de droit comparé* (<https://iacl-aidec-blog.org>); M.A. Graber, *President Trump and American Constitutionalism*, nel *Blog* della *Oxford University Press* (<https://blog.oup.com>); G. Aravantinou Leonidi, *Se il Presidente legittimamente eletto è un "Wrong Winner". brevi osservazioni sulle elezioni presidenziali negli Stati Uniti e il futuro della democrazia americana*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it. Sulle prime iniziative, ispirate al conservatorismo sociale, della presidenza Trump, v. D. De Lungo, *L'executive order di Trump: una “cronaca costituzionale”*, in www.diritticomparati.it; F. Di Geronimo, *Trump's cybersecurity policy: multiple risks for the protection of human rights*, in www.diritticomparati.it; N. Palazzo, *Requiem for a Dream. The Switch of the Trump Administration on Transgender Rights*, in www.dpce.it; G. Romeo, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell'era di Trump*, in www.osservatorioaic.it; A. Liptak, *In Judge Neil Gorsuch, an Echo of Scalia in Philosophy and Style*, in *The New York Times*, 31-1-2017. Con riguardo a rischi e opportunità della *US foreign policy* al tempo della *Trump presidency*, cfr. il n. tematico di *Foreign Policy*, febbraio 2017, dal titolo *Foreign Policy in the Trump Administration*, cui adde J.P. Kaufman, *The US perspective on NATO under Trump: lessons of the past and prospects for the future*, in www.chatamhouse.org; in Italia, si vedano G. D'Ignazio, *Le elezioni presidenziali negli Stati Uniti e i riflessi sull'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 841 ss. (*Editoriale*); G. Quagliariello, *Trump, l'Europa e il dibattito sulla sovranità*, nel sito Internet della Fondazione Magna Carta di Roma (www.magnacarta.it).

fonti di una democrazia che giudica distorta dal potere delle élite e minacciata dall'invadenza statale»⁵.

Le elezioni presidenziali austriache del 2016 hanno ora aggiunto un ulteriore, (anche se forse, comparativamente, meno) significativo, tassello⁶.

Con l'annuncio, dato dalla televisione pubblica ORF⁷, della vittoria del candidato ecologista Alexander Van der Bellen sull'avversario, il candidato Hofer del Partito della Libertà, si è concluso il ballottaggio-*bis* per le elezioni presidenziali federali. Il nuovo Presidente della Repubblica ha assunto le relative funzioni, dopo il prescritto giuramento, il 26 gennaio 2017. La durata della carica è di sei anni. Van der Bellen ha ottenuto il 53,3 % dei voti, contro il 46,7% del rivale Hofer⁸. Si tratta del primo caso in Europa in cui alla carica di Capo dello Stato viene designato un esponente dei Verdi/ecologisti.

Proviamo innanzitutto a ripercorrere i passaggi essenziali di questa tormentata vicenda istituzionale.

Il 24 aprile 2016 si era svolto il primo turno delle elezioni presidenziali, che aveva visto l'affermazione del candidato del *Freiheitliche Partei Österreichs*/FPÖ⁹. Norbert Hofer (*populist/right-winger*), con il 35% dei voti, seguito dal candidato indipendente sostenuto dai Verdi (*Die Grünen*) Alexander Van der Bellen (*left-leaning*) con il 21% dei suffragi, e, quindi (ma molto distanziati), dai candidati dei partiti tradizionali, *id est* socialdemocratici e popolari, entrambi fermi all'11% dei voti¹⁰. Al secondo turno, ossia al ballottaggio, tenutosi il successivo 22 maggio era prevalso, con uno scarto di (soli) 31.026 voti, Van der Bellen, grazie in particolare ai voti espressi per corrispondenza (c.d. elettori postali). Lamentando numerose irregolarità verificatesi nei seggi dei vari distretti elettorali locali, Hofer e il Partito

⁵ Così L. Zanatta, *Il presidente che nessuno voleva. L'effetto Trump in America Latina*, in P. Magri (cur.), *Il mondo secondo Trump*, Milano, 2017, 95 ss., spec. 106 s. (*sub Trump, il populismo e la democrazia*); v., inoltre, T. Bonazzi, *Un populismo molto americano*, in *Il Mulino*, 2017, 91 ss. Dopo la vittoria di Trump, si è pensato (in una riunione tenutasi a Coblenza) di unire in una sorta di movimento populista internazionale (*Populist International*) vari partiti nazional-populisti e/o della destra radicale; cfr. C. Mudde, *The Radical Right's United Front*, in *The New York Times*, 26-1-2017.

⁶ Condivisibile l'affermazione di Matthew Goodwin (politologo della *University of Kent*, esperto di radicalismi e populismo), il quale ha detto: «*I think the Austrian presidential election is absolutely fascinating because in a way it represents so much of what we're learning about populism in Europe*» (v. S. Lotto Persio, *The tight race of the Austrian presidential election shows a divided country*, in *International Business Times*, 2-12-2016). Di Goodwin v. specialmente *Right response: Understanding and countering populist extremism*, London, 2011.

⁷ Sigla di *Österreichischer Rundfunk*.

⁸ Hanno partecipato alla votazione il 74% degli aventi diritto; alle urne si è recato il 64,5% degli elettori, mentre gli altri hanno votato per posta.

⁹ Su cui v., da ultimo, G. Adamson, *Populist Parties and the Failure of the Political Elites. The Rise of the Austrian Freedom Party (FPÖ)*, Frankfurt am Main, 2016, nonché, *si vis*, M. Mazza, *Partiti antisistema e «populismo alpino» in Austria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 639 ss.; per una recente analisi del periodo di inclusione del FPÖ nella coalizione di Governo nazionale, v. F. Fallend, R. Heinisch, *Collaboration as successful strategy against right-wing populism? The case of the centre-right coalition in Austria, 2000-2007*, in *Democratization*, 2016, n. 2, 324 ss., *Special Issue: Dealing with Populist in Government*, P. Taggart and C. Rovira Kaltwasser Eds., dove si rileva che «*The Freedom Party of Austria (FPÖ) is one of the most successful right-wing populist parties in Western Europe*».

¹⁰ Gli aventi diritto al voto sono 6,4 milioni (per l'esattezza: 6.399.572), vale a dire i cittadini che hanno compiuto il sedicesimo anno di età.

della Libertà presentavano ricorso alla Corte costituzionale, la quale il 1º luglio 2016 ha statuito che le menzionate irregolarità, sia pure *probabilmente* non numerose come prospettato dai ricorrenti¹¹, erano effettivamente avvenute¹². Di conseguenza, Van der Bellen non ha potuto insediarsi nella carica di Capo dello Stato, e dall’8 luglio, a seguito della scadenza del mandato presidenziale di Heinz Fischer (esponente del Partito socialdemocratico), l’Austria è rimasta senza Presidente della Repubblica. Le relative funzioni, secondo quanto stabiliscono le pertinenti previsioni costituzionali, sono state *medio tempore* espletate collegialmente dai tre Presidenti della Camera bassa, uno dei quali è proprio Hofer.

Dopo che la data del ballottaggio-*bis* era stata fissata il 5 luglio dal Consiglio dei ministri al 2 ottobre 2016, è accaduto un nuovo imprevisto nelle “elezioni telenovela” austriache. Su segnalazione di alcuni “zelanti” elettori, è emerso che le buste consegnate per il voto postale non si chiudevano (c.d. scandalo della colla, o “collagate”). La segnalazione, partita da aventi diritto al voto di Vienna e Salisburgo, aveva portato ad accertare il carattere effettivamente difettoso di circa 500 buste¹³. Cosicché il ministro dell’Interno, Wolfgang Sobotka (esponente del *Österreichische Volkspartei*/ÖVP), ha annunciato che il 12 settembre il Governo federale ha disposto un ulteriore rinvio del turno di spareggio (o “third round” delle elezioni presidenziali), per il cui svolgimento è stata fissata la data del 4 dicembre 2016¹⁴.

Uno dei principali problemi per Hofer era rappresentato dall’esigenza di convincere i suoi elettori ad andare effettivamente a votare nel terzo turno¹⁵, dal momento che è atteggiamento diffuso tra gli stessi politici del FPÖ non dare molto peso alla carica di Presidente della Repubblica, al punto che nel dicembre 2009 Heinz-Christian Strache (Presidente del FPÖ, oltreché parlamentare e consigliere comunale a Vienna) aveva prospettato la possibile soppressione della carica di Capo dello Stato¹⁶.

¹¹ V., ad es., A. Mayr, *Austria, ballottaggio da ripetere*, in *Il Manifesto*, 2-7-2016.

¹² Cfr. U. Haider-Quercia, *Austria - La Corte costituzionale annulla le elezioni di ballottaggio del Presidente federale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2016-2, www.dpce.it.

¹³ Per i dettagli, v. *Austrian election may come unstuck over glue problem on postal votes*, in *The Guardian*, 9-9-2016.

¹⁴ Cfr. A. Troianovski, *Austrian Presidential Election Delayed Because of Defective Envelopes*, in *The Wall Street Journal*, 12-9-2016.

¹⁵ Ovvero, nella ripetizione del secondo turno, invalidato e annullato dalla Corte costituzionale (v. *supra*, in questo paragrafo). Si tratta, in definitiva, di una *do-over* (o *re-run*) rispetto al ballottaggio tenutosi nel maggio 2016.

¹⁶ Lo ha ricordato Peter Filzmaier, politologo presso l’Università del Danubio a Krems e l’Università di Graz; v. nel sito Web della *Fondation Robert Schuman*, www.robert-schuman.eu., ed *ivi* lo scritto di C. Deloy, “*Third round*” of the presidential election on 4th December in Austria (l’autrice rileva, dal punto di vista dei sondaggi, che «*Whilst at the beginning of July all polls forecast a win for Norbert Hofer, the most recent poll by Hajek, published on 2nd September, forecasts a two point lead for the FPÖ candidate ahead of Alexander van der Bellen (The Greens, DG) (51%-49%). Just one month before the third round of voting the two men are running neck and neck and the outcome of the election remains very uncertain*»). Uno studio comparativo molto recente su ruolo e funzioni del Capo dello Stato si trova in F. Clementi, *Garante o governante? La figura del Capo dello Stato nella recente esperienza dei Paesi dell’Unione europea a regime repubblicano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 617 ss., il quale parla, con riferimento alle attribuzioni istituzionali del Capo dello Stato in Austria, di una figura presidenziale «debole» (v. 634).

Tra le (nuove) proposte lanciate da Hofer nel corso della campagna per il ballottaggio-*bis* (*id est*, durante la *third campaign*) delle elezioni presidenziali vi è stata anche la creazione di una «unione all'interno dell'unione», che veda riuniti alcuni Paesi dell'ex Impero asburgico, in particolare Austria, Ungheria, Croazia e Repubblica ceca, al fine di adottare politiche in tema di immigrazione e richiedenti asilo più stringenti (in particolare: non ispirate alla c.d. *Willkommens-kultur*, o «*culture of welcoming*», come sono invece quelle propugnate – secondo Hofer – dalla Cancelliera tedesca Merkel) rispetto a quelle dei Paesi dell'Europa occidentale¹⁷. Sulla scia della Brexit, Hofer ha anche annunciato, in vista della replica del ballottaggio per le elezioni presidenziali, che in caso di vittoria del Partito della Libertà potrà essere organizzato in Austria un *referendum* popolare sull'uscita del Paese dall'Unione europea, ovvero sulla Öxit¹⁸. Bene è stato detto che, con il candidato Hofer, «Viene rilanciato un cavallo di battaglia introdotto più di venti anni prima da Haider: il ricorso alla democrazia di base, con i referendum, perché “i politici non devono avere paura delle persone”. Il modello evocato è quello svizzero. Il referendum è considerato uno strumento privilegiato perché semplifica lo scontro politico, aggira la complessità dei ragionamenti, riduce la scelta dell'elettorato al paradigma caro alla nuova destra: la contrapposizione amico/nemico»¹⁹. In particolare, l'opinione di Hofer è che «Se la risposta alla Brexit sarà un'Unione europea centralizzata²⁰, dove ai parlamenti nazionali viene tolto potere e dove l'Unione è governata come uno Stato, in questo caso dovremo tenere un referendum in Austria, perché porterebbe ad un cambiamento costituzionale»²¹. Un'altra proposta avanzata da Hofer durante la campagna per la terza tornata elettorale riguarda l'Italia. Hofer, infatti, ha affermato²² che occorre rimarginare le ferite della storia, e in tale contesto rivedere – magari mediante una consultazione referendaria popolare²³ – la posizione internazionale dell'Alto Adige, nell'ottica della considerazione di un Tirolo «unito» e, specialmente, della concessione della

¹⁷ Cfr. C. Mudde, *Europe's Populist Surge. A Long Time in the Making*, in *Foreign Affairs*, novembre-dicembre 2016, www.foreignaffairs.com.

¹⁸ V. *Austria: l'ombra di Oexit sulle elezioni presidenziali*, in www.swissinfo.ch, 24-11-2016.

¹⁹ Cfr. B. Luverà, *Austria. La nuova destra della nazione*, in *Italianieuropei*, 2016, n. 4, 33 ss., spec. 40.

²⁰ In una intervista concessa a *La Repubblica* il 3-12-2016, Hofer ha affermato di essere contrario al «centralismo bruxellesse» e di «lavorare ad un miglioramento dell'Unione europea»

²¹ V. *Austria, Hofer rilancia lo spettro Oexit*, in *Il Piccolo*, 25-11-2016; sui partiti politici che, in ciascuno Stato europeo, sostengono l'ipotesi dell'uscita dalla UE, cfr. *From Brexit to Nexit: Other nations claim their “-exit”*, in *The Japan Times*, 27-6-2016, con riguardo a: Frexit, in Francia; Nexit, nei Paesi Bassi; Öxit, in Austria; Swexit, in Svezia; Fxit, in Finlandia; Dexit, in Danimarca; Gerxit, in Germania; Italexit, in Italia). Ne discende che – come è stato osservato – il 4 dicembre «l'Europa non guarderà solo le urne italiane» (v. D. Taino, *Elezioni in Austria, il candidato di estrema destra Hofer: «Possibile un referendum per uscire dall'Ue»*, in *Corriere della sera*, 25-11-2016; *adde Why Austria's presidential election matters*, in www.economist.com, 1-12-2016).

²² Con l'avallo del Presidente del FPÖ, Heinz-Christian Strache (e l'aperto sostegno, in Alto Adige, della *Süd-Tiroler Freiheit*, ora guidata da Svenn Knoll e fondata da Eva Klotz, partito/movimento politico da sempre schierato a favore dell'autodeterminazione del popolo tirolese).

²³ In questo caso, lo slogan lanciato da Hofer per l'indipendenza (o secessione) del Sud-Tirolo è: «*Südtiroler, eure Heimat ist Österreich!*» («Alto Adige, la vostra casa è l'Austria!»).

doppia cittadinanza²⁴ (italiana e austriaca) ai cittadini alto-atesini²⁵. Nel corso dell'ultimo dibattito televisivo²⁶ con il candidato Van der Bellen, Hofer ha invece negato, smentendo parziali affermazioni precedenti, di essere favorevole all'indizione in Austria di un *referendum* sulla introduzione della pena di morte²⁷.

D'altra parte, Van der Bellen ha evocato, durante la campagna per il ballottaggio-*bis*, il rischio di una “trumpizzazione”²⁸ che – nella sua opinione – sarebbe derivata dall'avere designato alla carica di Capo dello Stato un populista come Norbert Hofer, che è non solo eurosceptico (al contrario di Van der Bellen, che si definisce convinto europeista e, perciò, contrario alla proposta referendaria di Hofer, cosicché nei manifesti elettorali del *Bundespräsidentschaftskandidat* del partito ecologista si trova scritto: «*Nein zum Öxit. Gemeinsam stärker*») ma altresì – nelle parole del candidato presidenziale del partito verde – né più né meno che un «demagogo di destra»²⁹.

2. Sul concetto di populismo: elementi teorici e storico-comparativi

Sebbene la vittoria finale di Van der Bellen abbia allontanato il diffuso timore per l'eventuale affermazione del candidato nazional-populista³⁰, rimane il fatto che quasi la metà dell'elettorato austriaco si è pronunciato in favore dell'esponente del Partito della Libertà. Alla luce (anche) del risultato registratosi nella Repubblica alpina per le elezioni presidenziali, il populismo non è più da considerare una (normale) patologia degli ordinamenti democratici rappresentativi, ma ne costituisce una componente fisiologica, ovvero rappresenta una “normalità

²⁴ Ovvero, in tedesco, *Doppelstaatsbürgerschaft*.

²⁵ Cfr. Austria, *Hofer minaccia: "Rivoglio l'Alto Adige"*. E a Bolzano c'è chi dice sì, in www.affaritaliani.it, 1-12-2016. Ivi v. altresì, il commento del prof. Günther Pallaver, politologo dell'Università di Innsbruck, il quale ritiene che, in caso di vittoria di Norbert Hofer, vi potranno essere (significative) ripercussioni a sud del Brennero.

²⁶ Svoltosi il 27 novembre 2016. Hofer, *inter alia*, si è dichiarato ammiratore del patriota tirolese (e suo omonimo) Andreas Hofer (di cui tiene un grande ritratto nello studio: v. *Austria, Hofer è fan di Andreas Hofer*, in *Ansa Trentino AA/S*, www.ansa.it). Certamente non sono mancati, nel corso del citato dibattito televisivo, i colpi “sotto la cintola”. Hofer ha, infatti, accusato Van der Bellen di essere stato durante la “guerra fredda” una “spia” per conto (e al soldo) dell'Unione sovietica. Van der Bellen ha, dal canto suo, imputato a Hofer di avere espresso commenti sessisti (del tipo di quelli attribuiti durante la campagna elettorale USA a Donald Trump). Entrambi, infine, si sono vicendevolmente rinfacciati il (presunto) passato nazista dei rispettivi padri.

²⁷ Cfr. V. Da Rold, *Presidenziali in Austria, duro scontro in tv ma il populista Hofer frena sulla pena di morte*, *Il Sole 24 Ore*, 2-12-2016.

²⁸ Vi è, in effetti, una certa assonanza a partire fin dagli slogan: *America First* (Trump) e *Österreich zuerst* (Hofer).

²⁹ Come ha osservato A. Foster, *Who will win the Austrian presidential election 2016? Latest polls, odds and predictions*, nel website www.express.co.uk, doc. datato 23-11-2016, «*Mr Hofer has been given a boost by Donald Trump's populist victory in America and the anti-establishment vote for Brexit in the UK*». E inoltre, è senza dubbio vero che «*Austria's populist Freedom Party (FPÖ) is hoping for a Trump bounce for its candidate Norbert Hofer in the December 4th presidential election rerun*» (così D. Scally, *Austria awaits Trump effect for presidential election rerun*, in *The Irish Times*, 15-11-2016).

³⁰ Cfr. G. Pallaver, *Un'Austria un po' più europea?*, in *Il Mulino*, 2017, 83 ss., per il quale «Il 4 dicembre le cancellerie di diversi governi europei hanno accolto con sollievo l'elezione di Alexander Van der Bellen a nuovo presidente federale austriaco».

patologica”³¹, trattandosi di un “ospite assiduo” (ancorché “scomodo”) della politica, delle istituzioni e della stessa democrazia. Vale, dunque, la pena di soffermarsi, sia pure brevemente, sulle proposte interpretative del concetto di populismo affacciatesi nella letteratura scientifica. Così, accanto a chi ravvisa nel fenomeno populistico una *ideologia* “sottile”³², vi sono invece coloro che riducono senz’altro il populismo alla *demagogia* come «stile di azione politica»³³ (contraddistinta da uno specifico “stile comunicativo”³⁴), e inoltre autori che, seguendo un ancora diverso approccio analitico, lo identificano in una *mentalità*, in accordo alla quale il popolo rappresenta una «totalità organica artificiosamente divisa da forze ostili»³⁵. Tale peculiare mentalità, che rappresenta un «modo di pensare e di sentire più emotivo che razionale», attribuisce dunque al popolo «naturali qualità etiche», e inoltre «ne contrappone il realismo, la laboriosità e l’integrità all’ipocrisia, all’inefficienza e alla corruzione delle oligarchie politiche, economiche, sociali e culturali e ne rivendica il primato, come fonte di legittimazione del potere, al di sopra di ogni forma di rappresentanza e di mediazione».

La nozione di populismo è, comunque, sfuggente (nonché ricca di ambiguità e paradossi)³⁶, come hanno dimostrato in particolare le approfondite indagini di

³¹ O *virus*, secondo la tesi sviluppata da C. Mudde, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge, 2007.

³² In tale senso, C. Mudde, *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, 2004, 542 ss.; M. Canovan, *Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy*, in Y. Mény, Y. Surel (Eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Basingstoke, 2002, 25 ss.

³³ V. specialmente P.-A. Taguieff, *Le populisme comme style politique*, in Id. (dir.), *Le retour du populisme. Un défi pour les démocraties européennes*, Paris, 2004, 17 s.; Id., *L’illusion populiste: Essai sur les démagogies de l’âge démocratique*, Paris, 2007, nuova ed., 28 ss.; Id., *Le nouveau national-populisme*, Paris, 2012, 23. In effetti, «As commonly expressed, populism is a synonym of demagogy, or an adjective used to describe and criticize the set of tools of a political movement» (così J. Faludi, *Democracy and Populism: Friend or Foe?*, in *Corvinus Journal of Sociology and Social Policy*, 2014, n. 2, spec. 151).

³⁴ Sul populismo nella comunicazione di partiti e attori politici, v. l’aggiornata rassegna bibliografica di C. Cremonesi, *Appunti di viaggio: destinazione Populismo*, in *Comunicazione politica*, 2016, 425 ss., nonché, nella (più recente) letteratura politologica straniera, T. Aalberg, F. Esser, C. Reinemann, J. Stromback, C. De Vreese (Eds.), *Populist Political Communication in Europe*, London-New York, 2017 (dove esame di 24 casi nazionali, relativi a Europa del Nord, Europa occidentale, Sud-est europeo ed Europa orientale); S. Engesser, N. Ernst, F. Esser, F. Büchel, *Populism and Social Media: How Politicians Spread a Fragmented Ideology*, in *Information, Communication & Society*, 2016, 1 ss.; P. Sheets, L. Bos, H.G. Boomgaarden, *Media Cues and Citizen Support for Right-Wing Populist Parties*, in *International Journal of Public Opinion Research*, 2016, 307 ss.

³⁵ Cfr. J.J. Linz, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, in N. Polsby, F. Greenstein (Eds.), *Handbook of Political Science*, 3, *Macropolitical Theory*, Reading, 1975, 175 ss., cui addi ampiamente, con riferimento all’Italia repubblicana, M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, 2015, e nell’ottica comparativa, M. Tarchi, *Populism: Ideology, Political Style, Mentality?*, in *Politologický časopis/Czech Journal of Political Science*, 2016, 95 ss.

³⁶ Parla da ultimo di «definire l’indefinibile» F. Musella, *Il vento radical-populista che scuote le democrazie*, in *Italianieuropei*, 2016, n. 4, 11 ss., spec. 13, nonché prima I. Diamanti, *Populismo: una definizione indefinita per eccesso di definizioni*, in *Italianieuropei*, 2010, n. 4, 168 ss. Secondo N. Merker, *Filosofie del populismo*, Roma-Bari, 2009, il populismo costituisce «un’entità cangiante», avente i «colori del camaleonte» (v. 3 e 5). Quest’ultimo autore osserva finemente che «È [...] sostanzialmente “populista” anche chi del popolo diffida, chi non lo considera affatto un *deus ex machina* di ogni costruzione politica, ma, al contrario, una bruta massa indistinta che con il suo (ahimè inevitabile) esistere ostacola l’emergere dei rari spiriti superiori, destinati, per nascoste ragioni metafisiche, a incarnare il *genio* che sa reggere gli Stati. Chi vede nel popolo il globale fattore negativo è un populista a segno rovesciato. Anche per costui il “popolo” è un’entità sempre indistinta e mitizzata, un’astrazione concettuale ipostatizzata, metafisicizzata, insomma

Margaret Canovan³⁷, che, muovendo dalla considerazione di fenomeni comunque eterogenei, ha elaborato una tipologia (o classificazione) dei populismi (sia storici che attuali), la quale prevede: *a)* populismi agrari (o rurali), rappresentati da radicalismo dei contadini (lo *US People's Party*), movimenti contadini (*id est, The Eastern European Green Rising*) e socialismo agrario russo (c.d. *narodniki*, esponenti del populismo, *народничество*); *b)* populismi politici (*recte*, non necessariamente rurali ma essenzialmente politici), nei quali rientrano dittatura populista, democrazia populista (che pone l'accento su *referendum* e altre forme di “partecipazione”), populismo reazionario e “populismo dei politici” (quest'ultimo si verifica in presenza di «vaste coalizioni senza una chiara impronta ideologica, che si basano sul richiamo all'unità del “popolo”»). Nella (magistrale) riflessione di Gino Germani³⁸, «Il populismo in sé tende a rifuggire ogni identificazione o assimilazione alla dicotomia destra/sinistra. È un movimento multiclassista, anche se non tutti i movimenti multiclassisti si possono considerare populistici. *Del populismo probabilmente non si può dare alcuna definizione esaustiva.* Lasciando da parte questo problema per un istante, va aggiunto che il populismo solitamente contiene ingredienti contrastanti, come la richiesta di pari diritti politici e di partecipazione universale della gente comune, mista però a una sorta di autoritarismo incarnato da una *leadership* carismatica e indiscussa. Contiene pure ingredienti socialisti (o almeno la richiesta di giustizia sociale), una vigorosa difesa delle piccole proprietà, forti ingredienti nazionalistici, e nega l'importanza delle classi. Esprime una rivendicazione dei diritti della gente comune contro gli interessi delle classi privilegiate, di solito considerate nemiche del popolo e della nazione. Questi elementi possono essere più o meno accentuati a seconda del contesto culturale e sociale, ma sono tutti presenti nella maggior parte dei movimenti populistici»³⁹.

Nell'epoca attuale, specialmente il c.d. populismo patrimoniale⁴⁰, che dà voce alla protesta degli strati della popolazione che vogliono mantenere i modi di vita e i

semplicemente un fenomeno negativo invece che positivo, un *diabolus ex machina* invece di un *deus ex machina*» (cfr. 6, corsivi originali).

³⁷ Della quale cfr. *Populism*, London, 1981.

³⁸ Di cui v. *Authoritarianism, Fascism, and National Populism*, New Brunswick (NJ), 1978, 88.

³⁹ Il corsivo è mio; v., inoltre, il pionieristico G. Ionescu, E. Gellner (Eds.), *Populism. Its Meaning and National Characteristics*, London, 1969, e, più recentemente, nella nostra letteratura, L. Zanatta, *Il populismo. Sul nucleo forte di un'ideologia debole*, in *Polis*, 2012, 263 ss.; Id., *Il populismo*, Roma, 2013; F. Chiapponi, *Il populismo nella prospettiva della scienza politica*, Genova, 2014. Da ultimo, v. C. Mudde, C. Rovira Kaltwasser, *Populism. A Very Short Introduction*, New York, 2017; ivi si legge (cfr. 1) che «*Populism is one of the main political buzzwords of the 21st century*», non ri(con)ducibile nella sua essenza a un semplice “battle term” (o political Kampfbegriff) utilizzato per contrastare gli avversari politici (*adde* C. Mudde, *Brexit, Trump, and Five (Wrong) Lessons About 'The Populist Challenge'*, cit., che scrive: «*If populism wasn't already the political buzzword of the 21st-century before the Brexit vote in the United Kingdom (UK) and the rise of Trump in the United States (U.S.), it surely is now. Media stories about populism have been proliferating at an exponential rate, as have populism "experts". Everything is populism and everyone is a populism expert. But while populism is an important concept to understand contemporary politics in many democracies around the world, it tells only part of the story. This is because populism is a so-called "thin" ideology, which is almost always combined with one or more other ideologies when political actors are successful. Moreover, the success of populist actors, like all political actors, is dependent upon the cultural and political system they operate in (and rarely have helped shape before they became successful)»).*

⁴⁰ Sul quale v. D. Reynié, *Les nouveaux populismes*, Paris, 2013.

livelli di vita (c.d. duplice patrimonio ereditato, con una componente identitaria ed un'altra socieconomica) minacciati (ovvero, più esattamente, percepiti dall'opinione pubblica come minacciati) da crisi economica, globalizzazione, ecc., può attribuire consensi elettorali anche cospicui a favore di partiti e/o movimenti tradizionalmente collocabili sia a destra che a sinistra dello spettro politico-parlamentare. Nel caso austriaco, tenendo conto delle appena menzionate caratteristiche del “populismo patrimoniale”, sembra dunque sufficientemente fondata l'argomentazione di chi⁴¹ sostiene che in definitiva il FPÖ non appoggia (principalmente) le istanze di coloro che sono contro *outsiders* oppressi, come sono gli immigrati e gli appartenenti alle minoranze, ma di cittadini che sono in effetti essi stessi *outsiders*, ovvero “estranei” e “perdenti”, e quindi animati da frustrazione nonché “arrabbiati” nei confronti della *élite* nazionale (c.d. anti-elitarismo)⁴².

3. Fenomeno populistico, estrema destra (o destra radicale), populismo di sinistra

Un ulteriore aspetto è quello concernente la riconducibilità o meno del fenomeno populistico alla destra politica, o meglio ancora all'estrema destra o destra radicale. Si è avuto modo recentemente di mettere in dubbio tale impostazione, per una serie di considerazioni (alle quali qui rinvio⁴³), e che riguardano concetti fondamentali quali popolo, Stato, *leader*, nazione, *élite*, democrazia, concetti tutti questi rispetto ai quali populisti, da un lato, ed estremisti di destra, dall'altro lato, hanno idee ben differenti, al punto che si potrebbe affermare che, qualora la destra radicale abbracci le tesi dei populisti, in definitiva essa si è ormai “disestremizzata”. Piuttosto, occorre ora evidenziare un diverso (anche se correlato) aspetto. Come molto bene è stato detto, l'ideologia populistica può connotare le posizioni politiche di partiti sia di destra che di sinistra⁴⁴, ed è anzi sempre più frequente nel panorama contemporaneo il caso di partiti/movimenti di sinistra, o di estrema sinistra, che si richiamano a concetti propri del pensiero, del sentire, della mentalità populista⁴⁵. I

223

⁴¹ Cfr. G. Adamson, *Populist Parties and the Failure of the Political Elites. The Rise of the Austrian Freedom Party (FPÖ)*, cit.

⁴² Secondo C. Mudde, *The Populist Zeitgeist*, cit., 543, la società viene separata, nell'ottica del discorso ideologico populista, in due gruppi omogenei e antagonisti, rispettivamente rappresentati dal «popolo puro» contro «l'*élite* corrotta», con il corollario che i partiti *mainstream*, cui appartengono gli esponenti dell'l'*élite* politica, sono essenzialmente uguali. Tra i costituzionalisti, C. Pinelli, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Democrazia e diritto*, 2010, n. 3-4, 29 ss., n. tematico *Il populismo. Soggetti, culture, istituzioni*, spec. 36, afferma, a proposito della «sfida del populismo alla democrazia», che «la democrazia rappresentativa mostra l'affanno, e serpeggià una rivolta antipaternalistica nei confronti dei partiti più radicati nel sistema, percepiti come parte dell'*establishment*. Quasi a concludere una parabola che li aveva visti protagonisti, un secolo prima, del superamento della tradizione oligarchica dello stato liberale».

⁴³ V. M. Mazza, *Elezioni presidenziali austriache: primi elementi di riflessione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2016, n. 2, 133 ss. (www.dpce.it).

⁴⁴ Così G.F. Ferrari, *Partiti antipartito e partiti antisistema: nozione e tipologie alla prova del diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 921 ss.

⁴⁵ Sugli usi populisti del «popolo» à gauche, v. P.-A. Taguieff, *L'illusion populiste: Essai sur les démagogies de l'âge démocratique*, cit., 41 ss., che parla di *nouveau populisme plébéien* (ovvero di *nouvelle vague de démagogie*). Tuttavia, secondo C. Mudde, *Brexit, Trump, and Five (Wrong) Lessons About 'The Populist Challenge'*, cit., «There is a reason that radical right populists are much

primi partiti/movimenti verdi avevano probabilmente venature populiste⁴⁶, e lo stesso può dirsi, tra i casi meno noti, per lo Smer slovacco⁴⁷. Ma vi sono casi rilevanti ed attuali, come avviene per il *Front de Gauche* in Francia, guidato dal segretario Jean-Luc Mélenchon il quale si collega apertamente, nella sua azione politica, alle impostazioni populistiche, propugnando la sostituzione del popolo al proletariato quale «soggetto della dinamica storica di segno progressista»⁴⁸. Del resto, si tratterebbe di un ritorno alle origini. Il pensiero corre, in particolare, alle riflessioni di Ernesto Laclau e alla sua teoria post-gramsciana dell'egemonia, che delinea una sorta di *continuum* egemonia-populismo-politica⁴⁹. La proposta, recentemente emersa, è appunto quella di “combattere” il populismo di destra facendo ricorso (attraverso la mediazione della gramsciana egemonia culturale⁵⁰) a un “nuovo” populismo di sinistra (idoneo, negli auspici dei sostenitori di tale orientamento, a rivitalizzare le sinistre, moderate, radicali o antagoniste⁵¹). Ancora prima, Laclau⁵² aveva teorizzato il ripensamento delle categorie della filosofia di ispirazione socialista, mediante una originale impostazione che segna il passaggio (nella teoria come nell'azione politica) dalla (classica) nozione di lotta di classe alle nozioni (più attuali) di antagonismo sociale e di democrazia radicale⁵³.

4. L'influenza della (eventuale) egemonia populista sulla dinamica delle forme di Stato e di governo (con una ipotesi alternativa, ovvero una suggestione, sulla “democrazia recitativa”)

Vi è, infine, il profilo attinente al “cuore” del diritto costituzionale comparato, vale a dire allo studio comparativo delle forme di Stato e di governo.

Da un primo punto di vista, è interessante notare che entrambi i candidati, Van der Bellen e Hofer, hanno affermato durante la campagna elettorale per il terzo turno di volere utilizzare appieno – qualora eletti – i poteri che la Costituzione assegna al Presidente federale, il quale finora ha invece svolto nel sistema

more successful than left-wing populists and that reason is nativism! Consequently, (radical right) populist actors will not disappear once the economic crisis is finally over, or even when the recent economic inequality has been undone».

⁴⁶ In tal senso C. Mudde, *The Populist Zeitgeist*, cit., 548.

⁴⁷ Su cui v. M. Tarchi, *L'Italia, terra promessa del populismo?*, in *Il Ponte*, 2016, n. 8-9, n. tematico *Populismo, democrazia, insorgenze. Forme contemporanee del politico*, a cura di F. Biagi e G. Ferraro, 169 ss., spec. 176.

⁴⁸ Cfr. J.-L. Mélenchon, *L'ère du people*, Paris, 2014, e inoltre P. Birnbaum, *Génèse du populisme. Le peuple et les gros*, Paris, 2012, 12 ss.

⁴⁹ V. E. Laclau, *On Populist Reason*, London, 2005, trad. it., a cura di D. Tarizzo, *La ragione populista*, Roma-Bari, 2008; .E. Laclau, C. Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy*, London, 1985, trad. it., a cura di F. Cacciatore e M. Filippini, *Egemonia e strategia socialista. Verso una politica democratica radicale*, Genova, 2011.

⁵⁰ Su cui v., per tutti, L. Gruppi, *Il concetto di egemonia in Gramsci*, Roma, 1977.

⁵¹ V. C. Formenti, *La variante populista. Lotta di classe nel neoliberismo*, Roma, 2016.

⁵² *On Populist Reason*, cit.

⁵³ Una critica all'analisi laclausiana è stata sviluppata da V. Romitelli, *Post-marxismo e populismo*, in M. Baldassari, D. Melegari (cur.), *Populismo e democrazia radicale. In dialogo con Ernesto Laclau*, Verona, 2012, 192 ss., che definisce la posizione teorica di Laclau non tanto post-marxista quanto piuttosto anti-marxista (v. spec. 204).

istituzionale austriaco un ruolo schiettamente ceremoniale⁵⁴. Si tratta di funzioni rilevanti⁵⁵, che vanno dalla designazione del Cancelliere alla nomina e revoca dei ministri fino alla proclamazione delle elezioni parlamentari. In definitiva, Van der Bellen si vorrebbe impegnare, da Presidente della Repubblica austriaca, a impedire l'ascesa al Governo nazionale del FPÖ⁵⁶, mentre Hofer aveva manifestato l'intenzione, se fosse diventato Capo dello Stato, di sciogliere il Parlamento (o, meglio, il Consiglio nazionale), ponendo così termine al Governo federale di Grande coalizione (socialdemocratici e popolari) ora in carica⁵⁷, e indire nuove elezioni politiche.

Ma vi è di più.

Muovendo dalla considerazione che «Il populismo generalmente si afferma come reazione a crisi che possono essere legate agli assetti politico-istituzionali (ad esempio il crearsi di un vuoto nel sistema della rappresentanza politica), a processi di natura socioeconomica (ad esempio la crisi del welfare) o alla legittimità dell'intero sistema politico (messa in crisi, ad esempio, dal dilagare della corruzione)»⁵⁸, la “ricetta” proposta dal populismo contempla *inter alia* una torsione personalistica e una verticalizzazione del potere, con la (crescente) insofferenza verso i tempi richiesti per lo svolgimento dell'ordinaria attività parlamentare⁵⁹, nonché, parallelamente, la volontà di rafforzare il potere esecutivo (e, prima ancora) il ruolo del *leader* del partito populista. In definitiva, il populismo – che pure è “specchio” della democrazia⁶⁰ – contribuisce alla «destrutturazione della

⁵⁴ Ciò è avvenuto sulla base di una convenzione procedurale. Sulle potenzialità inespresse, v. G. Pallaver, *Austria: (semi)presidenzialismo di facciata e gigante incatenato*, in G. Passarelli (cur.), *Presidenti della Repubblica. Forme di governo a confronto*, Torino, 2010, 207 ss.

⁵⁵ Si veda M. Mazza, *Elezioni presidenziali austriache: primi elementi di riflessione*, cit., 149-151, e *ivi* rinvii bibliografici.

⁵⁶ Dopo le elezioni politiche federali, previste al più tardi nel settembre 2018 (le ultime elezioni per il Consiglio nazionale si sono tenute il 29 settembre 2013).

⁵⁷ La *Große Koalition* è stata costituita nel 2007, ed è stata mantenuta anche successivamente alle elezioni politiche del 2013 (v. la nota che precede). La Piccola coalizione (*kleine Koalition*) si è avuta, invece, da febbraio 2000 ad aprile 2005 tra il Partito popolare e il Partito della Libertà; su di essa – c.d. *schwarz-blaue Koalition* – cfr. *supra*, nella nt. 9, e inoltre J. Berghold, G. Pallaver, *Dire a nuora perché suocera intenda. Die Reaktion Italiens auf die schwarz-blaue Koalition*, in M. Gehler, A. Pelinka, G. Bischof (hrsg.), *Österreich in der Europäischen Union/Austria in the European Union. Bilanz einer Mitgliedschaft/Assessment of her Membership*, Wien, 2003, 575 ss.

⁵⁸ Così V. Sorrentino, *Complots y guerras: populismo y degradación de la esfera pública en Italia*, in Á. Sierra González (coord.), *Populismo, neopopulismo y postdemocracia*, Barcelona 2017 (in corso di pubblicazione).

⁵⁹ Cfr., sul punto, C. Pinelli, *La sfida populista allo Stato costituzionale*, in *Parolechiave*, n. 43, 2010, 143 ss.; Id., *Populismo e democrazia rappresentativa*, cit., 36, che scrive: «Il populismo richiede risposte immediate alla “volontà popolare” e nega le buone ragioni del tempo più lungo della politica democratica: ciò che conta per esso non è l’attività parlamentare e il tempo richiesto per il suo esercizio anche per l’attivazione di un circuito di responsabilità con l’elettorato, ma la personalità del rappresentante e la sua capacità di intercettare umori popolari». Si è, a tale riguardo, parlato di una tendenza alla “deparlamentarizzazione” delle democrazie occidentali: cfr. F. Musella, *Deparliamentarization of Western Democracies? Compared Constitutional Reforms in Italy and Hungary*, relazione presentata alla *Conference on Constitutional Issues and Challenges in Hungary and Italy*, svoltasi dal 2 al 3-12-2016 presso la *National University of Public Service* di Budapest.

⁶⁰ Cfr. F. Panizza (compilador), *El populismo como espejo de la democracia*, Buenos Aires, 2009.

democrazia parlamentare, fondata sul ruolo cardine del legislativo e dei partiti»⁶¹, con una progressiva trasformazione (se non abbandono) della *forma di governo* parlamentare – ovvero, nel caso austriaco, semiparlamentare – cosicché cambia la stessa *forma di Stato*, dalla democrazia costituzionale al modello (neo-)autoritario⁶².

Ciò, a meno che non si acceda alla interpretazione, invero suggestiva, per la quale la democrazia rappresentativa si starebbe inesorabilmente trasformando, nei regimi contemporanei dell’Occidente, in una mera «democrazia recitativa»⁶³, nella quale «al popolo sovrano è assegnata solo la parte di comparsa nel momento delle elezioni», mentre poi «Fra una scena e l’altra delle elezioni, sul palco degli Stati democratici prevalgono le oligarchie di governo e di partito, la corruzione nella classe politica, la demagogia dei capi, la manipolazione dell’opinione pubblica, la degradazione della cultura politica ad annunci pubblicitari»⁶⁴. Insomma, la «democrazia recitativa» che «ha per palcoscenico lo Stato, come attori protagonisti i governanti e come comparsa occasionale il popolo sovrano, che entra sul palco solo per la scena delle elezioni», con l’ulteriore precisazione che il popolo «ora comincia a disertare il proscenio»⁶⁵.

Così argomentando, le conclusioni (allo stato, meramente ipotetiche) che sono state tratteggiate appena sopra sarebbero comunque solamente un punto di partenza. Se, tuttavia, si prescinde da quest’ultima ipotesi, è chiaro che il “cuore” del presente lavoro, e quindi l’ipotesi di ricerca, è quella per la quale il populismo, nelle sue varie manifestazioni, influenza notevolmente sui *sistemi istituzionali*. Ciò in quanto è suscettibile di determinare innovazioni sulle categorie tradizionali della forma di Stato e di quella di governo, poiché – come in parte anticipato sopra⁶⁶ – il populismo preme per la *transizione costituzionale* dal parlamentarismo al semipresidenzialismo e quindi al presidenzialismo, nella direzione della *executive presidency* e della “iperpresidenzializzazione” (o presidenzializzazione spinta), in

⁶¹ V. T. Casadei, *Tempi brevi della politica e populismo dilagante: il caso italiano*, in F. Biagi, G. Ferraro (cur.), *Populismo, democrazia, insorgenze. Forme contemporanee del politico*, cit., spec. 165.

⁶² Per un’analisi della «tendenza al rafforzamento dei governi a discapito dei parlamenti» condotta alla luce delle opere montesquieuiane, si segnala ora M. Zattoni, *Montesquieu tradito? Problematici rapporti tra esecutivo e legislativo nell’odierno contesto italiano ed europeo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 31 ss., il quale osserva che «La metafora antropomorfa, tipica del XVIII secolo, che assegnava al potere legislativo il primato nell’architettura dei poteri e, quindi, il ruolo di “testa” nel corpo dello Stato, è ormai da tempo ribaltata: oggi, infatti, la testa del sistema italiano ed europeo è senz’altro costituita dal potere esecutivo, che è il vero attore della funzione legislativa, mentre agli organi legislativi residuano funzioni di indirizzo generale, di bilanciamento e, talvolta, di mera ratifica della volontà degli esecutivi, con possibile grave pregiudizio per le minoranze e il pluralismo sociale e politico» (v. 56).

⁶³ Cfr. E. Gentile, *Il capo e la folla. La genesi della democrazia recitativa*, Roma-Bari, 2016 (ed *ivi* partic. 197 ss., sulla «democrazia demagogica»).

⁶⁴ Vedasi E. Gentile, «In democrazia il popolo è sempre sovrano» (*Falso!*), Roma-Bari, 2016, dove i passi virgoletti si trovano, rispettivamente, a VII e XV. V. altresì le belle pagine, fresche di stampa, di S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, spec. 25 (a proposito della «retorica parlamentarista») e 27 ss. (sulle «componenti aristocratiche» dello Stato democratico). Con specifico riguardo alla vicenda statunitense, v. ancora E. Gentile, «Trump fenomeno nuovo della democrazia recitativa» (intervista di D. Cocolli) in *Left*, 10-11-2016 (www.left.it).

⁶⁵ Cfr. E. Gentile, «Senza sovranità popolare le nostre democrazie rischiano di trasformarsi in una recita» (intervista di S. Fiori), in *La Repubblica*, 14-10-2016 (i corsivi sono aggiunti).

⁶⁶ In questo paragrafo.

ogni caso “sgombrando” in larga misura il campo dal sistema dei *checks and balances* (sia nella forma di governo semipresidenziale che in quella presidenziale o “iperpresidenziale”⁶⁷), dal momento che il suo obiettivo finale consiste nella creazione del c.d. *one-man-rule system*. Con la qual cosa, però, la forma di governo si ridurrebbe a mera *tecnica di governo* (con la Costituzione ormai semplice *strumento di governo*⁶⁸), mentre la formula politica istituzionalizzata assumerebbe le caratteristiche (o elementi essenziali di identificazione) dello *Stato autoritario*⁶⁹, in un contesto istituzionale nel quale gli stessi *diritti e libertà fondamentali* affermati nella Costituzione (che pure non subiscono modificazioni, quantomeno formali) appaiono in verità destinati a diventare il mero riflesso di una *sham Constitution*⁷⁰.

⁶⁷ Come argomenta G. Sartori, *Presidencialismo parlamentare*, in *Corriere della Sera*, 26-2-2017, con riferimento al “costituzionalismo anomalo” nel quale non sono contemplati in maniera adeguata contrappesi istituzionali e divisioni di competenze (che sono, invece, presenti – come viene ricordato dallo stesso autore – nel modello statunitense). V. anche A. Barbera, *Nuova legge elettorale, riforma del Senato e “forma di governo”*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino, 2016, 123 ss., spec. 143, nt. 64, che definisce il sartoriano «presidencialismo parlamentare» una «non consueta espressione» (e v. già le considerazioni sul punto, *id est* su presidencializzazione del parlamentarismo o “similparlamentarismo”, di M. Aragón Reyes, *¿Un parlamentarismo presidencialista?*, in *Claves de Razón Práctica*, n. 123, giugno 2002, 42 ss.). Sul tema, una stimolante riflessione si deve a L. Elia, *La presidencializzazione della politica*, in *Teoria politica*, 2006, n. 1, 5 ss. (*lectio doctoralis* pronunciata all’Università di Torino nel novembre 2005, seguita dalla *laudatio* di A. Di Giovine, riportata *ivi*, 2006, n. 1, 13 ss.). Nella letteratura anglofona, il testo fondamentale è tuttora T. Poguntke, P. Webb (Eds.), *The Presidentialization of Politics. A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford-New York, 2005.

⁶⁸ Senza che essa limiti effettivamente i titolari del potere politico.

⁶⁹ V., se vuoi, M. Mazza, *Stati autoritari*, in G.F. Ferrari (cur.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2010, 102 ss.; ampiamente, v. F. Pasquali, *Transizioni politiche. Democrazie imperfette o nuovi autoritarismi?*, Milano, 2015; Ginsburg, A. Simpser (Eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge, 2014.

⁷⁰ Cfr. D.S. Law, M. Vertseeg, *Sham Constitutions*, in *California Law Review*, 2013, 863 ss.

Intruder in the Constitution: la parola dell'obiezione di coscienza alla leva militare nel contesto statunitense^{*}

di Edmondo Mostacci

Abstract: *Intruder in the Constitution: the conscientious objection to military service in the U.S.* – The paper analyses the case of conscientious objection to the military service in the context of the United States. The starting point is the experience of the thirteen colonies, whose constitutional texts have protected conscientious objection since a very early period. Next, it analyses the recognition of conscientious objection in the contexts of the War of Independence and the Civil War, and during the Twentieth Century. Moreover the raise and decline of the s.c. selective conscientious objection is examined. Lastly, the experience of the U.S. is compared with the constitutional protection of conscientious objection made by many European legal systems.

Keywords: American colonies; Conscientious objection; Military service; Selective conscientious objection; The United States.

229

1. Obiezione di coscienza e coscrizione obbligatoria: alcuni cenni introduttivi

Da un punto di vista introduttivo, si può affermare che l'obiezione di coscienza si radica all'incrocio di due ordinamenti affatto differenti e reciprocamente inconferenti: quando l'ordinamento giuridico statuale e l'intimo foro delle convinzioni individuali impongono due comportamenti, anche solo omissivi, inconciliabili, emerge una contraddizione teoricamente irrilevante, posta l'indipendenza logica dei due ambiti, ma praticamente ineludibile. In questi casi, l'unicità del soggetto agente richiude sul piano concreto l'abisso altrimenti incolmabile che separa la *legge morale* da quel particolare *cielo stellato* che è il diritto positivo.

Laddove si stagli tale dissidio, l'obiezione di coscienza si configura quindi come il rifiuto opposto dal soggetto di adempiere ad un dovere che il diritto positivo gli impone; rifiuto motivato sulla base di propri profondi convincimenti, siano essi di matrice religiosa, filosofica o *lato sensu* politica. Di conseguenza, le particolari motivazioni addotte per la disubbidienza valgono a qualificare l'istituto in parola e a differenziarlo dalla disobbedienza *tout court*.

Il fondamento della cogenza dell'imperativo di coscienza, a sua volta, può essere ricostruito in due maniere differenti. Secondo una prima lettura, esso ha carattere psicologico: difatti, il mancato adempimento ai dettami delle proprie

* Il presente scritto è altresì dedicato alla pubblicazione, per i tipi di Giappichelli, negli *Studi in onore di Sara Volterra*.

convinzioni profonde determina un patimento, dovuto al senso di colpa e all'impossibilità per il disobbediente di dissociarsi dalla propria condotta (e cioè da se stesso), onde fuggire le conseguenze di quello che Freud ha chiamato *super io*. Secondo altra ricostruzione, invece, tale cogenza deriva dalla consapevolezza che l'uomo ha di sé come essere razionale e morale e, di conseguenza, quale soggetto autonomo¹ – e libero² – nel senso più proprio del termine.

In ogni caso, relativamente alla configurazione classica dell'obiezione di coscienza, è da sottolinearsi come il conflitto debba sorgere tra due norme egualmente cogenti per l'individuo che ne è destinatario: una norma dell'ordinamento giuridico che impone un dovere di carattere incondizionato e un convincimento personale, al contempo profondo e sicuro, che contrasta con tale dovere³. Pertanto il soggetto si trova stretto tra due regole del tutto inconciliabili, non dandosi possibilità ulteriori tra l'obbedienza all'una o all'altra, con conseguente e ineliminabile disobbedienza al comando non fattivamente adempiuto.

Non stupisce allora che l'obiezione di coscienza – intesa come istituto giuridico, e cioè come facoltà disciplinata dal diritto di sottrarsi a un dovere altrimenti inderogabile⁴ – nasca in materia di servizio militare, in quei Paesi e frangenti storici in cui esiste la coscrizione obbligatoria. Da un lato, infatti, sta l'imposizione di *imbracciare le armi* la quale, se in tempo di pace ha natura squisitamente ipotetica, costituisce ad ogni modo l'orizzonte di senso della leva militare, con le possibili conseguenze che questo comporta (uso di strumenti finalizzati ad offendere, fino alla possibile uccisione di nemici); dall'altro, le conseguenze appena citate possono generalmente urtare contro la coscienza individuale e, in particolar modo, contro convincimenti ad un tempo personali e diffusi, in alcuni casi derivanti da persuasioni di carattere religioso.

¹ V. F.C. Palazzo, *Obiezione di coscienza*, voce in *Enc. dir.*, vol. XXIX, 1979, 539 ss.

² Il legame tra libertà e autonomia può essere difficilmente revocato in dubbio ed è costruito sul concetto di libertà positiva (cfr. A. Baldassarre, *Libertà, I) Problemi generali*, voce in *Enc. giur.*, vol. XIX, 1991, in part. 16 ss.; ma criticamente v. il classico I. Berlin, *Two concepts of liberty*, 1969, Oxford, trad.it, *Due concetti di libertà*, Milano, 2000, 16). Si noti invece che la prima ricostruzione sembra enfatizzare il carattere negativo dell'obiezione di coscienza, con la pretesa che l'ambito dei comportamenti *eticamente sensibili* sia lasciato libero dal diritto, alla maniera di B. Constant (*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, 1819, ora in Id., *Ecrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997, 593 ss.).

³ Significativamente, si è parlato dell'obiezione di coscienza come di una valvola di sfogo per conciliare, nella società contemporanea, il principio maggioritario con le istanze di minoranze che si riconoscono in valori non conciliabili con quelli sottesi alle scelte della maggioranza, in punto di doveri individuali. V. C. Cohen, *Conscientious Objection*, in 78 *Ethics* 269 (1968), secondo il quale: «Conscientious objection may be viewed as a legal pressure valve, deliberately devised to relieve the tension between deeply held moral convictions and the demands of the law, when that tension becomes extreme». Tale conclusione collimerebbe bene con il riconoscimento dell'obiezione di coscienza selettiva, enucleata dalla giurisprudenza delle corti inferiori statunitensi al tempo della Guerra del Vietnam, ma esclusa nel torno di un anno dalla Corte Suprema. Sul tema v. *infra*, par. 5.

⁴ Non costituisce oggetto di questo contributo l'obiezione di coscienza di per sé considerata; al contrario, l'analisi è incentrata sulla facoltà, giuridicamente riconosciuta, di rifiutare l'adempimento di un dovere o di una obbligazione per motivi di coscienza. Non si entra pertanto nel merito delle questioni – affascinante ma ultronea all'oggetto di queste pagine – inerenti al carattere soltanto apparente dell'obiezione come facoltà giuridicamente riconosciuta e all'idea che solo quella *contra legem* sia da considerarsi obiezione di coscienza in senso proprio. D'ora in avanti, con la locuzione in parola si intenderà quindi soltanto la facoltà giuridica cui si è appena fatto riferimento.

Quest'ultima circostanza, se su un piano teorico non serve oramai a qualificare l'obiezione, da un punto di vista storico ha avuto un influenza non da poco nell'emergere dell'istituto; infatti, esso trova la sua prima positivizzazione all'interno della forma di Stato liberale, nella sua declinazione nordamericana⁵, ove il rispetto della libera determinazione, secondo i propri intimi convincimenti, della persona occupa un posto di primo rilievo all'interno dell'assiologia costituzionale⁶, soprattutto qualora si tratti di persuasioni del genere da ultimo considerato.

Al di là delle motivazioni a cui si è fatto cenno, è altresì da sottolinearsi come l'istituto dell'obiezione di coscienza, per come inteso in queste pagine, emerge di fronte a un obbligo imposto dal potere pubblico di carattere incondizionato. Per meglio dire, l'insorgere di quest'ultimo deve derivare da elementi oggettivi – ad esempio, il compimento della maggiore età del soggetto legato alla comunità dal rapporto di cittadinanza – e non da una libera scelta dell'obbligato. La facoltà, riconosciuta dall'ordinamento, di non adempiere a specifiche obbligazioni derivanti da un contratto liberamente sottoscritto può infatti anche essa chiamarsi genericamente *obiezione di coscienza*. Tuttavia, siamo di fronte a un fenomeno del tutto dissimile a quello oggetto delle presenti riflessioni: in tali circostanze, l'*obiettore* ha la possibilità di risolvere il proprio conflitto di coscienza in via autonoma – ad esempio, rifiutandosi di sottoscrivere il contratto – senza richiedere all'ordinamento una considerazione per le proprie convinzioni particolare e derogatoria rispetto al regime ordinario. Viceversa, l'antinomia che l'obiezione di coscienza intesa in senso stretto mira a risolvere ha carattere per così dire assoluto: l'alternativa tra l'inadempimento alla prescrizione normativa e quello nei confronti dell'imperativo di coscienza non conosce né temperamenti né altre soluzioni intermedie.

In sintesi, quindi, l'oggetto del presente studio è costituito da quell'istituto che presenta tre caratteristiche fondamentali: la presenza di un'obbligazione in capo al soggetto obiettore di carattere incondizionato; la sua immediata derivazione da parte di norme dell'ordinamento giuridico, indipendentemente dalla volontà dell'obbligato; la possibilità, giuridicamente prevista, di non adempiere per via di convinzioni profondamente radicate nella coscienza individuale.

Per tali ragioni, il *focus* essenziale del presente lavoro è costituito dall'obiezione di coscienza agli obblighi militari, ambito in cui emergono con chiarezza le tre caratteristiche fondamentali appena sancite. In particolare, sarà oggetto di attenzione la peculiare esperienza degli Stati Uniti d'America, Paese in cui l'obiezione di coscienza per *scrupoli religiosi* emerge in tempi assai precoci e dove essa ha avuto uno sviluppo del tutto originale. In particolare, il percorso di ricerca che si intende sviluppare prende le mosse dal periodo prerivoluzionario, ponendo in luce le ragioni che portano le colonie nordamericane a disciplinare l'obiezione di coscienza a partire dalla seconda metà del XVII secolo (par. 2). L'indagine diacronica si soffermerà poi, seppur brevemente, sul periodo della rivoluzione, sul dibattito in materia al tempo dell'adozione dei primi dieci emendamenti alla Costituzione e sugli anni della guerra civile (par. 3). Per ciò che concerne il XX

⁵ V. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. I: La Costituzione liberale*, Torino, 1998.

⁶ V. G. Bognetti, *Obiezione di coscienza*, voce in *Enc. giur.*, vol. XXIV, 1991.

secolo, invece, ci si soffermerà sul periodo compreso tra le due guerre mondiali, in cui la coscrizione obbligatoria e il riconoscimento dell’obiezione conoscono il loro sviluppo decisivo (par. 4), e su quello degli anni sessanta, con l’emergere e l’eclissarsi della cd. *selective conscientious objection* (par. 5). Il modello americano verrà poi giustapposto a quello dei Paesi dell’Europa occidentale (par. 6) per svolgere infine le dovute considerazioni di carattere comparativo sull’esperienza statunitense in materia di obiezione di coscienza, intesa in senso stretto (par. 7).

2. L’antefatto: l’obiezione di coscienza nelle Carte delle Colonie nordamericane

Nel contesto statunitense, l’emersione dell’obiezione di coscienza alla coscrizione obbligatoria è caratterizzata da rimarchevole precocità, la quale va ricondotta alle circostanze storiche che accompagnano l’istituzione delle Colonie inglesi sulla costa atlantica dell’America settentrionale. Infatti, a differenza di quanto accaduto con l’espansione coloniale dei Paesi della penisola iberica in America latina, la colonizzazione inglese procede, in assenza di una pianificazione pubblica e di un consapevole disegno politico, in modo frammentario e dietro l’iniziativa di soggetti privati, disposti a sostenere direttamente i costi dell’impresa. Ciò si riflette in misura marcata sui caratteri dei soggetti che danno vita agli insediamenti britannici al di là dell’Atlantico, i quali hanno spesso caratterizzazione religiosa. Così, ad esempio Plymouth è fondata nel 1620 dai *Pilgrim fathers* del Mayflower, i quali costituiscono un gruppo separatista unito dal desiderio di dare vita a una comunità definitivamente purificata dalla corruzione della Chiesa anglicana; d’altra parte, la Massachusetts Bay Colony, il Commonwealth del Connecticut e, successivamente, la Federazione delle città del Rhode Island vengono creati da gruppi di puritani, in aperta critica con la Chiesa riformata e alla ricerca di uno stile di vita votato alla purificazione, con conseguenze evidenti per le strutture essenziali delle nascenti collettività⁷; ancora, è nota l’origine della Pennsylvania, nel 1681 assegnata in proprietà dal monarca inglese a William Penn, *leader* della setta dei quaccheri – confraternita che, in madrepatria, era stata oggetto di dura persecuzione sino all’adozione dell’*Atto di tolleranza* del 1689.

Questo carattere qualificante l’aggregazione originaria dei gruppi fondatori di grande parte delle Colonie – unita all’assenza, nel contesto considerato, di strutture plurisecolari atte a garantire uno sviluppo minimamente ordinato del corpo sociale – produce tanto il rilievo del fattore religioso all’interno delle nuove collettività⁸, al fine della costruzione di quei legami di solidarietà necessari alla sopravvivenza del singolo in un contesto ambientale non favorevole, quanto un’attitudine tollerante nei confronti delle diverse appartenenze ecclesiali⁹.

L’importanza del fattore religioso e l’attitudine tollerante incidono sin dal principio sul tema oggetto di queste pagine, con il precoce riconoscimento dell’obiezione di coscienza da parte di singole Colonie sin dalla seconda parte del XVII secolo. È in primo luogo il caso del Rhode Island, la cui Carta del 1663, al suo

⁷ V. G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparativi*, Torino, Giappichelli, 2011, 70 s.

⁸ V. L.M. Friedman, *A History of American Law*, New York, 1973, in part. 79 ss.

⁹ V. ancora G.F. Ferrari, *Le libertà*, cit., 72.

secondo paragrafo, riconosce in misura ampia la libertà religiosa, intesa come libero esercizio del proprio culto. Sulla scorta di tale presupposto, un decennio più tardi, quando viene adottata una legge sulla coscrizione obbligatoria – per fare fronte a un temuto attacco di olandesi e nativi nordamericani – il legislatore si ritiene obbligato a inserire una disposizione in materia di obiezione di coscienza al fine di esentare dall'attività di «traynings, arminge, rallyinge to fight, or kill» tutti coloro i quali non siano in grado di porle in essere senza violare le proprie credenze profonde¹⁰.

Al principio del XVIII secolo, il legame tra libertà religiosa e di coscienza è affermato in misura inequivoca dalla *Charter of Privileges* della Pennsylvania del 1701 sin dall'apertura della sua prima sezione, secondo la quale:

«no People can be truly happy, though under the greatest Enjoyment of Civil Liberties, if abridged of the Freedom of their Consciences, as to their Religious Profession and Worship».

La conseguenza di tale premessa è poi altrettanto netta, nella misura in cui si garantisce, nel corso della medesima disposizione, che:

«no Person or Persons, inhabiting in this Province or Territories ... shall be in any Case molested or prejudiced, in his or their Person or Estate, because of his or their conscientious Persuasion or Practice, nor be compelled to frequent or maintain any religious Worship, Place or Ministry, contrary to his or their Mind, or to do or suffer any other Act or Thing, contrary to their religious Persuasion».

233

Oltre che nella disposizione appena citata, il pacifismo, intimamente connesso alla religione della Società degli Amici, si esprime altresì nella contrarietà allo stesso istituto della costrizione obbligatoria; infatti, nonostante le ripetute sollecitazioni in tal senso della madrepatria, solo nel 1754 la colonia darà vita ad un esercito su base strettamente volontaria¹¹. La tutela dell'obiezione di coscienza viene poi ribadita dalla sect. VIII della *Declaration of Rights* del 1776, a norma della quale «nor can any man who is conscientiously scrupulous of bearing arms, be justly compelled thereto, if he will pay such equivalent».

La strada battuta dal Rhode Island e dalla Pennsylvania è infine seguita, nella seconda parte del XVIII secolo, da un nutrito gruppo delle altre Colonie¹². È ad esempio il caso della Costituzione dello Stato di New York del 1777 – particolarmente significativa in virtù delle origini *politiche* della colonia – la cui sect. XL dispone che «that all such of the inhabitants of this State being of the people called Quakers as, from scruples of conscience, may be averse to the bearing of arms, be therefrom excused by the legislature», in cui il ricorso all'obiezione è però limitato agli appartenenti ad uno specifico gruppo religioso di nota vocazione pacifista. Ancora, clausole simili si ritrovano nelle Costituzioni di: Delaware (sect.

¹⁰ V. E.M. West, *The Right to Religion-Based Exemptions in Early America: The Case of Conscientious Objectors to Conscription*, in 10 J.L. & Religion 367, 375 (1993).

¹¹ V. ancora V. E.M. West, *The Right to Religion-Based Exemptions in Early America*, cit., 388.

¹² Sul tema v. più ampiamente F.L. Brown, S.M. Kohn, M.D. Kohn, *Conscientious Objection: A Constitutional Right*, in 21 New Eng. L. Rev. 545, 551 (1985-86).

II, *Declaration of Rights and fundamental rules*, 1776); New Hampshire (sect. IV, *The Bill of Rights*, 1784); e Vermont (sect. III, *Declaration of the Rights*, 1777).

In buona misura, è possibile sostenere quindi che, alla vigilia della guerra d'indipendenza, l'idea dell'obiezione di coscienza è penetrata nel nascente pensiero giuridico americano e le clausole costituzionali volte alla sua tutela hanno conosciuto un rilevante grado di diffusione.

3. L'obiezione di coscienza tra la guerra d'indipendenza e la guerra di secessione

Nel quadro appena tracciato, la guerra di indipendenza e la convenzione di Philadelphia sembrano introdurre una parziale soluzione di continuità. Infatti, per un verso, pur nella fase più critica del conflitto con quella che si apprestava a divenire la ex madrepatria, le esigenze di mantenere saldamente unito il fronte delle tredici colonie depongono in favore di un pieno rispetto della libertà di coscienza, sia da parte del secondo Continental Congress, sia da parte dei diversi attori coinvolti dalle operazioni belliche. Dall'altro lato, invece, il Congresso federale rifiuta di inserire una clausola di salvaguardia della libertà di coscienza all'interno del pacchetto di emendamenti che avrebbero costituito il *Bill of Rights* statunitense, con ciò dando adito alla tesi in merito all'irrilevanza costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza alla coscrizione obbligatoria¹³.

In realtà, la questione del mancato inserimento di una disposizione atta a tutelare l'obiezione di coscienza presenta diverse sfaccettature, le quali meritano una pur sintetica menzione. Infatti, la proposta avanzata da George Madison di esentare chi avesse scrupoli religiosi dagli obblighi di leva era rivolta non tanto alla federazione, quanto piuttosto ai singoli stati federati, sulla base di una visione duale del potere del congresso federale «to raise and support armies», alla luce della quale il potere di disciplinare la forme di coscrizione obbligatoria rimaneva nel dominio degli Stati federati¹⁴. Parimenti, la reiezione della proposta si inserisce nel più ampio contesto di separazione tra le due sfere – appunto statale e federale – di disciplina e garanzia delle situazioni giuridiche soggettive, in base alla quale gli emendamenti alla Costituzione approvati dalle due Camere non si riferiscono agli Stati e verranno quindi riferiti – anche nei decenni successivi all'adozione dei *civil war amendments*¹⁵ – all'esercizio dei soli poteri della Federazione¹⁶.

¹³ V. R.S. Skinner, *The Conscientious Objector in Law*, in 27 *Wash. U.L.Q.* 565, 567-8 (1941-42).

¹⁴ V. F.L. Brown, S.M. Kohn, M.D. Kohn, *Conscientious Objection*, cit., 553.

¹⁵ I quali, come è noto, investono il legislativo federale dello specifico potere di garantire la loro attuazione e saranno la base del superamento, almeno sul piano della tutela dei diritti fondamentali, della concezione rigidamente duale del federalismo americano. Tuttavia, questo passaggio non ha avuto carattere immediato, ma è avvenuto attraverso un processo che ha preso avvio cinquanta anni dopo la loro redazione.

¹⁶ Questa impostazione è fatta propria dalla Corte Suprema sin dal 1833, con il caso *Barron vs. Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833), ed è stata mantenuta lungo tutto il corso dell'Ottocento, anche a dispetto dell'approvazione dei *civil war amendments*, come messo sinteticamente in luce alla nota precedente. Soltanto nella terza decade del secolo successivo – con il caso *Gitlow vs. New York*, 268 U.S. 652 (1925), e successivamente con formulazione più definita con *Palko vs. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) – l'approccio muta radicalmente e prende avvio quel processo graduale, noto come *incorporation*, che porta gli elementi più significativi del *Bill of Rights* federale – i diritti che costituiscono «the very essence of a scheme of ordered liberty», secondo le parole di

Inoltre, all'interno di una visione duale del federalismo, votata alla separazione orizzontale dei poteri in funzione limitatrice della potestà di imperio di ciascun livello di governo, la previsione di una garanzia federale dell'obiezione di coscienza alla coscrizione obbligatoria organizzata dagli Stati membri poteva altresì essere riguardata alla stregua di un meccanismo foriero di potenziali ingerenze del livello superiore di governo sulla capacità dell'inferiore di organizzare un proprio autonomo esercito. Ciò avrebbe provocato un disallineamento della simmetria sottesa alla complessiva architettura costituzionale, a parziale detimento della sua vocazione garantista, come implicitamente presupposto dal II emendamento¹⁷.

Se le osservazioni appena svolte colgono le motivazioni politiche della riezione della proposta di Madison, è tuttavia altresì da sottolineare come il testo della Costituzione federale non citi in modo espresso l'obiezione di coscienza, a dispetto della circostanza per cui l'argomento fu espressamente posto all'ordine del giorno delle sedute dedicate all'approvazione, nel corso del I Congresso, del *Bill of Rights* federale; circostanza questa che, come si metterà in luce al momento opportuno, incide sui possibili percorsi argomentativi volti a ricavare un obbligo costituzionale di tutela di questa forma di libertà di coscienza dal testo del I emendamento.

Coerentemente con l'approccio duale appena delineato, nel corso della prima metà dell'Ottocento, la federazione non ricorre alla coscrizione obbligatoria; spetta invece agli Stati il potere di organizzare la propria «well regulated Militia». Difatti, la proposta presentata nel 1814 al Congresso, dietro sollecitazione dell'amministrazione Madison, verrà accantonata, anche alla luce del disequilibrio tra livelli di governo al quale si è poc'anzi fatto riferimento¹⁸.

Quanto all'opera degli Stati federati, la gran parte di quelli che ricorre alla leva riconosce l'obiezione di coscienza, o su base legislativa o ad opera del potere giudiziario in applicazione di rilevanti clausole costituzionali, generalmente ricollegando l'esenzione all'appartenenza del singolo a comunità religiose, specificamente individuate, di dichiarata vocazione pacifista¹⁹. Così nel Maine le corti riconoscono il diritto all'obiezione di coscienza a tutti gli affiliati a organizzazioni religiose come i quaccheri²⁰; similmente, in Alabama, il legislatore richiede la partecipazione a una delle sette indicate nell'atto normativo sulla coscrizione, a condizione che essa sia stata avviata prima della richiesta di esenzione dagli obblighi di leva. Meno garantista la posizione del giudiziario del Massachusetts, secondo la quale l'obiettore non solo deve essere parte di una

Justice Benjamin Cardozo in *Palko* (325) – ad essere efficaci anche nei confronti dei legislativi dei singoli Stati membri, per il tramite della clausola del *Due process* sancita dal XIV emendamento. Sul tema v. per tutti H. Abraham, *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, Lawrence, 1967, in part. 54 ss.

¹⁷ Secondo il quale l'esercito è elemento un elemento da considerarsi «necessary to the security of a free State».

¹⁸ Tesi questa propugnata con forza da uno dei principali avversatori della legge – il rappresentante Daniel Webster –, come si evince dalla sintesi del suo intervento parlamentare oggi disponibile in 1 *Left and Right: A Journal of Libertarian Thought* 68 (1965).

¹⁹ V. N.R. Bradley, *Conscientious Objectors*, in 45 *Dick. L. Rev.* 129 (1940-41).

²⁰ V. *Dole v. Allen*, 4 Maine 527 (1827).

organizzazione religiosa, ma deve altresì avere dimostrato un'affiliazione attiva, prendendo parte alle iniziative del gruppo di cui è membro²¹.

L'approccio in parola si infrange alla fine del periodo considerato, alla luce delle necessità della guerra di secessione, la quale in termini più generali si pone quale punto di svolta essenziale nel processo di superamento del carattere duale del federalismo statunitense, a partire dall'adozione degli emendamenti XIII, XIV e XV che, seppure diversi decenni più tardi, origineranno il processo generalmente conosciuto sotto il nome di *incorporation*.

Per ciò che concerne il tema di queste pagine, la necessità di condurre le operazioni belliche spinge tanto l'Unione quanto la Confederazione a ricorrere direttamente alla coscrizione obbligatoria, determinandosi per tale strada una rilettura dei poteri congressuali sanciti dalle clausole 12 e 16 della Sect. 8, Art. I, della Costituzione federale. Infatti, con riferimento ad entrambe le normative, le Corti statali adite al fine di contestarne il fondamento costituzionale respingono le censure²² e avviano un'interpretazione delle clausole citate che, nel corso del Novecento, verrà ripresa dalla stessa Corte Suprema nei *Selective Draft Law Cases*²³.

Quanto all'istituto dell'obiezione di coscienza, sia il fronte unionista quanto quello della Confederazione mostrano attenzione al tema oggetto di queste pagine²⁴: da un lato, la normativa adottata dal Congresso confederale accorda ai membri delle comunità religiose specificamente indicate il privilegio di non essere arruolati, alla condizione che l'obiettore indichi un proprio sostituto – arruolabile ma non già soggetto all'obbligo di leva – o, in alternativa, controbilanci il proprio mancato apporto alla causa bellica versando un importo di 500 dollari. Dall'altro lato, il testo originario della normativa unionista, adottato nel 1863, non menziona l'obiezione di coscienza, ma prevede soltanto una clausola generale di flessibilizzazione del sistema di coscrizione obbligatoria, in virtù della quale l'obbligato ha la possibilità di indicare al proprio posto un sostituto, anch'esso arruolabile ma non già soggetto alla leva. Soltanto un anno più tardi, in seguito al malcontento sfociato nei *New York City draft riots* (13-16 luglio 1863), si prevede la possibilità – anche in questo caso limitatamente agli aderenti a specifiche confraternite – per gli obiettori di coscienza, che tra l'altro siano disposti a prestare giuramento circa la loro radicale avversione all'uso delle armi, di essere destinati a servizi di supporto, come gli ospedali, dietro pagamento di un contributo di 300 dollari.

²¹ V. *Lees v. Childs*, 17 Mass. 351 (1821).

²² V. ad es.: *Kneedler v. Lane*, 45 Pennsylvania 238; *Jeffers v. Fair*, 33 Georgia, 347; *Daly and Fitzgerald v. Harris*, 33 Georgia (Sup.) 38; *Barber v. Irwin*, 34 Georgia, 27; *Parker v. Kaughman*, 34 Georgia, 136; *Ex parte Coupland*, 26 Texas, 386; *Ex parte Hill*, 38 Alabama, 429; *In re Emerson*, 39 Alabama, 437; *Simmons v. Miller*, 40 Mississippi, 19; *Gatlin v. Walton*, 60 North Carolina, 333.

²³ Sui quali, v. *infra*, par. 4.

²⁴ In materia, ampiamente, v. E. Needles Wright, *Conscientious Objectors in the Civil War*, Philadelphia (PA), 1931.

4. L'obiezione di coscienza tra il primo conflitto mondiale e la guerra del Vietnam

Il periodo che va dalla guerra di secessione alla prima guerra mondiale si caratterizza in primo luogo per il consolidarsi del potere della federazione di istituire un regime di coscrizione obbligatoria. Infatti, i due regimi organizzati dall'Unione e dalla Confederazione in costanza dello sforzo bellico nella seconda metà dell'Ottocento erano stati contestati soltanto di fronte a corti statali, in un contesto *lato sensu* emergenziale, in cui ragioni di *salus rei publicae* potrebbero avere giocato un ruolo significativo, per quanto implicito, nell'interpretazione giurisprudenziale delle clausole costituzionali. Viceversa, l'adozione del *Selective Service Act of 1917*²⁵, volto a sopperire all'insufficiente numero di volontari di fronte alle necessità derivanti dal coinvolgimento degli Stati Uniti nella I guerra mondiale, dà origine a una pluralità di ricorsi, incentrati sul difetto di competenza della Federazione a istituire un regime di coscrizione obbligatoria, definitivamente decisi dalla Corte Suprema con i cd. *Selective Draft Law Cases*²⁶.

Di fronte alle censure mosse nei confronti della legge, l'*opinion* redatta dal *Chief Justice*, Edward Douglass White, sancisce che la competenza del Congresso ad adottare una normativa in materia di coscrizione obbligatoria si radica nelle clausole di cui alla sect. 8 dell'art. I e, in particolare, in quella relativa al potere «to raise and support armies», interpretato anche alla luce della clausola sui poteri impliciti, in quanto nessuna mente può concepire: «an army without the men to compose it»; di conseguenza «the objection that [the Constitution] does not give power to provide for such men would seem to be too frivolous for further notice»²⁷, mentre «it may not be doubted that the very conception of a just government and its duty to the citizen includes the reciprocal obligation of the citizen to render military service in case of need, and the right to compel it»²⁸.

237

Dal punto di vista dell'obiezione di coscienza, essa è riconosciuta sia dall'atto del 1917 sia da quelli che, a partire dal 1940 (il *Selective Training and Service Act of 1940*²⁹ e il *Selective Service Act of 1948*³⁰), hanno regolato e stabilizzato per un trentennio la coscrizione obbligatoria. Dal punto di vista positivo, rispetto alle regolazioni precedenti scompare ogni riferimento alla possibilità di indicare un sostituto e al pagamento di una somma di denaro quale compensazione per la mancata partecipazione allo sforzo bellico sul piano dell'impegno individuale. Nell'atto del 1917, si mantiene invece l'impostazione generalmente seguita nel corso dell'Ottocento, di accordare l'esenzione solo agli aderenti a specifiche confraternite religiose (segnatamente, gli amish, i quaccheri, i mennoniti)³¹, anche

²⁵ Pub. L. 65–12.

²⁶ *Arver v. United States*, 245 U.S. 366 (1918).

²⁷ *Arver v. United States*, 377.

²⁸ *Arver v. United States*, 378.

²⁹ Pub. L. 76–783.

³⁰ Pub. L. 80–26. L'atto – che ha subito diverse modificazioni anche nel titolo nel 1951, 1967, 1969 e 1971 – ha cessato la sua efficacia nel 1973. Tuttavia, dal 1980 vige un meccanismo di iscrizione obbligatoria, disciplinato dalla *Presidential Proclamation 4771* (adottata dal presidente Carter il 2.07.1980 – 94 Stat. 3775), per le persone di sesso maschile di età compresa tra 18 e 25 anni, ad un registro degli arruolabili per il caso il cui la leva obbligatoria venga riattivata.

³¹ V. W.L. Shaw, *Conscientious Objection*, in 38 *Judge Advoc. J.* 20 (1966).

se le incertezze circa il carattere tassativo dell'elenco stabilito dal legislatore causa indecisioni e difformità di applicazione da parte delle diverse commissioni distrettuali incaricate di vagliare le richieste di esenzione³². Quanto alle conseguenze, invece, si prevede la destinazione a unità non combattenti, le quali per diversi mesi non vengono però istituite dal potere esecutivo, con la conseguenza che gli obiettori vengono comunque indirizzati all'addestramento insieme alla generalità dei coscritti.

Viceversa, dall'atto del 1940 la formula di esenzione viene modificata, superandosi il modello incentrato sull'elencazione dei gruppi religiosi pacifisti, per approdare a un più generale riconoscimento dell'obiezione, qualora dettata «*by reason of religious training and belief*».

Se la dizione della clausola del 1940 – ribadita in quello del 1948 – è ancora incentrata sul carattere religioso delle convinzioni che legittimano l'obiezione di coscienza, nel corso degli anni e in seguito ad un processo non sempre lineare³³, tale riferimento è stato inteso dalle corti in senso progressivamente sempre più latitudinario, anche in contrasto con il disposto normativo, in modo da abbracciare anche credenze di stampo filosofico o morale, purché sentite con la stessa forza con cui un credente sente i propri convincimenti. Ciò è avvenuto a dispetto del fatto che la normativa stabilisce espressamente che la locuzione *religious training and belief* non possa essere intesa in modo tale da includere «essentially political, sociological, or philosophical views, or a merely personal moral code».

Il punto terminale di questo processo di progressivo ampliamento del novero di convinzioni che legittimano l'obiezione di coscienza è costituito dal caso *U.S. v. Seeger*³⁴, in cui la Corte Suprema arriva a sancire come essa non sia un privilegio accordato ai (soli) credenti, ma al contrario una facoltà concessa a tutti i soggetti la cui avversione alla guerra derivi da un «*sincere and meaningful belief which occupies in the life of its possessor a place parallel to that filled by the God*» nella vita di una persona religiosa³⁵.

Come accennato dalla stessa *Supreme Court*³⁶, l'interpretazione estensiva della dizione *religious training and belief* è da considerarsi costituzionalmente necessaria, alla luce della *Establishment clause* del I emendamento. Infatti, in caso contrario,

³² V. P.E. Jacob, M.Q. Sibley, *Conscription of conscience: The American State and the Conscientious Objector*. 1940-1947, Ithaca (NY), 1952

³³ Sotto tale prospettiva, di particolare interesse è stata la dialettica tra le corti federali del II e del IX Circuito, permissiva la prima e restrittiva la seconda, le quali, nel corso degli anni quaranta, sono addivenute a conclusioni inconciliabili, senza che la Corte suprema intervenisse accettando di vagliare i ricorsi in via di certiorari presentati dalle parti soccombenti. V., per il II Circuito, *U.S. v. Kauten*, 133 F.2d 703 (1943); per il IX Circuito, *Berman v. U.S.*, 156 F2d 377 (1946).

³⁴ 380 U.S. 163 (1965).

³⁵ V. *U.S. v. Seeger*, 176. In dottrina, v. T. G. Todd, *Religious and Conscientious Objection*, 21 *Stan. L. Rev.* 1734, 1741 ss. (1969) e G.W. Sweeney, *Conscientious Objection and the First Amendment*, in 14 *Akron L. Rev.* 71 (1980-81). V. pure *Welsh v. U.S.* 398 U.S. 333 (1970) sulla quale R.A. Drummond, *Conscientious Objector Exemption Granted to Nonreligious Objector*, in 1 *Cumb.-Samford L. Rev.* 333 (1970).

³⁶ Secondo la quale «This construction avoids imputing to Congress an intent to classify different religious beliefs, exempting some and excluding others, and is in accord with the well established congressional policy of equal treatment for those whose opposition to service is grounded in their religious tenets» (*U.S. v. Seeger*, 176).

essa potrebbe non superare il test che la stessa corte ha messo a punto qualche anno più tardi, sulla scorta però della giurisprudenza anteriore, nel caso *Lemon v. Kurtzman*³⁷, secondo il quale una legge è legittima se: a) ha uno scopo di carattere civile; b) gli effetti suoi propri non avvantaggiano né inibiscono la pratica religiosa; c) non promuove un legame eccessivo tra il governo e le confessioni religiose. Verosimilmente, infatti, un'esenzione al servizio di leva fondata su motivi strettamente religiosi – e quindi riconducibili al credo di una confessione in qualche misura riconosciuta – contrasterebbe con la prima e, probabilmente, la terza delle condizioni citate³⁸.

4.1. Uno sguardo alla *law in action*: la procedura per il riconoscimento in concreto dell'obiezione

L'analisi del quadro normativo in materia di obiezione di coscienza che si è tracciata nel paragrafo precedente sarebbe palesemente deficitaria se non si considerassero le modalità con le quali l'ordinamento riconosce in concreto, ai singoli obiettori, l'esenzione dal servizio militare. Infatti, nella generalità dei Paesi della *western legal tradition*, favorevoli al riconoscimento dell'obiezione di coscienza, è avvertita l'esigenza di attivare meccanismi che permettano di distinguere le richieste realmente fondate su convincimenti sufficientemente profondi e sinceri da quelle volte a sfruttare l'istituto in modo opportunistico, per mere ragioni di convenienza. Questa esigenza, a sua volta, viene risolta dai diversi ordinamenti secondo due schemi differenti: il primo consiste in un vaglio ad opera della pubblica amministrazione, volto a sindacare le motivazioni addotte dall'obiettore e soggetto a più o meno penetranti controlli in sede giurisdizionale; il secondo, al contrario, mira a limitare il carattere vantaggioso dell'obiezione, assoggettando il richiedente a mansioni compatibili con i suoi scrupoli religiosi o filosofici, ma non meno onerose di quelle tipicamente affidate ai soldati di leva³⁹.

Sotto questo profilo, l'ordinamento statunitense mostra di aderire al primo dei citati modelli. L'obiettore, infatti, è chiamato a presentare un'istanza al *Local Board* del *Selective Service System*, nella quale specifichi in modo circostanziato i propri *beliefs and practices* sulla base dei quali richiede l'esenzione dal servizio militare, allegando altresì un'estesa nota biografica. Ricevuta l'istanza, il *Local Board* procede all'esame della richiesta sulla base sia delle informazioni ivi contenute, sia di ulteriori materiali autonomamente raccolti. All'interno della procedura, l'istante ha il diritto di essere ascoltato di persona dall'amministrazione, ma non quello di essere assistito da un avvocato né quello di produrre autonomamente prove circa i propri convincimenti o di ricevere una trascrizione del colloquio sostenuto⁴⁰.

³⁷ 403 U.S. 602 (1971).

³⁸ Sul p.to, con accenni comunque critici circa l'equilibrio raggiunto dalla giurisprudenza, v. M.G. Lindenbaum, *Religious Conscientious Objection and the Establishment Clause in the Rehnquist Court: Seeger, Welsh, Gilette, and § 6(j) Revisited*, in 36 Colum. J.L. & Soc. Probs 247 (2003).

³⁹ Sul tema v. *infra*, par. 6.

⁴⁰ V. L. Hershey, *Legal Aspects of Selective Service*, Washington (DC), 1963.

In caso di diniego, all’istante è data la possibilità di presentare ricorso all’*Appeal Board* e, nel caso in cui quest’ultimo organo non si pronunci all’unanimità, al *Presidential Appeal Board*. Di fronte alle autorità competenti a decidere il ricorso, all’obiettore non è dato il diritto di essere ascoltato di persona⁴¹. Fino al 1967, era poi disponibile un ulteriore tipo di ricorso, da presentarsi di fronte al *Department of Justice*, il quale implicava una nuova riconsiderazione in merito al carattere dell’obiezione e alla buona fede dell’istante e che risultava essere più garantista degli ordinari meccanismi di impugnazione, posta una sorta di terzietà del soggetto decidente. Tuttavia, questo genere di ricorso è stato escluso con l’adozione del *Military Selective Service Act* del 1967⁴².

In quanto tali, le decisioni delle autorità appena indicate non sono passibili di ricorso giurisdizionale. L’istante che si veda negare l’esenzione dal normale servizio di leva può contestare la decisione che lo riguarda soltanto in via di eccezione all’interno di un processo penale per non avere adempiuto all’ingiunzione di presentarsi per l’avvio della leva militare. Oltre a ciò, il rapporto tra la decisione amministrativa e il controllo giurisdizionale si caratterizza per un certo livello di deferenza delle corti rispetto alle motivazioni addotte per il diniego⁴³. Addirittura, nel corso della prima parte degli anni quaranta, la posizione della Corte Suprema era a tal punto rigida da ammettere contestazioni relative alla sola sussistenza dei requisiti oggettivi – come età e cittadinanza – alla base della coscrizione⁴⁴. In un breve torno di tempo, le maglie del controllo sono state allargate alla considerazione della sussistenza di basi fattuali al diniego, sulla sola base della documentazione raccolta nel procedimento oggetto di giudizio, senza però scendere nel merito della scelta operata dall’amministrazione decidente⁴⁵. In particolare, al di là di situazioni particolari in cui il ruolo e l’attività dell’istante depongano di per sé in misura assai significativa nel senso della genuinità dell’obiezione⁴⁶, la valutazione circa la sincerità dei motivi addotti dall’obiettore e la sua buona fede è considerata tendenzialmente insindacabile in sede giurisdizionale⁴⁷, anche al di là di quello che sarebbe lecito aspettarsi sulla base della circostanza per la quale spetta all’istante produrre gli elementi di fatto sufficienti a dimostrare la genuinità dei convincimenti posti a base della propria richiesta.

240

4.2. Una questione irrisolta: obiezione di coscienza e *Bill of rights*

La difficile giustiziabilità delle scelte delle autorità investite del potere di vagliare le richieste di esenzione dal servizio di leva militare per motivi di coscienza porta al tema irrisolto del fondamento costituzionale della *conscientious objection* nel contesto

⁴¹ Sullo scrutinio operato dalle corti, v. l’analisi di F.H. Easterbrook, *Due Process in Selective Service Appeals*, in 39 *U. Chicago L.R.* 331 (1972).

⁴² Pub. L. 90-40.

⁴³ V. J.B. White, *Processing Conscientious Objector Claims: A Constitutional Inquiry*, in 56 *Cal. L. Rev.* 652 (1968).

⁴⁴ V. *Falbo v. United States*, 320 U.S. 549 (1944).

⁴⁵ V. *Estep v. United States*, 327 U.S. 114 (1946), e *Cox v. United States*, 322 U.S. 442 (1947).

⁴⁶ V. ad esempio *Dickinson v. United States*, 346 U.S. 389 (1953), caso relativo all’obiezione di un ministro del culto dei testimoni di Geova.

⁴⁷ V. *Witmer v. United States*, 348 U.S. 375 (1955).

statunitense. Infatti, a dispetto del radicamento storico dell’istituto e della sua tutela a livello delle Costituzioni di numerosi Stati membri, almeno laddove fondata su scrupoli di carattere religioso, essa non sembra avere lo *status* di diritto costituzionalmente tutelato, con la conseguente ampia libertà del legislatore nel disciplinarne non solo il riconoscimento, ma altresì le modalità relative al concreto esercizio, al pari di quelle in merito al controllo giurisdizionale sull’operato dell’esecutivo.

Il tema, tuttavia, in assenza di specifiche statuzioni da parte del potere giudiziario, mantiene carattere controverso. Infatti, in primo luogo, è da prendere in considerazione il mancato inserimento di una specifica previsione all’interno del *bill of rights* federale, nonostante la proposta in tal senso avanzata da Madison, contingenza non priva di rilievo in un sistema giuridico che tende a valorizzare il dato testuale, spesso alla luce del suo significato originario o anche dell’intento del suo redattore⁴⁸; al contempo, però, l’attenzione al radicamento spaziale e temporale di ambiti riconducibili ai diritti costituzionalmente sanciti⁴⁹, in funzione di una loro interpretazione estensiva, potrebbe ben portare a dare rilievo a due distinte ma parallele circostanze quali la protezione accordata da numerosi testi costituzionali statali all’istituto di cui si discute e il suo continuativo riconoscimento, ad opera del decisore politico, sin dall’epoca fondativa dell’Unione.

In buona sostanza, l’argomento storico si mostra in una certa misura contraddittorio: se è vero che il I Congresso non fa propria la proposta di Madison, è anche vero che questo rifiuto si inserisce in una specifica visione dell’assetto federale – come si è detto, di marca garantista e duale – che può deporre nel senso di derubricare questa scelta a qualcosa di assai meno significativo di una reiezione dell’idea di sancire a livello costituzionale il diritto all’obiezione; al contempo, il radicamento dell’istituto nel diritto costituzionale statale e nella più generale comunità giuridico politica statunitense può fornire un buon argomento in favore di una sua riconduzione alla penombra del I emendamento e, in particolare, alla clausola che sancisce il libero esercizio del culto⁵⁰.

241

In secondo luogo, è da considerarsi come, con specifico riferimento all’obiezione di coscienza alla leva militare, la Corte Suprema sembri propendere per la tesi tesa a negare lo *status* di diritto costituzionalmente sancito. Anche in questo caso, però, le indicazioni non sembrano essere univoche: per un verso, al tema specifico la Corte dedica solo osservazioni che sul punto non hanno forza di

⁴⁸ Il punto è ovviamente ultroneo rispetto agli scopi del presente lavoro. Sui metodi dell’interpretazione costituzionale americana, v. almeno D.A. Strauss, *The Living Constitution*, New York (NY), 2010, i diversi saggi raccolti in D. Kennedy, W.W. Fisher III (Eds), *The Canon of American Legal Thought*, Princeton (NJ), 2006, e P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in 60 *Boston University Law Review* 204 (1980).

⁴⁹ Sul tema v. B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven (CT), 1921, e più di recente D.A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, in 63 *U. Chi. L. Rev.* 877, 884 ss. (1996).

⁵⁰ Sulla convergenza della libertà di coscienza nell’ambito della libertà espressamente sancite dal I Amendment, v. la *concurring opinion* di Justice Douglas in *Gillette v. U.S.*, secondo la quale «conscience and belief are the main ingredients of First Amendment rights. They are the bedrock of free speech, as well as religion» (p. 465-6).

precedente⁵¹, in quanto relative ad ambiti adiacenti a quello oggetto di questo lavoro.

Così, in numerosi casi l'organo di vertice del giudiziario federale sembra escludere che l'obiezione di coscienza alla leva si configuri come situazione giuridica protetta dagli emendamenti alla Costituzione. È il caso, in primo luogo⁵², delle sentenze relative alla mancata concessione della cittadinanza a soggetti che si sono rifiutati di prestare giuramento circa la loro disponibilità a imbracciare le armi per difendere gli Stati Uniti. Segnatamente, si tratta di *U.S. v. Schwimmer*⁵³ e di *U.S. v. MacIntosh*. Sviluppando quanto già deciso nel primo, nel secondo caso l'*opinion* redatta da *Justice Sutherland* respinge vigorosamente la ricostruzione secondo la quale risulti manifesto dai «fixed principle of our Constitution» che «a citizen cannot be forced and need not bear arms in a war if he has conscientious religious scruples against doing so». Infatti quello appena citato è da considerarsi

«an astonishing statement. Of course, there is no such principle of the Constitution, fixed or otherwise. The conscientious objector is relieved from the obligation to bear arms in obedience to no constitutional provision, express or implied, but because, and only because, it has accorded with the policy of Congress thus to relieve him».

A scanso di equivoci, poi, l'*opinion* asserisce altresì che:

«the alien, when he becomes a naturalized citizen, acquires, with one exception, every right possessed under the Constitution by those citizens who are native-born (*Luria v. United States*, 231 U. S. 9, 231 U. S. 22), but he acquires no more»⁵⁴.

Se si tratta di sentenze che hanno a specifico oggetto la naturalizzazione di cittadini stranieri, adottate tra l'altro in presenza di *dissenting opinion* vibranti e in grado di coagulare minoranze cospicue all'interno del collegio⁵⁵, è pur vero che esse depongono in senso assai sfavorevole per la tesi del radicamento costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza alla leva militare.

Se la Corte suprema sembra respingere l'idea di un diritto costituzionale all'obiezione di coscienza alla leva militare, in altri casi potenzialmente affini essa giunge però a conclusioni di ben altro tenore. In particolare, in *Sherbert v. Verner*⁵⁶, la *Supreme Court* sancisce che le leggi statali di sostegno alla disoccupazione non possano legare la corresponsione del sussidio a chi rifiuti, per ragioni religiose, la

⁵¹ V. S.E. Davis, *Constitutional Right or Legislative Grace? The Status of Conscientious Objection Exemption*, in 19 *Fla. St. U.L. Rev.* 191, 194 (1991-92).

⁵² Ad essi si aggiungono anche i casi relativi agli studenti che si rifiutano di seguire corsi di addestramento militare, previsti come obbligatori dalle istituzioni universitarie frequentate. V. *Hamilton v. Regents of the University of California*, 293 U.S. 245 (1934). V. ancora S.E. Davis, *Constitutional Right or Legislative Grace?*, cit., 197-9.

⁵³ 279 U.S. 644 (1929).

⁵⁴ 283 U. S. 605, 623 (1931).

⁵⁵ In *U.S. v. Macintosh*, aderiscono alla *dissenting opinion*, redatta dal C.J. Hughes, i J. Holmes, Brandeis e Stone. In *U.S. v. Schwimmer*, invece, la *dissenting opinion* è redatta da J. Holmes e trova il concorso di J. Brandeis, mentre J. Sanford redige un autonomo e laconico *dissent* con cui afferma di condividere la sentenza – *reversed* dalla Corte Suprema – della Corte d'appello.

⁵⁶ 374 U.S. 398 (1963).

disponibilità a lavorare dal lunedì alla domenica, e cioè anche nel giorno – domenica nel caso del giudizio concreto – della festività religiosa. In particolare, il *reasoning* dell'*opinion* redatta da *Justice* Brennan enfatizza la circostanza per cui tale previsione impone un onere al libero esercizio del culto religioso la cui ampiezza non è giustificata da un interesse statale di natura sufficientemente rilevante, secondo le formule proprie dello scrutinio stretto.

Il precedente *Sherbert* potrebbe essere passibile di una lettura favorevole all'obiezione di coscienza alla leva, in quanto – all'evidenza – l'obbligo di prestare il servizio militare incide in misura rilevante sull'esercizio del culto, in quanto obbliga il soggetto a tenere una condotta potenzialmente opposta a quella comandata dal credo religioso⁵⁷. Tuttavia, prima di addivenire a conclusioni affrettate è necessario anche considerare come il riconoscimento di un giorno dedicato al culto incida in misura sostanzialmente marginale all'interno di una disciplina di sostegno alla disoccupazione, finalizzata all'attivazione del soggetto perceptor del contributo pubblico. Viceversa, almeno da un punto di vista potenziale, l'obiezione di coscienza potrebbe porre in crisi una funzione fondamentale dello Stato – la difesa del territorio nazionale e la conduzione, almeno in talune drammatiche fasi, delle relazioni internazionali – laddove essa divenisse un fenomeno particolarmente diffuso. Detto in altre parole, l'esigenza del Paese di contare su un esercito dimensionalmente adeguato ha, al di là di ogni dubbio, carattere *compelling*.

Diversa è invece la questione circa la stretta necessarietà della leva militare al raggiungimento dello scopo. Sotto questo profilo, sono ammissibili due prospettive fondamentalmente diverse e contraddittorie: da un punto di vista teorico, è evidente che tale necessità può affermarsi laddove l'alternativa possa rappresentarsi in forme di obiezione, se non generalizzate, comunque particolarmente ampie; viceversa, valorizzando i dati disponibili sul numero di soggetti presenti nel corpo sociale propensi a valersi dell'istituto, secondo una prospettiva attenta al momento dell'applicazione concreta del dato giuridico formale, sembra difficile sostenere il carattere imprescindibile di un sistema di coscrizione obbligatoria cieco agli scrupoli religiosi (o filosofici) degli obbligati per raggiungere la finalità perseguita dal legislatore.

243

In sintesi, risulta assai controverso trarre da una giurisprudenza non univoca indicazioni certe circa il fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza alla leva militare (*rectius*: circa la necessità costituzionale di garantire l'obiezione di coscienza alla coscrizione). Certo è il carattere *compelling* dell'interesse perseguito dal legislatore con l'istituzione della leva militare. Difficile è invece ricostruire con sicurezza il rapporto tra una coscrizione obbligatoria cieca agli scrupoli di coscienza e la finalità perseguita dal legislatore, posta la necessità di tradurre sul piano concerto l'analisi del dato normativo, in formule che non siano però in balia di evoluzioni del contesto sociale eccessivamente mobili e transeunti. Ad ogni buon conto, se la giurisprudenza indicata da ultimo può forse far propendere per un giudizio positivo al quesito circa l'esistenza di un diritto costituzionale all'obiezione di coscienza alla leva militare, in assenza di una giurisprudenza rilevante, è invece impossibile determinare i caratteri specifici che un tale diritto dovrebbe avere. È soltanto possibile sottolineare (e ribadire) come la *establishment clause* richieda di

⁵⁷ V. J.B. White, *Processing Conscientious Objector Claims*, cit., 661 s.

ammettere l'obiezione per qualunque genere di scrupolo religioso – anche in ossequio al cd. *lemon test* – secondo formule così ampie da ricomprendervi convincimenti di diverso genere⁵⁸, purché sentiti dal singolo al pari di come sono generalmente avvertiti i più diffusi convincimenti religiosi, con ciò superandosi la matrice religiosa che, nel contesto statunitense, tradizionalmente caratterizzava l'istituto oggetto di analisi.

5. Breve cronistoria di un bagliore: l'obiezione di coscienza selettiva

Nell'esperienza americana, particolarmente interessante ai fini del presente lavoro, è la questione dell'obiezione selettiva, emersa durante gli anni sessanta, in opposizione alla guerra del Vietnam: come veniva icasticamente detto, infatti, un conto è combattere Hitler, un conto è combattere Ho Chi Min⁵⁹. Non sfugge che questa questione mira a provocare una torsione del significato stesso dell'obiezione di coscienza⁶⁰. Essa non deriverebbe più dalla ineliminabile contrarietà del soggetto all'uso della violenza, nella sua forma più cruda, per servire gli interessi dello Stato. Piuttosto, l'obiezione selettiva riguarda la scelta, concretamente compiuta dal decisore politico⁶¹, di muovere guerra a questo o a quel Paese, con ciò permettendo alla minoranza politica di esimersi dal partecipare a imprese belliche che non condivide.

A conclusione sostanzialmente identica si addiviene seguendo anche un'altra opzione ricostruttiva, apparentemente più benigna nei confronti del genere di obiezione considerato. Può sostenersi che essa derivi da una contrarietà allo stesso tempo radicale e pragmatica all'uso delle armi, per cui l'obiettore pur avversandola in generale, sia disposto ad ammettere la guerra come *extrema ratio*, al fine di combattere regimi che si potrebbero definire come "nemici dell'umanità"⁶². Anche in questo caso, infatti, il discriminare tra guerra necessaria e guerra altrimenti evitabile non può che poggiare su considerazioni che sono, in ultima analisi, squisitamente politiche, ancorché a seconda dei casi più o meno condivisibili, e condivise, all'interno della comunità politica⁶³. Inoltre, è altresì da notare come la configurazione dell'obiezione selettiva così ricostruita si basi su una sorta di inversione dei termini:

⁵⁸ Addirittura, è stata ipotizzata la contrarietà alla *equal protection clause* del XIV emendamento l'esclusione dei convincimenti politici dai motivi atti a legittimare l'obiezione (v. H.R. Lurie, *Conscientious Objection: The Constitutional Questions*, in 73 *W. Va. L. Rev.* 138, 152 ss. (1970-71)).

⁵⁹ V. H.C. Macgill, *Selective Conscientious Objection: Divine Will and Legislative Grace*, in 54 *Virginia L.R.* 1355 (1968).

⁶⁰ L'obiezione di coscienza selettiva sarebbe un «potentially explosive principle», secondo J. Finn, *Introduction*, in J. Finn (Ed.), *A Conflict of Loyalties: The Case for Selective Conscientious Objection*, New York (NY), 1969, VII.

⁶¹ Il carattere schiaramente politico delle motivazioni che stanno alla base dell'obiezione di coscienza selettiva è sottolineato, in particolare, dalla sentenza *U.S. v. Kauten*, citata *supra* alla n. 33. In merito, v. pure Q.L. Quade, *Selective Objection and Political Obligation*, in J. Finn (Ed.), *A Conflict of Loyalties*, cit., 195.

⁶² In un senso del genere sembrano andare N. Redlich, K.R. Feinberg, *Individual Conscience and the Selective Conscientious Objector: The Right Not to Kill*, 44 *N.Y.U.L. Rev.* (1969), 875.

⁶³ Non convince invece la tesi per cui alla base della distinzione tra tipi di guerre vi possano essere motivazioni strettamente etiche: la scelta del nemico ha natura strettamente politica. Per una tesi del genere criticata, v. J.A. Rohr, *Just War and Selective Objectors*, in 33 *Rev. Politics* (1971), 185.

se è davvero il carattere del tutto inaccettabile del regime che si vuole combattere la circostanza che giustifica la selettività, l'obiezione dovrebbe avere carattere generale, salvo l'eccezione costituita appunto dalla partecipazione dell'obiettore ad una guerra finalizzata a sconfiggere un regime il cui agire annichilisce la dignità umana. Ipotesi questa che è strutturalmente differente da un obiezione di coscienza alla coscrizione di leva indirizzata verso specifiche guerre.

L'ammissibilità dell'obiezione di coscienza selettiva determinerebbe quindi una patente mutazione genetica dell'istituto, il quale verrebbe a porsi come valvola di sfogo in grado di temperare la rigidità del principio maggioritario⁶⁴ – e le sue conseguenze in termini di obblighi individuali posti in capo ai soggetti che fanno parte della minoranza – qualora il decisore politico sia chiamato a compiere scelte particolarmente divisive all'interno dell'opinione pubblica, come appunto nel caso della guerra del Vietnam.

Dal punto di vista positivo, la questione dell'obiezione di coscienza selettiva si pone, come accennato, al tempo della guerra del Vietnam, in virtù di alcune decisioni di corti distrettuali che, enfatizzando la giurisprudenza *Seeger* e *Welsh*⁶⁵, hanno proseguito sulla strada della liberalizzazione delle possibili motivazioni alla base della scelta dell'obiettore⁶⁶, ricomprensendovi anche motivazioni politiche. In particolare, con la sentenza *U.S. v. Sisson*⁶⁷, la United States District Court D. Massachusetts stabilisce che non vi siano differenze tra le motivazioni di *Seeger* e quelle di *Sisson* tali da giustificare un differente trattamento della loro obiezione⁶⁸, nonostante la previsione legislativa per cui questa debba rivolgersi alla guerra “in any form”. Inoltre, dieci mesi dopo, nel caso *U.S. v. McFadden*, una diversa corte distrettuale prosegue sulla linea interpretativa tracciata da *Sisson* e dichiara che la diversa considerazione delle motivazioni addotte dall'obiettore, comprese quelle inerenti alla generalità o selettività dell'obiezione, sono contrarie sia alla *Free exercise clause* del I Amendment, sia alla *Due process clause* del V.

Questa linea giurisprudenziale particolarmente creativa è stata però sconfessata nel giro di un anno dalla Corte Suprema con la sentenza *Gillette v. U.S.*⁶⁹, la quale ribadisce la limitazione contenuta dalla Section 6 (j), per cui l'obiezione deve essere nei confronti della guerra in generale e non può darsi nei confronti di una specifica guerra, e supera i dubbi sulla conformità alla Costituzione di tale previsione, avanzati dalle corti distrettuali⁷⁰. Non c'è, nel percorso argomentativo della Corte, alcun riferimento alla natura politica dell'obiezione di

⁶⁴ In tal senso, v. D.M. Cohen, R. Greenspan, *Conscientious Objection, Democratic Theory, and the Constitution*, in 29 *U. Pitt. L. Rev.* 389 (1968).

⁶⁵ Anche valorizzando alcuni spunti derivanti da precedenti casi decisi dalla Corte Suprema. Sul p.to, v. J. Curwood Witt, *Gillette v. United States: The End of Selective Conscientious Objection*, in 39 *Tenn. L. Rev.* (1971), 157.

⁶⁶ See E.W. Orr, *Men's Rea and the Selective Conscientious Objector*, 37 *Tenn L. Rev.* (1970), 628.

⁶⁷ 297 F. Supp. 902 (D. Mass. 1969).

⁶⁸ Secondo le parole della Corte: «The rationale by which Seeger and his companions on appeal were exempted from combat service under the statute is quite sufficient for Sisson to lay valid claim to be constitutionally exempted from combat service in the Vietnam type of situation» (*Sisson*, p. 909).

⁶⁹ 401 U.S. 437 (1971).

⁷⁰ V. l'approfondita analisi in K. Greenawalt, *All or Nothing at All: The Defeat of Selective Conscientious Objection*, in 1971 *Sup. Ct. Rev.* 31, 68-91 (1971).

coscienza selettiva. Al contrario, essa afferma espressamente che questa non è consentita anche se fondata su quelle motivazioni religiose cui la Section 6 espressamente si riferisce. Tuttavia, tale sentenza elimina in radice la possibilità di conferire pienamente all'obiezione di coscienza alla leva quel ruolo di valvola di sfogo alle rigidità del principio maggioritario cui si è fatto riferimento.

6. Alcuni spunti di comparazione

Al di fuori del contesto statunitense, la considerazione delle convinzioni individuali e della drammaticità del conflitto che si genera tra queste e gli specifici obblighi imposti alla persona dal potere pubblico, con particolare riferimento alla coscrizione obbligatoria, assume rilievo crescente nel corso del Novecento, parallelamente al progressivo rilievo del principio personalista e della dignità umana, come testimoniano in primo luogo le disposizioni costituzionali dedicate all'obiezione di coscienza in alcune esperienze europee.

In particolare, il primo caso a venire in rilievo è quello costituito dall'art. 12a della Legge fondamentale tedesca, il quale non soltanto prevede la possibilità di rifiutare il servizio militare⁷¹, ma altresì parifica espressamente ad esso, quanto a durata, il servizio sostitutivo. Tuttavia, secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale, l'obiezione è ammисibile soltanto in presenza di convincimenti, di qualunque specie (filosofica, religiosa o politica), che contemporaneamente siano profondi e radicati e investano l'uso delle armi in quanto tale, mentre l'amministrazione pubblica ha l'onere di accertare caso per caso la genuinità dei motivi avanzati dall'obiettore⁷².

Similmente, l'obiezione di coscienza al servizio militare trova tutela costituzionale anche nei Paesi della penisola iberica. In Spagna, l'obiezione è garantita dall'articolo di apertura della Sezione II del Capitolo II, Titolo I, dedicata ai *Diritti e doveri dei cittadini*, il quale dispone che «La ley ... regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia»⁷³. Rispetto al caso tedesco, l'esempio spagnolo si caratterizza per offrire la semplice garanzia della riserva di legge, senza prevedere tutele specifiche in favore dei soggetti obiettori, al di là del generico dovere di salvaguardia. In altre parole, la Costituzione spagnola lascia ampia libertà al legislatore in ordine alla determinazione delle ipotesi in cui l'obiezione è permessa e alla disciplina dell'eventuale servizio sostitutivo; ciò nondimeno, la giurisprudenza costituzionale riconduce direttamente il tema in oggetto alla libertà fondamentale di cui all'art. 16 della Costituzione⁷⁴, con le conseguenze in tema di tutela che da tale qualificazione derivano⁷⁵, prima fra tutte la diretta ed immediata

⁷¹ cfr. art. 12a, a. 2, G.G., secondo il quale: «Any person who, on grounds of conscience, refuses to render military service involving the use of arms may be required to perform alternative service».

⁷² Cfr. BVerfGE, sent. 13.04.1978 (48, n. 8, 127).

⁷³ Art 30, c. 2, Cost. Spagna.

⁷⁴ V. *Tribunal constitucional español*, Pleno, Sentencia 160/1987, 27.10.1987. V. pure, in termini più generali, Id., Sentencia 15/1982, 23.04.1982.

⁷⁵ In realtà, la limitazione del carattere della fondamentalità ai diritti ricompresi nella sola Sezione I del Capitolo II del Titolo I (art. 14-29) è dottrina piuttosto risalente, in Spagna. Tuttavia essa ha avuto fino a tutti gli anni ottanta numerosi estimatori, tra cui lo stesso Tribunale costituzionale (cfr. STC 5/1981 e, in dottrina, J. Jiménez Campo, *Derechos*

giustiziabilità⁷⁶ della norma costituzionale⁷⁷. Similmente, in Portogallo, l'art. 41, c. 6, della Costituzione prevede: «The right to be a conscientious objector, as laid down by law, shall be guaranteed». Al contrario, diversa ispirazione è seguita dal terzo dei Paesi del ciclo costituzionale degli anni settanta: infatti, la Costituzione greca, dopo avere sancito in via generale che la libertà di coscienza è diritto inviolabile⁷⁸, dispone che nessuno possa essere dispensato dall'adempimento ai doveri verso lo Stato a causa delle proprie convinzioni religiose⁷⁹, limitando in tal modo il possibile riconoscimento di un diritto di rango costituzionale all'obiezione di coscienza, interamente riguardata.

Al di là delle esperienze in cui essa trova esplicita tutela nella Carta costituzionale, l'obiezione di coscienza al servizio militare è comunque riconosciuta nella gran parte degli ordinamenti giuridici dell'Europa occidentale, i quali ammettono l'obiettore a servizi militari in formazioni non combattenti o, più spesso, a servizi sostitutivi i quali hanno ormai durata equivalente al fermo di leva. È il caso della normativa inglese, che si caratterizza per essere particolarmente permissiva⁸⁰. Infatti, in primo luogo essa ha ammesso l'obiezione, negli sporadici periodi in cui il Paese è ricorso alla coscrizione obbligatoria, in costanza di qualunque convincimento tale da contrastare in sé con l'uso delle armi⁸¹. Inoltre, la legislazione inglese in vigore quando è cessata la coscrizione⁸² ammetteva pure l'obiezione cd. assoluta (relativa non soltanto al servizio militare ma anche a quello sostitutivo civile). Tuttavia, alla pari di quanto previsto dall'esempio tedesco, l'obiettore doveva essere esaminato da un apposito tribunale, il *Conscientious Objection Tribunal*, dal 1939 di carattere giurisdizionale, il quale aveva lo specifico compito di andare a vagliare le motivazioni addotte⁸³ da questi e poteva comminare sanzioni in caso di dichiarazioni non veritiere.

fundamentales. Concepto y garantías, cit., 20; ancora più restrittiva la tesi di L. Martín-Retortillo, *La constatación de que en la «Sección 1º» hay algo más que derechos fundamentales*, in L. Martín-Retortillo, I. de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, cit.). L'orientamento oggi maggioritario, invece, ritiene fondamentali i tutti diritti sanciti dagli art. 14-38 della Costituzione (vale a dire le due sezioni di cui si compone il Capitolo II del Titolo I), riconoscendo loro l'efficacia diretta, ai sensi dell'art. 53, c. 1. Essi di conseguenza sono intangibili nel loro contenuto essenziale, non necessitano di interposizione legislativa e sono direttamente azionabili in giudizio, anche costituzionale per via di Amparo, indipendentemente dalla loro collocazione nella sezione prima o seconda del citato Capitolo II (v. J. García Torres, *Reflexiones sobre la efficacia vinculante de los derechos fundamentales*, in *Poder Judicial*, 1988, 13 ss.; v. pure F. Bastida Freijedo, *Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales*, cit., 32.).

⁷⁶ Dato il disposto del secondo comma dell'art. 53, che riconosce espressamente la possibilità di Amparo in materia di obiezione di coscienza, in realtà la differenza tra la qualifica di fondamentale o meno risiede nella diretta applicabilità del diritto nelle corti inferiori e nell'intangibilità del contenuto essenziale (cfr. *supra*, nota n. 75).

⁷⁷ V. *Tribunal constitucional español*, Pleno, Auto 090/2010, 14.07.2010.

⁷⁸ Cfr. Cost. greca, art. 13, c. 1.

⁷⁹ Cfr. Cost. greca, art. 13, c. 4.

⁸⁰ Sull'esperienza inglese in materia di obiezione di coscienza alla leva militare, fino alla seconda Guerra mondiale, v. R.S.W. Pollard, *Conscientious Objectors in Great Britain and the Dominions*, in *Journal Comp. Leg. & Internat. Law*, 1946, n. 3-4, 72ss.

⁸¹ V. la cd. *Conscience Clause* del *Military Service Act* del 1916.

⁸² V. *National Service Act* 1948.

⁸³ Il vaglio delle domande di obiezione ad opera del Tribunal ha conosciuto fasi più e meno severe che lo hanno portato a rigettare negli anni una percentuale di domande variabile tra il 6

Al modello sinora delineato si contrappone la disciplina francese, che ammette l'obiezione di coscienza dal 1963⁸⁴. In questo ordinamento, dopo la novella del 1983⁸⁵, la normativa si rivela imperniata su due principi essenziali: da un lato, l'ampiezza quanto ai motivi in grado di giustificare l'inadempimento agli obblighi di leva che si riverbera sulla mancanza di un controllo pubblico in ordine alla loro veridicità; dall'altro, la diversità della lunghezza stabilita per i due servizi, durando il sostitutivo, al netto delle agevolazioni nel tempo intervenute, il doppio dell'ordinario. Pertanto, nel 2000, ultimo anno in cui la coscrizione è stata attuata nell'ordinamento francese, la durata del servizio militare era stabilita in 10 mesi, mentre quella del servizio civile era pari a 20. Similmente dispone la normativa belga, la quale precisa che l'obiezione non può fondarsi su motivazioni che tendano a mettere in causa le istituzioni fondamentali dello Stato⁸⁶.

Finisce col convergere verso l'esempio francese la legislazione austriaca. In tale Paese, infatti, l'obiezione di coscienza è stata garantita dal 1975 sulla falsariga di quanto disposto in Germania⁸⁷; tuttavia, nel corso degli anni novanta, tre diverse novelle alla normativa in vigore⁸⁸ hanno eliminato il controllo sulla genuinità dei motivi addotti dall'obiettore, che veniva operato dalla *Zivildienstkommission*, e allungato la durata del servizio sostitutivo, in principio di durata eguale al fermo di leva, da otto a dodici mesi.

A sua volta, nella sua originaria conformazione, l'esempio italiano poteva essere considerato alla stregua di una ibridazione tra i due modelli appena esaminati. Infatti, la legge n. 772 del 1972 concedeva ai destinatari dell'obbligo militare la facoltà di svolgere, al posto del normale servizio di leva, o il servizio non armato o il servizio sostitutivo civile. Tuttavia, l'esercizio di tale facoltà era soggetto al previo scrutinio delle motivazioni addotte dall'obiettore, ad opera di un'apposita commissione, mentre il servizio sostitutivo, fosse esso non armato o civile, aveva una durata di otto mesi più lunga rispetto a quello militare ordinario⁸⁹.

In realtà, un esame della normativa attento anche alla sua applicazione concreta mostra come l'esempio italiano si sia evoluto – in un primo tempo, a partire dagli anni ottanta – verso il modello francese. Infatti, la giurisprudenza del Tar Lazio⁹⁰ e del Consiglio di Stato ha nel corso degli anni reso progressivamente più rituale e formalistico il vaglio della commissione, per un verso specificando l'onere posto in capo all'obiettore di specificare i motivi e i convincimenti posti alla base del suo rifiuto di adempiere gli obblighi di leva, per l'altro limitando la

e il 41% (il dato è affermato dalla *National Service History*, disponibile sul sito internet www.britisharmedforces.org).

⁸⁴ In virtù dell'approvazione della *loi 63-1255 du 21.12.1963*.

⁸⁵ *Loi 83-605 du 8.07.1983*.

⁸⁶ Cfr. la *loi du 3.06.1964* e le successive modificazioni.

⁸⁷ Cfr. la *Zivildienstgesetz* del 16.03.1974.

⁸⁸ Cfr.: la Zivildienstgesetz-Novelle 1991, che ha eliminato la *Zivildienstkommission* e il controllo da questa effettuato e ha portato a dieci mesi la durata del servizio civile; la Zivildienstgesetz-Novelle 1994 che ha allungato di un ulteriore mese il servizio civile, la Zivildienstgesetz-Novelle 1996 che ha portato ad un intero anno la durata di quest'ultimo.

⁸⁹ Sul sistema disegnato dalla l. 772/1972 e sulla sua evoluzione negli anni ottanta e novanta, v. R. Venditti, *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Milano, 1994.

⁹⁰ La cui giurisdizione è confermata dal Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. n. 917 dello 11.12.1984, *Ministero difesa c. Bucci*.

discrezionalità della commissione soprattutto in senso sfavorevole all’obiettore⁹¹, con ciò allontanando l’esperienza italiana da quella tedesca, indirizzata in senso assai diverso dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, e affidando alla maggiore durata del servizio sostitutivo il ruolo di filtro e di prevenzione di obiezioni *di comodo*.

Il ravvicinamento dell’esperienza italiana a quella francese, nel solco delle pronunce del giudice amministrativo, è stato però contraddetto nel torno di pochi anni dalla giurisprudenza costituzionale⁹², la quale ha considerato irragionevolmente discriminatoria a danno degli obiettori – oltre che lesiva della libertà di espressione – la maggiore durata del servizio sostitutivo e ha invertito la rotta in favore del modello tedesco, enfatizzando il ruolo preventivo giocato dalla commissione ministeriale⁹³. D’altra parte, il percorso argomentativo della Corte pone in luce un punto di particolare rilievo: una maggiore durata del servizio sostitutivo, all’interno del nostro sistema costituzionale, potrebbe ritenersi ragionevole solo nel momento in cui essa derivi da una minore gravosità dell’impegno da esso derivante.

Il sistema disegnato nel 1972 è poi stato superato dalla legge 230 del 1998, la quale ha implementato un modello del tutto diverso, fondato sulla piena parificazione di servizio civile e militare, non solo quanto a durata, ma anche dal punto di vista del loro legame con i doveri costituzionali, entrambi ponendosi come adempimento al dovere di difendere la patria. Di conseguenza, essa assegna al cittadino che per motivi di coscienza rifiuti in via di principio l’uso di armi e violenza, e che non ricada nelle condizioni limitatrici espressamente previste dal medesimo testo normativo, una facoltà di opzione per il servizio civile piena e incondizionata.

249

7. Osservazioni conclusive

Alla luce del panorama comparato, il riconoscimento dell’obiezione di coscienza alla leva militare nel contesto statunitense mostra alcune caratterizzazioni fondamentali, strettamente legate alle circostanze storiche della genesi dell’ordinamento considerato, che si riflettono poi su alcuni dei suoi elementi tipici. In primo luogo, il rilievo del fattore religioso quale specifico elemento saliente di alcune delle colonie che, in seguito alla guerra d’Indipendenza, avrebbero dato vita agli Stati Uniti, porta ad un’emersione particolarmente precoce dell’istituto, talvolta sulla base di prescrizioni di natura costituzionale. Al contempo, ciò ha finito per legare in modo sicuramente caratteristico il riconoscimento della facoltà di essere esentati dal normale servizio di leva all’appartenenza ad una certa confessione religiosa. Parallelamente, anche l’ampliamento del novero dei soggetti

⁹¹ V., tra le molte pronunce rappresentative di questo indirizzo, Cons. St., Sez. IV, sent. n. 155 del 16.03.1982, *Medici c. Ministero difesa*; Sez. IV, sent. n. 233 del 18.04.1983, *D’Aniello c. Ministero difesa*; Ad. Plen., sent. n. 16 del 24.05.1985, *Roncato c. Ministero difesa*; Sez. IV, sent. n. 690 del 28.10.1986, *Ministero difesa c. Luzzago*. In dottrina, v. G.P. Miotti, *Domanda di riconoscimento dell’obiezione di coscienza e poteri della commissione, prevista dall’art. 3 l. n. 772 del 1972*, in *Il Foro amministrativo*, 1987, 2741 ss.

⁹² V. Corte cost., sent. n. 470 del 19.07.1989.

⁹³ V. sent. 470, cit., p.to 3, *cons. dir.*

a cui tale facoltà è riconosciuta – non più gli aderenti a specifiche confessioni, ma dapprima tutti coloro i quali dovessero rifiutarsi di imbracciare le armi «*by reason of religious training and belief*» e poi, grazie alla giurisprudenza della Corte Suprema, anche coloro i cui convincimenti etici occupino un posto simile a quello della fede religiosa nella vita di un credente – è almeno in parte dovuto alla necessità di rispettare l'*establishment clause* del I emendamento.

Parimenti, sono ancora le circostanze storiche dell'emersione dell'istituto, unite a quella visione duale del federalismo che ha innervato il pensiero politico americano almeno fino al primo Novecento, ad avere indirizzato la Corte Suprema nel senso di considerare l'esenzione dal normale servizio di leva e l'indirizzamento a servizi sostitutivi – almeno a livello di diritto federale – alla stregua di una libera scelta del legislatore ordinario, con tutte le conseguenze non soltanto teoriche ma, soprattutto, in ordine alla procedura tesa a riconoscere in concreto tale facoltà e alle relative garanzie che si sono evidenziate nel corso del testo.

Sotto quest'ultima prospettiva, le stesse ragioni storiche che si sono evidenziate e il legame dell'istituto con l'elemento religioso hanno attratto il sistema statunitense nel novero di quegli ordinamenti – segnatamente, Germania e Regno Unito – in cui al potere pubblico spetta vagliare la richiesta di esenzione, con la particolarità nordamericana che deriva da un controllo piuttosto debole del potere giurisdizionale circa la scelta concretamente effettuata dall'autorità amministrativa.

Quello che ne emerge è un panorama tutto sommato contraddittorio, in cui elementi di forte apertura – in primo luogo, la precoce emersione dell'istituto e la breve ma significativa epopea della *selective conscientious objection* – si saldano a fattori di segno diametralmente opposto, consistenti nell'incerto radicamento costituzionale e nella collegata discrezionalità delle strutture del potere esecutivo di riconoscere o meno la facoltà al soggetto che ne ha fatto richiesta.

Questa contraddittoria cornice si staglia sullo sfondo di una congerie di elementi apparentemente contrastanti che hanno accompagnato la colonizzazione nordamericana e l'affermarsi e l'evolversi degli Stati Uniti quali oggi essi sono: non soltanto il già citato rilievo del fattore religioso, strettamente correlato al tema di queste pagine; ma anche le asprezze della colonizzazione di un territorio originariamente ostile e l'epopea della frontiera che ha influenzato in misura importante lo *spirito* della nazione nordamericana⁹⁴. Si tratta di un'evoluzione storica le cui contraddizioni sono tenute insieme, tra le altre cose, dal filo sottile e robusto di un'idea di libertà, in cui la *free exercise clause* finisce per coordinarsi, con discrezione e naturalezza, al *right to keep and bear arms*.

⁹⁴ Questa la nota tesi di F.J. Turner, *The Significance of the Frontier in American History*, in *Report of the American Historical Association for 1893*, Washington (DC), 1894, 197 ss.

Presidentialism in Turkey. A first appraisal of 2017 Constitutional Reform

by *Valentina Rita Scotti*♦

Abstract: *Il Presidenzialismo in Turchia. Una prima valutazione della riforma costituzionale del 2017* – The article focuses on the content of the 2017 constitutional amendment introducing presidentialism in Turkey, having regard to the factors which made this change of the system of government a constant argument in the Turkish political history. Therefore, it discusses the influence of the tutelary role played by the Army since the establishment of the Republic and the origins of the proposals for a presidential system since 1970s. The analysis of the content of the 2017 reform is supplemented with some considerations, led in a comparative perspective, on its main controversial elements and on the national and international reactions to its approval. Some final remarks deal with the topic, often advanced during the political campaign, that the reform may represent a risk for the endurance of democracy in Turkey.

Keywords: Presidentialism; Turkey; Democracy; Constitutional reform; Army.

251

1. Introduction

On 16 April 2017, Turkish citizens approved with a constitutional referendum 72 amendments to 18 provisions of the 1982 Constitution providing for the modification of the system of government from parliamentarianism to presidentialism.

Attempts for empowering the Presidency have been led for decades, moreover after 2002, when it became one of the main targets of the *Adelet ve Kalkınma Partisi* (AKP – Justice and Development Party)¹ which considered it as a means for rationalizing the legal system and for ensuring stability. The need to protect State's stability seems to be a constant Turkish phobia, which resulted, since the establishment of the Republic and notwithstanding the 'official' parliamentarianism, in an overwhelming influence of the Presidency of the Republic as well as in a 'preference for the Executive'. In this play, the Army has

♦ The Author is grateful to Mehmet Utku Ozturk for his insightful comments on the first draft of this article

¹ Though this party is nowadays internationally renowned, it could be useful to remind that it originated in 2001 from the decision of some members of the *Refah Partisi*, led by Recep Tayyip Erdoğan and Abdullah Gül, to leave the party in order to establish a new movement based on the model of western liberal right-wing parties, whose religious inspiration is far to be perceived as it is in political Islam and is closer to religiously inspired western parties such as Italian or German Christian-Democrats (see W. Hale, E. Özbudun, *Islamic, Democracy and Liberalism in Turkey. The Case of the AKP*, London-New York, 2010). Since 2002, AKP holds the majority in Parliament and therefore expresses the Executive; since 2007, it also expresses the Presidency of the Republic.

constantly had a relevant role.

Indeed, the content of the 2017 constitutional amendment is analyzed through the lens of the evolution of the Turkish conception of the Presidency of the Republic from the assemblarism established at the foundation of the Republic after the first world conflict to the current presidentialism. A comparison with the US system – the framers of the Turkish reform declared to be their source of inspiration – allows for a debate on the criticalities of the Turkish model, mainly based on the risks the lack of checks and balances may entail for the respect of democracy in the country.

2. A legal system based on “tutelage”

Since the very beginning of the republican period, Turkey has been characterized by a strong presence of the Army in the institutions. As the Army, and its leader Mustafa Kemal², was the principal creator of a Turkish State free from foreign influences³ and fully independent, its role was not contested during the approvals of both 1921 and 1924 Constitutions. As a matter of fact, when the experience of the Ottoman Assembly⁴ was put apart and the Grand National Assembly of Turkey (GNAT – the unicameral Parliament) was established as pillar institution of the new legal system, the devotion to the “immortal hero”⁵ was confirmed by appointing him as President of the Republic on the same day the Republic was officially established (29 October 1923). Although Atatürk imposed to the high rank of the Army to decide whether to follow the political or the military career on the occasion of the first elections for the GNAT, the perception that the Army was the protector of the State remained undisputed as well as the preeminence in the legal system of a man which at the same time covered the roles of head of State, of commander in chief and also moral head of the Army and of leader of the only recognized political party⁶. Indeed, a single-party system was de facto in force at that time, despite 1924 Constitution provided for a parliamentarianism structured around democratic principles and potential turnover. Behaving that the turnover could have endangered the modernizing reforms he wanted for the country, Atatürk managed to ensure that the *Cumhuriyet Halk Partisi* (CHP – Republican People’s Party)⁷ represented the sole electoral constituency⁸ through a system of

² In 1934, due to the 1923 law imposing Turkish citizens to add a surname to their names, he obtained the surname of Atatürk (father of Turks) from the Assembly.

³ On this point, it should be added that the official propaganda focused on the fact that the newborn Republic succeeded in repulsing French and British attempts of indirect control; the influence that, at least at the very beginning, Soviet Russia was able to gain thanks to the allotment of funds was often concealed. On this point, see K. Kreiser, C.K. Neumann (eds), *Turchia. Porta d’Oriente*, Trieste, 2013, 316-317, and V.R. Scotti, *Il Costituzionalismo in Turchia fra circolazione dei modelli e identità nazionale*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2014, 49.

⁴ For details on this Assembly, see R. Akin, *Ottoman Parliament and Its Political Legacy to Modern Turkey*, in 4 *International Journal of Turcologia*, 51-67 (2009). See also M. Heper, *The Ottoman Legacy and Turkish Politics*, in 1 *Journal of International Affairs*, 63-82 (2000).

⁵ This is the definition the current Preamble of 1982 Constitution uses for Ataturk.

⁶ See M. Heper, *The State Tradition in Turkey*, Beverley, 1985, 2 and C.H. Sherill, *A Year’s Embassy to Mustafa Kemal*, New York, 1934.

⁷ Although this party changed its name during its history, for the sake of clarity its current denomination, CHP, is used in the whole essay.

parties' exclusion based on the denegation of the authorization to their establishment by public authorities. This system remained active until the end of WWII, when Atatürk's successor, President Ismet İnönü, strove for the introduction of a multi-party system (1945-1950)⁹. Benefiting from this reform, the *Demokrat Parti* (DP – Democratic Party) obtained the majority. The reaction of the Army to the attempts of the DP to overturn several of the reforms introduced during the Kemalist period¹⁰ demonstrates how deep the tutelage was. On 27 May 1960, a military coup d'état¹¹ was organized and the drafting procedures leading to the approval of 1961 Constitution began¹². Parliamentarianism was confirmed, but it was supplemented by the introduction of constitutional bodies conceivable as checks and balances in spite of the fact that their main aim was to ensure and confirm the tutelage. For instance, a Constitutional Court was introduced for the judicial review of legislation, but it mainly conceived itself as the guarantor of Kemalist values¹³. Similarly, the Senate, because of its composition, became another instrument for ensuring the influence of the Army on the legislative process as well as the National Security Council, established according article 111 of the Constitution, ensured the influence on the Executive.

Then, the Army exercised again its active tutelage as a reaction to the political and economic instability of the 1970s. Initially, it intervened with a memorandum (12 March 1971) calling parties for political responsibility and de facto appointing the care-taker government responsible for the approval of constitutional amendments (in 1971 and 1973) reducing the powers of the Assembly in favor of the Executive. As instability persisted, the Army organized another coup d'état (12 September 1980) and submitted to a constitutional referendum the 1982 Constitution¹⁴. The content of the Charter and the procedures for its approval are noteworthy as they confirm the will to solidly entrench the military tutelage in the legal system. First, the referendum question coupled the approval of the Constitution with the confirmation of the General Kenan Evren as President of the Republic. Second, articles 118, 119, 120 and provisional article 2 of 1982 Charter disciplined the role and functions of the National Security Council, which for six years "assisted" the President under the denomination of Presidential Council. According to these articles, the Council, composed by six generals and

⁸ C. Koçak, *Parliament Membership during the Single-Party System in Turkey (1925-1945)*, in 3 *European Journal of Turkish Studies* (2005), www.ejts.org/497.

⁹ On the contribution of İnönü to the Turkish political system, see L.C. Schiavone, *İsmet İnönü: il leader "dimenticato" che guidò la Turchia verso la modernità*, in 3 *Tetide. Rivista di Studi Mediterranei* (2016), available at www.centrostudimediterraneo.com/rivista/ultimi-articoli/190-smet-noenue-il-leader-dimenticato-che-guido-la-turchia-verso-la-modernita.html.

¹⁰ On the political program of this party, see H. Erdemir, *Turkish Political History*, Izmir, 2007, 108-109.

¹¹ The so-called secular *fatwa* of the University of Istanbul then justified and considered this intervention in line with Turkish republicanism.

¹² A version in English of 1961 Constitution is available at www.anayasa.gen.tr/1961constitution-text.pdf.

¹³ On this point the Court elaborated an interesting jurisprudence between 1962 and 1980, stating that Kemalist principles represent the prominent features of the Republic it is entitled to safeguard due to the unamendability of the republican form of government provided at article 1 of 1961 Constitution.

¹⁴ For the English version of 1982 Charter, see global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf.

some members of the Cabinet¹⁵, was a consultative body entitled of issuing opinions for the Executive in the field of national security, intended in its broader sense¹⁶, as well as of vetoing the foundation of political parties¹⁷. In facts, the tutelage was ensured by strengthening the powers of an Executive subject to the “advices” of the highest ranks of the Army, in spite of the institutional role of the Assembly¹⁸ and in a general environment privileging stability instead of pluralism¹⁹.

Nearly every political party and interest group²⁰ had therefore a reason of discontent for claiming constitutional amendments. Actually, since 1995, the 1982 Constitution has been under a constant process of revision, which, with regard to the military tutelage, has had crucial moments in 2001 and 2010. Indeed, in 2001 the number of civilians composing the National Security Council was increased in order to assign them the majority; in 2010 the 15th transitional provision was abolished consequently allowing for the judicial review of the acts approved between the 1980 coup and the approval of the Constitution and for the uplift of the immunity to the authors of 1980 coup.

The last evidence that the Army has lost any possible role in the institutional architecture, and even the popular support it has had in some moments of Turkish history, has been the recent failed coup of 15 July 2016²¹. For the purpose of this essay, it is worthy to remind that this event has represented a consistent boost to the reasons of the supporters of presidentialism, whose attempts for modifying the system of government date back over time.

3. Introducing presidentialism

The sword of Damocle represented by the Army and the will to find an institutional solution to the political instability are the main reasons of the proposals for reinforcing presidential prerogatives several political parties have historically advanced in Turkey, moreover since the 1970s, when political instability became a distinguishing element of the Turkish political system. Notably, the National Outlook movement (*Millî Görüş*) and the Nationalist Movement (*Milliyetçi Hareket*) foresaw in presidentialism a solution for equipping the country with a strong and stable political authority against the crisis of

¹⁵ Notably, the President of the Republic, chairing it, the Prime Minister, Ministers of Internal and Foreign Affairs, Minister of Defense.

¹⁶ A definition of national security was provided with the law n. 2945 of 9 November 1983, as to include the protection of the constitutional order, of the national and territorial integrity of the State, of its political, economic and social interests in the international field, of the interests deriving from international agreements against internal or external threats.

¹⁷ According to art. 4 of the Law on political parties n. 2820 of 1983.

¹⁸ See M. Carducci, B. Bernardini D’Arnesano, *Turchia*, Bologna, 2008, 69.

¹⁹ For instance, the law n. 2839 of 10 June 1983 provided for an electoral system assigning seats only to those parties able to overcome the threshold of 10% and using the d’Hont method.

²⁰ T. Işıksel, *Between Text and Context: Turkey’s Tradition of Authoritarian Constitutionalism*, in 11 *International Journal of Constitutional Law*, 28 (2013).

²¹ On this event, see V.R. Scotti, *Vogliamo i colonnelli? riflessioni preliminari sul fallito colpo di Stato in Turchia e sull’evoluzione del ruolo dei militari nell’ordinamento costituzionale*, in 3 *Osservatorio Costituzionale – AIC* (2016).

authority caused by the weak coalition governments of that period.

However, when drafting 1982 Constitution, framers excluded a presidential option fearing that this would have reduced the influence of the Army, but their will to reinforce the Executive clearly appeared. Indeed, framers were not afraid of assigning to the Presidency competencies unusual in a comparison with the archetypical model of parliamentarianism²², such as a vast powers of appointment²³ as well as a relevant veto power allowing the President not only for returning a law to the Parliament for further consideration but also for refusing to sign ministerial decrees, for appealing the Constitutional Court against laws before of their final approval, for calling for constitutional referenda.

These vast powers notwithstanding, a further reinforcement of presidential prerogatives was considered as the most effective way to solve the political crisis interesting the country at the end of the 1980s. Notably, in 1988, the then Prime Minister Turgut Özal, who has also been President of the Republic (1989–1993), supported a reform for presidentialism supposing it would have helped the country solving its ethnic cleavages²⁴ and himself in controlling parliamentary agenda setting. Though fiercely against any possible recognition of ethnic minorities inside Turkey, also Süleyman Demirel, Özal's successor and main opponent, supported presidentialism as a means to ensure political stability against the fragility of coalition governments and to extend his own tenure.

For reasons of political opportunity both the abovementioned projects on presidentialism failed even to be address to the Assembly, but they were deeply considered at the beginning of the elaboration of the AKP's proposal of a Turkish presidentialism. Ironically, the first step toward the definitive establishment of presidentialism derived from the decisions a strong President of the Republic, Ahmet Necdet Sezer, took at the end of his term in 2007²⁵.

3.1. 2007 constitutional amendment on the direct election of the Presidency

Indeed, when the term of President Sezer ended in Spring 2007, AKP proposed as his successor the then Foreign Affairs Minister and Deputy Prime Minister Abdullah Gül, mindful that the composition of the Assembly would have allowed its election at the third ballot, when the *quora* the Constitution required were lower. The Army reacted by issuing a memorandum calling political forces for responsibility and wishing a secular politician as next President. The CHP demonstrated its opposition to this candidacy boycotting the first ballot (27 April

²² On the exceptionality in a parliamentary system of the powers 1982 Constitution assigned to the Turkish President, see M. Heper, M. Çınar, *Parliamentary Government with a Strong President: The Post-1989 Turkish Experience*, in 3 *Political Science Quarterly*, 483–503 (1996), 490 ff.

²³ The President was entitled with the power of appointing constitutional judges, a quota of the judges of the Council of State, the Military Court of Cassation, the High Administrative Military Court, the High Council of Judges and Attorneys, as well as the General Attorney of the Court of Cassation, Universities' Rectors, the members of the Council of High Education.

²⁴ Cit. in B. Duran, N. Mis, *The transformation of Turkey's Political System and the Executive Presidency*, in 18 *Insight Turkey*, 11–27 (2016), 15.

²⁵ On the evolution of the Presidency of the Republic until 2007, see L. Gönenç, *Presidential Elements in Government: Turkey*, in 3 *European Constitutional Law Review*, 488–523 (2008).

2007).

From this decision derived the long debate on the interpretation of the required *quora* for presidential election provided at article 102 of 1982 Constitution. Literally, it stated that a two third majority is required at first two ballots, while the absolute majority is sufficient at the third one, then, at the fourth ballot, a run-off election takes place among the two candidates receiving the highest number of preferences in the previous poll. Therefore, when CHP deserted the first poll only 361 MPs voted – 357 of which in favor of Gül – and the opposition party appealed the Constitutional Court claiming a lack of the legal number to consider valid the poll. The Constitutional Court, accepting CHP interpretation according to which article 102, 3 stated that the President of the Republic had to be elected with a two third majority of MPs as counting the required majority on the total number of the members of the GNAT (550) and not, as AKP wanted, of those who were present to the poll, decided that the required quorum was of 367 MPs. In order to overcome the following stalemate, the GNAT was dissolved and new elections were scheduled for 22 July 2007. Meanwhile, on 31 May 2007, the Assembly approved a constitutional law amending the provisions for the election of the President of the Republic rendering this office directly elected²⁶. President Sezer, believing that the entry into force of this law would have infringed the tenets of Turkish parliamentarianism, sent it back to the GNAT and, when the Assembly confirmed the approval of the law and he was obliged to promulgate it, used his power to call for a constitutional referendum. The reasons President Sezer put forward are noteworthy: according to him, a direct presidential election would have eliminated the impartiality and neutrality of the Presidency, which, together with the confidence and the relation of responsibility between the Assembly and the Executive, is a pillar of a parliamentary system of government²⁷.

The majority of Turkish citizens did not agree with these reasons for opposing to the constitutional reform and, broadly, to AKP policy. On 22 July 2007, the 46,5% of the electors supported AKP at national elections assigning it 341 seats in the GNAT. Supported by MHP's MPs, entered in the Assembly after these elections, the AKP was therefore able to elect Gül as President in August 2007. Then, on 21 October 2007, the 68,92% of the voters approved the constitutional reform during the referendum, paving the way for the direct election of the current President, Recep Tayyip Erdoğan, in August 2014.

3.2. The Constitutional Reconciliation Commission and the failed reform of the Constitution

Willing to provide the country for the first Constitution completely drafted and approved by civilians, an attempt of totally change 1982 Constitution has been done since 2011, with the establishment of the *Anayasa Uzlaşma Komisyonu* (Constitutional Reconciliation Commission).

Being still the Prime Minister of Turkey at that time, Erdoğan commented

²⁶ See Law n. 5560 of 31 May 2007.

²⁷ See E. Örkcü, *Whither the Presidency of the Republic of Turkey?*, in 14 European Public Law, 35-53 (2008), 48.

on the beginning of the new constitution-making process saying that «The new Constitution will be prepared not by constitutional experts but by the wide segments of the society. The Constitution will be prepared by civil society organizations, youth and women's associations, trade unions, economists and social scientists. We will ensure the broadest possible participation. We will recourse to constitutional experts at the last phase to receive technical assistance. The society will not need an interpreter to understand the Constitution. After the general elections, we hope to have a parliamentary composition which will allow us to realize this process. Currently some efforts have been initiated by civil society organizations. We are proud of this and we encourage such efforts. I envision a short, concisely written and comprehensible constitutional text aiming at advancing democracy and guaranteeing fundamental rights and liberties»²⁸.

In details, the system for approving the new Charter was based on the interaction between politicians and people, which were expected to be involved in national consultations. The forecasted procedure provided for a parliamentary approval of a text drafted by a parliamentary Commission having heard the proposals coming from the civil society through the 'Turkey Speaks' platform, to be then submitted to a popular referendum. In order to come out with a fully shared Charter, it was also decided that the Constitutional Reconciliation Commission had to be composed by three representatives for each of the four political parties which seated in the GNAT after national elections of 12 June 2011²⁹; furthermore, the debates of the Commission were considered legally held only when the representatives of at least three of the four involved parties were convened.

According to its schedule, the end of its activity was forecasted for May 2013, but finally any patent result was achieved and the Commission dissolved³⁰, apparently because of the impossibility to reach a compromise on the system of government, on the discipline of ethnic minorities (basically, of Kurds)³¹, on the reform of the first four articles of 1982 Constitution³².

Although the legitimacy of this constitution-making procedure can be controversial because it is unclear whether it was consistent with the unamendability clause of article 4 of 1982 Constitution, it should be noted that the

²⁸ See Sabah, *Yeni Anayasayı Halk Yapacak* [New constitution will be made by the people], 13/1/2011.

²⁹ The parties were: *Adalet ve Kalkınma Partisi* (Justice and Development Party), *Cumhuriyet Halk Partisi* (Republican People's Party), *Milliyetçi Hareket Partisi* (Party of National Movement), *Başış ve Demokrasi Partisi* (Peace and Democracy Party).

³⁰ For further details on the work of the Commission, see yenianayasa.tbmm.gov.tr/uyeler.aspx.

³¹ On the discriminations suffered by this minority and on the attempt to provide for them a constitutional recognition, see V.R. Scotti, *Il riconoscimento della minoranza curda in Turchia: situazione attuale e prospettive future*, in 3 *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1090-1110 (2009), and V.R. Scotti, *Il Costituzionalismo in Turchia*, cit., 152 ff.

³² Article 4 states the unamendability of the first three articles, which affirm that the Turkish form of government is republican (art. 1), that the Republic of Turkey is based on democracy, secularism, rule of law, respect of human rights and on the principles of public peace, national solidarity and justice, and is loyal to the nationalism of Atatürk (art. 2), as well as that «the State of Turkey, with its territory and nation, is an indivisible entity. Its language is Turkish» (art. 3).

establishment of the Commission and its work was strongly supported by the population which then regretted its final dissolution. Furthermore, such a dissolution caused a sort of revamp of the political divide, the coup of 15 July 2016 further increased after a very short period of national cohesion.

4. Establishing presidentialism: 2017 constitutional referendum

As mentioned above, AKP tried to reach an agreement with the other political forces for entrenching in the new Charter a presidential system aiming at concluding the reform path began with the introduction of the direct presidential election in 2007, which transformed the country in a “*parlementarisme atténue*”³³. When the failure of the Constitutional Reconciliation Commission demonstrated the impossibility of reaching such an agreements, the AKP succeeded in forming a coalition with the MHP for obtaining the parliamentary majority required in order to call for a constitutional referendum on the proposal for presidentialism. As a background for the decision to try a constitutional amendment without the involvement of the civil society and in a rushed manner, the mentioned failed coup d'état of 15 July 2016 and the following declaration of the state of emergency should be considered, as the latter could have impinged on the results of the referendum denying «the due democratic setting for a constitutional referendum»³⁴.

4.1. The content of the reform

The constitutional amendments approved on 16 April focus on the relations between the Parliament and the Executive, but also on the Judiciary.

Indeed, as for the new configuration of the Executive, aiming at establishing a presidential system, the reform entitles the President with all the powers and competences previously assigned to the Prime Minister, whose office is therefore abrogated. The President of the Republic, whose five-year term can be now renewed only once, will be directly elected by the population in a two-round election accessible only for candidates belonging to political parties which obtained at least 100.000 votes on the previous election overcoming the 5% threshold. According to the framers of the reform, because of this electoral procedure, the President will hold the confidence of citizens, which implicitly extends to all the Cabinets s/he will appoint during his/her term. The President has been also entitled with the power of appointing vice-Presidents³⁵, who may substitute him/her if needed, and Ministers. Finally, modifying the provision stating its neutrality in the political arena, the President may hold political offices and charges.

The Grand National Assembly will also change its composition as the

³³ E. Özbudun, *Contemporary Turkish Politics. Challenges to Democratic Consolidation*, London, 2000, 59-61.

³⁴ See Venice Commission, Opinion of the amendments to the Constitution, CDL-AD(2017)005, 10-11 March 2017, 30 (hereafter Venice Commission Opinion).

³⁵ Their number will be defined by an ordinary law.

number of MPs has been increased from 550 to 600 and the right to be elected has been extended to those who have reached the age of 18³⁶, in consideration of the demographic expansion and willing to involve the younger generation into politics. Then, according to the new rules for candidacy, those who have exhausted their duties deriving from the mandatory conscription may candidate, thus including among possible candidates not only those who are already discharged, as according to the previous discipline, but also those who have been exonerated or obtained authorized postponements.

The most relevant, and even controversial, amendments, however, concern the relations between the Assembly and the President. Indeed, both terms have been fixed in 5 years, with the prevision of compulsory contemporary elections. These institutions are now bound by a *simul stabunt simul cadent* principle: the GNAT, with 300 votes, may dissolve itself at the same time ending the presidential term³⁷; the President may end both his/her term and that of the Assembly when s/he deems it necessary. The legislative power of the Assembly has been also reduced in favor of the President. First, the President is entitled of proposing the budgetary law, the Assembly should then approve having only 55 days and without the power of increasing expenditures³⁸. Second, the President may issue decrees for ensuring the accomplishment of the Executive's duties and in all those fields not yet ruled by the Assembly. These decrees, which may be the object of an a posteriori control by the Constitutional Court, do not need any conversion into law from the Assembly and are abrogated in case the Parliament legislates in the same field. Third, in case the President will veto the approval of a law and will return it to the Assembly, an absolute majority will be then required in order to approve again the law, instead of the simple majority previously needed. Fourth and finally, presidential emergency powers have been extended, as the President becomes competent in declaring the state of emergency, the Assembly maintaining only the competence of converting the declaration decree into law, as well as all the other decrees approved during the state of emergency.

259

The reduction of the Assembly's legislative power corresponds also to a reduction of the power of controlling the Executive, as the oral question time has been abolished and the GNAT may now exercise its control only through general debates, parliamentary inquiries, investigations and written questions. As the President loses the protection granted in parliamentary system by the principle of Presidential irresponsibility, s/he becomes now criminally liable and may be also interested by an impeachment procedures. The Assembly is involved in the authorization procedures for trying the President. Indeed, the GNAT has to approve the proposal for starting the investigations with an absolute majority, then, no more than one month after, it has to confirm the approval in a secret ballot scrutiny with a three-fifth majority. An ad hoc Commission, composed of 15

³⁶ The previous threshold allowed for the candidacy of 25 years old Turkish citizens.

³⁷ In this case, a President of the Republic completing a second term could be entitled in presenting his/her candidacy again. However, the candidacy for another term in case of dissolution of the Assembly could occur only once.

³⁸ In order to prevent possible deadlocks, it is also provided that the previous year's budget will remain in force if the budgetary law would not entry into force in due time.

members chosen respecting the proportions among the political groups of the Assembly, will be then appointed for investigating on the allegations and for preparing a report to be presented at the Speaker of the GNAT in a two-month period, eventually extendible of three more months. This report should be distributed by the Speaker's office to MPs in ten days, after which the Assembly has to convene for a general debate and a further vote. A two-third majority will be required in order to indict the President in front of the Constitutional Court, acting in its function of judge of highest offices of the country, which has to decide in a three plus three month period. All along this procedure, it will not be possible to hold elections, even though they were previously scheduled.

Finally, with regard to the Judiciary, the reform suppresses all military courts, with the only exception of disciplinary tribunals, and entrenches in the Constitution the principle of impartiality and unity of the Judiciary. Such an abrogation of military courts entails also the abrogation of the two judges the Army used to nominate for the appointment by the President at the Constitutional Court, which therefore reduces the number of constitutional judges from 17 to 15. The number of the High Council of Judge and Prosecutors, which loses the 'High' in its denomination, is reduced as well from 22 to 13.

4.2. Turkish presidentialism and its criticalities

The framers of the constitutional reform conceived the presidential system they designed for Turkey as a rationalization of the archetypical US model. However, Turkish presidentialism strongly differs from the US one at the point that it could be considered as a completely different model. Notably, it does not provide the same system of checks and balances, allowing for some considerations in a comparative perspective which should be focused on the consequences for the democratic asset of the country, especially when considering the opaque drafting of some provisions.

A clear example of the detachment of Turkish presidentialism from the archetypical model concerns presidential appointments. In the US, the Senate has to advise and consent on such appointments³⁹, whilst the Turkish system lacks of a similar mechanism allowing for the parliamentary control, also diminished by the abrogation of the oral question time. Furthermore, the timing of parliamentary and presidential election is very different from the US model. As mentioned, the constitutional reform approved in Turkey provides for the election of the Assembly and for the first round of the presidential election on the same day, following a system more similar to the French one after the 2008 reform than to the US electoral system. The decision of not providing for mid-term elections seems based on the will of avoiding possible cohabitation or the presence in the Assembly of a majority alternative to that supporting the President able to block the realization of the Executive's program. A possibility that could have occurred in Turkey, where the ideological divide among political forces is stronger than the capacity of reaching political compromises, as demonstrated during the works of the

³⁹ See article 2, 2 of the US Constitution.

Reconciliation Commission. However, although the rationale of this provision is understandable, it cannot be ignored that the strong bounds between the President and “his/her majority” could weaken the independence of the Assembly.

In the field of elections, a further consideration should concern the mentioned lack of checks and balances. The reform, providing the President for the possibility to running for a full third term in case the Assembly decides for a mutual renewal, hides a chance for political maneuverings which could ensure the extension of the presidential tenure behind a measure supposed to be a tool for checks.

Other examples clarify the opaqueness of some provisions. For instance, the extended presidential margins of discretion in declaring the state of emergency and in issuing emergency decrees produce an evident uncleanness as per the possibility of the judicial review of these acts, moreover when considering the uncertain and mutable jurisprudence of the Constitutional Court⁴⁰. The amended constitutional provisions also do not consistently clarify the procedures for implementing the abrogation of presidential decrees issued in the lack of a parliamentary act in case the Assembly will then legislate on the same subject, nor defines the authority competent in resolving the potential – but evidently possible – conflicts of jurisdiction. Furthermore, the higher majority required for re-approving a law returned by the President could represent another hindrance to the approval of an act in a field already covered by a presidential decree.

Turkish presidentialism, instead, strongly relies on the US model when it comes to other provisions. The harshly contested abrogation of the provisions forbidding the President to keep holding offices inside his/her party after the election falls in this category. Although it overturns a consolidated Turkish constitutional tradition, such an abrogation is consistent with the US model, conceiving the President as the leader of his/her party and allowing him/her in participating to political campaigns. Furthermore, having regard to the Turkish political history, it should be noted that this provision will allow the system to escape from the instability occurred during the Presidencies of Özal and Demirel due to the ideological conflicts with their Prime Ministers⁴¹, which characterized also the cohabitation between Erdoğan and Davutoğlu until the resignation of the latter. It cannot be ignored, however, that such an abrogation conflicts with the already mentioned vast appointment power of the President, the parliamentarism previously into force could justify with the impartiality of this office.

⁴⁰ Although article 148 of the Constitution excludes judicial review for emergency decree, the Constitutional Court, in 1991 (E1990/25 K1991/1 10/1/1991) and in 2003 (E2003/28, K2003/42, 22/5/2003), declared its competence in reviewing the adherence of these kind of decrees to the principles of necessity and proportionality. Overturning this jurisprudence, the Court declared its lack of competence in two 2016 decisions concerning emergency decrees issued after 2016 failed coup (Basın Duyurusu n. GK 8/16, 4 November 2016).

⁴¹ To better explain these conflicts, it must be reminded that, according to Turkish parliamentarianism, a party leader passed his/her office to the Prime Minister once elected to the Presidency of the Republic, of course when they both belong to the ruling party.

4.3. The day after: national and international reactions to the results of the referendum

The results of the referendum demonstrated how divisive it has been for the country. Several data are worthy to be underlined in order to demonstrate this point.

First, the scant majority in favor of the reform and the composition of both fields are relevant. Differently from the previous constitutional referenda held during the AKP's era and despite the fact that the Government enjoyed the "controlled environment" due to the state of emergency which reduced the visibility of the opposition, this time the popular support was weaker, as only 51,41% voted YES⁴² (48,59% voted NO), in a voter turnout of 85,32%⁴³. It is worthy to note that a great support to the approval of the reform came from Turkish citizens living abroad (i.e. in Germany more than 63% voted YES)⁴⁴, whilst Turkish biggest cities, which supported AKP in the past, voted against⁴⁵. Moreover, AKP lost the occasion to gain the support of the younger generation of voters. Indeed, it was stated that on the occasion of the referendum «2 million of new voters would be able to cast their votes for the first time» having turned 18 and that, though it still unknown how many of them actually participated to vote, «according to an IPSOS survey reported by CNN Turk, 54% of young people between the ages of 18 and 24 voted NO while 46% voted YES»⁴⁶.

Second, the results could have been altered by vote riggings. This controversial statement is at the very core of the debate began in Turkey soon after the proclamation of the results. Already during the last hours before the end of the voting, some social networks posted videos of men altering the electoral sheets in favor of YES. Then, some of the ballots were counted in favor of YES even though they had not the official stamp of the polling station committee. These latter were at the center of a decision of the Supreme Election Board (YSK) which considered them valid. On the possibility of riggings, the results of the OSCE Observation Mission on the referendum could be mentioned. Indeed, in the Statement of Preliminary Findings and Conclusions, the Mission stated that «the referendum was generally well administered by the four levels of electoral bodies. [...] All legal deadlines were met»⁴⁷, and «while a few procedural errors were noted, the counting and tabulation were generally assessed positively»⁴⁸. However, the

⁴² This evidently shows a loss in popular support even in comparison with the previous referendum held in 2010, when the governmental proposal of constitutional amendment was approved with 57,88% of votes in favor.

⁴³ According to the Statement of Preliminary Findings and Conclusions of the OSCE International Referendum Observation Mission – hereafter OSCE Statement – 'more than 58 million voters were registered to vote, including over 2.9 million abroad', p. 1.

⁴⁴ For an overview of the vote of Turkish citizens living abroad, see B. Başer, *The Turkish diaspora and the constitutional referendum*, in *Independent Turkey*, 22/4/2017.

⁴⁵ Istanbul YES 48,6% NO 51,4%; Ankara YES 48,8% NO 51,2%; Izmir YES 31,2% NO 68,8%; Adana YES 41,81% NO 58, 19%; Antalya YES 40,92% NO 59,08%; Diyarbakir YES 32,41% NO 67,59% (Data retrieved from CNN Turk, accessible at www.cnnturk.com/referandum-2017).

⁴⁶ M.Y. Yilmaz, *Golden Opportunity for the Opposition*, in *Hurriyet Daily News*, 24/4/2017.

⁴⁷ See OSCE Statement, 5.

⁴⁸ Ibidem, 13.

Statement highlighted that, because of the legal framework regulating elections and referenda and because of the state of emergency, the campaign was characterized by a clear prevalence of the YES-field visibility, which also benefitted of administrative resources and of the support of the supposed-to-be neutral President of the Republic⁴⁹.

Supposing possible riggings, on 21 April CHP appealed the Council of State for annulling the decision of the YSK. The Council of State, however, relied on the provision affirming that YSK's decision cannot be appealable and, on 25 April, declared its incompetence in examining CHP's appeal with four votes in favor against one⁵⁰. As a reaction, the main opposition party has declared its will to appeal to the European Court of Human Rights.

Third, the positive result of the referendum will impact also on the AKP's internal dynamics. Now that the President is allowed to hold office in a political party, the procedure had begun to give Erdoğan back his position as leader of the AKP. Indeed, on 2 May a ceremony has been held to celebrate Erdoğan's comeback among the ranks of the AKP. On that occasion, the Prime Minister Binali Yıldırım, still head of the party, proposed Erdoğan's candidacy as his successor and Yasin Aktay, a prominent party's member, said that the party's executive committee decided to hold an extraordinary congress on May 21 in order to elect next AKP's chairman who is expected to be Erdoğan⁵¹.

Looking at the reactions of foreign leaders and institutions, despite the fact that Turkish presidentialism was often considered as a «presidential regime which lacks the necessary checks and balances required to safeguard against becoming an authoritarian one»⁵², several leaders, including the US President Donald Trump, immediately congratulated with President Erdoğan⁵³, and, finally on 28 April, also EU declared that it «respects the result of the referendum»⁵⁴.

263

The consequences on the EU-Turkey relations of the referendum results cannot be ignored as, on the EU side, several Member States started asking a definitive interruption of the accession process, and, on the Turkish side, the level of support to Europeanization is falling, at the point that President Erdoğan, who already before 16 April spoke about the possibility of holding a referendum on the accession⁵⁵ and of suspending the agreement on migrants⁵⁶, warned that «Turkey

⁴⁹ Ibidem, 7-8.

⁵⁰ See Hurriyet Daily News, *Turkey's Council of State rejects main opposition's appeal over referendum results*, 25/4/2017.

⁵¹ See Hurriyet Daily News, *Erdogan to return to AKP on May 2: Turkish PM*, 28/4/2017; see also Azernews, Turkish president joins Justice and Development Party, 2/5/2017.

⁵² See Human Rights Watch, *Questions and Answers: Turkey's Constitutional Referendum*, 4/4/2017.

⁵³ See Anadolu Agency, *World leaders congratulate Erdogan on referendum win*, 16/4/2017.

⁵⁴ See Anews, *EU respects results of Turkish referendum*, 28/4/2017.

⁵⁵ See Reuters, *Erdogan says Turkey may hold referendum on EU accession bid*, 25/3/2017.

⁵⁶ On this agreement, see V.R. Scotti, *European Union discovers Turkey again: first remarks after the 29 November 2015 EU-Turkey Summit*, in 3 *Tetide. Rivista di Studi Mediterranei* 2016, <http://www.centrostudimediterraneo.com/rivista/ultimi-articoli/194-european-union-discovers-turkey-again-first-remarks-after-the-29-november-2015-eu-turkey-summit.html>.

won't wait at Europe's door forever»⁵⁷. The declarations of EU officials after the EU Foreign Ministers Informal Meeting (Gymnich) at La Valletta (28 April 2017) confirm this condition of uncertainty. While in the press conference at the end of the meeting the European Union Foreign Affairs Chief, Federica Mogherini, stated that, to date, talks with Turkey are still on-going, although «we are currently not working on any new chapters»⁵⁸, on 29 April the Commissioner on European Neighborhood Policy and Enlargement Negotiations, Johannes Hahn, affirmed: «Everybody's clear that, currently at least, Turkey is moving away from a European perspective [...] The focus of our relationship has to be something else [...] We have to see what could be done in the future, to see if we can restart some kind of cooperation»⁵⁹. For the moment, President Erdogan seems to exclude any other solution different from a full accession⁶⁰.

5. (On the impossibility of) Concluding remarks

At this stage, it would be too ambitious to write concluding remarks as the consequences of the referendum are still incoming. Some considerations may just concern the reactions to the approval of the constitutional reform and the possible scenario it may entail for the country.

As highlighted above, the introduction of presidentialism has been harshly criticized and its opponents regarded it as another demonstration of the existence of an AKP's hidden agenda based on the will of re-islamizing the country and turning it into an authoritarianism. Actually, according to some scholars, authoritarianism is an innate characteristic of the Turkish Republic⁶¹. The excursus proposed here seems to demonstrate that, maybe, there is not a trend in the legal system for the establishment of an authoritarianism, but a cultural trend of the most part of the society in favor of the attribution of vast powers in the hands of charismatic individuals, especially during times of crisis such as the current one, characterized by the social trauma of the coup d'état and by the threats of the so-called Islamic State and of the Kurdish guerrilla. On the present occasion «Turkey proves the link between securitization and the rise of presidentialism in times of crisis. The amendment could be easily perceived by the voters as a constitutional solution for better governance of the security crisis by a powerful president that may provide stability and peace by rapid responses»⁶².

Coupling this trend with the fears Linz expressed in his defense of

⁵⁷ See Hurriyet Daily News, *Turkey won't wait at Europe's door forever: President Erdogan*, 26/4/2017.

⁵⁸ Anews, *EU respects results of Turkish referendum*, 28/4/2017.

⁵⁹ See Hurriyet Daily News, *Turkey's EU dream is over for now, top EU official says*, 2/5/ 2017.

⁶⁰ On 2 May he declared that, unless new chapters of negotiation will be opened, the Turkish accession path may be considered concluded. See APF, *Erdogan warns Turkey could 'say goodbye' to EU*, 2/5/2017.

⁶¹ A. Insel, *The AKP and normalizing democracy in Turkey*, in 3 *South Atlantic Quarterly*, 293-308 (2003), 293.

⁶² B.E. Oder, *Turkey's ultimate shift to a presidential system: the most recent constitutional amendments in details*, in *Constitutionnet*, 31/1/2017, <http://www.constitutionnet.org/news/turkeys-ultimate-shift-presidential-system-most-recent-constitutional-amendments-details>.

parliamentarianism⁶³ – based on the assumption that democracy is better safeguarded in parliamentarianism due to the higher protection it is able to grant to oppositions – some doubts on the ways Turkish democracy will be shaped in the next future may arise. Although Linz's assumption is not uncontested, the fact that strong mechanisms of checks and balances are needed in order to ensure democracy is instead uncontested. As it currently is, the constitutional reform approved in Turkey seems to suffer of a consistent lack of such mechanisms, making quintessential to wait until the approval of the ordinary laws for its full implementation in order to understand whether the opaqueness provisions will be clarified and whether effective measures for balancing powers will be introduced. Notably, the possible amendments to the electoral system will be noteworthy. Since last elections in 2015, the proportional system has allowed for a good level of pluralism despite the 10% national threshold, but some proposals to change it have been already advanced. AKP, again supported by MHP, is discussing the possibility of minimizing the electoral district magnitude and of introducing some majoritarian elements, the most immediate consequence being an increased "selection" for acceding to the Assembly. De facto, due to the rules on parliamentary and presidential elections, this would mean an increased power for the President instead of the introduction of a balancing mechanism.

Besides the procedural rules, some considerations should also concern the political culture of the country. Indeed, as argued elsewhere⁶⁴, the political responsibility political actors will demonstrate after the entry into force of presidentialism will be crucial for finally destroying or definitively consolidating Turkish democracy. The internal dynamics of political parties can support the elaboration of this point. To date, they are characterized by a strong party discipline and by an internal paternalism according to which the selection of candidates is mainly in the hands of the party's leadership with a limited use of primary elections. Whether political parties will not increase their democratic level intervening on the internal procedures, these are all factors that will strengthen the presidential control over the GNAT beyond the meaning of the constitutional provisions, as an influential President and head of the party will easily intervene through "his" MPs in order to control the parliamentary agenda.

265

A concluding thought must regard the European Union, which again reacted to the political events occurring in Turkey without taking a clear and understandable position. The abovementioned declarations of Mogherini and Hahn demonstrate the difficulties in reacting with a single-say to international events, which is not a novelty in EU history even after the establishment of the "EU Minister of Foreign Affairs" with the 2009 Treaty of Lisbon. Furthermore, such an ambivalence is not a novelty in the history of EU-Turkey relationship. Here, it would suffice to remind that EU-Turkey relations officially started with 1963 Ankara Agreement, and since then the two were intertwined in a complex and

⁶³ See J.J. Linz, *The Perils of Presidentialism*, in 1 *Journal of Democracy*, 51-69 (1990) and Id., *The Virtues of Parliamentarism*, in 1 *Journal of Democracy*, 84-91 (1990).

⁶⁴ See V.R. Scotti, *Does the Winner Take All? Preliminary Thoughts on the Legal Content of the Turkish Constitutional Referendum on Presidentialism*, in M. Ciola (ed), *Turkey facing Its future: Analysis and Perspectives of Constitutional Referendum*, Mediterranean Affairs Dossier 1/2017, 11-39.

controversial accession process, which inexplicably seemed to provide for lower possibilities of a final adhesion soon after that the recognition as a candidate country was issued in 2005. Probably, the current moment is the worst one since the beginning of this story of love and suffering also because a fracture emerged between the EU and Erdoan, after a decade in which the former gave him important credits. The man who currently is often depicted as a truce dictator, at least until 2010 constitutional referendum was awarded as the forerunner of an Islamic way for building democracy, of a new conception of human rights for Turkey, of the establishment of a democratic regime against the military tutelage.

Turkish bent for escaping a crisis by reinforcing the role of the President is not unique both in the European and international paramount, and of course its implementation will allow for further considerations by scholars in a comparative perspective and is worthy of a specific attention by international decision-makers, as the evolutions going on in Turkey – and the reactions to them – will be able to impinge on the future of the EU and on the political stability of the whole Mediterranean area.

Pizzorusso e la comparazione*

di Giuseppe de Vergottini

Abstract: *Pizzorusso and legal comparison* – The paper underlines the contribution of Alessandro Pizzorusso to the Comparative Public Law and his role in the Comparative Law Associations. The Author dwells on Pizzorusso's Handbook “Sistemi giuridici comparati” that went beyond the traditional distinction between Comparative Civil Law and Comparative Public Law. This change has characterized all Pizzorusso's scientific production. It further analyses some Constitutional issues by using a comparative approach.

Keywords: Pizzorusso, Comparative Law, Civil Law, Public Law, Constitutional Law

1. Un inquadramento della personalità scientifica

Lo studio dedicatogli dagli allievi nel 2005 già contiene una ampia cognizione del profilo di scienziato comparatista di Alessandro Pizzorusso. Non credo di essere in grado di presentarvi una relazione più articolata, ponderata e attenta per mettere in risalto la figura del Professore.

267

Mi limiterei ad alcune considerazioni.

La prima e la più ovvia. Molti nel tempo consideravano Pizzorusso un costituzionalista. Certo non sbagliavano. Ma non sempre si erano resi conto di come il suo profilo scientifico vedeva ad un tempo una sua appassionata propensione e attenzione ai profili comparativi della scienza costituzionalistica. Personalmente non credo che la comparazione possa agevolmente distaccarsi dallo studio del diritto costituzionale. Anzi il costituzionalista non può trascurare spesso il richiamo della comparazione. Ma fra utilizzare la comparazione in via ausiliaria e fare in via primaria comparazione vi è una evidente differenza.

Nel caso di Pizzorusso non solo la sua curiosità di comparatista emerge di continuo nella prevalenza dei suoi scritti. Ma abbiamo anche contributi incentrati in via principale sulla comparazione.

Questa sua vocazione per gli studi comparativi si riflette sull'impegno dedicato all'*insegnamento* del diritto comparato, sui suoi fruttuosi rapporti con specialisti italiani e stranieri e nella sua lunga attività *nell'associazionismo dedicato alla comparazione*.

* Testo della relazione al Convegno *Ricordando Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa* (Pisa, 16 e 17 dicembre 2016), i cui atti sono in corso di pubblicazione presso la Casa editrice Giappichelli.

Pizzorusso è stato attivo sia nella AIDC sia nell'*Académie Internationale de Droit Comparé* di cui la prima costituisce la filiazione italiana, nonché nell'Associazione Internazionale di Metodologia Giuridica, nei Lincei (dal 1988) ed infine, dal 1990, nell'*Asociación Argentina de Derecho Constitucional*. Alla presenza attiva nella vita delle associazioni vanno aggiunte le costanti partecipazioni alle varie iniziative convegnistiche internazionali, i viaggi di studio e soggiorni all'estero, dove numerosi suoi saggi venivano tradotti ed utilizzati dagli studenti e dagli studiosi.

Il Pizzorusso assicurava l'assidua partecipazione agli incontri quadriennali dell'*Académie Internationale de Droit Comparé* e operava come promotore e coordinatore dei rapporti nazionali italiani e quindi della loro successiva pubblicazione. A far tempo dal 1974 le relazioni italiane ai convegni della Académie sono dotati di sue presentazioni e relazioni.

Dal 1984 al 1996 presiedeva la AIDC.

In qualità di presidente della medesima associazione ha presentato i volumi degli *Italian National Reports – Rapports Nationaux Italiens*, ai congressi internazionali dell'*Académie de Droit Comparé* tenutisi a Sidney (1986), Montreal (1990) ed Atene (1994). Nella presidenza dell'AIDC è succeduto a Piero Verrucoli (ed a Mauro Cappelletti e Rodolfo Sacco che sono stati presidenti prima di lui). Si è dimesso da presidente dopo aver curato la partecipazione italiana al congresso di Atene, quando Antonio Gambaro gli è succeduto nella carica nel 1996.

Nel periodo della sua presidenza ha curato l'organizzazione dei colloqui nazionali di Palermo (1985); Trento (1987); Milano (1989); Siena (1991); Sassari (1993); Cagliari (1995) ed, insieme a Vincenzo Varano i due torni del libro su *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*¹.

Inoltre va ascritto al presidente *pro tempore*, Alessandro Pizzorusso, l'impegno a far meglio conoscere ad un pubblico internazionale la produzione giuridica italiana.

Frutto di questo tentativo, che dovette essere interrotto per il venir meno del necessario supporto del CNR, sono stati i due volumi di *Italian Studies in Law*, pubblicati in lingua inglese da Martinus Nijhoff, nel 1992 e nel 1994. Tra i *Rapports Nationaux Italiens* all'Accademia di diritto comparato si ricordano i volumi su *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*² e il già citato *L'influenza dei valori costituzionali*³.

2. L'affinamento del metodo comparativo utile per il diritto costituzionale

Quanto alla produzione scientifica lo studio degli allievi metteva giustamente in evidenza come la sua attenzione per la comparazione emergesse inizialmente dalle numerose recensioni pubblicate in riviste giuridiche.

Il primo lavoro monografico in cui si manifesta in modo organico il ricorso al metodo storico-comparatistico è del 1967. Si tratta del lavoro su *Le minoranze nel*

¹ Milano, 1985.

² Curato insieme a Mauro Cappelletti, Milano, 1982.

³ Curato con Vincenzo Varano, Milano, 1985, tom I e II.

*diritto pubblico interno*⁴, nel quale si ricostruisce l’istituto segnando l’utilizzazione nell’ordinamento nazionale di concetti tradizionalmente famigliari alla letteratura internazionalista, e evidenziando il collegamento fra minoranze linguistiche e garanzia dell’autonomia territoriale. Successivamente nel lavoro sul pluralismo linguistico italiano (*Rimessione di procedimenti e diritti linguistici delle minoranze*⁵), utilizzando il metodo storico-comparatistico viene analizzato il regime di tutela delle minoranze in Italia mettendo a confronto e classificando i regimi linguistici adottati nelle diverse regioni caratterizzate dalla presenza di minoranze linguistiche.

Una riflessione organica sul metodo comparativo appare nella recensione del 1968 del volume di Cappelletti sul *Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*⁶.

Pizzorusso analizza la utilizzazione del metodo comparativo da parte di Cappelletti in questo lavoro dove trovano conferma le tesi sostenute in precedenti pubblicazioni sulla funzione del diritto comparato quale strumento per raggiungere, con una metodologia realistico-induttiva, una nuova universalità e superstatualità del diritto. In questo scritto apprezza l’impostazione del lavoro in quanto la comparazione agevola la ricerca di regole la cui utilità pratica va oltre il confini dello stato in cui si producono. Considerando i diversi ordinamenti oggetto di indagine in cui opera la giustizia costituzionale la loro comparazione produce risultati che possono essere utilmente valorizzati per analizzare e comprendere situazioni specifiche di un puntuale ordinamento.

269

Il V Colloquio biennale della AIDC del 1979 organizzato da Rodolfo Sacco a Torino darà occasione per intervenire puntualmente sul tema del metodo comparativo nell’ambito delle discipline giuspubblicisti che prospettando una metodologia ben diversa da quelle che, nel Colloquio, contrapponevano le tesi di Sacco, Cappelletti e Denti.

Pizzorusso metteva in risalto da una parte le diversità di metodo utilizzato dai privatisti rispetto ai pubblicisti, dall’altra la convinzione della esigenza di *superare la frattura* fra i due ambiti di ricerca nella convinzione dell’inevitabile avvicinamento delle due aree di ricerca e di didattica.

Fra le peculiarità della comparazione nel campo del diritto pubblico si sottolineava la rapidità della sua evoluzione strettamente condizionata dal variare del fattore politico che lo influenza pesantemente a fronte di una tendenziale continuità e saldezza nel tempo del diritto privato.

Il diritto pubblico non può prescindere dall’indagine storica e politologica al fine di definire i legami tra le diverse esperienze. La comparazione deve essere anche diacronica al fine di «...far conoscere gli elementi di analogia o di differenza che esistono fra i diversi ordinamenti onde consentire tutte quelle influenze che

⁴ Milano, 1967.

⁵ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969.

⁶ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968.

sono di volta in volta concretamente riscontrabili nel reciproci rapporti».

Mentre appariva limitativa l'impostazione dei pubblicisti incentrata prevalentemente sullo studio delle diverse forme di stato e di governo, ad un tempo sembrava riduttiva la pretesa di effettuare la classificazione dei sistemi giuridici offerta dai comparatisti di formazione privatistica; fondata unicamente sulle differenze presenti nei diversi ordinamenti riguardo alle regole di produzione e applicazione delle norme, al ruolo dei giudici e al metodo di lavoro dei giuristi di ciascun paese. Pizzorusso riteneva che entrambe le impostazioni presentavano interesse e erano destinate a convivere, in quanto «...ciascuna di queste due impostazioni tiene conto di una parte soltanto dei dati di fatto di cui è necessario tenere conto per avere una visione compiuta del fenomeno giuridico complessivamente considerato» e concludeva esprimendo la convinzione della opportunità di omogeneizzare i diversi criteri di analisi metodologica superando la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e privato.

3. La maturazione e l'organicità del metodo: il manuale sui sistemi giuridici comparati

Il *Corso di diritto comparato* elaborato a partire dalle lezioni di Diritto costituzionale comparato tenute a Firenze nell'anno accademico 1981-82, presentato come testo istituzionale di base, destinato all'insegnamento contiene una esposizione innovativa in cui si supera la tradizionale cesura fra studi di impianto civilistico e di diritto costituzionale comparato. Il Corso prende in esame le principali esperienze giuridiche contemporanee, a partire dall'analisi dei concetti fondamentali del diritto: le nozioni di norma, di ordinamento giuridico, di soggetto giuridico e di situazione giuridica soggettiva vengono studiate tenendo presenti l'evoluzione storica delle istituzioni giuridiche e la realtà di numerosi ordinamenti.

Il manuale derivava direttamente dall'insegnamento del diritto costituzionale comparato premessa al successivo manuale sui *Sistemi giuridici comparati*⁷.

Quest'opera appare come la *sintesi del pensiero dell'autore* nella sua maturità e anche oggi va letta con profitto da parte dello studioso del diritto pubblico nella prospettiva di ottenere un aiuto nella comprensione della scienza della comparazione.

Essa si presenta come il compendio della concezione del diritto comparato intimamente legata alla concezione dogmatica della teoria generale del diritto e alla sua attenta visione del diritto costituzionale positivo propria della realtà italiana su cui l'Autore si diffonde in larga parte della sua produzione scientifica.

L'opera è finalizzata alla didattica ma ad un tempo si profila come lavoro di chiarificazione dei criteri scientifici di ricerca.

E a questo punto è appena il caso di rilevare come nella manualistica prodotta da costituzionalisti e da cultori del diritto pubblico con pretese comparatiche si potrebbero distinguere testi più adatti ad approfondimenti scientifici (e quindi

⁷ Milano, 1995; II ed. 1998.

meno orientati all'insegnamento e per la formazione degli studenti) dai veri e propri *manuali didattici*. In realtà la distinzione non è agevole. Di solito il manuale è ad un tempo didattico ma anche con pretese di sistematizzazione scientifica. Quello che appare certo è che Il manuale didattico subisce i condizionamenti del mercato. È finalizzato ad ottenere una soddisfacente diffusione per essere adottato in più sedi universitarie. Il che sta a significare che la finalità di ricerca e approfondimento scientifico non avrebbe valore primario condizionante il lavoro dell'autore. Diverso il caso del *manuale scientifico* ad uso anche didattico in quanto la preoccupazione primaria del suo autore appare come finalizzata ad offrire al lettore un organico disegno di lettura della materia trattata. Questa mi sembra essere la giusta valutazione dell'opera di Pizzorusso che ci offre una organica sistematizzazione scientifica della comparazione nel campo del diritto costituzionale.

Vorrei aggiungere un'altra notazione. Siamo nella stagione dei manuali a più mani mentre è più circoscritta l'area dei *manuali monoautore*. A mio parere, confortato da anni di letture e riflessioni, l'ideale è il testo concepito e scritto da un unico autore. Il manuale scritto a più mani comporta forti rischi di incongruenze che si ripercuotono negativamente su chi è destinato a utilizzarlo. È assai difficile infatti concordare fra più autori un unico programma editoriale e dare omogeneità di impostazione culturale al lavoro complessivo. Spesso i manuali a più autori risultano essere l'avvicinamento di più contributi monografici privi di una vera coordinata coesione. In tali casi appare spesso evidente che le ragioni commerciali prevalgono e si manifestano come la vera spinta alla iniziativa comune. Nel nostro caso è evidente come l'Autore si sia assunto la responsabilità di scrivere il testo assicurandogli così piena coerenza di metodo e di estensione.

271

Venendo alla proposta di inquadramento della materia da trattare prescelta, questa si articola su due piani, quello delle forme di organizzazione giuridica e quello delle forme di produzione giuridica. Si tratta di una impostazione per quel tempo innovativa che amplia in modo significativo l'ambito della materia trattata. Si ricordi che l'oggetto di un manuale di diritto costituzionale comparato solitamente era in prevalenza dedicato alle forme di stato e di governo con scarsa attenzione alle fonti di produzione e ai diritti⁸.

Per l'*organizzazione* si abbina la classica sistematizzazione delle forme di stato e di governo tradizionalmente utilizzata dagli studiosi di diritto costituzionale comparato all'esame dell'organizzazione giudiziaria nella tripartizione tra sistemi di *civil law*, di *common law* e di *soviet law*. Non va trascurato che quando il manuale veniva inizialmente concepito e sviluppato la concezione dello stato e del diritto accolta in Urss aveva una rilevanza tutt'altro che marginale in una non trascurabile parte del globo.

Per quanto riguardava le *fonti di produzione*, esse venivano classificate secondo un criterio che superava l'inquadramento tradizionalmente seguito dalla dottrina, solitamente fondato sulla contrapposizione tra sistemi influenzati dalla codificazione napoleonica e sistemi fondati sulla produzione giurisprudenziale. Ad un tempo non venivano considerate esaurienti le ricostruzioni basate sulla derivazione romanistica, germanica, scandinava o, ancora, di *common law*.

⁸ Cfr. in tal senso P. Biscaretti di Ruffia, VI ed., 1988.

Veniva preferito un metodo che privilegiava l'indagine sulle modalità di produzione rispetto alla pretesa di considerare i sistemi come unità omogenee. In tal modo sarebbe stato possibile individuare in seno ad ogni specifico ordinamento considerato la molteplicità degli influssi che si combinano tra loro, ponendo in risalto la complessità delle istituzioni di ciascun paese.

A questo proposito Pizzorusso sviluppa una articolata *proposta di classificazione delle forme di produzione distinguendo diritto consuetudinario, giurisprudenziale, convenzionale, divino e politico*.

Queste diverse forme, a volte fra loro interdipendenti, sono studiate con ampi riferimenti alla realtà dei più vari ordinamenti anche debordando da quelle che sono le convenzionali perimetrazioni della dottrina comparatistica usualmente circoscritta agli ordinamenti maturati nella tradizione giuridica occidentale che difficilmente esce dallo schema *common law/civil law*. Conclusivamente Pizzorusso sottolinea l'importanza del lascito della sistematica del diritto privato legato alla tradizione romanistica, il progressivo avvicinarsi delle esperienze di *common law* e *civil law*, l'avvicinarsi di diritto costituzionale e internazionale nelle tematiche relative ai diritti

Nella voce *Sistemi costituzionali stranieri*⁹, Pizzorusso analizza i caratteri distintivi dei «sistemi costituzionali» dei principali paesi europei ed extraeuropei. Vi si trova la descrizione delle caratteristiche rilevanti della forma di stato e di governo delle singole esperienze come pure cenni sul regime dei diritti fondamentali e delle relative garanzie. Vi è anche un esame dell'ordinamento dell'Unione europea, nonché di altre organizzazioni internazionali a livello europeo, giustificato dal ruolo politico non lontano sotto certi profili da quello statale assimilabile a quello generalmente proprio di uno stato, e dal ventilato sviluppo della Unione europea verso un modello federale. Su quest'ultimo argomento va ricordato il suo lavoro su *Il patrimonio costituzionale europeo*¹⁰. Qui appare di interesse per il comparatista la approfondita disamina del concetto di tradizione costituzionale comune da cui desumere i principi fondamentali su cui si regge l'Unione. Le tradizioni non sono soltanto culturali ma assumono lo spessore di tradizioni caratterizzate da principi giuridici e quindi costituzionali. In concreto questi principi vengono individuati tramite la analisi del diritto costituzionale degli stati membri. E in proposito l'Autore si dedica alla ricostruzione di quelli che sono i fondamenti dei principi di dignità, libertà, egualianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia, tutti sviluppatisi nel tempo dalla evoluzione dei diritti costituzionali degli ordinamenti europei. L'analisi del comparatista si intreccia qui con quella dell'esperto in storia delle costituzioni. La comparazione diacronica incrocia continuamente quella sincronica.

Il saggio su *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*¹¹ appare come una ampia sintesi della sua visione sulla concezione dei sistemi giuridici. Qui sono sintetizzati in modo organico tutti i possibili riferimenti ai modi di produzione del

⁹ In *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993, 313 ss.

¹⁰ Bologna, 2002.

¹¹ In *Rivista AIC*, 22-7-2008.

diritto in relazione alle diverse forme organizzative del potere. Lo stato e il diritto statale sono posti in relazione ai fenomeni organizzativi esterni ed interni allo stato con un approccio sistematico di ampio respiro. I diversi modi di concepire la produzione del diritto sono esaminati con riferimento alle diverse forme organizzative del potere politico. Ogni fonte è esaminata tenendo in debito conto il suo sviluppo storico e in tal modo la comparazione sincronica non può prescindere da quella diacronica. Il saggio diviene in tal modo anche un interessante ricostruzione delle forme organizzative e delle fonti offrendoci un completo *excursus* di storia del diritto. Lo studio che coinvolge il ruolo del *fenomeno religioso* sotto il profilo costituzionalistico¹² offre interessanti spunti per fare emergere il superamento della barriera pubblico/privato.

il Pizzorusso dimostrava che l'applicazione del metodo comparatistico al diritto ecclesiastico si presenta fruttuoso anche sotto il profilo del ricorso alle categorie utilizzate sia dai comparatisti privatisti che dei pubblicisti. Infatti il diritto ecclesiastico include materie comprese nel diritto pubblico come pure materie comprese nel diritto privato, rendendo difficoltosa la distinzione tra questi due ambiti.

4. Una selezione delle tematiche costituzionali affrontate utilizzando la comparazione

Vi sono alcuni ambiti di ricerca cui nel tempo si è particolarmente rivolta l'attenzione dell'Autore. Ricorderei la giustizia costituzionale, l'ordinamento giudiziario, l'attività legislativa, il ruolo del parlamento.

273

Gli studi sulla modellistica della giustizia costituzionale

È questo un tema cui Pizzorusso ha dedicato particolare attenzione e di cui troviamo una trattazione organica anche nell'ultimo periodo della sua produzione. Ricordo in proposito la voce *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*¹³.

Ma va già prima ricordato il saggio comparatistico su *La Giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*¹⁴.

La stretta connessione tra quadro dei diritti fondamentali, sistema delle fonti e strumenti di garanzia è indagato mediante la ricostruzione della modellistica del giudizio di legittimità costituzionale che, consentendo il superamento della dicotomia tra sistema americano e austriaco, si fonda piuttosto sulla distinzione, più adatta a comprendere e descrivere le tendenze in atto, tra «concretezza» e «astrattezza».

L'Autore notava in proposito la prevalenza del carattere politico nel modello astratto, mentre quello concreto metteva in risalto il carattere giurisdizionale del

¹² *Limitazioni della libertà religiosa derivanti dall'incerto regime giuridico dell'appartenenza alle diverse confessioni*, in AA.VV., Atti del convegno nazionale di diritto ecclesiastico - Siena 1972, Milano, 1973, 1239 ss.

¹³ In *Enc. Dir., Annali*, vol. 1, 2007.

¹⁴ In *Quaderni costituzionali*, 1982, 521 ss.

controllo. Il saggio conteneva poi una valutazione complessiva delle tendenze evolutive della giustizia costituzionale comparata facendo intravedere le possibilità di integrazione tra le soluzioni offerte dai modelli.

La prefazione ai due torni a cura di J. Luther, R. Romboli e R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale*¹⁵ consente all'Autore di ritornare sui modelli di controllo di costituzionalità insistendo sulla passaggio dalla contrapposizione tra «modello americano» e «modello europeo» a quella tra forme di controllo «concreto» e di controllo «astratto». I diversi modelli si possono, sotto certi profili, ricondurre a unitarietà.

Utile si rivela un inquadramento delle diverse tipologie di controllo rispetto alla divisione dei poteri e delle funzioni tenendo conto degli effetti sul sistema delle fonti e quindi, indirettamente, anche sulla stessa forma di governo.

Gli studi sulla legislazione

Grande attenzione è stata dedicata alla produzione normativa collegata al sistema delle fonti.

Uno spiccato interesse riguarda il tema della «tecnica legislativa», interesse che risaliva agli scritti giovanili in tema di pubblicazione degli atti normativi. Gli studi sono proseguiti mediante continui riferimento alle esperienze straniere con applicazione del metodo comparatistico. Può citarsi in proposito la voce *Law Commission*¹⁶, come pure la relazione su *L'expérimentation législative en Italie*¹⁷, la relazione al Convegno dell'Associazione europea per la legislazione, del 1996, e la relazione su *La méthode législative en Italie*¹⁸.

Va in particolare ricordato il progetto di ricerca della *European Science Foundation*, per cui cura la pubblicazione di *Law in the Making. A Comparative Survey*¹⁹. Si trattava di una ampia opera basata su una serie articolata di diversi autori. I rapporti nazionali affidati a studiosi europei di diritto costituzionale affrontavano temi della produzione normativa, sia in chiave procedimentale che sostanziale. Questo complesso lavoro veniva coordinato e impostato riproponendo la sistematizzazione delle fonti già enunciata in altre opere. Esso era articolato in quattro capitoli, che si occupavano rispettivamente delle forme di produzione giuridica, del concetto di sistema giuridico, del procedimento legislativo e delle forme di produzione ad esso alternative, e, infine, del rapporto tra forme di governo e fonti del diritto.

Sul rapporto tra sistema delle fonti e forma di governo, imperniato sulla competenza storico-comparatistica, si basa il saggio relativo agli atti legislativi del governo ed ai rapporti tra poteri²⁰ che riproduce il testo di una relazione tenuta al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (A.I.C.) del

¹⁵ Torino, 2000.

¹⁶ In *Digesto disc. pubbl.*, vol. IX, 1994, 82 ss.

¹⁷ In Ch.-A. Morand (ed.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Marseille, 1993, 153ss.

¹⁸ In Ch.-A. Morand (ed.), *Légistique formelle et matérielle/Formal and Material Logistic*, Marseille, 1999, 61 ss.

¹⁹ Heidelberg, 1988.

²⁰ *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: aspetti comparativi*, in *Quaderni costituzionali*, 1996, 31 ss.

novembre 1995.

Venivano confrontati i poteri normativi del governo nell'ordinamento italiano con quelli previsti in altri ordinamenti stranieri contemporanei (in particolare con l'esperienza realizzata in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania). L'analisi si concentrava sui sistemi delle fonti con particolare riguardo ai poteri normativi primari conferiti direttamente dalla costituzione, a quelli fondati su una delega del parlamento e, infine, alla decretazione di urgenza. Le conclusioni dell'analisi consentivano di svolgere alcune riflessioni sui problemi delle fonti primarie dell'esecutivo in Italia con particolare riguardo ai problemi posti dall'abuso della decretazione di urgenza e sui rapporti tra questi e le difficoltà di funzionamento della forma di governo italiana.

Gli studi sull'ordinamento giudiziario

Una attenzione molto particolare veniva riservata all'analisi delle varie forme di ordinamento giudiziario. Il che è comprensibile anche tenendo conto della sua carriera professionale come magistrato che lo avrebbe inevitabilmente influenzato nel corso della sua attività successiva come pure della sua esperienza in seno al CSM. Pizzorusso sottolinea le specificità del modello italiano di ordinamento giudiziario e, in particolare, gli aspetti che lo distinguono dal modello americano, quali il principio del «giudice naturale», e l'avere affidato la nostra costituzione l'indipendenza della magistratura a un apposito Consiglio Superiore. E questo senza mancare di notare anche le analogie tra i due modelli quanto al riconoscimento dell'autonomia del potere giudiziario dagli altri poteri.

Considerazioni generali sui rapporti tra politica e magistratura, con numerosi *excursus* comparativi sono svolte in *Ordinamenti giudiziari, forme di governo, realtà politiche*²¹.

In un volume a cura del *Mouvement des magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés* il Pizzorusso pubblica un saggio dedicato al tema dell'associazionismo dei magistrati nell'ambito dei modelli europei di *civil law*, *common law* e *soviet law*²².

A conclusione di una numerosa serie di interventi che iniziano con la monografia su *L'ordinamento giudiziario*²³ si può porre la voce, per la Treccani, *Ordinamento giudiziario*, in cui i modelli di ordinamento giudiziario sono ricostruiti, nella tripartizione tra sistemi di *civil law*, di *common law* e socialisti, secondo una chiave di lettura che associa le garanzie di indipendenza e autonomia del magistrato alla disciplina del processo.

La tripartizione dei modelli di ordinamento giudiziario e la loro comparazione con riferimento al ruolo della magistratura nel sistema costituzionale e alla posizione del pubblico ministero, vengono poi recepiti nella seconda edizione del manuale di *Sistemi Giuridici Comparati*.

²¹ In P.L. Zanchetta (cur.), *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Milano, 1987, 159 ss

²² In *La formation des magistrats en Europe et le rôle des syndicats et des associations professionnelles*, Padova, 1992, 29 ss.

²³ Bologna, 1974.

Infine la voce *Ordinamenti giudiziari e professioni giuridiche*²⁴ esamina l’evoluzione storica dell’ordinamento giudiziario francese raffrontandolo con quello italiano. L’analisi si conclude con una trattazione - secondo un’impostazione già accolta nel manuale di *Sistemi* - dei principali caratteri dell’ordinamento giudiziario nei paesi di *common law* (in particolare Gran Bretagna e Stati Uniti), mentre la trattazione del modello sovietico contenuto nella prima edizione del manuale viene sostituita da un’analisi dei nuovi ordinamenti giudiziari dei paesi dell’Europa dell’Est messi a raffronto con quelli dei paesi dell’Europa occidentale.

Gli studi sul parlamentarismo

I suoi interessi di ricercatore delle forme istituzionali investivano anche il tema del parlamento.

Nel 1994 tiene ad Atene una delle relazioni generali del XIV Congresso internazionale dell’Académie sul tema delle recenti tendenze del parlamentarismo, presiedendo la relativa sessione²⁵. La relazione verrà riprodotta, insieme con gli atti della sessione sul parlamentarismo, in un volume in lingua inglese edito da Kluwer nel 1997.

Il volume esamina in una prospettiva comparatistica alcune questioni attuali nell’ambito degli studi di diritto parlamentare dei principali paesi. Vale la pena ricordare che sino ad allora gli studi di diritto parlamentare avevano mostrato limitato interesse per l’analisi dei profili comparativi.

Nella sua relazione affronta la definizione del concetto di parlamentarismo, e ne delinea gli sviluppi storici le cui origini sono generalmente poste verso le moderne forme di governi presidenziali, semipresidenziali e parlamentari. Esamina, quindi, l’evoluzione della rappresentanza politica anche rispetto alla complessità delle istanze federaliste o regionaliste e pone in debito risalto le difficoltà emerse nello sforzo di conciliare la garanzia della sovranità popolare e la esigenza di realizzare un bilanciamento tra i poteri dello Stato. Interessante il suo tentativo di individuare forme di bilanciamento dei poteri tra esecutivo e legislativo con riferimento all’esperienza dell’Unione Sovietica che allora poneva non agevoli problemi nel comparare sistemi di derivazione liberale con sistemi abitualmente definiti a concentrazione di potere.

La relazione si concludeva con una riflessione su quelli che erano considerati i profili problematici attuali del parlamentarismo, quali quelli relativi alla scelta del sistema elettorale, alla soluzione delle crisi di governo nonché alla pubblicazione degli atti normativi e alle questioni relative alla tecnica legislativa.

5. Un excursus sul metodo della comparazione giudiziale

Pizzorusso ha dato il suo personale contributo alla dottrina italiana del diritto comparato anche per quanto riguarda la definizione di un metodo di ricerca specificamente riferibile allo studio della funzione del giudice.

²⁴ In *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. VI, Roma, 1996, 375 ss.

²⁵ *Recenti tendenze del parlamentarismo*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1994, n.1, 43 ss.

Innanzi tutto vorrei sottolineare come si sia posto la domanda del perché il ricorso alla comparazione nel campo del diritto costituzionale abbia progressivamente assunto una particolare importanza.

La ragione andrebbe individuata secondo l'Autore nell'indebolirsi del "sistema Westfalia" quando la sovranità statale risente sempre di più delle conseguenze della creazione di spazi giuridici comuni, dell'avanzata dell'internazionalizzazione del diritto tramite l'incremento delle convenzioni fra stati, dell'affermarsi di quei processi che con una sintesi ormai accolta si condensano nella "globalizzazione".

Pizzorusso fa riferimento a «fenomeni che hanno realizzato delle concrete riduzioni del ruolo fin qui esercitato dagli Stati, ed in particolare la loro qualità di produttori esclusivi del diritto vigente sul loro territorio e nei confronti delle persone soggette alla loro sovranità»²⁶. In tale quadro si è diffuso «l'uso progressivamente più incisivo della comparazione giuridica». «Nato come una disciplina di ordine prevalentemente culturale, utilizzabile sul piano pratico ai fini dell'applicazione delle regole del diritto internazionale privato che impongono al giudice nazionale l'applicazione di norme di ordinamenti giuridici stranieri, ovvero come strumento ausiliare dell'opera dei legislatori, il diritto comparato è oggi sempre più spesso utilizzato anche nell'ambito della ricerca del diritto che il giudice (o altro operatore giuridico) deve applicare alla fattispecie concreta sottoposta al suo esame e ciò non avviene soltanto nell'ambito dell'attività di giurisdizioni internazionali che devono integrare i testi normativi dai quali debbono ricavare il diritto da applicare alle fattispecie concrete, ma anche da parte di giudici nazionali i quali trovano in ordinamenti stranieri la base di argomentazioni utilizzabili per ricostruire il diritto nazionale, o in precedenti giudiziari stranieri modelli da seguire in relazione a casi analoghi verificatisi nel loro paese».

Pizzorusso si è quindi con chiarezza posto l'interrogativo della compatibilità con il rispetto della legittimazione westfaliana dell'ordinamento statale del ricorso alla comparazione che implica la considerazione di diritto posto da ordinamenti diversi da quelli di appartenenza del giudice. Di conseguenza «il diritto straniero non può assumere, in casi di questo genere, alcun carattere vincolante, ma ben può essere impiegato nell'ambito di *argomentazioni* tendenti ad individuare soluzioni ragionevoli che ovviamente non siano incompatibili con il diritto nazionale, soprattutto nei casi in cui esso si presenti come lacunoso o di difficile interpretazione».

Pizzorusso ricorda che sull'ammissibilità di questo tipo di uso del diritto comparato si sono sviluppate discussioni vivaci e mette in evidenza dati obiettivi da cui risulta sia la conferma che la messa in discussione della prevalenza del diritto statale in chiave positivistica.

Condivido quindi l'importanza data da Pizzorusso all'utilizzazione da parte dei giudici all'*argomentare comparatistico*.

Il ricorso del giudice al diritto straniero è sicuramente una facoltà che non può escludersi quando ciò sia valutato come utile al fine di affrontare un caso da

²⁶ Cfr. *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *AIC. Materiali*, 17-11-2006.

risolvere. In questo modo non si fa ricorso a una fonte esterna, come avverrebbe in caso di rinvio reso possibile da una previsione normativa *ad hoc*, ma semplicemente si considera il diritto esterno come un dato fattuale così come avviene quando si cita un fatto storico o una opinione dottrinale. I riferimenti al diritto di altri ordinamenti sono frequenti sia nella giurisprudenza delle corti statali sia in quella delle corti internazionali che solitamente fanno richiamo a precedenti di corti degli stati membri ma anche a quella di giudici di stati terzi.

Fra il ricorso a precedenti di giudici di altro ordinamento e ricorso in senso proprio alla comparazione esiste un sensibile stacco.

Molte delle considerazioni che di solito si leggono sull'uso della comparazione da parte delle corti costituzionali e internazionali riguardano, in realtà, l'individuazione di casi, e sono sicuramente numerosi, in cui i giudicanti si limitano a considerare diritto o precedenti giurisprudenziali di ordinamenti altri rispetto al proprio. Vi è, quindi, una evidente differenza fra "argomento comparativo" e "giudizio comparativo". È appropriato parlare di comparazione soltanto ove il processo interpretativo e decisionale consenta di individuare il ragionamento comparativo come intrinseco alla *ratio decidendi*. Dal raffronto critico fra apporti di diversi ordinamenti sul tema della decisione dovrebbe scaturire la regola da utilizzare nel caso concreto per portarlo a soluzione. Per giungere a questo risultato il giudicante dovrebbe trovarsi in una situazione di carenza del proprio ordinamento di riferimento. Di regola ciò non avviene ed è quindi possibile utilizzare il proprio sistema di fonti e i propri precedenti giurisprudenziali nei cui confronti il ricorso all'apporto esterno finisce per avere un *valore ausiliario*, per quanto a volte significativo o addirittura essenziale.

Per comprendere meglio quale sia la portata del ricorso al diritto straniero, che bene inteso rileva quale elemento cognitivo chiarificatore e non come fonte direttamente applicabile in base a rinvio, occorre fare riferimento alla esperienza dei diversi ordinamenti che abitualmente, con diverse formule, si dice che utilizzino il "metodo comparatistico", l'"argomento comparativo" o la comparazione. In realtà abbiamo ricchezza di casi ascrivibili al cosiddetto ricorso esornativo al diritto esterno, quando il giudicante arricchisce la pronuncia citando diritto e sentenze altrui, e di casi in cui appare palese che la citazione è ritenuta utile per rafforzare la portata persuasiva della sentenza. In tale ultimo caso l'argomento comparativo rientra nell'argomento autoritativo (la citazione di una fonte/autorità di prestigio riconosciuto e, quindi, affidabile) di cui costituisce un aspetto e il suo uso è pacificamente lasciato alla totale discrezionalità del giudicante.

Ma una dottrina della comparazione giudiziale può trovare fondamento soltanto nella sicura e verificabile individuazione del percorso argomentativo formalizzato nelle sentenze e non in mere ricostruzioni in larga parte forzatamente induttive. Se la comparazione è intesa in senso proprio, cioè come inserita nel ragionamento giustificante la decisione, il giudice dovrà spiegare perché vi fa ricorso e risultare su questo persuasivo. In altre parole, appare corretto parlare di comparazione soltanto ove questa sia esplicitamente desumibile dal testo della pronuncia. E questo perché per essere plausibile il processo argomentativo comparatistico deve essere verificabile. Questa constatazione conduce a considerare

con grande cautela l'affermazione di un supposto ricorso alla comparazione tutte le volte in cui nelle sentenze di una corte costituzionale, quale ad esempio quella italiana, appaiono passaggi in cui si citano legislazioni e giurisprudenze straniere. Tutti esempi in cui la citazione sembra avere soltanto una portata meramente rafforzativa o confermativa della decisione che il giudicante assume.

Nella giurisprudenza delle corti internazionali il ricorso alla comparazione assume un particolare contorno. Anche se è invalsa l'affermazione che le stesse utilizzano la comparazione, in realtà di solito questi giudici si muovono in piena discrezionalità utilizzando il diritto degli stati membri che si riveli più adatto a risolvere i casi loro sottoposti. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di quella di Lussemburgo non si opera, come potrebbe a prima vista ritenersi, un raffronto sistematico fra le diverse costituzioni, legislazioni e giurisprudenze di tutti gli stati membri. Anche a proposito di questi giudici risulta che viene da loro approfondita la conoscenza delle soluzioni normative e giurisprudenziali previste negli ordinamenti degli stati membri nella fase istruttoria e a volte in quella dibattimentale. È, quindi, pacifico che tendenzialmente esiste la possibilità di un percorso cognitivo in cui il giudicante approfondisce la conoscenza del diritto statale rilevante e può operare una valutazione comparativa delle diverse fonti disponibili. Ma di regola non siamo in grado di trovare se non riferimenti indiretti nel testo delle sentenze da cui non può desumersi il ricorso sistematico al diritto degli stati membri. Il ricorso al metodo comparativo, di cui solitamente si parla, sta a significare semplicemente il ricorso a quanto offrono l'ordinamento o gli ordinamenti ritenuti utili nel caso da risolvere come indica, ad esempio, la sentenza *Dorsch* della Corte di giustizia in tema di responsabilità per atti legislativi che ha utilizzato istituti propri del diritto tedesco, belga e francese e non ha certo intrapreso una comparazione con quanto disciplinato dall'insieme degli ordinamenti statali. Diverso quanto avvenuto per il caso *Algera* dove per la prima volta la Corte di giustizia si è pronunciata inserendo la comparazione nella *ratio decidendi*: riscontrata l'assenza nel trattato di puntuali norme in tema di revoca di funzionari pubblici a causa della illegittimità della procedura seguita la Corte si è rivolta alle regole stabilite dalla legislazione, dalla letteratura esperta e dalla giurisprudenza degli stati membri e, in seguito alla cognizione comparata delle tradizioni giuridiche degli allora sei componenti la Comunità, ha accolto il “principio della revocabilità di misure illegittime almeno entro un ragionevole lasso di tempo”. In questo caso risulta che il giudice ha desunto dalla comparazione dei diritti statali il principio in base al quale risolvere il caso sottopostole.

Queste riflessioni coinvolgono specificamente solo uno dei profili che emergono con particolare forza dagli studi di Pizzorusso, quello della utilità della comparazione nell'esercizio della giurisdizione.

Altri, come ho tentato di ricordare nelle rapide riflessioni che precedono, sono parimenti significativi.

6. Una conclusione

In generale, se dovessi fare una breve considerazione conclusiva, credo che vada riconosciuto ad Alessandro Pizzorusso il merito principale di avere elaborato con

coerenza una sua dottrina della comparazione in grado di abbracciare in modo organico l'organizzazione complessiva delle forme del potere politico coniugando l'analisi delle forme di stato e di governo ai diversi sistemi di produzione normativa. Si aggiunge l'attenta considerazione del collegamento fra il diritto prodotto dai sistemi di fonti e giurisdizione. In questa prospettiva significativa rilevanza veniva assegnata alla giustizia costituzionale e ai suoi modelli tendenzialmente avvicinabili nel momento in cui sfumano i contorni delle contrapposizioni fra sistemi di *civil law* e di *common law*. Vorrei inoltre sottolineare come negli studi di Pizzorusso la comparazione del diritto costituzionale confluiscia spesso sia con la teoria generale che con la storia del diritto. Il che è ulteriore dimostrazione di quanto ci è ben noto circa la artificiosità di certe compartmentazioni dello sapere giuridico. Infine per quanto riguarda il progredire degli studi uno dei meriti della sua dottrina comparatista consiste nella dimostrazione della concreta possibilità di superare la barriera divisoria fra comparazione dei privatisti e comparazione degli studiosi del diritto pubblico utilizzando al meglio gli apporti nel tempo offerti dai cultori del diritto privato e del diritto pubblico. Questa spinta al superamento di una storica divisione mi sembra sia uno dei fili conduttori di tutta la sua opera scientifica.

Alessandro Pizzorusso e la comparazione*

di Vincenzo Varano

Abstract: *Pizzorusso and legal comparison* – This paper analyses Pizzorusso's training with some of the greatest Italian constitutionalists, and his approach to the legal comparison. The Author dwells on the relationship between Pizzorusso and the "fathers" of Italian Comparative Law (Cappelletti, Gorla, Sacco).

Keywords: Pizzorusso, Mortati, Comparative Public Law, Gorla, Sacco.

Desidero innanzi tutto ringraziare Roberto Romboli, e tutti gli amici della splendida scuola che Alessandro Pizzorusso ha creato e ci ha lasciato, per l'invito a questa giornata di ricordo e di riflessione, che mi ha profondamente onorato, ma che mi ha fatto anche molto piacere. È stato bello ripercorrere, con l'occasione di questo incontro, i momenti di un'amicizia che si è fatta nel corso degli anni molto assidua e molto solida, in un periodo della vita di Alessandro che probabilmente ha segnato una svolta decisiva nei suoi interessi, trasformandolo, se così posso dire, da costituzionalista non insensibile, come la maggior parte dei costituzionalisti, verso le esperienze straniere e i loro precedenti storici che maggiormente hanno influenzato l'esperienza costituzionale italiana, in comparatista vero e proprio, o, meglio, in un costituzionalista che ha fatto della comparazione lo strumento forse più importante della sua indagine. Ed è stato anche bello, stimolante, rileggere, anzi ristudiare qualche pagina di Pizzorusso, nel tentativo di ricostruire gli aspetti più significativi del suo essere comparatista.

Marie-Claire Ponthoreau, autrice di una bella intervista apparsa nel 2005, accenna in una delle prime battute a quello che Pizzorusso aveva detto di sé nel corso della preparazione dell'intervista, ossia di essere diventato "comparatiste par hazard"¹. Basta tuttavia leggere quell'intervista, ripercorrere la sua vita e, per quanto possibile, la sua sterminata bibliografia per capire che non è stato affatto un caso se Pizzorusso è diventato un comparatista². Alessandro, uomo di profonda

* Testo della relazione al Convegno *Ricordando Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa* (Pisa, 16 e 17 dicembre 2016), i cui atti sono in corso di pubblicazione presso la Casa editrice Giappichelli.

¹ *Questions à Alessandro Pizzorusso*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, 2005, p. 971

² Basti pensare che la *Bibliografia ragionata degli scritti di Alessandro Pizzorusso a cura degli allievi*, Torino, Giappichelli, 2005, si apre con la recensione al libro di R.H. Jackson, *The Supreme Court in the American System of Government*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 750. Forse, non può ancora parlarsi di comparazione in senso proprio, consapevole, ma certo inizia presto in Pizzorusso la curiosità per i modelli stranieri.

cultura, di ricca umanità e studioso molto riservato, (“mite, limpido e rigoroso” sono le parole con le quali lo ha ricordato, cogliendone l’essenza, Livio Pepino, Presidente dell’Associazione studi giuridici Giuseppe Borré, in *Questione Giustizia*, rivista cui Alessandro fu sempre vicino³), è stato un vero ricercatore, sempre aperto a nuove esperienze, sempre animato da una grande curiosità, mai contento in fondo del punto cui era arrivato nei suoi studi.

La prima fase del suo percorso lo vede formarsi come costituzionalista, sotto la guida di grandi Maestri, sempre da lui ricordati con affetto: soprattutto, Franco Pierandrei, che lo iniziò agli studi a Pisa, e che incontrò di nuovo a Torino, da giovane magistrato a Moncalieri, iniziando a collaborare con continuità alla parte costituzionale della Giurisprudenza italiana; e Costantino Mortati, del quale fu magistrato-assistente alla Corte Costituzionale dal 1965, da lui spesso ricordato come probabilmente il maggiore costituzionalista italiano del XX secolo: quest’ultima esperienza lo spinse sempre più verso l’insegnamento universitario, al quale arrivo nei primi anni ‘70, chiamato a Pisa come professore di diritto costituzionale. Con tanti altri ebbe rapporti importanti (Elia, Lavagna, Ferrari, ad esempio); ma Pierandrei e Mortati furono certamente quelli che su di lui esercitarono una maggiore influenza. Semmai, ricorrevano spesso nei ricordi di Pizzorusso altri due nomi di grandi giuristi non costituzionalisti, che certamente hanno inciso profondamente sulla sua formazione. Il primo nome è quello di Virgilio Andrioli, processualista, giurista capace di operare in qualunque settore del diritto, probabilmente quello cui si sentiva maggiormente debitore della sua formazione complessiva, che lo volle nella redazione del *Foro Italiano* (dal canto mio, ricordo che Andrioli, durante il breve periodo a metà anni 60 in cui insegnò a Firenze la procedura penale, si tratteneva spesso a chiacchierare con noi giovani allievi di Cappelletti, e nei suoi discorsi entrava spessissimo il nome di Pizzorusso, e le sue ordinanze di rimessione alla Corte, lasciando vedere la stima e l’affetto che aveva per lui). L’altro nome è quello di Giovanni Pugliese, romanista, persona di straordinaria cultura, che sicuramente contribuì ad aprirgli l’orizzonte della comparazione, verso la quale lui stesso si era diretto nella fase finale del suo itinerario intellettuale.

Quella che all’inizio del mio ricordo ho definito “svolta” avviene fra gli anni 70 e gli anni 80. Due eventi di quel periodo sono soprattutto da ricordare.

Primo. L’Associazione italiana di diritto comparato, composta da giuristi prevalentemente appartenenti all’area privatistica, si apre in maniera significativa ai cultori del diritto pubblico, consapevole ormai che lo steccato pubblico/privato non ha ragioni scientificamente valide di esistere soprattutto sul terreno della comparazione, e Alessandro Pizzorusso, viene eletto, se non ricordo male verso la fine degli anni ‘70, nel Direttivo dell’Associazione, accanto a Cappelletti, Sacco, Gorla, Denti, certamente i maestri cui si deve la fondazione della moderna scienza del diritto comparato in Italia. Dell’Associazione, Pizzorusso diventerà poi il Presidente per circa dieci anni, dal 1985 al 1994. Ricorda Pizzorusso, nell’intervista alla Ponthoreau, e lo confermo anche io che del Direttivo ho fatto parte dal 1981 al 2001, che le riunioni che teneva il Direttivo non erano mai di

³ Disponibile all’url: questionejustizia.it/articolo/ricordo-di-alessandro-pizzorusso_uomo-mite_limpido-e-rigoroso_16-12-2015.php

carattere prevalentemente pratico-organizzativo, ma erano al contrario assai spesso l'occasione per discussioni sui problemi teorici e pratici della comparazione, costituivano insomma, per tutti coloro che vi partecipavano, un'occasione di arricchimento della propria formazione e di confronto di metodi, di visioni⁴.

Il secondo evento fu la decisione di Alessandro di trasferirsi alla facoltà giuridica fiorentina, di cui mi parlò nel corso di una chiacchierata estiva, a Forte dei Marmi. Alessandro voleva capire le dinamiche della Facoltà, e le possibili reazioni di noi allievi di Cappelletti. Come molti sanno, Cappelletti aveva lasciato Firenze per l'Istituto Universitario Europeo (e Stanford) nel 1976, noi allievi vivemmo male quella decisione, come un abbandono nel momento in cui ritenevamo di avere più bisogno della sua presenza, ci fu un contrasto anche forte fra noi e lui, certamente non eravamo ancora pronti per raccogliere l'eredità di Mauro, impegnati come eravamo a cercare di completare il nostro percorso accademico. L'Istituto, insomma, che aveva acquistato un suo notevole prestigio anche internazionale, correva il serio rischio di spegnersi e sarebbe stato un peccato. Alessandro arrivò nel 1981: è vero che uno dei suoi obiettivi era quello di salvare l'Istituto, come in effetti fece, per poi guidarlo verso la trasformazione in Dipartimento. Ho però anche l'impressione che Alessandro considerasse la sua successione a Cappelletti alla direzione dell'Istituto come un modo per integrarsi ancora di più, per legittimarsi anche sul piano formale forse, nella comunità dei comparatisti. Due aspetti di questa decisione vorrei sottolineare. Il primo fa riferimento a quelle caratteristiche che mi sono sempre parse essenziali della personalità di Pizzorusso: la sua curiosità per nuove esperienze, la sua irrequietezza, il suo considerare il proprio cammino di ricercatore mai concluso. Nell'università di oggi, dominata dal localismo dalla culla fino alla tomba, forse Pizzorusso avrebbe avuto una vicenda diversa. Anche allora, tuttavia, molti si meravigliarono che uno studioso del suo prestigio, arrivato a un'età in cui semmai si tende a tornare nelle proprie sedi di origine, cominciasse a fare il pendolare, sia pure tra Pisa e Firenze (senza dimenticare che trascorse lunghi periodi di studio a Londra, per impadronirsi della lingua, e per penetrare più a fondo nella conoscenza della common law attraverso la frequentazione delle biblioteche e dei giuristi locali). Il secondo aspetto di quegli anni è il ricordo del rapporto che si instaurò fra noi allievi di Cappelletti, e Pizzorusso, e i suoi allievi, soprattutto Paolo Carrozza e Rolando Tarchi, che lo seguirono a Firenze, un rapporto molto ricco di amicizia, di collaborazione, di stima reciproca che non è mai venuto meno. Imparammo a conoscere Pizzorusso, ad ammirare la sua straordinaria capacità di lavoro, la sua mitezza unita ad una fortissima determinazione, il suo rigore morale, il suo forte impegno civile. Divenne rapidamente il nostro punto di riferimento, attorno a lui, Maestro ma in fondo anche Collega solo un po' più anziano di noi, ritrovammo stimoli e coesione. Basta ricordare vari lavori che intraprendemmo grazie alla sua spinta: ricordo, solo a titolo di esempio, il saggio di Anna De Vita, invitata da Pizzorusso a scrivere il commento all'art. 10 del

⁴ Ponthoreau, *Questions*, cit., p. 974.

codice civile per il Commentario Scialoja e Branca⁵. Fu lui, di ritorno da un viaggio in Inghilterra, a segnalarci il libro di Peter Stein, *Legal Institutions*, un libro importante perché sottolinea i fondamenti di una cultura giuridica europea oggi tanto più necessari per capire “un diritto sempre più tormentato tra istanze ‘nazionali’ e spinte verso la ‘globalizzazione’”⁶. Il libro uscì in traduzione italiana nel 1987, curato, oltre che da me, da Anna De Vita, e Maria Donata Panforti⁷. Ricordo ancora i due volumi sull’Influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei”, in cui raccogliemmo insieme gli atti del Colloquio barese del 1983 dell’Associazione italiana di diritto comparato, un colloquio importante nel corso del quale i tanti partecipanti si adoperarono soprattutto a porre in risalto l’apporto decisivo della giurisprudenza nel conferire effettività ai principi⁸.

Quale il contributo di Alessandro Pizzorusso alla ricerca e all’insegnamento in diritto comparato? In che rapporto si pone con i padri della comparazione italiana, con Cappelletti, Gorla, Sacco?

Ho ritenuto innanzi tutto di delimitare il mio campo di indagine, per cercare di cogliere quello che a me pare l’aspetto più importante del “Pizzorusso comparatista”, ossia la ricerca, la messa a punto del metodo (se tantissimi sono gli studi di Pizzorusso su vari settori dell’esperienza giuridica, le libertà, le fonti, l’ordinamento giudiziario, la giustizia costituzionale, ecc., ho pensato che gli altri relatori non potessero ignorare che in molti casi questi temi sono stati trattati da Pizzorusso anche con sensibilità comparatistica). A questo fine, mi sono concentrato soprattutto su tre momenti che mostrano nel modo che mi è parso più chiaro questo cammino: la recensione del 1968 al libro di Cappelletti sul controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi in diritto comparato⁹; la relazione al convegno dell’Associazione italiana di diritto comparato di Torino del 1979, in cui si discusse sotto varie prospettive “L’apporto della comparazione alla scienza giuridica”¹⁰; infine il Corso di diritto comparato, pubblicato in una prima edizione nel 1982, poi rielaborato nel 1995 e nel 1998 sotto il nuovo titolo “Sistemi giuridici comparati”.

La recensione a Cappelletti sono solo tre paginette, e solo l’ultima mezza pagina è dedicata a “riferire il contenuto vero e proprio del libro e i criteri secondo cui la materia è sistemata”¹¹; per il resto, il breve scritto è, mi pare, la prima occasione in cui Pizzorusso affronta esplicitamente il problema del metodo. Pizzorusso sottolinea con apprezzamento vari aspetti del metodo seguito da

⁵ Anna De Vita, *Art. 10*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* a cura di Francesco Galgano, Libro I – Delle persone e della famiglia, Delle persone fisiche, art. 1-10, Bologna/Zanichelli, Roma/Edizioni del Foro italiano, 1988, p. 505ss.

⁶ Così si legge nella *Bibliografia ragionata*, cit., p. 299.

⁷ *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 1987. Il titolo originale del volume, uscito a Londra nel 1984 presso Butterworth, era *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*.

⁸ Milano, Giuffrè, 1985.

⁹ La recensione è pubblicata in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 788 ss.

¹⁰ Il volume, Milano, Giuffrè, 1980, pubblica vari contributi originali raccolti a cura di Rodolfo Sacco.

¹¹ Così nella recensione sopra citata, a p. 791.

Cappelletti in maniera “consapevole e meditata”; apprezza la funzione attribuita alla comparazione quale strumento per riconquistare gradualmente quell’universalità del diritto, persa con la sovranità degli stati e la positivizzazione dei loro ordinamenti giuridici¹²; apprezza il fatto che Cappelletti persegua il suo programma superando tanto il vecchio giusnaturalismo con i suoi metodi aprioristico-deduttivi mediante una rinnovata metodologia realistico-induttiva, quanto il vecchio positivismo di cui mantiene però la stessa concretezza metodologica¹³; apprezza che il programma, che muove dagli studi di Cappelletti nel campo del diritto internazionale privato – in cui più immediatamente visibile è “il movimento di eliminazione degli ostacoli ad attribuire il maggiore rispetto possibile ai valori giuridici stranieri”¹⁴ – sia esplicitamente esteso dallo stesso Cappelletti al diritto costituzionale, al diritto pubblico in generale e, ancora più in generale, all’intera fenomenologia giuridica¹⁵; considera come aspetto almeno apparentemente più rivoluzionario del programma di Cappelletti che “l’aspirazione alla realizzazione dell’universalità... non è riferita al diritto inteso come insieme di ‘scienze giuridiche’, ma proprio al diritto inteso come complesso di comandi praticamente operanti”¹⁶. Se così non fosse si produrrebbe una inaccettabile frattura fra “diritto elaborato dagli scienziati e diritto applicato dai pratici”, un divorzio fra scienza e realtà. Pizzorusso esplicita, in un certo senso, l’assunto di Cappelletti, identificando le due fasi attraverso le quali passare per riconquistare l’universalità dei valori giuridici: “la prima fase attiene all’applicazione effettiva del metodo comparativo negli studi giuridici..., mentre la seconda ha riguardo al mantenimento di un continuo contatto ed allo stabilimento di un effettivo vincolo fra il diritto dei giuristi e il diritto dei pratici, fra scienza e realtà”¹⁷. Mi pare, in conclusione, che in queste poche righe siano già abbastanza chiari, sia pure in nuce, i punti essenziali del metodo comparativo che ha in mente Pizzorusso: recupero universalità del diritto, rapporto stretto fra scienza e realtà, aspirazione a un approccio unitario della comparazione quale che sia l’area – diritto pubblico o diritto privato - nella quale lo si utilizzi.

Nel contributo al colloquio di Torino del 1979, dal titolo “La comparazione giuridica e il diritto pubblico” si precisano gli indirizzi metodologici di Pizzorusso. La premessa è, da un lato, che la riflessione dei pubblicisti sulle tecniche e gli scopi della comparazione è insufficiente (è la constatazione che fa anche Zagrebelski nel medesimo colloquio torinese, quando scrive: “i costituzionalisti sono stati fin dall’inizio comparatisti per vocazione naturale, anche se sarebbe vano cercare una vera e propria teorizzazione del ruolo della comparazione nelle loro ricerche”¹⁸); dall’altro che, se sono venuti soprattutto dai privatisti i contributi metodologici più importanti sull’uso del metodo

¹² Id., p. 789.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Id., p. 790.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ G. Zagrebelsky, *Considerazioni sull’uso della comparazione negli studi di diritto costituzionale italiano*, in *L’apporto*, cit., p. 86.

comparativo nello studio del diritto, è vero altresì che la formazione prevalentemente privatistica rischia di condurre ad approcci metodologici privi di portata generale che potrebbero renderli insufficienti per essere impiegati in ogni campo del diritto, e persino nello stesso settore privatistico¹⁹.

Certo, le differenze non mancano fra diritto privato e diritto pubblico, e queste si riverberano sulle particolarità che necessariamente comporta l'applicazione del metodo comparativo al diritto pubblico. Pizzorusso sottolinea, ad esempio, come, secondo lui, mentre nel diritto privato “lo sviluppo del diritto comparato è stato in larga misura determinato dalle esigenze connesse all'applicazione delle norme di diritto internazionale privato”²⁰, sicché “il diritto straniero si colloca sullo stesso piano del diritto nazionale come strumento utilizzabile alternativamente ad esso per le stesse finalità pratiche”, nel diritto pubblico il diritto straniero è più simile a “una ipotesi teorica” utilizzabile più a fini di politica legislativa che non a fini di applicazione del diritto a fattispecie concrete²¹. In secondo luogo, pur avendo il sistema delle fonti carattere unitario, l'area del diritto pubblico tende a differenziarsi da un lato per la maggiore generalità delle norme; dall'altro, per la presenza di “forme di produzione del diritto sensibilmente diverse da quelle più frequentemente previste dalle norme sulle fonti” (convenzioni, precedenti, consuetudine) ma più facilmente utilizzabili quali strumenti di interpretazione delle norme interne²², di quanto non lo siano le fonti più strettamente aderenti al modello positivistico della legge. Pizzorusso indica, infine, altre due differenze, consistenti nella evoluzione molto più rapida del diritto pubblico favorita da ideologie politiche che si diffondono rapidamente da un paese all'altro alla ricerca del modello migliore (soprattutto costituzionale)²³, laddove nell'area privatistica prevale la spinta verso l'unificazione legislativa, per meglio risolvere i conflitti di norme, mentre più lenta è l'influenza dell'evoluzione e della lotta delle ideologie. E del resto, gli istituti del diritto pubblico sono sensibilmente più giovani di quelli del diritto privato, assai spesso millenari²⁴.

Tuttavia, anche nell'area del pubblico, come in quella del diritto privato, la comparazione non può non avere la medesima funzione di acquisire conoscenza, per la quale, più ancora forse che nel diritto privato, non è sufficiente basarsi sui testi ma occorre allungare la prospettiva sulla vita reale delle istituzioni. Dato poi il maggior peso del fattore ideologico, occorre che l'analisi comparativa si accompagni ad un'analisi storica e politologica la quale consenta di stabilire quali rapporti esistano fra i diversi sistemi giuridici concretamente operanti (e anche questo, peraltro, è un elemento non sconosciuto ad una buona parte dei comparatisti dell'area privatistica)²⁵.

¹⁹ Si veda Pizzorusso, *La comparazione giuridica*, cit., p. 63

²⁰ Ibid.

²¹ Id., p. 64

²² Id., p. 65s.

²³ Id., p. 68.

²⁴ Ibid.

²⁵ Id., p. 77.

Perché una classificazione come quella di David, o altre ad essa avvicinabili in quanto fondate su una cultura privatistica, non sono adeguate ad essere utilizzate nel diritto pubblico? La risposta di Pizzorusso è semplice quanto netta: sono classificazioni che si fondano su elementi che tradizionalmente vengono usati per lo studio delle fonti nell'ambito del diritto privato, ed escludono gli altri elementi (la formazione degli atti normativi, la struttura degli organi competenti, i conflitti fra questi ultimi, ecc.) ritenuti di pertinenza del diritto pubblico. Non rientra negli interessi e negli scopi classificatori di David soffermarsi sull'organo che fa le leggi (sovraffondo assoluto, parlamento, potere esecutivo...), e neppure se “gli organi giudiziari che applicano le leggi agiscono in regime di indipendenza oppure siano sottomessi all'influenza del principe o di altri centri di potere politico”²⁶ (che la Germania sia passata dall'Impero a Weimar, al nazismo alla Costituzione del 1949, dalla separazione della DDR alla riunificazione non ha alcuna conseguenza nella classificazione di David: sono eventi che sono colti in quanto testimoniano la continuità del codice civile, del BGB, che attraversa queste varie fasi, e due guerre devastanti per il Paese, senza subire sostanziali modifiche – salvo una breve parentesi fra il 1975 e il 1990 che vide la vigenza di un diverso codice civile nella DDR).

L'approccio privatistico e quello pubblicistico offrono dunque ciascuno una “esposizione incompleta della realtà che intendono rappresentare”²⁷. E’ invece “necessario tener conto – conclude Pizzorusso – di ambedue i punti di vista in questione e così fornire un'analisi metodologica ed un complesso di criteri di classificazione dei vari sistemi i quali tengano conto, tanto delle norme sulla creazione, modifica, ed applicazione del diritto, quanto dell'assetto degli organi costituzionali cui i poteri normativi in questione sono attribuiti, cioè dell'evoluzione delle forme di Stato e delle forme di governo”²⁸

287

All'unificazione dell'impostazione teorica, Pizzorusso aggancia immediatamente, ed è logico, l'esigenza di unificazione (o almeno di coordinamento) degli insegnamenti comparativi, al fine di non ricadere nelle distorsioni del passato, e propone quello che sarebbe accaduto nel giro di qualche anno, prima sperimentalmente in alcune facoltà, poi in virtù della riforma degli ordinamenti didattici, ossia l'istituzione di insegnamenti di carattere teorico destinati al metodo della comparazione, dei suoi fini e dei suoi presupposti (sostanzialmente quel corso che si chiamerà sistemi giuridici comparati), propedeutici ad insegnamenti a carattere applicativo²⁹.

L'approccio metodologico delineato nella relazione al Colloquio torinese si consolida rapidamente, subito dopo la chiamata a Firenze alla cattedra di Diritto costituzionale comparato, in un volume pensato per una nuova didattica, il Corso di diritto comparato, rivolto “agli studenti...che avvertono l'esigenza di inquadrare gli studi di diritto appena intrapresi in un panorama culturale non limitato al proprio paese e che a tale fine inseriscono nel loro piano di studi un

²⁶ Id., p. 80

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Id., p. 81

insegnamento comparatistico a carattere propedeutico”³⁰, quel corso propedeutico cui aveva appunto accennato in chiusura della sua relazione del 1979. Sono gli anni in cui l’Associazione italiana di diritto comparato, soprattutto sotto lo stimolo di Rodolfo Sacco, promuove con decisione l’espansione del diritto comparato e del suo insegnamento nelle facoltà giuridiche italiane (a partire da alcune facoltà pilota come Torino, Trento, Firenze); le poche cattedre fino ad allora esistenti cominciano a moltiplicarsi; inizia la campagna per la riforma dei nostri “vetusti” (come li chiama Pizzorusso³¹) e “nazionalistici” ordinamenti didattici che porteranno, nel 1994, a sancire ufficialmente l’ingresso del diritto comparato nel nucleo degli insegnamenti da impartire obbligatoriamente. Il testo di riferimento di quel periodo, largamente utilizzato quale testo propedeutico, era quello di René David (nella traduzione curata da Rodolfo Sacco³²). Mi pare che la produzione italiana significativa si limitasse al volume a carattere encyclopedico di Mario Losano sui “Grandi sistemi giuridici”³³, una “Introduzione al diritto comparato” di Sacco (anch’essa, come il corso di Pizzorusso, in edizione litografata)³⁴, cui poco dopo (1983) si affiancò il corso di Pizzorusso.

Il Corso, che dalla seconda edizione (1995) prende il titolo di “Sistemi giuridici comparati” e offre aggiornamenti tanto profondi quanto ineludibili (basti pensare alla famiglia giuridica socialista che, dal 1989 praticamente si dissolve), è un libro che era e resta originale..

Innanzi tutto, è un corso universitario unico di diritto comparato in senso ampio, in quanto svolge il tema preannunciato nel corso del Convegno torinese della necessità che il metodo comparativo sappia rompere lo schematismo della distinzione, ancora data un po’ per scontata, fra diritto privato e diritto pubblico/constituzionale. L’idea portante di Pizzorusso è che pubblico e privato comparato, pur muovendo da esperienze almeno in parte diverse, non si differenziano in modo significativo sotto il profilo metodologico, sì da rendere necessaria una loro separazione che anzi può produrre metodologie prive di portata generale.

C’è un secondo aspetto del Corso di Pizzorusso, del suo impianto che trovo ancora oggi molto originale. Tutti i manuali di Sistemi giuridici comparati, da quello classico di David, a quello altrettanto classico di Zweigert e Kötz, a quello di Sacco e Gambaro per finire al contributo che abbiamo cercato di offrire Vittorio Barsotti e io, partono dall’identificazione delle grandi tradizioni giuridiche, pur consapevoli dei processi di avvicinamento fra le stesse, avvalendosi di criteri e metodologie fra loro non molto diverse.

Niente di simile nel libro di Pizzorusso. La disciplina, che per qualche anno è stata insegnata addirittura al primo anno, è propedeutica in tutti i sensi: da qui, l’esigenza che l’A. si prospetta di fornire in una prima parte le “Nozioni preliminari”: i concetti giuridici fondamentali (diritto, norma, ordinamento

³⁰ A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. III

³¹ Ibid.

³² La prima edizione italiana de *I grandi sistemi giuridici contemporanei* apparve per i tipi di Cedam, Padova, nel 1967, basata sulla seconda edizione francese del 1966.

³³ *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, , Torino, Einaudi, 1978

³⁴ Torino, Giappichelli, 1980.

giuridico, norme sulla produzione giuridica, diritto oggettivo e soggettivo, le situazioni giuridiche soggettive...), un rapido cenno alle principali esperienze giuridiche (filosofia politica greca, diritto romano, diritto feudale, diritto comune, diritto canonico, common law, diritti in Africa e Asia...), un altrettanto schematico cenno alla pluralità degli ordinamenti giuridici, una più articolata trattazione della posizione del diritto fra società e stato, del fondamento dell'attività di produzione giuridica, dell'inevitabile rapporto fra cultura e politica nella produzione e attuazione del diritto. Le parti successive del Corso si indirizzano più specificamente alla comparazione giuridica. In particolare, il primo capitolo è dedicato al metodo e alle finalità del diritto comparato, e a una breve rassegna delle principali classificazioni dei sistemi, tutte ispirate da giuristi di matrice privatistica. A p. 114-15, l'Autore delinea con chiarezza quali sono gli aggiustamenti rispetto alla impostazione tradizionale che caratterizzano il Corso: “consistono soprattutto nel proporsi, nella comparazione fra i diversi ordinamenti giuridici, di avere costantemente presente, non soltanto l'attività svolta per ricercare ed applicare il diritto – come è stato fatto generalmente finora da parte dei comparatisti di formazione prevalentemente privatistica – ma altresì quella che viene svolta per creare nuovo diritto, nonché i condizionamenti di ordine politico-costituzionale che sull'uno e sull'altro tipo di attività praticamente influiscono. Ne consegue che, ai fini dell'individuazione dei modelli da comparare, è parso necessario passare in rassegna, accanto alle principali forme di produzione giuridica, anche le principali forme di organizzazione dei pubblici poteri”. In coerenza con questo progetto, lo studente viene introdotto all'organizzazione giuridica e ai suoi elementi costitutivi – forme di stato, di governo, organizzazione giudiziaria - , e alle forme di produzione giuridica, dal diritto politico al diritto divino, dal diritto convenzionale al diritto giurisprudenziale. In sostanza, l'approccio alle classificazioni nella classica impostazione di David viene ribaltato: si potrebbe dire che lo studente, studiando i vari temi cui si è appena accennato, tutti trattati in prospettiva comparatistica, è chiamato lui stesso a ricostruire le classificazioni, che saranno più complete in quanto costruite secondo la duplice prospettiva, quella dei comparatisti privatisti, e quella dei comparatisti pubblicisti.

In conclusione, invece, la sostanza della classificazione mantiene, pur se opportunamente integrata da altri elementi di conoscenza, la sua validità: l'ordinamento di common law, in sostanza, non perde la propria fisionomia se se ne analizza la forma di governo o il procedimento legislativo. Rispetto alla prima edizione del Corso, certamente Pizzorusso prende atto, nelle edizioni successive, del tracollo della tradizione socialista, che seppur presente in un numero sempre più piccolo di paesi, ha sicuramente perso “ogni forza espansiva”³⁵. Ma le altre osservazioni che faceva allora sono tuttora valide. Primo, l'avvicinamento, ormai da tutti riconosciuto, fra civil law e common law³⁶ (anche se personalmente ritengo che continui a non potersi sottovalutare il fatto che esistono differenze importanti che affondano le loro radici nella storia, e che continuano a legittimare

³⁵ Le edizioni successive risalgono al 1995 e al 1998, e prendono il titolo di *Sistemi giuridici comparati*.

³⁶ Id., 1995, p. 68ss., 343ss.

la distinzione: la vicenda storica, continuità vs break with the past; sviluppo incrementale della common law da parte di corti centrali forti precocemente professionalizzate; perdurante diversità, certo più sfumata, del ruolo del precedente nella civil law; metodo induuttivo vs. metodo deduttivo³⁷); secondo, la perdurante influenza dell'una o dell'altra tradizione sui sistemi giuridici extraeuropei, anche dopo il processo di decolonizzazione, che potranno essere raggruppati, eventualmente, in sottosistemi che tengano conto anche delle peculiarità autoctone³⁸; terzo, la necessità che il comparatista (o meglio, il giurista, giacché mi pare di poter dire che anche per Pizzorusso, oggi non si è giuristi se non si è comparatisti) coltivi nel suo campo storia, politica e cultura –non solo giuridica.

Prima di chiudere questo mio ricordo, vorrei segnalare un paio di altri momenti molto rilevanti della ricerca di Pizzorusso, che fra l'altro, accompagnano il periodo fiorentino³⁹.

Mi riferisco in primo luogo a una ricerca di grande importanza di cui Pizzorusso è stato General Editor, la ricerca sui temi della produzione normativa (che non si limita alle “fonti politiche”, ma si estende anche alle fonti convenzionali e giurisprudenziali colte non solo isolatamente, ma anche nel loro rapporto con le fonti politiche), nel quadro di un progetto sul “Legislative Process” promosso dalla European Science Foundation (allora diretta da Giovanni Pugliese), e culminato con la pubblicazione del volume *Law in the Making* del 1988⁴⁰, che chiude idealmente il periodo fiorentino. La ricerca è importante per il tema in sé (che è poi legato al grande tema delle fonti che accompagna tutta la vicenda intellettuale di Pizzorusso), e per il modo in cui viene affrontato, da un lato tenendo presente il rapporto fra diritto e politica che è connaturato ad esso; dall'altro, attraverso l'uso del metodo comparativo al suo meglio. All'ampia introduzione di Pizzorusso che costituisce la sintesi del progetto di ricerca, seguono infatti una serie di rapporti che non sono, come di norma accade in questo tipo di opere, rapporti centrati sul diritto nazionale dell'autore, ma piuttosto, ed è questa la caratteristica importante dell'opera, rapporti tematici tutti trattati dai singoli relatori con taglio comparatistico.

Infine, vorrei ricordare che intorno alla metà degli anni ottanta iniziò la lunga gestazione, sostenuta dall'Associazione italiana di diritto comparato, di cui

³⁷ Mi permetto di rinviare V. Varano e V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 5° ed., 2014, p. 38

³⁸ Pizzorusso, *Sistemi*, cit., p. 346ss

³⁹ Per la verità, il rapporto fra Pizzorusso e i comparatisti fiorentini, gli allievi di Cappelletti, ma anche i loro allievi che hanno sempre guardato ad Alessandro Pizzorusso come a un loro Maestro, non si è mai interrotto, anche dopo il ritorno a Pisa di Alessandro. Ricordo, ad esempio, che sul finire degli anni 90, inaugurammo a Firenze, con l'editore Giappichelli, una collana intitolata “Comparazione e cultura giuridica”, alla cui direzione noi fiorentini volemmo che partecipasse anche Alessandro, tanto lo sentivamo parte di noi. La Collana, che si aprì nel 1999 con un volume dello stesso Alessandro, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, è andata avanti fino al 2011, ed ha accolto numerosi volumi (24 per l'esattezza) di allievi di scuola fiorentina (Barsotti, Simoni, Sonelli, De Luca, Valguarnera,...) e pisana (Pertici, Sperti...). Oggi, vive una sua seconda vita, guidata da V. Barsotti, A. Simoni e S. Sonelli, aperta da un bel volume di Alessandra De Luca, *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, 2016.

⁴⁰ A.Pizzorusso ed., *Law in the Making. A Comparative Survey*, Heidelberg, Springer, 1988.

Pizzorusso era diventato il presidente, e dall’istituto fiorentino, degli Italian Studies in Law, che volevano riprendere l’idea degli Scandinavian Studies in Law . L’intento dell’impresa, fortemente voluta da Pizzorusso, è promozionale, mira a diffondere all’estero la dottrina italiana, attraverso la selezione e la traduzione in inglese di una decina di articoli ogni anno, idonei a rappresentare il meglio della nostra produzione giuridica. In questo modo, in definitiva, si faceva della comparazione, nel senso che si cercava di introdurre il meglio del diritto italiano in un circuito internazionale dal quale altrimenti sarebbe rimasto escluso, di offrirlo al confronto da parte degli stranieri. Si trattava di un progetto ambizioso, di cui da tempo si discuteva in seno al direttivo dell’Associazione, ma che aveva davvero bisogno, per potersi realizzare, di un uomo dalla forte determinazione e dalla enorme capacità di lavoro (quale sicuramente Alessandro Pizzorusso era). Fu certamente un’impresa meritoria, ma duro poco: uscirono, pubblicati da Nijhoff, due bei volumi nel 1992 e nel 1994 (quando ormai era già rientrato a Pisa), ma fummo tutti costretti a renderci conto che troppe erano le difficoltà che occorreva superare. Difficoltà di trovare scritti che potessero davvero interessare lettori non italiani; la scarsa attitudine dei nostri studiosi a scrivere per un pubblico straniero, non dico direttamente in inglese, ma in un italiano che potesse essere agevolmente reso in inglese; un impegno molto gravoso per la redazione essenzialmente costituita da giovani fiorentini e pisani; e, ultimo ma non meno importante, un impegno finanziario, che ben presto si rivelò insostenibile.

Come si colloca Alessandro Pizzorusso nel panorama della dottrina comparatistica italiana? Non so se sia importante porsi queste domande, e cercarne le risposte.

Credo tuttavia che a conclusione di questa sia pur parziale disanima del Pizzorusso comparatista, si possa e si debba innanzi tutto tornare a smentire lo stesso Pizzorusso che, come si è già ricordato, diceva di essere diventato “comparatiste par hazard”. E’ stato invece un comparatista compiuto e consapevole, che è riuscito a tradurre le sue curiosità e i suoi interessi in metodo, che lo avvicinano, se proprio vogliamo tentare di rispondere alla domanda che ci siamo posti, a Gorla e a Cappelletti, per l’ancoraggio del suo metodo, del suo diritto comparato, a storia e realtà, law in action. Anzi, per il contributo dato ad un approccio alla comparazione volto a rompere la dicotomia pubblico privato, può essere considerato, con i Gorla, i Cappelletti, i Sacco uno dei padri fondatori della moderna scienza comparatistica italiana (e forse della civil law nel suo insieme).

Alessandro Pizzorusso: un gigante della comparazione giuridica senza aggettivazioni*

di Rolando Tarchi

Abstract: *Alessandro Pizzorusso: a giant of legal comparison* – The Author analyses his relationship with Alessandro Pizzorusso highlighting some events. Then, he underlines his contribution to the Comparative Public Law. It further focuses on some Constitutional issues by using the method of comparative law: judicial system, Constitutional justice, Sources of law.

Keywords: Pizzorusso, Comparative Law, Judicial system, Constitutional justice, Sources of law.

1. Il ricordo personale

Due maestri del diritto comparato, Giuseppe de Vergottini e Vincenzo Varano, cui siamo debitori degli importanti insegnamenti che ci hanno trasmesso con la loro testimonianza ed i loro scritti, hanno svolto relazioni molto ampie e di grande respiro, che hanno posto in evidenza tutti i profili di metodo e di contenuto del pensiero di Alessandro Pizzorusso (da ora AP) comparatista (e non solo); chi interviene dopo di loro non dispone di grandi margini per riflessioni ulteriori e può solo un dialogo su questioni circoscritte e particolari.

293

D'altra parte, abbiamo concordato con gli altri allievi che, in questa sede, il nostro compito è limitato, dovendo soprattutto parlare del Maestro per il ricordo di alcuni momenti significativi che abbiamo vissuto nel rapporto personale con lui.

Eugenio Ripepe, poco fa, ci metteva in guardia, dicendo che quando si discorre del rapporto con un'altra persona, quasi inevitabilmente si finisce per parlare di noi; cercheremo, per quanto possibile di non cadere nella trappola, anche se il rischio che almeno in parte questo avvenga è molto alto e ce ne scusiamo in anticipo.

Parlare di AP dietro le quinte e riferire di alcuni aneddoti significa, ovviamente, parlare anche della persona, non solo del giurista e tanto meno solo del comparatista. Certo si può riferire anche di alcune sue riflessioni non pubbliche, legate all'attività di ricerca ed a valutazioni sui temi trattati da lui stesso o da colleghi, che affioravano nelle nostre conversazioni.

* Testo della relazione al Convegno *Ricordando Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa* (Pisa, 16 e 17 dicembre 2016), i cui atti sono in corso di pubblicazione presso la Casa editrice Giappichelli.

Il primo momento di incontro con AP è stato quando, al secondo anno di giurisprudenza, mi trovai a seguire il suo corso di diritto costituzionale; in quel periodo era alle prese con la stesura della prima edizione del Manuale di diritto costituzionale (edito poi nel 1977 con Il Foro italiano – Zanichelli). Le lezioni erano organiche e chiare ma, soprattutto, appassionanti per il respiro culturale che ne traspariva, con riferimenti alla storia costituzionale, italiana e delle altre principali democrazie europee, con le quali non mancava mai di confrontare il nostro sistema costituzionale. Comparazione diacronica e sincronica, delle quali noi studenti non riuscivamo allora a percepire consapevolmente il valore. Probabilmente fu per questo che decisi di seguire l’altro corso di AP, diritto parlamentare e di sostenere anche l’esame di Diritto costituzionale italiano e comparato, insegnato nella Facoltà di scienze politiche dall’ottimo Sergio Ortino.

Il secondo ricordo da studente riguarda la scelta della tesi di laurea; AP aveva molti laureandi, che seguiva tutti direttamente (ed era un veloce lettore quanto io ero lento a scrivere). Mi propose di affrontare temi piuttosto complessi, tutti in materia di fonti; alla fine concordammo per l’interpretazione autentica da parte del legislatore, dal quale riuscii a cavare le gambe solo grazie ai suoi suggerimenti, che indicavano sempre una strada non limitata allo studio del solo diritto positivo, con aperture alla teoria ed alla storia degli istituti trattati.

Nel periodo successivo i ricordi più vivi sono legati al rapporto di collaborazione risalente agli ultimi anni del suo periodo fiorentino (vividamente ricordato da Vincenzo Varano), presso l’istituto di diritto comparato di quell’Ateneo. AP era riuscito a recuperare due posti di tecnico laureato (anche in quel periodo, l’accesso dei giovani alla carriera universitaria era piuttosto complicato), che furono occupati da Maria Donata Panforte e dal sottoscritto. Di quegli anni, a partire dal 1987, oltre alle frequenti discussioni con gli amici fiorentini ricordo soprattutto i viaggi ed i pranzi che, almeno con cadenza bisettimanale facevo insieme al Maestro. Per arrivare a Firenze partivamo con lo stesso treno da Pisa ben prima delle otto, spesso insieme anche a Paolo Carrozza, e durante il percorso AP parlava con noi di molte cose. Certo dei suoi e dei nostri argomenti di studio e delle attività organizzative dell’istituto di cui era direttore, ma soprattutto di altro. In particolare era solito riferire dei convegni e delle iniziative all’estero cui allora partecipava con grande frequenza, quasi sempre invitato in qualità di relatore; e dal tono con cui ci intratteneva era palese come Lui considerasse il costume, la capacità organizzativa e la “serietà” degli altri Paesi (Inghilterra, Francia, Svizzera, Spagna) di un altro livello rispetto all’Italia. Gli argomenti che lo appassionavano di più non erano puramente accademici; era abituale che parlasse di musica classica e lirica, di scacchi, di cinema (anche se i nostri gusti erano un po’ diversi, essendo AP un conoscitore dei film degli anni ‘30 e ‘40 ed un estimatore di quelli di Greta Garbo e dell’espressionismo tedesco del periodo weimariano) e di più ancora di calcio. Per una curiosa coincidenza eravamo tutti tifosi della stessa squadra, l’Inter (un’affinità elettiva che coinvolgeva anche Roberto ed Emanuele), le cui fortune, in quegli anni, erano un po’ in ribasso e ci costringeva quasi sempre ad essere commentatori critici delle partite viste. I temi più ricorrenti erano comunque quelli legati alle vicende politiche, in un periodo in cui si stava chiudendo un ciclo storico e cominciavano a

manifestarsi i problemi della disgregazione dei partiti, della corruzione dilagante, degli scontri tra politica e magistratura. AP era un attento osservatore ed un acuto, talvolta caustico, commentatore, che spesso manifestava indignazione nei confronti di comportamenti che riteneva inaccettabili da parte di coloro che costituivano la nostra classe dirigente. Indignazione, accompagnata ad una disillusione non rassegnata, che lo portavano ad impegnarsi in prima persona, quale studioso prestato ad attività istituzionali e formative extrauniversitarie.

Di questo e di altro si parlava anche nella pausa prandiale, spesso condivisa con gli altri colleghi fiorentini (oltre ad Enzo Varano, tifoso invece della fiorentina, Anna De Vita, M. D. Panforti ed i giovani che allora, grazie anche al dottorato in diritto comparato¹, si affacciavano alla ribalta: Vittoria Barsotti, Marcello Stalteri, Andrea Biondi, Alessandro Simoni; tutti apprezzati e seguiti dal Maestro, dal quale alcuni di loro hanno tratto un sicuro beneficio per la propria formazione).

Il periodo fiorentino è stato per me anche quello di più intensa collaborazione con il Maestro alle attività didattiche; AP era generoso nel coinvolgere i propri allievi e nel mio caso si trattò di collaborare con lui nello svolgimento dei corsi di Diritto costituzionale comparato, su temi quali la giustizia costituzionale o le fonti del diritto; questi corsi registravano un'alta frequenza, che poi ci imponeva anche sessioni di esame (insieme a quelli di Sistemi giuridici comparati) piuttosto impegnative. Nel momento della verifica degli studenti AP, diversamente da molti suoi colleghi fiorentini assai temuti, ha sempre mantenuto un atteggiamento non particolarmente severo e piuttosto comprensivo; in alcune occasioni aveva quasi il pudore di comunicare che l'esito non era positivo, suscitando momenti di imbarazzo anche in quelli di noi che al momento lo affiancavano².

L'ultimo episodio di quel periodo che mi preme richiamare riguarda la stesura del mio lavoro monografico sul tema della retroattività. Anche in quell'occasione il Maestro mi invitò ad andare oltre un'indagine che muovesse dal piano della teoria generale e si fermasse a quello del diritto positivo nazionale, e di aprire alla prospettiva comparata. Ed in effetti era proprio lo studio dell'ordinamento tedesco e di quello degli USA, con riguardo anche alla dottrina

¹ Si tratta di un punto che non è stato ricordato dalle relazioni principali; quello fiorentino, inaugurato a metà degli anni '80 del secolo scorso, è stato il primo dottorato di diritto comparato (senza distinzione tra pubblico e privato) in Italia ed è stato la fucina di futuri ed affermati studiosi provenienti da molte università italiane e provenienti dalle poche "scuole", allora esistenti, di comparazione giuridica; un'esperienza, che oltre a valorizzare i numerosi professori stranieri in visita (è in quegli anni che matura il rapporto tra Pizzorusso ed alcuni giovani professori spagnoli (Luis María Diez Picazo, Pablo Pérez Tremps, Miguel Revenga Sanchez ed altri) rimasti poi molto legati ad AP ed all'Italia. Il Maestro, come era solito fare, soprattutto all'inizio, si impegnò molto anche in questa iniziativa, contribuendo a quello che è stato sicuramente un successo per i risultati conseguiti dagli allievi di allora.

² Vittoria Barsotti, che spesso faceva parte della compagnia, dice ancora che per questo io "mi arrabbiavo", invocando maggiore severità; nego con decisione che questo sia vero, ma certo con il passare del tempo la mia eccessiva intransigenza di allora si è stemperato. Se vogliamo anche questo fa parte degli insegnamenti ricevuti dal Maestro.

del precedente, che consentiva di rileggere in una luce diversa le posizioni che nel tempo dottrina e giurisprudenza avevano raggiunto in Italia³.

2. L'approdo alla comparazione

Dovendo svolgere alcune considerazioni sull'attività scientifica di AP, riteniamo utile partire dalle considerazioni finali di Vincenzo Varano e da quelli iniziali di Giuseppe de Vergottini, che inquadrono il profilo generale dello studioso.

Agli inizi AP non si dedica direttamente alla comparazione⁴, ma certamente non è diventato un comparatista “*per hazard*”, come Lui stesso si era riduttivamente definito⁵, né un soltanto un costituzionalista abile ad utilizzare la comparazione quale metodo ancillare; come de Vergottini osserva giustamente, la comparazione viene utilizzata sovente “in via primaria”, come disciplina principale ed autonoma. Quindi, “comparatista compiuto e consapevole” (riprendo le parole di Varano), uno dei padri fondatori, insieme a pochissimi altri, della moderna scienza comparistica italiana.

Concordo con questo profilo, al quale vorrei tuttavia aggiungere una considerazione ulteriore; ritengo, infatti, che AP sia stato un giurista completo, “a tutto tondo”, non inquadrabile in nessuna delle categorie con le quali siamo soliti etichettarci. Questa sua caratteristica è dipesa da due fattori: l'essere stato magistrato e la fortuna (o il merito) di aver potuto beneficiare di relazioni con più di un maestro o con intellettuali di grande livello.

Come magistrato si è trovato ad applicare il diritto *tout court* e questo non ha inciso solo sulla concretezza che ha poi contraddistinto anche la sua attività di studioso, ma ha contribuito anche a forgiare le sue conoscenze. Inoltre, AP, oltre che un prolifico scrittore era prima ancora un lettore attento ed instancabile delle riviste giuridiche, non solo di ambito pubblicistico (si pensi solo al Foro italiano ed a Giurisprudenza italiana) e di volumi che riceveva in grande quantità; questo gli consentiva di essere sempre aggiornato sulle novità editoriali, delle quali ci metteva al corrente, fornendoci spunti per i nostri lavori.

³ Sul piano personale ricordo anche la preoccupazione del Maestro di “lasciarmi solo” a Firenze nel momento del suo ritorno a Pisa, in coincidenza con la trasformazione dell'Istituto di diritto comparato fiorentino, costituito da un piccolo nucleo di persone, nel Dipartimento di diritto comparato e penale, del quale avrebbero fatto parte anche docenti di altre aree. Il pensiero rivolto ad un giovane che avrebbe dovuto cavarsela senza il suo aiuto, credo dimostri l'affetto e la considerazione che nutriva nei confronti dei suoi allievi .

⁴ Anche se il suo primo lavoro in assoluto è una recensione pubblicata sulla Trimestrale di diritto pubblico nel 1956 al volume di R.H. Jackson sulla Corte suprema USA, cui nel 1962 segue poi un'altra recensione sulla stessa rivista all'opera curata da Herzog e Vlachos su la promulgazione la pubblicazione delle leggi; due temi sui quali AP continuerà a lavorare per tutta la vita. Notazione personale: nel 1983, anche Emanuele Rossi ed io, neo-vincitori del concorso per l'ammissione al I ciclo del dottorato di ricerca in diritto pubblico di Firenze (diretto da Ugo De Siervo), fummo incaricati della stesura di alcuni recensioni, relative anche a volumi stranieri, nel mio caso di quello di C. Rodriguez Aguilera che commentava la nuova legge sul *Consejo generale del poder judicial spagnolo*.

⁵. Lo ricorda Marie-Claire Ponthoreau, *Questions à Alessandro Pizzorusso*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, 2005, 971.

I molteplici rapporti accademici del giovane AP, soltanto alcuni dei quali con costituzionalisti⁶ o comparatisti (si pensi a Gino Gorla, a Giovanni Pugliese⁷ ed a Virgilio Andrioli, nei confronti del quale il Maestro si è sempre considerato debitore di conoscenze⁸), lo hanno messo in contatto con metodi diversi, dalla dogmatica tradizionale, al positivismo, al realismo giuridico, dei quali AP ha saputo fare tesoro, elaborando poi una metodologia personale che coniugava i riferimenti al dato normativo con i profili teorici, l'attenzione alla storia e del fattore politico con il grado di diffusione degli istituti, l'importanza del formante giurisprudenziale con il riconoscimento della centralità dei valori e dei principi costituzionali.

Conoscenze e metodo di cui poi si è avvalso sia nello studio del diritto costituzionale che del diritto comparato.

3. Questioni di metodo

Dei numerosi contributi che AP ha apportato all'innovazione ed allo sviluppo della comparazione giuridica⁹, che in Italia, condizionata dal provincialismo culturale, ancora negli anni '70 restava una disciplina poco praticata e collocata ai margini della didattica universitaria e della ricerca scientifica, ci limitiamo a richiamare quelli che, a nostro avviso, paiono di assoluta originalità ed hanno costituito la base del lavoro successivamente svolto da molti cultori della comparazione.

Riguardo al metodo, le relazioni principali hanno ripercorso le tappe della maturazione del pensiero di AP, dalla recensione del 1968 al volume di Cappelletti, alla relazione torinese del 1979 al colloquio AIC, alla pubblicazione nel 1983 del *Corso di diritto comparato* in edizione litografica, poi rielaborato ed arricchito nelle due successive riedizioni¹⁰. Allo stesso modo sono state definite le novità dell'approccio, che porta in primo piano il superamento degli steccati segnati dal crinale pubblico-privato e dei risultati parziali che da questa vetusta impostazione derivano, per definire una visione unitaria della comparazione, quale indispensabile elemento di conoscenza per i giuristi di ogni specie, con un'indagine

297

⁶ Come è stato ricordato, oltre a Pierandrei, scomparso prematuramente, AP ha collaborato con i suoi successori sulla cattedra pisana di diritto costituzionale, Lavagna e Ferrari (con quest'ultimo il rapporto è proseguito per lungo tempo, anche dopo le dimissioni da giudice costituzionale), oltre ad Elia e, soprattutto, Mortati

⁷ Ricordiamo come proprio alla memoria di Gorla e Pugliese sia dedicato il manuale di *Sistemi giuridici comparati*.

⁸ L'insegnamento e poi la frequentazione costante di Andrioli ha certo influito sulla particolare sensibilità di AP per il processo, come dimostrano gli studi sulla giustizia costituzionale.

⁹ Trascuriamo di riferire dell'impegno nelle attività associative e di frequentazione dei relativi convegni, su cui si rimanda alle relazioni principali.

¹⁰ Nell'ordine: recensione a M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 788-791; *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, in *Foro it.*, 1979, V, 131-140, nonché in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 59 ss.; *Corso di diritto comparato*, Milano 1982, per il quale, soprattutto con riferimento alle edizioni successive (*Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1993 e 1995) è molto efficace la definizione usata da de Vergottini di "manuale scientifico ad uso didattico". Peraltro, come osserva Varano, quando compare, uno dei primi manuali in assoluto di diritto comparato.

che deve muovere dai testi normativi ed includere poi elementi del diritto vivente e della vita reale, quale prodotto della politica e della storia.

In questo modo il diritto privato ed il diritto pubblico comparato vengono degradati ad un secondo livello, quello della meso-comparazione, prima è necessario ragionare in termini più generali, considerando i sistemi giuridici nella loro complessità; e questo costituisce il fine della macro-comparazione, connotata da un metodo proprio e da finalità non riconducibili a quelle delle altre discipline e rispetto ad esse necessariamente propedeutica, sia per soddisfare le esigenze didattiche, che per procedere ad attività di ricerca¹¹.

E' la prima volta che un giurista di formazione pubblicistica, per quanto eclettica, si appropria del piano della metodologia in ambito comparatistico e la forza degli argomenti utilizzati consente di avviare un confronto con studiosi di altra provenienza (storica, teorica, processualistica, privatistica) e, successivamente, ad altri pubblicisti di primissimo piano, come Giorgio Lombardi¹² e successivamente a comparatisti di nuove generazione di riprendere e d arricchire la riflessione allora avviata¹³.

Credo che questo ruolo di apripista, che AP ha saputo interpretare, costituisca un merito indiscutibile, che deve essere adeguatamente sottolineato.

Due brevi notazioni ulteriori riguardo a profili di metodo; AP ha dimostrato che la comparazione non deve mai esaurirsi in una descrizione di modelli giuridici stranieri, proponendo invece indagini trasversali, che tengano conto anche del proprio ordinamento nazionale, che per mezzo della comparazione può essere più compiutamente analizzato e meglio compreso. Più volte ci ha ripetuto che la comprensione dei sistemi stranieri, pur non essendo preclusa (in questo atteggiamento si segnala una lieve divaricazione dall'enunciato della Tesi quinta di Trento), è un compito che va affidato a giuristi del paese di riferimento ed alle loro riflessioni¹⁴.

L'altro riferimento riguarda la diffidenza che, da giurista positivo, AP nutriva nei confronti degli studi di antropologia o sociologia giuridica, pur necessari per comprendere appieno talune esperienze appartenenti a tradizioni distanti da quella occidentale. Un atteggiamento ispirato a modestia, nella consapevolezza di non padroneggiare metodi e strumenti per avventurarsi su

¹¹ Si pensi al concetto di *rule of law*, diventato di recente uno dei criteri principali di distinzione delle moderne famiglie giuridiche; un concetto che non appartiene solo al diritto costituzionale o al diritto privato, definendo i caratteri complessivi di sistemi giuridici che presentano determinate caratteristiche.

¹² Cfr. G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986.

¹³ Tra gli scritti più recenti si segnalano, L. Pegoraro – A. Rinella, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, 2007; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2016.

¹⁴ Questa visione è, in modo esemplare applicata in alcune circostanze; lo scritto su: *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi* (su cui torneremo tra poco), in *Quad. cost.*, 1982, 521-533, opera una sintesi dei caratteri di vari sistemi europei di giustizia costituzionale, trattati separatamente da studiosi nazionali (l'Austria da Ohlinger, la Germania da Schlaich, la Francia da Favoreu, la Spagna da Salas). Ancora, la ricerca sui sistemi delle fonti patrocinata dalla *European Science Foundation*, procede in due fasi; nella prima vengono prodotti rapporti nazionali relativi alle diverse esperienze considerate, solo successivamente queste informazioni si traducono in saggi tematici che operano una comparazione trasversale condotta per ciascuna tipologia di fonte [pubblicati in AP (a cura di), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Heidelberg, 1988].

questo tipo di indagini. E, possiamo aggiungere, non solo non se ne è occupato direttamente, ci ha anche sconsigliato dall'affrontare questi temi.

4. Sistemi giudiziari e giustizia costituzionale

I profili di merito da considerare sarebbero molteplici, ci limitiamo, in estrema sintesi, a considerarne quattro; il primo attiene al tema dei sistemi giudiziari, nei confronti dei quali AP ha sempre mostrato un grande interesse. Anche in questo caso non può parlarsi di una comparazione ascrivibile al solo ambito pubblicistico, essendo quella della soluzione delle controversie una funzione generale ineliminabile, in ogni ordinamento giuridico, al pari di quella volta alla creazione delle regole; per definirla è necessario riferirsi anche alla struttura del sistema ed al sistema di garanzie da cui la funzione del giudice è circondata, oltre che dal ruolo del magistrato e dalle modalità di formazione della classe dei giuristi e della loro selezione. AP, partendo dall'analisi delle principali esperienze prodotte all'interno della tradizione giuridica occidentale, ricostruite diacronicamente, elabora una tassonomia, difficilmente confutabile, che include anche un modello italiano di organizzazione giudiziaria, costruito partendo dalla faticosa attuazione dei principi contenuti nella Costituzione del 1947 e successivamente diventato la base di un nuovo modello europeo tuttora *in fieri*, per il quale risultano determinanti le forme di garanzia del principio di indipendenza della magistratura e dei singoli giudici¹⁵.

Non possiamo dimenticare, poi, la svolta che ha impresso allo studio della giustizia costituzionale; all'inizio degli anni '80 del secolo scorso, questo settore di studi era diventato uno dei più importanti del diritto costituzionale, sulla scia di opere di alto livello scientifico (a partire dal contributo di Crisafulli e poi di Modugno, Onida, Zagrebelski, Mezzanotte ed altri che non posso qui ricordare), con una copiosa fioritura di scritti che accompagnava il lavoro della nostra Corte costituzionale, tutti improntati ad una visione nazionalista o, al più, tesi a ricercare le radici del controllo accentrativo di costituzionalità nella teoria kelseniana e di coloro che l'avevano avversata.

299

Nel saggio del 1982 pubblicato su *Quaderni costituzionali*¹⁶, che abbiamo già ricordato, AP è il primo studioso italiano dopo Cappelletti ad affrontare l'argomento in una prospettiva che guarda alla comparazione e che propone modelli di riferimento nuovi, come risultanti dalle esperienze nordamericana e da quelle che si stavano diffondendo e consolidando negli stati dell'Europa occidentale. L'indicazione di questi "sistemi", basati sui caratteri dell'astrattezza o della concretezza del controllo, realizzabile secondo diverse modalità, così come l'individuazione di sistemi misti, sono diventate da allora un passaggio obbligato da cui ripartire per tutti coloro che successivamente sono tornati ad occuparsi dell'argomento. E non si è trattato solo del conseguimento di un risultato di alto

¹⁵ Numerosi sono gli scritti dedicati all'argomento; per tutti, v. *Sistemi giuridici comparati*, 2°, cit., 215 ss.; voce *Ordinamenti giudiziari e professioni giuridiche*, in *Enc. Scienze Sociali*, VI, Roma, 1996, 375 ss. (ora disponibile anche *on line*).

¹⁶ Da ultimo cfr. anche la voce *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. Dir., Annali* 1, 2007.

valore scientifico, la conoscenza di questi scritti, insieme a quelli di altri importanti studiosi come Luis Favoreu e Francisco Rubio Llorente, comunque legati ad AP anche da un rapporto di amicizia oltre che di collaborazione, ha contribuito alla diffusione della giustizia costituzionale quale pilastro del costituzionalismo europeo del XXI secolo, almeno fino a questo momento.

5. Le fonti del diritto

Ritengo, tuttavia, che il settore degli studi che più di ogni altro ha beneficiato dell'apporto di AP sia stato quello delle fonti del diritto, in una prima fase limitatamente al sistema italiano (con l'attrazione al diritto costituzionale dei relativi studi ed un'indagine che valorizza il principio di effettività – profili di cui non devo occuparmi in questa sede), successivamente nell'ottica della comparazione e del prisma sovranazionale, che ancora una volta segna un distacco rispetto alla tradizione del costituzionalismo italiano, ispirato all'inquadramento teorico, ai riferimenti alla giurisprudenza costituzionale ed alla prassi¹⁷. I contributi sono molteplici e gli scritti elaborati numerosi, mi limito a considerare solo due questioni, trascurandone altre di grande rilievo come quella del diritto transnazionale e del ricorso alla comparazione come possibile ausilio interpretativo.

La prima attiene alla classificazione delle fonti in ragione del loro processo di formazione, o meglio della loro diversa origine, che costituisce anche la base della loro legittimazione¹⁸. Una ricostruzione che solo in parte pare influenzata da una precedente elaborazione di Renée David¹⁹ e che successivamente è stata riconsiderata da altri studiosi europei²⁰. Così, le fonti politiche, nelle loro molteplici manifestazioni, si producono per atti di volontà riconducibili ad autorità legittimate dalla forza o dal consenso da cui discende il principio di maggioranza; le fonti giurisprudenziali, anch'esse non limitate al solo precedente giudiziario, sono il frutto della perizia tecnica e della capacità di ragionamento dei giuristi; le fonti consuetudinarie hanno un'origine nella tradizione sociale determinata da comportamenti standard; le fonti convenzionali sono riconducibili all'accordo dei contraenti-destinatari; le fonti divine, come quelle politiche, sono il frutto della decisione di un'autorità (stavolta sovrannaturale e pertanto in assenza di procedure), garantita dalla minaccia di sanzioni ultraterrene. Queste sono le uniche forme per mezzo delle quali sinora il diritto è stato prodotto e ciascun ordinamento giuridico si compone attraverso la combinazione di alcune di esse e

¹⁷ La produzione italiana in tema di fonti del diritto è stata e continua ad essere di altissimo livello, unica nel panorama europeo e forse mondiale. Anche in colloqui privati, AP osservava come tutti i volumi dedicati allo studio delle fonti sottolineassero proprio l'aggettivo italiano; si pensi, per tutti, a L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, un compendio, peraltro magistrale. Sull'impossibilità di studiare il tema delle fonti del diritto guardandolo esclusivamente dal punto di vista dello Stato in cui lo studioso opera, cfr. *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, p.1687 ss.

¹⁸ Su questo v. *Sistemi giuridici comparati*, 2°, cit., 259 ss.

¹⁹ Cfr. R. David, *Sources of Law*, in *Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, cap. 3, Tubingen, 1984.

²⁰ Si pensi alla modellistica di J. Vanderlinden, *Comparer le droits*, Viegen, 1995.

del valore che viene loro riconosciuto, con caratteri di maggiore o minore complessità, con l'osservazione ulteriore che, nei sistemi giuridici avanzati dell'era contemporanea, le fonti politiche e quelle giurisprudenziali hanno avuto importanza maggiore rispetto alle altre.

Questa ricostruzione era stata preceduta dall'elaborazione del concetto di "fonte culturale"²¹ contrapposto a quello di fonte politica, un'alternativa che prescinde dall'efficacia normativa rispettivamente riconosciuta dalle norme sulla produzione giuridica e si radica nell'esigenza insopprimibile di conferire forme di razionalità al sistema giuridico²² e che giustifica l'attenzione che da sempre AP ha dedicato al fenomeno del precedente giudiziario.

Già in questi scritti si poneva già il problema, all'interno della tradizione giuridica occidentale, del superamento del sistema westfalia, incentrato sul tentativo di assicurare un dominio al solo diritto legislativo. Di questo AP torna ad occuparsi in scritti ben più recenti²³, in un'epoca in cui la globalizzazione economica ha fatto saltare modelli e schemi consueti, imponendo di ragionare in modo, appunto, "globale", con una conferma del metodo di cui il Maestro era stato un precursore. Di questo adesso non possiamo occuparci.

Molto altro si potrebbe aggiungere, mi limito solo ad una chiosa finale di carattere personale. Considero un privilegio avere conosciuto Alessandro Pizzorusso ed aver potuto beneficiare del suo insegnamento, lavorando al suo fianco per un tratto non breve delle nostre vite.

²¹ Cfr. *Fonti "politiche" e fonti "culturali" del diritto*, in *Studi in onore di E.T.Liebman*, Milano, Giuffrè, 1979, I, p.327 ss.; ma già in *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 1977, 25 ss., ove per valorizzare l'importanza dell'elemento culturale si richiama la dottrina di A. Gramsci dai *Quaderni dal carcere* (p. 27).

²² Non deve stupire che AP includa tra le fonti giurisprudenziali le attività di razionalizzazione inserite nei procedimenti di formazione del diritto politico, quali i pareri del *Conseil d'Etat* francese o le *Law Commissions* dell'esperienza britannica.

²³ Cfr. *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI° secolo*, in Archivio.rivistaAic.it, oltre a *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005.

Creating a market for refugees in Europe[♦]

by Peter H. Schuck

This year we have seen a record number of refugees trying — and too often dying — to get across Europe's Mediterranean frontier, propelled by brutal wars, the collapse of Libya and other states, environmental disasters and grinding poverty that both cause and feed on this human misery.

The seemingly unending flow of migrants, on top of earlier flows by economic migrants desperately seeking entry to Europe's common labor market, has thrown the Continent's politics and policy makers into crisis, placing support systems under strain and fueling a surge in right-wing extremism.

Given Europe's commitment to a humanitarian policy, the question is not whether to let the genuine refugees in, but where they should go. The European Union is considering a system of quotas that can both distribute the burdens of refugee protection among participating states and create alternatives so that migrants won't be forced to pay smugglers to cram them into unseaworthy vessels and dump them near shore, or worse.

Negotiating such a system will be very difficult. Countries have an incentive to free-ride on their neighbors' benevolence. They also know that it gets harder to send refugees back home the longer they remain, so they offer only temporary safe haven, if that. Some states, like Germany and Sweden, did more than their share in past crises and may want their quotas lowered to reflect this.

Refugees also have diverse incentives: Although all want protection, many hope to end up in prosperous countries where they might settle permanently; others hope to return home as soon as conditions permit.

A scheme allocating protection burdens according to each state's capacities, much as the European Union is likely to adopt, is essential. A regional authority should calculate each state's fair share using objective criteria such as gross domestic product, population and land mass. (The formula might also grant credits for past protection efforts.) It should also estimate how many refugees need protection, temporary or permanent, and how many of those can legally qualify for it — mere economic migrants cannot.

Here's my proposed innovation: The agency should create and regulate a market in which states can buy and sell all or part of their protection quota obligations. Both the agency

[♦] A version of this op-ed appears in print on June 9, 2015, on Page A23 of the New York edition with the headline: Creating a Market for Refugees in Europe.

and the selling state must enforce international standards to ensure that the receiving state protects the human rights of those it agrees to accept.

Just as cap-and-trade schemes enhance environmental protection, this market would maximize the number of refugees protected by exploiting differences in states' resources, politics, geography and attitudes toward newcomers. A more ethnically homogeneous or xenophobic state might eagerly pay a high price (in cash, credit, commodities, political support, development assistance or some other valuable) to more refugee-friendly states to assume its burden, rather than having to bring them in-country.

Such payments already take place, in a way: The United States and other countries sometimes pay other states to harbor immigrants; Australia just agreed to give Cambodia \$32 million to do so.

Almost by definition, such a market would produce more protection than the status quo does, while ensuring that each state does its share in one form or another and that human rights are respected.

Other questions must be resolved. For example, how much of a refugee's identity could states learn before trading? Could refugees veto being sent to a particular protecting state? (International law would say no — it merely bars returning them to persecution and requires a harboring state to meet their basic needs.) How would the agency enforce these obligations?

Some will object that the market element offends common morality by "commodifying" refugees. But if trading protects more refugees than the status quo does, under conditions at least as favorable to their human rights, the newly protected will surely welcome it — just as environmentalists now endorse the trading of pollution rights.

Critics need a reality check. Whether they object on the grounds of national interest, weak enforcement or on the fear of dehumanizing the people they are trying to help, they must recognize that these problems apply to an even greater extent to current refugee arrangements. We must not let the perfect be the enemy of the better; even an imperfect reform may still make more refugees better off.

Europe has several advantages in designing such a system. It is wealthy, faces long-term worker shortages because of low fertility, can work with the European Union's institutions and resources, and knows that prompt collective action is urgent — in contrast to, say, the Association of Southeast Asian Nations' recent disarray in the face of large refugee flows from Myanmar and Bangladesh.

Europe also can build on an earlier model. The Vietnam War and its aftereffects pushed out millions of refugees, who were then often turned back by some countries of first asylum. In 1979, after a tragically slow start, the United States assembled a large coalition to provide both temporary relief and permanent resettlement for some 1.7 million refugees — though not before countless thousands died. Adding a market element might have protected even more.

Refugees are no merchandise

by Carolus Grütters

Abstract: *I rifugiati non sono merce* – The paper focuses on refugees starting from Schuck's proposal to create a "market for refugees in Europe". Firstly, it analyses the framing of refugees as pollution. Secondly, it underlines that the terms refugees, migrants, and asylum seeker are frequently used interchangeably. Finally, the Author dwells on the problematic aspects regarding the refugees quota system.

Keywords: Refugees; Asylum seeker; Migrants; Quota system; European Union.

Peter H. Schuck wrote an intriguing opinion in the New York Times (9 June 2015) on the issue of refugees trying – and too often dying – to get across Europe's Mediterranean. He signals a 'seemingly unending flow of migrants' into Europe as a problem and suggests a solution: 'create (and regulate) a market in which states can buy and sell (...) protection quota'. The foreseeable objection that refugees are no commodities is rebutted suggesting that 'trading protects more refugees than the status quo does', followed by the comparison: 'just as environmentalists now endorse the trading of pollution rights'.

305

I had to read it a second time, but it was there: the suggestion that refugees are like pollution. I strongly object. In this response I would like to comment on a few issues in Schuck's Opinion. Firstly, the framing of refugees as pollution. Secondly, the indiscriminate use of related but different concepts like refugees, migrants, and asylum seekers. Thirdly and more extensive, a comment on the idea of a market regulating protection quota.

Firstly, the framing. According to Webster's dictionary pollution means: the action (or the state of) making impure or to contaminate with man-made waste. Using this term frames the discussion on refugees in a corner they do not belong. Refugees are victims of persecution, which makes them as such vulnerable. And although refugees tend to be on the run, it does not mean that they are to be considered as disposable or contamination. In doing so refugees are devaluated to something less than human beings; something you can bargain about. Instead, we should be talking about people who are fleeing home knocking on doors abroad asking for protection. In that context, an appropriate framing might have been First Aid Planning or even more simple, help instead of waste.

Secondly, the used terminology. Schuck's argument is about the protection of refugees. In that context it is not very helpful to switch – as Schuck does – rather seamless between different concepts as refugees, migrants, and asylum seekers. This

becomes rather problematic in his introduction in which he states: ‘the question is not whether to let the genuine refugees in, but where they should go’. Apparently the argument is about the second half of the statement: ‘where they should go’. However, he starts with ‘genuine’ refugees, as if there are different types of refugees: the genuine ones and the fake ones. To be clear, a refugee is a person who has well-founded fear of persecution. Whether he is recognized as such is independent of being one. If a person asks for protection he is labelled as an asylum seeker until his application has been assessed. After assessment such a person is no longer an asylum seeker but a migrant who is authorized to stay or not.

Thirdly, the market issue. This is a concept I would like to make several remarks on. The first is that the problem of (the existence of) refugees can only be solved if the conflicts that create them are resolved. That might sound like a cheap answer, but quite some discussions only tend to label refugees as a problem, which should be evaded or – as Schuck now proposes – sold to the highest bidder. The comparison with ‘cap-and-trade-schemes’ (trading emission rights) is therefore deceptive. It suggests that we should take it for granted that our society generates conflicts creating refugees: annoying but necessary. Whereas pollution might be seen as an issue that can be captured in quota, refugees can not. They are neither abstract nor necessary, but foremost victims who should be protected. Reasoning otherwise comes close to accepting refugees as collateral damage.

Another problem with the trading emission rights comparison is that emission rights are meant to stimulate manufacturers to shift to cleaner types of production. The cleaner the production, the less emission rights have to be bought, which should compensate for the costs of a cleaner or more sustainable production process. In a perfect situation emission rights would then stimulate this type of behaviour of manufacturers meaning that the ultimate goal of such a market would be a non-polluting production process and at the same time a market (of emission rights) that becomes redundant. Although this type of effect of a market is – in theory – justifiable, the prices of these emission rights are far too low in practice. The *euobserver* mentioned in 2016: ‘Polluting is simply too cheap to work as an incentive’ (Peter Teffer, ‘EU carbon credits drop below € 6’, in: *euobserver* 29 January 2016). Despite this practical problem, the comparison between emission rights and protection rights is problematic because one can hardly argue that the trading of protection rights will – in the end – stop conflicts that create refugees.

But let’s have a closer look at Schuck’s proposal. He starts with a quota system in which a particular formula calculates each EU Member State’s fair share. Interestingly, such a system has already been tried. In 2015, the European Commission agreed about the relocation of 160,000 people to other Member States. Two years later in 2017, the Commission reported that some 12,000 people had been relocated, i.e. 7.5% of the original task. Apparently, this is not working. The question ‘why’ relates to at least three aspects.

The first is that the formula used by the European Commission to calculate the quota is not transparent but flawed. Although specified as objective, the list of quota based on this formula is unexplainable if one does not ‘throw in’ some political factors or opinions. Cyprus, for instance, which has some 1.2 million inhabitants is supposed to relocate 0.4% of the total number whereas Malta (also located as an island within the Mediterranean with only a third of Cyprus’ population and less than half of the GDP per capita compared to Cyprus) is supposed to relocate twice as much. Thus, Malta

exceeds Cyprus by a factor of six, which is not explained by other objective circumstances.

A second problem with this quota system is that, even if one agrees on the actual size, there is a difference between obligations agreed upon and the actual fulfilment of these obligations. The practice for example of donor conferences trying to collect financial support for international aid proves time and again that you can put anything on paper, paper won't blush.

A third problematic aspect of a quota system – based on a fair distribution and a practice in which each country takes its share – is concerned with the difference between the receiving countries, i.e. the Member States of the European Union. This is relevant because, currently, refugees who are allowed to stay in one country are not allowed to move to another country. Meaning, that starting from the moment refugees are allotted to a country, these refugees have a restricted freedom of movement in terms of the places they can move to and settle. However, the whole idea of the European Union is based on the idea of free movement, and the introduction of restrictions of movement has to be verifiable and realistic. Paradoxically, if these settlement restrictions would not stand, the whole idea of using quota would be pointless. So, the question rises whether countries would simply accept quota knowing that a substantial part will move on to a limited number of countries within the EU.

Finally, the market mechanism itself. Let's suppose that the aforementioned objections have been resolved and the only issue left on the table is about the market itself. Schuck suggests that a market will enhance the protection of refugees. I don't see why and how. Suppose that we have a list of quota and that for one reason or another country A wants to accept *more* refugees. Country A can only do so by asking on this market whether there is another country B that wants to reduce its share for whatever reason. Normally, if you want something on a market you offer a certain price to the seller hoping that this offer will be accepted. On this protection rights market, however, country A can only do 'more' if country B is willing to pay for that. So, the incentive to protect more is primarily depending on the resistance of other countries not to protect. Thus, such a market can only redistribute to a certain extent those already admitted; it cannot and will not increase to total number of protected refugees.

307

And how about the other way around? What happens if country B wants to get rid of (a part of) its share of obligations to protect? Country B cannot offer on this market the protection *rights* to country A. No, country B can only try to outsource its obligations to country A. Such payments already take place – as Schuck rightly states. However, Schuck mentions this within the context that it is successful. But it is not. Paying other countries to take care of refugees means in practice the simple prevention of entry of these refugees. The message then is: keep these people out of my country and I will pay you for that. This, however, has nothing to do with the *protection* of refugees but only with *excluding* people.

In the jargon of policy makers this is called migration management, a euphemism for closing the borders. Australia is doing that; it pays countries like Indonesia considerable amounts of money to prevent refugees to set foot on Australian soil. However, Indonesia has not ratified the Refugee Convention (or its Protocols), which means that the concept of a refugee does not exist in the legal perspective of Indonesia and these people are not protected but only labelled as irregular migrants.

Or take Turkey, which has been paid by the European Union to ‘keep’ the people who would otherwise try to get to Europe. Yet, Turkey only recognizes refugees if they come from Europe itself, not from countries outside Europe. This means that refugees are excluded and not protected.

So we have to draw the conclusion that a market for refugees as meant by Schuck in order to increase the number of protected refugees won’t work. The only thing that will happen – if not already happens – is that certain countries will pay for *not* having to comply with the obligations imposed by the Refugee Treaty. Subsequently, the number of refugees that will be kept outside safe areas, i.e. European Union, will increase whereas the actual number of protected refugees will decrease. So, adding a market element, as Schuck suggests, will make things worse for refugees – not better.

Creating a European market for refugees?

by Mario Savino

Abstract: *Creare un mercato europeo dei rifugiati?* – The idea to establish a European market of refugee quotas, although promising for the flexibility that it would introduce into the European asylum system, raises doubts about its feasibility and adequacy to the current regional context. Firstly, however iniquitous and obsolete, a distribution of the refugee burden already exists at EU level: negotiating in the shadow of the non-cooperative legal framework designed by the Dublin III regulation constitutes a significant constraint. Secondly, for the EU and its Member States, externalizing the burden of refugee protection (burden-shifting) is a much less divisive strategy than internalizing it (burden-sharing). Thirdly, the ‘commodification’ of refugee protection might produce an unintended consequence: to the extent that it legalizes the ‘welcome-or-pay’ alternative, it could paradoxically ‘crystallize’ the existing uneven distribution of the refugee burden both inside and outside the EU.

Keywords: Common European Asylum System, Dublin regulation, refugee market, relocation, resettlement, burden-sharing.

309

1. How feasible? Negotiating asylum reform in the shadow of the Dublin non-cooperative framework

Reforms do not take place in a legal and political void. Policies are path dependent. When extraordinary and dramatic events – such as the movement of millions of refugees towards Europe – challenge the *status quo*, the legal setting that harbors it may curb the need for change and constrain the search for the best possible solution. This is also the case with the Common European Asylum System (CEAS). Its cornerstone – the Dublin regulation – is the elephant in the room: it hardly helps to level the political battlefield and to counter the free-riding approach of reluctant Member States. This, in turn, inevitably narrows the debate on alternative solution.

The Dublin system, in fact, places the primary responsibility for examining applications for international protection on the Member State of first entry, where the applicant irregularly crossed the border from a third country.¹ The aim of that provision is both to encourage the Member States to control the external EU border, and to discourage secondary movements and forum shopping by applicants. In principle, if applicants would arrive in Europe by air in an orderly way, the system might work.

¹ Art. 3, § 1, Regulation no 604/2013 of the European Parliament and the Council of 26 June 2013 (Dublin III Regulation).

However, in a context where most applicants for international protection arrive by boat, such a system determines an evident asymmetry in the distribution of the burden among EU partners, at the expenses of the most exposed Mediterranean Member States, namely Greece and Italy. If the fear of becoming first-asylum state is the main incentive for burden-sharing,² the current system further reduces that incentive and paves the way to the non-cooperative strategy of most Northern and Eastern Member States.

Any attempt to radically reform the CEAS should come to terms with this reality. To many reluctant EU partners (so far, a solid majority in the Council), the main political concern pertains to security and translates into the following question: how to limit the secondary movement of asylum-seekers and how to prevent the “wave through” policy that the most affected (Southern) Member States might be tempted to enact. This overarching non-cooperative framework is nourished both by the terrorist threat and by the imbalances that the Dublin system perpetuates. For many national leaders, the most convenient option is to reintroduce border controls in the Schengen area, rather than to accept a costly burden-sharing mechanism.

The endurance of the Dublin regime explains several key features of the current refugee crisis:

- the manifestly disproportionate burden that Greece (especially until the closure of the “West Balkan route” in March 2016) and Italy have carried so far in managing – on behalf of the EU and its area of freedom, security and justice – the large-scale influx of refugees from the Middle East and the Sub-Saharan Africa;
- Merkel’s humanitarian decision, during the late summer 2015, to unilaterally “exempt” Syrian nationals from the Dublin system, in order to allow hundreds of thousands of refugees to lodge their asylum requests directly in Germany rather than in the Member States of first entry;³
- the establishment, in September 2015 (with Council decisions 2015/1523 and 2015/1601), of an emergency mechanism which involves a temporary suspension of the Dublin rules and is aimed at “relocating” within two years 160 000 third-country nationals who lodged applications for asylum in Italy and Greece:⁴ a largely missed target, due to the reluctance of many EU partners;⁵

² P.H. Schuck, *Refugee Burden-Sharing: A modest Proposal*, in *Yale Journal of International Law*, 1997, vol. 22, 243 ss., spec. 275.

³ This “exemption”, adopted on 21 August 2015, was repealed in November 2015.

⁴ Decision 2015/1601 also introduced a distribution key and it was adopted by qualified majority, with the contrary vote of Czech Republic, Hungary, Slovakia and Romania. Hungary and Slovakia, supported by Poland, have challenged its legality before the Court of Justice (a first hearing took place on 10 May 2017).

⁵ Until May 2017, 6 896 applicants from Italy and 13 973 from Greece have been relocated to other EU Member States, for a total of less than 21 000 implemented transfers. The target of 160 000 relocations by September 2017 set by the mentioned Council Decisions is patently unreachable. While most EU partners reluctantly cooperate, three EU countries (Hungary, Poland and the Czech Republic) are not relocating from Greece and Italy, thus breaching their legal obligations. Yet, no infringement procedures against those countries has been brought so far. See European Commission, *Thirteenth report on relocation and resettlement*, COM(2017) 330 final, 13 June 2017.

- the recent claim of Advocate General Sharpston that the current Dublin system cannot reasonably be expected to work, and its criteria correctly applied, in conditions of mass inflow of people.⁶

Despite all its structural weaknesses and shortcomings,⁷ the Dublin system resists and feeds a non-cooperative game at EU level. The European Commission has tried to tame the elephant instead of throwing him out of the room. It has proposed to supplement the Dublin rules with a corrective allocation mechanism, which would be triggered automatically when a Member State faces a disproportionate number of asylum-seekers, i.e. when that number exceeds 150% of each State's 'hidden' quota (based on the size of the population and the GDP). If a Member State decides not to accept the allocation of asylum-seekers from a Member State under pressure, a 'solidarity contribution' of 250 000 € per applicant should be paid.⁸ At the same time, however, the Commission has acknowledged that, although "the current Dublin system was not designed to ensure a sustainable sharing of responsibility for applicants across the Union", that system "should be preserved" in the absence of a politically viable alternative.⁹

The proposal advanced by the Commission has met strong resistance, especially from the Eastern European bloc, which does not accept to pay for a right (to exclude migrants) that they regard as 'sovereign' and unfettered.

The European Parliament, however, has proposed amendments not only to make the corrective mechanism less exceptional,¹⁰ but also to replace the optional formula proposed by the Commission ('welcome-or-pay') with a mandatory participation to the relocation scheme, and the exclusion of non-cooperative Member States from access to EU solidarity funds (i.e. EU structural and investment funds).¹¹

The position of the European Parliament has been clarified by the rapporteur in the following terms: "Allowing other Member States to buy themselves out from the system would not be fair to frontline Member States and for such a system to work the cost of the opt out would have to be so dissuasively high that it would become fundamentally unfair also to less economically strong Member States."¹²

This argument aptly captures the problem that the creation of a market for refugees would entail. The 'commodification' of refugee protection – which would

⁶ Opinion of Advocate General Sharpston, delivered on 8 June 2017, Case C-490/16, *A.S. v Republic of Slovenia*, and Case C-646/16, *Jafari*, §§ 236-237.

⁷ This reality has been widely acknowledged both by the European Council (EUCO 19.02.2016, SN 16/16) and the European Parliament (see resolutions of 12 April 2016 on the situation in the Mediterranean and the need for a holistic EU approach to migration: 2015/2095(INI), and resolution of 10 September 2015 on migration and refugees in Europe: 2015/2833(RSP)).

⁸ Art. 37 of the Proposal: see European Commission, COM(2016) 270 final, p. 19 and 68.

⁹ European Commission, Proposal for a Regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), COM(2016) 270 final, 4 May 2016, p. 3-4.

¹⁰ Transfers of asylum-seekers to other EU countries should be automatically triggered when the first country has reached 100% of its allocated share (not 150%, as proposed by the European Commission): see Article 34(2) of the Proposal, as amended by the Rapporteur Cecilia Wikström (see Draft Report to the LIBE Committee, 24 February 2017, www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-599.751+02+DOC+PDF+V0//EN&language=EN).

¹¹ See amendment to Article 43 b in Wikström's Draft Report to the LIBE Committee.

¹² Wikström's Draft Report to the LIBE Committee, p. 74.

result from the trading scheme proposed, *inter alia*, by Professor Schuck – might produce, in the present context, an unintended consequence: to the extent that it legalizes the ‘welcome-or-pay’ alternative, it could paradoxically ‘crystallize’ the current uneven distribution of the refugee burden both inside and outside the EU.

Inside the EU, whereas the relatively poorer countries of the Eastern European bloc would simply refuse to pay, richer Northern States might accept to pay the bill in order to keep asylum seekers at safety distance, thus leaving the burden of reception again to the Southern EU countries of first landing. Similarly, *outside the EU*, third-countries like Turkey, (what remains of) the Libyan State and the Sub-Saharan countries would continue to receive EU funding in exchange for their more or less credible commitment to protect asylum seekers in their territory and avoid their arrival on European shores. The promised market revolution might paradoxically uphold the *status quo*.

2. How satisfactory? The external dimension and the temptation of burden-shifting

The European refugee crisis is part of a broader migration crisis. Its triggering factor is the current absence of proxy control previously exercised by the Southern and Eastern Mediterranean States on behalf of European countries. The ‘Arab Spring’, the Syrian conflict, the spread of ISIS and the failure of the stabilization process in Libya have resulted in the ‘fading’ of institutions in key third countries. Taking advantage of this power vacuum, criminal organizations have strengthened human trafficking and earned high profits.

312
The restriction or complete closure of regular access channels to the European labor market has paradoxically exacerbated the loss of control over migration flows across the Mediterranean. In the last three years, 1,6 million migrants have reached the European shores irregularly. In the lack of an alternative legal path, after landing, most migrants have applied for international protection, although not qualifying for it; and many of them have seen their applications rejected. In 2016, out of 181 436 migrants arrived by sea on the Italian shores (mainly from Sub-Saharan Africa), almost 70 % (123 482) asked for international protection and 62 % of the processed requests have been rejected¹³.

Moreover, only a tiny share of those unauthorized migrants can be repatriated, due to the limited effectiveness of European return policy. All the other migrants remain on the European soil without permission. This reality inevitably affects the free movement in the Schengen area, fuels a circuit of illegality that stretches from the countries of origin to the countries of destination, and ultimately nourishes the anxieties of European citizens about their security.

This evolution of the migration crisis has contributed to a partial reversal of political priorities at EU level. In 2015, the influx of almost 1 million Syrian refugees and the German decision to welcome them emphasized the shortcomings of the EU asylum policy and the lack of an adequate burden-sharing mechanism. However, the closure of the Western Balkan Route in March 2016 has imposed the cooperation

¹³ M. Savino, *La risposta italiana alla crisi: Un bilancio*, in Id. (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 13-32, at 23.

with key third countries as the privileged means to achieve the paramount end: ‘stemming the flow’ and keeping displaced individuals away from European shores.

This silent shift of the political focus from internal burden-sharing to external burden-shifting has much to do with the difficulties that the EU is facing in defeating the protectionist attitude of Member States. Challenged with questions on how they intend to share the refugee burden that only few Member States hold, free-riding national governments point to ‘containment’ as a common strategy to regain control over migration flows, cut down the arrivals of asylum seekers, prevent the abuse of European asylum law and, ultimately, shift the burden of reception on third states.

The ongoing crisis has therefore convinced European leaders of the need to invest, wherever possible, their political and financial assets to obtain the cooperation of key third countries of transit. The EU-Turkey ‘statement’ of 18 March 2016 is the most evident outcome of this strategy. Far from promoting an effective burden-sharing, the check of 6 billion euros used to buy the cooperation of the Turkish government has allowed the EU to enforce its strategy of burden-shifting.¹⁴ Another evidence is the agreement on migration control that the Italian government has concluded in February 2017 with the precarious Libyan State, under the auspices of the European partners.¹⁵ How would a European market of refugee quotas fit into this expanded picture, where any chance to openly discuss and assess the EU ‘absorption capacity’ seems to be ruled out by the deceptive ‘stemming the flow’ mantra?

If one shares Professor Schuck’s optimistic assumption that, “[J]ust as cap-and-trade schemes enhance environmental protection, this market would maximize the number of refugees protected by exploiting differences in states’ resources, politics, geography and attitudes toward newcomers”,¹⁶ a promising answer can be foreseen: if the proposed trading scheme would succeed in expanding the capacity of the European refugee quotas beyond the needs of internal relocation (essentially from Italy and Greece), the same scheme could also pave the way to a (more) credible EU resettlement program from those third countries that host millions of refugees at the gates of Europe.¹⁷ Internal solidarity would go hand in hand with external solidarity and the European refugee market would translate into a Mediterranean market where the EU accepts to bear a burden that is proportional to its wealth.

However, two antagonist dynamics suggest a more realist view.

On the one hand, Western States traditionally tend to avoid the creation of a truly “globalization” of asylum regimes because of the “pull factor” that it may enact.¹⁸ It is far more likely that EU Member States will continue to favor a combination of limited internal burden-sharing and extensive external burden-

¹⁴ As of 9 June 2017, under the ‘1:1 scheme’ thereby provided, the total number of Syrians resettled from Turkey to the EU is 6,254: a drop in the ocean of almost 3 million refugees currently hosted in Turkey: see European Commission, *Sixth Report on the Progress made in the implementation of the EU-Turkey Statement*, COM(2017) 323 final, 13 June 2017, p. 9.

¹⁵ Malta Declaration by the Members of the European Council on the external aspects of migration: addressing the Central Mediterranean route, La Valletta, 3 February 2017.

¹⁶ Peter H. Schuck, *Creating a Market for Refugees in Europe*, in *New York Times*, 9 June 2015.

¹⁷ The top six refugee-hosting countries in the world currently are Turkey (2.9 millions), Pakistan (1.4 million), Lebanon (1 million), Iran (980 000), Uganda (941 000) and Ethiopia (792 000): see UNHCR, *Figures at a glance* (<http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>).

¹⁸ M.J. Gibney, *Forced Migration*, cit., p. 59.

shifting, with the perpetuation of thin resettlement schemes, used as fig leaf to keep refugees away.¹⁹

On the other hand, only a serious commitment to resettle (a significant share of) refugees in the Mediterranean area could make the European policy of externalization of border controls sustainable in the long run. By receiving 1 million refugees in 2015–2016, Europe gave an important yet minor contribution, both in relation to its demographic and economic dimension (the EU has an ageing population of 500 million people – less than 7 percent of the world population – and a GDP that represents 26 percent of the world economy) and in relation to the latitude of the current humanitarian crisis: in the Mediterranean area, there are more than 10 million refugees.

This situation entails very high costs, difficult to sustain in the long run for the various actors involved. There are social and political costs for the third countries of transit that accept to cooperate with the EU and that, as a consequence, inevitably become top refugee-hosting countries. There are humanitarian costs for asylum-seekers and migrants in general, who remain ‘trapped’ for months or years in countries where the level of protection of human rights is significantly lower than in Europe. And there are costs for the EU and its Members States as well: leaving aside the funding that is necessary to buy the reluctant cooperation of third countries, there are non-negligible political costs resulting from “a dynamic in which the European project is no longer seen as an expression of Europe’s liberal universalism but as a sour expression of its defensive exceptionalism”.²⁰

In the proposal advanced by Professor Schuck, a clarification on this crucial point – if and how to resettle displaced persons from overburdened third countries – is missing. Is the creation of a regional market of refugee quotas consistent with (or somewhat related to) the introduction of a credible program of resettlement? Would that trading-scheme selectively include key third countries of transit or refuge, like Turkey, Libya or Lebanon? Wouldn’t such an enlarged trading-scheme ironically perpetuate the post-colonial idea that European States contribute only financially, while Middle-Eastern and African countries bear the social, administrative and political costs of the refugee crisis? And what about the standards of human rights protection that asylum seekers and refugees are entitled to? Can Libya and other poor or unstable third countries satisfactorily guarantee them? Should a refugee trading scheme involve only States with acceptable human rights records?²¹ Shouldn’t this concern be part of a more sustainable European asylum policy?

These pressing questions confirm the complexity of the issue: no magic formula can square the circle. Any attempt to reform the European asylum regime should come to terms with the fact that there is only a very narrow passage between the Scylla of the internal Dublin rules and the Charybdis of the external burden-shifting practice. Both these uneven distributive strategies have deep roots in the EU

¹⁹ The current European resettlement scheme, approved by the EU Council on 20 July 2015, provides for the resettlement of 22,504 refugees within 2 years. Beyond the limited implementation of this measure, there is an evident problem of magnitude of such schemes.

²⁰ Cfr. I. Krastev, *After Europe*, Penn Press, 2017, p. 7.

²¹ See, e.g., M.J. Gibney, *Forced Migration, Engineered Regionalism and Justice between States*, in S. Kneebone and F. Rawlings-Sanaei (eds.), *New Regionalism and Asylum Seekers: Challenges Ahead*, Oxford, Berghahn Books, 2007, p. 57 ss., spec.

legal and political setting. And both of them have the strength to bend the market logic to the preservation of the *status quo*.

3. Any alternative?

In his seminal article on refugee burden-sharing (1997), Peter Schuck observed: “Precisely because the altruistic motives for burden-sharing are so weak, [liberal] powerful states have strong reasons to induce others to cooperate by manipulating the formidable carrots and sticks that the powerful states control”²². This observation suits well to the European context, where the prospects of a more adequate burden-sharing system crucially depend on the commitment of “big” States like Germany and France. Nonetheless, the creation of a European market of refugee quotas would raise at least two problems.

The first one is internal to the EU: however iniquitous and obsolete, a distribution of the refugee burden already exists and is set by the Dublin III regulation. Negotiating in the shadow of the non-cooperative legal framework designed by the Dublin rules constitutes a significant constraint, which makes two scenarios more likely and, perhaps, promising.

In a first ‘stick-oriented’ scenario, powerful states may impose (by qualified majority) a quota system on the reluctant Visegrad countries, under the threat of excluding them from access to the EU structural funds (of which those countries are net beneficiaries).²³ In this case, the correction offered by the proposed trading system would hardly be beneficial, since Eastern European States would not accept to pay any (high) price to avoid a burden that they find incompatible with their nationalist vision of State sovereignty.

In the alternative “carrot-oriented” scenario, Germany and France may launch an ‘enhanced cooperation’ between the EU partners who acknowledge that a proportionate refugee burden-sharing is necessary for the survival of the Schengen area. In this scenario, a permanent mechanism of relocation, built upon a combination of criteria (GDP, population and land mass, past protection efforts, unemployment rate and/or else), may be preferable – in terms of reciprocal trust between partners and reliability of their commitment to solidarity – to the provision of a market-like mechanism of quota adjustment, as it may be(come) a potentially divisive escape for richer states. Other Member States will join that avant-garde if and when they perceive the convenience to be part of that more exclusive and cohesive club.

The second problem relates to the external dimension of the European asylum policy: a policy that is increasingly oriented towards externalizing EU border control. Instead of accepting credible resettlement schemes which would imply an effective burden-sharing, the EU and its Member States will probably continue to use their financial leverage to keep refugees and other categories of unauthorized migrants at distance, in the territory of third cooperating countries. After all, for the European Union, externalizing the burden of refugee protection is a much less divisive strategy than internalizing it.

²² P.H. Schuck, *Refugee Burden-Sharing*, cit., spec. 275.

²³ As proposed by the EP rapporteur Cecilia Wikström (*supra*, § 1).

Assessed against this backdrop, the proposal to create a regional refugee market looks even more problematic. First, it is by no means clear whether that market would be exclusively European or inclusively Mediterranean. Secondly, due to the marked financial disproportion between EU and non-EU countries, any trading scheme would make the alternative ‘welcome-or-pay’ illusory: the former countries would (more or less gladly) pay for the reception services carried out by the latter ones. The risk is there that a trading-scheme serves to legally sanction the existing unfair distribution of the refugee burden between the EU and its neighboring countries.

Perhaps it is time to treat this seemingly intractable issue with the elaboration of a more comprehensive therapy, which links the asylum reform to the development of a common policy on economic migration. The rise in the number of both asylum requests and their rejection in Europe shows that the current immigration system incentivizes abuses of the European refugee protection system. This is mainly due to the lack of legal paths to the European job market. When migrants reach the Italian or Greek shores, they are left with no alternative: the only legal way to be temporarily admitted is to apply for international protection even when the requirements are missing. These mixed economic/humanitarian flows not only fuel the illegal traffic of migrants in the Mediterranean. They also exacerbate the problem of reception and selection of migrants and, thus, they strengthen the non-cooperative position of those Member States that do not accept to share the burden until those flows stay out of control.

It would be difficult to create a balanced relocation system within the EU and/or a credible resettlement program from third countries, unless a significant number of Members States accept to open legal channels of access to their job market.²⁴ This opening would help to select the migrant workers that the ageing old continent needs, to separate economic and humanitarian flows, and, as a result, to lighten the refugee burden that European countries would be required to share. At that point, the issue of burden-sharing might become a more tractable one.

²⁴ This reform would not entail any indiscriminate access to the European job market. It would rather involve a more comprehensive and coordinated European approach, based on “entry quotas for workers, information on job opportunities in Europe for third countries nationals, pre-departure measures (including language and vocational training) in collaboration with European companies ready to employ manpower from third countries, matching of demand and supply of jobs, professional and social integration in the host Member States, Erasmus Plus programmes for students and researchers”, as well as “initiatives on circular migration”, as proposed by the Italian government in its *Migration Compact. Contribution to an EU Strategy for External Action on Migration*, 15 April 2016, § 3.1.

Note e commenti

La Corte di Giustizia dell'Unione europea alle prese con una domanda ricorrente: che cos'è la disabilità?

di Paolo Addis

Title: CJEU's struggles with a recurring question: what is a "disability"?

Keywords: Disability; Anti-discrimination; Social policy.

1. – La Corte di Giustizia è ormai da alcuni anni impegnata nel plasmare una nozione di disabilità che sia applicabile all'interno del contesto delineato dal diritto dell'Unione europea; e la sentenza qui commentata aggiunge un'ulteriore tessera al mosaico che sta via via prendendo forma a seguito delle decisioni del giudice del Lussemburgo.

La Corte si è pronunciata in via pregiudiziale su una questione sollevata da un giudice spagnolo, a proposito della corretta interpretazione da dare agli artt. 3, 15, 21¶ 1, 30, 31, 34¶ 1 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché agli artt. da 1 a 3 della Direttiva 78/2000/CE.

319

I fatti della vita da cui scaturisce la sentenza in commento sono facilmente sintetizzabili. Il signor Daoudi viene assunto – nell'aprile 2014 - dalla Bootes Plus, in qualità di aiuto cuoco in un ristorante situato all'interno di un complesso alberghiero nei pressi di Barcellona. Inizialmente viene stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato; in un secondo momento, trascorsi alcuni mesi, il signor Daoudi e la Bootes Plus decidono di convertire il contratto a tempo parziale in un contratto a tempo pieno, raddoppiando il numero delle ore di servizio. La scadenza del contratto a tempo determinato viene frattanto prorogata. Nell'ottobre 2014, però, il signor Daoudi si procura una lussazione del gomito sinistro, cadendo accidentalmente all'interno della cucina in cui lavora. La lesione riportata richiede un'ingessatura e comporta un'invalidità temporanea. A quasi due mesi di distanza dall'incidente occorsogli, il signor Daoudi si vede recapitare una lettera di licenziamento disciplinare. Egli decide quindi di ricorrere al giudice competente in base alla normativa spagnola in materia di risoluzione delle controversie lavorative (il *Juzgado de lo Social* di Barcellona), al fine di far dichiarare la nullità del suo licenziamento. In primo luogo, egli eccepisce la violazione del suo diritto all'integrità fisica, tutelato dall'art. 15 della Costituzione spagnola del 1978 ("Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica e morale, e non può essere in alcun caso sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti. [...]"); in secondo luogo, il signor Daoudi rileva il carattere discriminatorio del suo licenziamento, dal momento che esso sarebbe stato causato dalla sua invalidità temporanea. E – secondo la ricostruzione da lui prospettata – tale invalidità, di durata incerta, rientrerebbe nella nozione di «handicap» cui fa riferimento la Direttiva 78/2000/CE, così come interpretata dalla Corte di giustizia nel caso *HK Danmark* (C-335/11 e C-337/11, dell'11 aprile 2013).

Il giudice del rinvio, appurata la sussistenza di un nesso causale fra invalidità e licenziamento, constata che nella giurisprudenza spagnola licenziamenti fondati su presupposti analoghi non vengono considerati come discriminatori e sono, pertanto, validi.

Egli, però, dubita della conformità della relativa normativa nazionale rispetto al diritto dell'Unione europea: se il signor Daoudi è stato discriminato a causa del suo handicap, il suo licenziamento ha avuto luogo in violazione dei diritti fondamentali sanciti dal diritto dell'Unione ed è non soltanto abusivo, ma radicalmente nullo. Quindi, sospeso il processo, il giudice nazionale sottopone alla Corte di Giustizia dell'UE ben cinque questioni pregiudiziali *ex art. 267 TFUE*.

La prima questione riguarda l'applicazione dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali anche ai casi di licenziamento di un lavoratore momentaneamente invalido. La seconda concerne la corretta interpretazione dell'art. 30 della Carta dei diritti, con particolare riguardo per la tutela da accordare al lavoratore licenziato per motivi arbitrari e senza giustificato motivo. La terza riguarda l'applicabilità degli artt. 3, 15, 31 e 34 della Carta dei diritti fondamentali e l'applicazione di “uno, alcuni o tutti” dei suddetti articoli ai casi in cui un lavoratore venga licenziato mentre sta ricevendo cure per un infortunio sul lavoro e si trova in una situazione di invalidità di durata incerta. La quarta domanda posta dal giudice spagnolo alla Corte del Lussemburgo è subordinata a una risposta affermativa della Corte alle prime tre questioni (o almeno a una di esse) e riguarda l'efficacia orizzontale delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali. Infine, la quinta questione, subordinata a una risposta negativa ai primi quattro interrogativi: la decisione del datore di lavoro di licenziare un lavoratore temporaneamente invalido a causa di un incidente sul lavoro rientra fra le “discriminazioni dirette fondate sull'handicap” a cui fanno riferimento gli artt. 1, 2 e 3 della Direttiva 78/2000/CE?

2. – Queste, dunque, le domande rivolte alla Corte di Giustizia dal *Juzgado de lo Social* n. 33 di Barcellona. La risposta della Corte sulle prime quattro questioni è piuttosto recisa: essa non ha le competenze necessarie per dare una risposta in merito. Tuttavia, a seguito di tale diniego, la Corte risponde alla quinta questione pregiudiziale propostale.

L'*iter argomentativo* del massimo organo giurisdizionale dell'Unione europea prende le mosse da un'osservazione preliminare sul contenuto e l'ambito di applicazione della Direttiva 78/2000/CE: quest'ultima – com'è noto – intende costituire un quadro generale per la lotta alla discriminazione basata sulla disabilità in ambito lavorativo. Di seguito, la Corte richiama l'approvazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (d'ora in avanti, semplicemente Convenzione ONU) da parte dell'Unione europea, avvenuta con la decisione del Consiglio 2010/48. A seguito di tale approvazione, le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di disabilità devono essere interpretate conformemente alla Convenzione stessa. Da ciò discende che la nozione di “handicap” contenuta nella Direttiva 78/2000/CE dovrà essere intesa “nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori”; ed a questa interpretazione la Corte di Giustizia si è attenuta in svariate altre decisioni, espressamente richiamate (oltre alla già menzionata Corte giust., sent. C-335/11 e C-337/11, 11-4-2013, *HK Danmark*, vengono citate Corte giust., sent. C-363/12, 18-3-2014, e Corte giust., sent. C-354/13, 18-12-2014, *Kaltoft* Corte giust., sent. C-312/11, 4-7-2013, *Commissione/Italia*). Con riferimento al caso di specie, la Corte di Giustizia rileva che la menomazione patita dal signor Daoudi è di carattere reversibile e che al momento dell'udienza davanti al Tribunale del lavoro di Barcellona, egli era aveva ancora l'arto lesionato immobilizzato, con un'evidente impossibilità di svolgere la sua attività professionale. Perché la sua situazione venga considerata come una condizione di disabilità, la limitazione della sua capacità deve essere duratura.

Lo è? Quanto deve perdurare una menomazione perché si possa parlare di un ‘handicap’ rilevante ai sensi del diritto anti-discriminatorio dell'Unione?

Per sciogliere questo nodo, la Corte deve partire del fatto che la Convenzione ONU nulla dice circa la nozione di “duraturo” di una menomazione fisica, mentale, intellettuale o sensoriale; né la Direttiva 78/2000/CE fornisce una definizione di disabilità o di durata della

stessa. Se così è, in assenza di un espresso rinvio al diritto degli Stati membri, la Corte si trova nella condizione di dover procedere a un'interpretazione autonoma e uniforme; nel caso di specie, ciò significa che il fatto che il signor Daoudi sia considerato come ‘temporaneamente’ invalido ai sensi della disciplina spagnola non esclude che egli venga considerato in una condizione disabilità duratura ai sensi del diritto dell’Unione, interpretato alla luce della Convenzione ONU. A questo punto, la Corte del Lussemburgo richiama una delle sue più controverse decisioni in materia di disabilità, Corte giust., sent. C-13/05, 11-7-2006, *Chacón Navas*: e ciò per rimarcare due aspetti rilevanti. Il primo, relativo al fatto che la valutazione circa il carattere ‘duraturo’ della menomazione deve essere valutato con riferimento al momento in cui è stata posta in essere la condotta discriminatoria. Il secondo, per sottolineare che l’importanza attribuita dall’Unione alle sue misure antidiscriminatorie dimostra implicitamente che esse scattino nei casi in cui esse comportino un ostacolo di lungo periodo alla vita professionale. Di seguito, la Corte precisa che nulla impedisce di affermare che una menomazione guaribile in tempi significativi e non ben definiti sia duratura. Tuttavia, i giudici del Lussemburgo non possono dare una soluzione definitiva al caso di specie: la decisione definitiva, basata su elementi fattuali, spetta al giudice del rinvio, che dovrà decidere basandosi “sugli elementi obiettivi complessivi di cui dispone, in particolare sui documenti e sui certificati concernenti lo stato di tale persona, redatti sulla base di conoscenze e dati medici e scientifici attuali.” In conclusione, la “durata incerta” della menomazione non implica automaticamente, secondo la Corte, che essa costituisca una disabilità. In casi come quello del signor Daoudi, però, si può ipotizzare che una menomazione sia duratura qualora, al momento della condotta discriminatoria, non vi sia una prospettiva riabilitativa definita temporalmente o nel caso in cui tale menomazione possa protrarsi per un lasso di tempo significativo.

3. – Il caso *Daoudi*, di cui si è offerta una sintesi nei paragrafi precedenti, è una delle ultime decisioni della Corte di Giustizia in materia di discriminazione in ambito lavorativo a causa d’una disabilità (per una sintesi dei casi affrontati nel corso degli ultimi anni si veda M. Pastore, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *RDSS*, XVI, 1, 2016, 199). Così come già avvenuto in precedenza, il giudice del Lussemburgo si è trovato a dover ragionare di sua nozione di disabilità, giacché – come già rilevato – nel diritto dell’Unione europea non se ne rinviene una definizione. D’altro canto l’opportunità o meno di collocare una definizione di disabilità all’interno della Convenzione ONU, cui la Corte di Giustizia ha volto lo sguardo in chiave ermeneutica, ha costituito uno dei punti più dibattuti all’interno dello *Ad Hoc Committee* che ha provveduto a redigere la Convenzione stessa (sul punto, si rinvia, da ultimo, a V. Della Fina, *Article 1*, in V. Della Fina, R. Cera, G. Palmisano (cur.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Cham, 2017, 94).

Nel primo caso in cui la Corte di giustizia si è trovata nella necessità di dover coniare una nozione di disabilità, il risultato è rimasto fortemente ancorato a quello che in letteratura è definito come modello medico-individualista della disabilità (per una disamina del quale si rimanda a M. G. Bernardini, *Disabilità, diritto, giustizia*, Torino, 2016, 10). La sentenza *Chacón Navas*, richiamata dalla Corte anche nel caso *Daoudi*, definisce infatti la nozione di handicap rilevante ai sensi della Direttiva 78/2000/CE come “un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale”; con ciò, la Corte adotta una prospettiva piuttosto angusta su ciò che costituisca una disabilità, forse spinta dal timore di un’eccessiva espansione del diritto antidiscriminatorio (in questo senso si veda M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in Id. (cur.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 99).

L’impostazione appena sopra delineata è stata poi superata grazie all’adesione dell’Unione europea alla Convenzione ONU; ciò ha consentito alla Corte di procedere a un *overruling* del caso *Chacón Navas* e ha dato avvio a una serie di pronunce in cui la definizione di disabilità utilizzata è ben più ampia e comprensiva (si vedano, in merito, i contributi di D.

Ferri – S. Favalli, *Tracking the Boundaries between Disability and Sickness in the European Union: Squaring the Circle?*, in *European Journal of Health Law*, 23, (2016), 5; A. Venchiarutti, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *NGCC*, 2014, 409 e L. Waddington, *Saying All the Right Things and Still Getting It Wrong. The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law*, in 22 MJ 4 (2015), 575); in una pronuncia del 2014, pure richiamata in *Daouidi*, ad esempio, la Corte ha valutato che – ad alcune condizioni – l'obesità possa essere considerata quale disabilità (si tratta della sentenza *Kaltoft*; per un commento si veda F. Cannata, *Nuovi sviluppi del diritto antidiscriminatorio europeo dopo il riconoscimento "condizionato" dell'obesità come disabilità da parte dei giudici del Lussemburgo*, in *Rivista AIC*, 2/2015).

Come si colloca la decisione del caso *Daouidi* in questo contesto?

Il problema che la Corte si è trovata ad affrontare era connesso, ancora una volta, a una questione definitoria; ed enucleare il concetto di disabilità, come è stato evidenziato in letteratura, costituisce un'operazione non agevole, date tanto la dinamicità e la poliedricità del fenomeno della disabilità quanto la considerevole stratificazione assiologica e culturale che esso richiama (si vedano, sul punto, L. Busatta, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. Cortese, M. Tomasi (cur.), *Le definizioni nel diritto*, Napoli, 2016 e M.G. Bernardini, *Disabilità*, cit., 1-74). Nel caso di specie, la Corte di giustizia pare aver tentato di seguire un approccio con cui, pur non discostandosi dal solco tracciato dalla Convenzione ONU, si rimanda la decisione sul punto della 'durata' della menomazione da cui – in combinazione con altri fattori – scaturisce una disabilità a una valutazione basata sia sulla situazione clinica della singola persona coinvolta, sia sul *quando* della condotta discriminatoria.

4. – Quindi, questo è il punto rilevante per i giudici nazionali che si troveranno a valutare questioni relative al licenziamento di persone con menomazioni temporanee: occorrerà fare riferimento a criteri di carattere oggettivo per determinare la sussistenza di un handicap che comporti il sorgere delle tutele derivanti dal diritto dell'Unione. L'evidenza cui essi dovranno volta per volta far riferimento sarà di carattere medico-scientifico. Ciò – è stato sottolineato in letteratura – non è privo di rischi, sotto diversi profili. Da ultimo, si pensi ai casi in cui non sia possibile pervenire a una diagnosi univoca, con più medici in contrasto fra loro; oppure, si pensi a persone con disabilità psicosociali o con problemi di salute mentale, al cui riguardo la prova della menomazione può essere più ardua rispetto ai frangenti in cui siano in gioco menomazioni fisiche (così L. Waddington, *Non-discriminatie, handicap, definitie van de grond handicap, begriplangduregebeperkingen* (*Mohamed Daouidi v. Bootes Plus SL e.a.*), in *EHRC* 2017-2, 29, No. *ECLI:EU:C:2016:917*, Dec 01, 2016, part. i ¶¶ 7 e 8).

Se si volge lo sguardo alla più recente giurisprudenza italiana, il tema del licenziamento delle persone con disabilità appare di indubbia rilevanza e ben fa emergere la necessità di tenere presenti tanto le fonti interne, quanto il diritto eurounitario e quello internazionale. Ciò ben traluce da quanto deciso dalla Corte di Cassazione, sez. lavoro, con la sent. 12911 del 23 maggio 2017. Nel caso di specie, la Suprema Corte, nel ravvisare l'illegittimità del licenziamento di una persona con disabilità in violazione delle quote di riserva, richiama ampiamente tanto il mutare di paradigma di cui è stata latrice la legge 12 marzo 1999, n. 68, «con un passaggio da un sistema prevalentemente ispirato all'idea della configurazione dell'inserimento degli invalidi nelle imprese come un peso da sopportare in chiave solidaristica a [...] un altro sistema diretto, invece, a coniugare la valorizzazione delle capacità professionali del disabile con la funzionalità economica delle imprese stesse», quanto la rilevanza del diritto dell'Unione (a partire dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e della Convenzione ONU (segnatamente, viene richiamato l'art. 27 della Convenzione). Nel suo argomentare, la Corte non lesina poi riferimenti al diritto interno che ha recepito la Direttiva 78/2000/CE e alla giurisprudenza del giudice di Lussemburgo (richiamando, da ultimo, anche la sentenza qui in commento). Ciò perché – afferma il Supremo Consesso, richiamando due delle proprie precedenti decisioni – nell'interpretazione di fattispecie relative al licenziamento delle persone con

disabilità «tale articolato panorama di fonti multilivello deve essere tenuto necessariamente presente, [...] atteso che questa Corte ha già ravvisato l'esigenza per il giudice di legittimità di orientare la propria giurisprudenza proprio in materia di protezione della condizione di disabilità in una logica di integrazione tra fonti di protezione dei diritti fondamentali interne, convenzionali, sovranazionali ed internazionali ... senza rotture con il dato letterale delle norme nazionali ... (ma) in modo che sia coerente con i vincoli liberamente assunti dal nostro paese in sede europea ed internazionale'».

5. – Per quanto riguarda il futuro, certamente continueranno a porsi, per la Corte di giustizia, questioni simili, con considerevoli ricadute pratiche (si pensi, ad esempio, alla possibile configurabilità quali disabilità delle malattie croniche: per questo profilo si rimanda, da ultimo, a S. Fernández Martínez, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 1, 2017, 74).

In conclusione, la metafora del mosaico, richiamata nelle prime righe di questo scritto, pare essere particolarmente calzante: la giurisprudenza del giudice di Lussemburgo in materia di disabilità si presta a una lettura contestuale. Le singole decisioni (ovvero: le tessere) che compongono il mosaico acquistano un senso più compiuto se osservate l'una accanto all'altra piuttosto che separatamente. Però la sensazione è che per ora manchino ancora alcuni tasselli perché il quadro di tutela antidiscriminatoria del diritto UE in ambito lavorativo sia pienamente conforme a quanto previsto dalla Convenzione ONU; le venture decisioni della Corte di giustizia dovranno tenerne attentamente conto.

Aiuti di stato al trasporto aereo: illegittime le tariffe agevolate di Ryanair e Aer Lingus

di Guido Befani

Title: State aids to the air transport: Unlawful Ryanair and Aer Lingus tariff concessions

Keywords: Air Tax Travel; State aids; Ryanair.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia è intervenuta sui profili di legittimità della decisione 2013/199/UE della Commissione Europea del 25 luglio 2012, riguardante il recupero di un aiuto di Stato concesso dall'Irlanda attraverso l'imposizione, nel periodo compreso tra il 30 marzo 2009 e il 1° marzo 2011, di un tasso differenziato della *Air Travel Tax* sul trasporto aereo, applicabile a tutti i voli in partenza dall'Irlanda, e calcolato in base alla maggiore o minore distanza tra l'aeroporto di partenza e quello di arrivo.

A seguito della conclusione del procedimento formale di indagine avviato il 13 luglio 2011, la Commissione ha infatti constatato che l'imposizione di un tasso ridotto sul trasporto aereo, pari a 2 euro per passeggero nel caso di un volo per una destinazione situata entro un raggio di 300 km dall'aeroporto di Dublino, rispetto ai 10 euro per passeggero previsti per tutti gli altri casi, rappresentasse un aiuto incompatibile con il mercato interno perché posto in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, e ha quindi ordinato all'Irlanda il recupero dell'aiuto illegittimo, identificando le compagnie Aer Lingus e la Ryanair tra i soggetti beneficiari dell'agevolazione.

A seguito della decisione, infatti, entrambe le compagnie aeree hanno presentato ricorso per l'annullamento, contestando innanzi al Tribunale dell'Unione Europea un errore di valutazione e un errore di diritto della Commissione, che avrebbe assolutamente qualificato, nella decisione controversa, il tasso differenziale della *Air Travel Tax* come «aiuto di Stato».

Le censure sollevate sono state quindi parzialmente accolte dal Tribunale dell'Unione europea (con sentenza sentenza del 5 febbraio 2015, Aer Lingus/Commissione T-473/12, e del 5 febbraio 2015, Ryanair/Commissione T-500/12, entrambe non pubblicate) che ha annullato la decisione della Commissione nella parte in cui ordina il recupero dell'aiuto presso i beneficiari per un importo fissato a 8 euro per passeggero.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto che la Commissione fosse incorsa «in un errore di valutazione e in un errore di diritto» per aver fissato l'importo dell'aiuto da recuperare in una misura esattamente pari alla differenza tra il tasso ridotto e quello superiore. Secondo il Tribunale, infatti, poiché il vantaggio economico risultante dall'applicazione di tale tasso ridotto avrebbe potuto anche solo parzialmente essere trasferito ai passeggeri, la Commissione non avrebbe avuto il diritto di considerare che il vantaggio selettivo delle compagnie aeree ammontasse automaticamente, e in ogni caso, agli 8 euro di differenza per passeggero.

2. – Ciò premesso, occorre rilevare come i profili giuridici controversi, oggetto della pronuncia qui in commento, sono sostanzialmente due. Il primo è rappresentato dall'esatta individuazione del *quantum* dell'ammontare dell'aiuto da recuperare, determinato dalla Commissione in un importo pari alla differenza tra il tasso ridotto della tariffa con quello superiore, vale a dire a 8 euro per ogni passeggero trasportato, e ritenuto dalle compagnie aree una violazione dei principi di certezza del diritto, di effettività e di buona amministrazione. Il secondo, è dato dall'asserita omessa considerazione, da parte della Commissione, dell'effettiva ripercussione della tariffa sui passeggeri, omissione ritenuta dalle compagnie aree come un errore di diritto e un errore manifesto di valutazione.

Quanto al primo, la Corte di Giustizia, ha avuto modo di fare oggettiva chiarezza sull'operato della Commissione che, per poter dimostrare la selettività dell'aiuto rappresentato dal differente tasso della tariffa, in linea teorica avrebbe dovuto preventivamente identificare un «sistema di riferimento» per poi determinare se la misura del tasso ridotto costituisca o meno una deroga a tale sistema.

Nell'accogliere il ricorso presentato dalla Commissione Europea, infatti, la Corte ha rilevato come, in merito alla valutazione del requisito della selettività dell'aiuto, l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE imponga di stabilire se, nell'ambito di un dato regime giuridico, un provvedimento statale sia tale da favorire «talune imprese o talune produzioni» rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga, tenuto conto dell'obiettivo perseguito da detto regime.

Nel merito, la Commissione aveva constatato come il tasso ridotto della tariffa venisse applicato essenzialmente solo a destinazioni nazionali e solo a circa dal 10 al 15% della totalità dei voli, e aveva pertanto concluso che il tasso superiore della tariffa aerea dovesse essere considerato il tasso normale del sistema di riferimento, laddove il tasso ridotto avrebbe viceversa rappresentato un'eccezione incompatibile con il mercato.

A conferma dell'assunto della Commissione, pertanto la Corte ha quindi ritenuto, secondo un condivisibile iter logico-giuridico, che la formulazione dell'art. 107, paragrafo 1, TFUE farebbe rientrare nel perimetro della nozione di aiuto di Stato anche il provvedimento con cui le pubbliche autorità accordino a determinate imprese un trattamento fiscale più vantaggioso il quale, pur non implicando un trasferimento diretto di risorse, collocchi comunque i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole di quella degli altri contribuenti.

Infatti, la Corte ha altresì rilevato come, nel momento in cui la Commissione ha effettuato l'indagine e ha adottato la decisione, la controversa misura fiscale già producesse degli effetti differenzianti, nel senso che talune compagnie aeree versavano la tariffa a tasso ridotto, mentre altre che si trovavano in una analoga situazione giuridica e di fatto, con riferimento agli obiettivi della misura fiscale di cui trattasi, pagavano la medesima tassa al tasso superiore.

Sempre sulla selettività dell'aiuto, la Corte ha coerentemente ritenuto insussistente l'ipotesi di esimente generale invocata dalle compagnie ricorrenti incidentali, secondo la quale le altre compagnie non beneficiarie avrebbero potuto, eventualmente, ottenere il rimborso della tassa versata in eccesso, mediante un procedimento incardinato dinanzi ai giudici nazionali una volta dimostrata la contrarietà della tariffa superiore rispetto alle disposizioni dei trattati diverse dagli articoli 107 e 108 TFUE.

Condivisibilmente, pertanto, la Corte ha rilevato come, in tale eventuale scenario, non sarebbe potuto e dovuto spettare alla Commissione, bensì ai giudici nazionali la statuizione definitiva sull'eventuale rimborso di una tassa asseritamente illegale in riferimento al diritto interno dello Stato membro interessato (nel caso di specie, l'Irlanda) ovvero in riferimento a disposizioni del diritto dell'Unione diverse dagli articoli 107 e 108 TFUE, e, in questa seconda eventualità, solo dopo che tali giudici abbiano ottenuto, mediante un rinvio pregiudiziale alla Corte, le precisazioni necessarie sulla portata e sull'interpretazione del diritto dell'Unione.

A tal fine, infatti, è bene rilevare come un'interpretazione del genere apparirebbe a dir poco paradossale, perché se portata alle estreme conseguenze avrebbe sostanzialmente ridotto l'effetto utile dell'articolo 107 TFUE qualora la Commissione fosse stata obbligata, prima di qualificare una misura fiscale come «aiuto di Stato», ad aspettare la decisione dei

giudici competenti per quanto riguarda un eventuale rimborso della tassa o dell'imposta versata in eccesso da taluni soggetti passivi.

Inoltre, come ulteriore conferma dell'assunto della Corte, varrebbe anche il dato fattuale che le compagnie aeree ricorrenti non sono riuscite a dimostrare che la decisione della Commissione fosse viziata da legittimità nella parte in cui ha constatato l'esistenza stessa dell'aiuto di Stato rappresentato dal tasso differenziale, limitandosi la controversia al *quantum* e non all'*an.*

3. – Quanto al secondo punto problematico, appare in definitiva corretta la ricostruzione giuridico-fattuale operata dalla Corte in termini della selettività del vantaggio, che si evince anche dalla riconosciuta irrilevanza, ai fini di un eventuale esclusione dell'obbligo restitutorio in capo alle compagnie beneficiarie, dell'avvenuta qualificazione della tariffa aerea in termini di "accisa" ovvero come imposta diretta o indiretta secondo la legislazione fiscale irlandese.

Sul punto occorre quindi rilevare che le argomentazioni svolte dalla Corte seguono pienamente l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in caso di aiuto illegittimo concesso in forma di vantaggio fiscale (come è il caso di specie) il recupero dell'aiuto implica l'assoggettamento delle operazioni effettivamente realizzate dai beneficiari dell'aiuto di cui trattasi al trattamento fiscale che, in assenza dell'aiuto illegittimo, sarebbe stato loro applicabile (v., in tal senso, sentenza del 15 dicembre 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, EU:C:2005:774, punto 119).

Ed infatti, proprio sul vantaggio offerto dalla controversa misura fiscale, poiché, conformemente alla legislazione irlandese applicabile, le compagnie aeree erano direttamente debitrici della tariffa aerea, la Corte ha correttamente rilevato come questo "vantaggio" sia rappresentato unicamente dalla differenza dell'importo da versare rispetto a quanto le compagnie avrebbero dovuto pagare se i loro voli fossero stati assoggettati al tasso superiore della tariffa, a nulla rilevando che, fosse anche in linea teorica, le compagnie aeree assoggettate a tale tasso ridotto avessero potuto o meno offrire prezzi maggiormente competitivi.

Ugualmente, appare condivisibile il ragionamento svolto dalla corte sull'irrilevanza, sempre ai fini del recupero dell'aiuto, della questione se tale riconosciuto vantaggio abbia o meno consentito alle compagnie aeree di proporre prezzi di biglietti più competitivi, ovvero se abbiano sfruttato tale vantaggio in altro modo, perché tale indagine riguarda unicamente la valutazione dell'eventuale profitto che le compagnie abbiano potuto realizzare attraverso lo sfruttamento del vantaggio conferito.

Infatti, la Corte ha coerentemente rilevato che il recupero dell'aiuto implica la restituzione del vantaggio procurato dal medesimo al suo beneficiario e non la restituzione del profitto economico eventualmente realizzato dal medesimo attraverso lo sfruttamento di tale vantaggio.

A giudizio della Corte, pertanto nulla poteva impedire alle compagnie beneficiarie di aumentare il prezzo al netto delle tasse dei biglietti dei voli assoggettati al tasso ridotto della tariffa di un importo di 8 euro. Né può condurre a conclusione diversa il fatto che, in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento n. 1008/2008, esse potevano aggiungere, ai prezzi dei biglietti al netto delle tasse, solo l'importo di 2 euro corrispondenti alla tariffa calcolata al tasso ridotto, in quanto l'importo di 8 euro corrispondente alla differenza tra i due tassi della tariffa avrebbe potuto essere incluso previamente nel prezzo del biglietto al netto delle tasse.

È del pari condivisibile l'operato della Corte che ha disatteso l'ulteriore argomentazione delle compagnie ricorrenti volta a sostenere l'impossibilità di recupero, presso ciascuno dei passeggeri dei voli assoggettati al tasso ridotto della tariffa aerea, degli 8 euro da restituire. Per la Corte, infatti, tale obbligo restitutorio, non equivale all'imposizione di una tassa aggiuntiva o di una sanzione, in violazione dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento perché rappresenta, unicamente, il recupero della parte della tassa iniziale non pagata in applicazione di un'esenzione illegittima.

4. – Alla luce di queste premesse, occorre rilevare in conclusione come, nel complesso dell'iter logico-giuridico seguito, la Corte di giustizia abbia correttamente bilanciato le contrapposte esigenze di salvaguardia della stabilità del mercato aereo con la garanzia della libera concorrenza all'interno dello stesso. Infatti, appare coerente con *l'aquis* europeo tanto la configurazione in termini di aiuto illegittimo della tariffa ridotta, quanto la considerazione secondo la quale la Commissione non sarebbe tenuta ad esaminare se e in che misura i beneficiari dell'aiuto si fossero effettivamente avvalsi del vantaggio economico risultante dall'applicazione del tasso ridotto.

In particolare, come si evince anche dalla Comunicazione della Commissione 2014/C 99/03 “Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree”, il controllo degli aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo deve promuovere un utilizzo corretto delle risorse pubbliche per politiche orientate alla crescita, limitando al contempo quelle distorsioni di concorrenza che impedirebbero pari condizioni di concorrenza nel mercato interno.

In ultima analisi, pertanto, appare definitivamente corretto, puntuale e coerente il rilievo secondo il quale l'obbligo di recupero dell'aiuto concesso sotto forma di agevolazione tariffaria ridotta, così come accertato e disposto dalla Commissione nella decisione qui in commento, non costituisce violazione né del principio di proporzionalità né di quello di parità di trattamento e, appare quindi pienamente condivisibile la considerazione secondo la quale la differenza tra l'importo ridotto e quello normale della tassa irlandese sul trasporto aereo costituisce un aiuto illegittimo che deve essere recuperato a prescindere dal profitto che le compagnie aeree hanno effettivamente tratto dall'aiuto.

«Regola tecnica»: la Corte conferma l'inopponibilità in caso di mancata notifica

di Gianluca Bellomo

Title: «Technical regulation»: The Court confirms the unenforceability in the event of failure to notify

Keywords: Dir. 83/189/EEC and 98/34/EC; Technical standards; *Stand still* clause.

1. – In una società sempre più globalizzata, nella quale merci con caratteristiche diverse viaggiano quotidianamente tra diversi paesi con differenti legislazioni, risulta sempre più importante fissare degli standard minimi volti a garantire finalità pubbliche rilevanti. Sempre più spesso, quindi, i legislatori nazionali si trovano a confrontarsi con la necessità di prevedere delle «regole tecniche» (su cui almeno cfr. F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001, 299 ss.; L. Volpe, *Le "regolamentazioni tecniche" nazionali tra obblighi statuali di natura procedimentale e "misure equivalenti" ex art. 30 (ora 28) del Trattato CE*, in *DPCE*, III/2000, 1306 ss.) che, da una parte, tendono a ridurre la discrezionalità interpretativa nell'applicazione della normativa di dettaglio di provvedimenti legislativi (ma anche solo regolamentari) nazionali; dall'altra, però, dietro l'introduzione di regole ad elevato contenuto tecnico si può nascondere un più o meno voluto effetto distorsivo del libero mercato attraverso la costituzione, di fatto, di barriere tecniche all'entrata nei territori nazionali a prodotti o servizi di oltre confine.

329

Proprio per scongiurare il rischio di possibili effetti distorsivi del mercato unico, derivanti dall'introduzione di «regole tecniche» da parte dei legislatori nazionali, il legislatore europeo si è visto costretto già più volte ad intervenire dettando specifiche discipline che, tra l'altro, impongono agli Stati membri la notifica alla Commissione dell'eventuale introduzione di nuove «regole tecniche», proprio per consentire un controllo preventivo a livello comunitario.

La disciplina europea di riferimento in materia era originariamente rinvenibile nella direttiva 83/189/CEE del Consiglio, del 28 marzo 1983, che prevedeva una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche (GUCE 1983, L 109, pag. 8), successivamente abrogata e sostituita dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998 (GUCE 1998, L 217, pag. 18), che ha ripreso l'obbligo d'informazione preesistente ed ha innovato la materia.

Proprio in tale mutevole contesto normativo si sono svolti i fatti oggetto della pronuncia pregiudiziale sottoposta al giudizio della Corte e qui in commento.

2. – La controversia oggetto della Sentenza nasce tra il *Município de Palmela* (Comune di Palmela, Portogallo) e l'*Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) – Divisão de*

Gestão de Contraordenações [Autorità per la sicurezza alimentare ed economica (*ASAE*), Portogallo; d'ora in poi *ASAE*].

Tra le parti ha luogo un contenzioso determinato dall'irrogazione di due distinte ammende comminate dall'*ASAE* al Comune di Palmela, rispettivamente di 15.500 euro nel 2013, e di 10.000 euro nel 2016, per la presunta violazione del *Regolamento che introduce i requisiti di sicurezza da rispettare nell'ubicazione, attuazione, concezione e organizzazione funzionale degli spazi di gioco e ricreazione, nonché della relativa attrezzatura e delle superfici impattate*, allegato al *Decreto-Lei* n. 379/97 (decreto legge n. 379/97), del 27 dicembre 1997, e successivamente modificato dal *Decreto-Lei* n. 119/2009 (decreto legge n. 119/2009), del 19 maggio 2009 (in prosieguo «regolamento EJR»).

Entrambi i provvedimenti vengono impugnati dal Comune di Palmela, di fronte al *Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal* (Tribunale distrettuale di Setúbal, Portogallo). Nel primo caso il giudice del rinvio annullava la decisione impugnata per difetto di motivazione e per contraddizione tra la parte della motivazione e quella del dispositivo della stessa; nel secondo lo stesso Comune di Palmela invitava detta autorità giudiziaria nazionale a proporre domanda di pronuncia pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione Europea circa le conseguenze sul diritto interno dell'eventuale inadempimento dell'obbligo di notifica delle «regole tecniche» istituito dalla citata direttiva 98/34 sperando che ciò potesse condurre all'inopponibilità della normativa interna, alla luce della quale erano state comminate le due sanzioni, alla ricorrente.

3. – In buona sostanza il motivo del contendere è riconducibile all'obbligo di applicazione o meno delle modifiche introdotte nel 2009 al «regolamento EJR», non notificate alla Commissione, e quindi ai conseguenti effetti derivanti da tale mancata notifica sia in termini di efficacia, sia di estensione della relativa sanzione, che in base al diritto dell'Unione europea affliggerebbe le norme coinvolte solo nel caso fossero ricomprese nella categoria delle c.d. «regole tecniche».

Il Decreto-Lei n. 119/2009, infatti, nelle modifiche introdotte agli artt. 13 e 16 del «regolamento EJR», introduceva l'obbligo, nel caso di specie in capo al Comune di Palmela, di indicare: la «capacità massima di accoglienza dello spazio di gioco e ricreazione» realizzato; «il numero e la data della norma tecnica applicabile» alle attrezzature presenti e «la statura minima e massima dei bambini» che erano ammessi ad accedere all'area di gioco comunale. Proprio tali nuovi requisiti aggiuntivi, rispetto alla precedente normativa, degli spazi e delle attrezzature da gioco da installare ed alle quali si sarebbe dovuto adeguare il Comune di Palmela, non venivano notificati alla Commissione dagli organismi nazionali preposti in sede di emanazione del provvedimento legislativo di modifica.

La Corte, dopo aver provveduto ad accorpare le questioni pregiudiziali sottoposte dal giudice nazionale, si ritiene chiamata in giudizio per rispondere alla seguente questione: ammesso che le norme nazionali coinvolte da un procedimento giudiziario interno ad uno Stato membro siano classificabili come «regole tecniche», alla luce di quanto sancito dal diritto comunitario, in caso di mancata notifica alla Commissione di queste ultime, la sanzione dell'inopponibilità colpisce unicamente le norme non notificate o l'intero testo legislativo all'interno del quale queste sono contenute?

Rilevano quindi, ai fini della soluzione del problema posto, ed in prima battuta, due questioni. La prima, preliminare, se dette norme siano riconducibili o meno a c.d. «regole tecniche» secondo quanto previsto dal diritto dell'Unione europea. La seconda, che rileva solo in caso di soluzione positiva del primo quesito, se, in caso di omessa notifica di queste alla Commissione, risultino inopponibili ai singoli esclusivamente le «regole tecniche» non notificate oppure anche l'intero provvedimento che le contiene.

Per quanto riguarda la prima questione, l'analisi della stessa diventa una ghiotta occasione per la Corte per fare il punto circa i margini di operatività all'interno dei quali va collocato il concetto di «regola tecnica», così come formulato alla luce della normativa comunitaria già richiamata.

Per poter rientrare nella categoria delle c.d. «regole tecniche» il legislatore europeo, infatti, ha previsto quattro sottocategorie che possono, distintamente, ricondurre al concetto giuridico qui in esame. Così se una regola rientra in una di queste quattro sottocategorie, tutte previste dalla direttiva 98/34 CEE, necessariamente questa dovrà essere classificata come «regola tecnica», e quindi oggetto di procedura obbligatoria di notifica alla Commissione da parte dello Stato membro.

Nella prima sottocategoria troviamo le «specificazioni tecniche», ai sensi dell'articolo 1, punto 3 della citata Direttiva; nella seconda, l'«altro requisito», come definito all'articolo 1, punto 4; nella terza, la «regola relativa ai servizi», di cui all'articolo 1, punto 5; nella quarta, le «disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che vietano la fabbricazione, l'importazione, la commercializzazione o l'utilizzo di un prodotto oppure la prestazione o l'utilizzo di un servizio o lo stabilimento come fornitore di servizi», ai sensi dell'articolo 1, punto 11 (su cui cfr. Corte giust. Sent. 4.2.2016, *Ince*, causa C-336/14, p.to 70 EU:C:2016:72).

Alla luce di quanto appena ricordato, se è risultato agevole alla Corte far rientrare le modifiche dell'art. 16 del «regolamento EJR» nella nozione di «regola tecnica», in quanto queste vanno senz'altro ricomprese nella categoria degli «altri requisiti» ai sensi sia dell'articolo 1, punto 3, della direttiva 83/189 CEE sia dell'articolo 1, punto 4, della direttiva 98/34 CE prevedendo «requisiti prescritti per un prodotto per motivi di tutela dei consumatori che concernono il suo ciclo di vita dopo la commercializzazione e che influenzano in maniera significativa la composizione e la commercializzazione di siffatto prodotto», non ha potuto fare altrettanto per quanto novellato dall'art. 13 del «regolamento EJR» che era già entrato in vigore in vigenza della direttiva 98/34 CE.

Così la Corte si trova costretta a pronunciarsi sul presupposto che la «capacità massima di accoglienza dello spazio di gioco e ricreazione», introdotto come obbligo di indicazione da apporre in più punti dello spazio di gioco e ricreazione, aggiunto con l'art. 13 del «regolamento EJR» alla normativa previgente, rientri o meno in una delle citate quattro sottocategorie che qualificano come «tecnica» tale regola.

La Corte attraverso una puntuale disamina, anche con dettagliati richiami alle proprie pregresse pronunce, verifica se tale «regola» possa essere ricompresa o meno in almeno una delle quattro sottocategorie necessarie per l'attribuzione di tale qualificazione. La norma in questione, così: non rientra tra le «specificazioni tecniche», in quanto non si riferisce al prodotto o al suo imballaggio e quindi non definisce una caratteristica richiesta dal prodotto; non fa parte della sottocategoria degli «altri requisiti», poiché non costituisce una condizione in grado di influenzare la composizione, la natura o la commercializzazione del prodotto in questione; non può essere ricompresa tra le «regole relative ai servizi», infatti queste attengono esclusivamente le regole riguardanti i «servizi della società dell'informazione, ossia ogni servizio prestato a distanza per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi» (p.to 28); ed infine non rientra nemmeno nell'ultima sottocategoria rimasta non essendo ricompresa nell'elenco dei divieti previsti dall'art. 1, punto 11 della Direttiva in parole sopra ricordati.

Da quanto detto, quindi, ne consegue l'esclusione di tale norma dal requisito della «tecnicità» e quindi dal relativo obbligo di notifica alla Commissione.

Una volta chiarito dal giudice di Lussemburgo quali norme nazionali vadano ricomprese tra le c.d. «regole tecniche», non gli resta che pronunciarsi sulla seconda questione: e cioè sugli effetti e sulla portata del mancato rispetto della prevista procedura d'informazione nei confronti della Commissione.

La Corte, chiudendo la sentenza, si limita a ribadire in base alla propria pregressa giurisprudenza (Corte giust., Sent. 4.2.2016, *Ince*, cit., p.to 68) l'interpretazione in senso restrittivo, per la verità già risalente (cfr. Corte giust., Sent. 30.4.1996, *Cia Security International*, causa C-194/94, EU:C:1996:172, punto 54), con la quale ha sancito che la sanzione dell'inopponibilità a singoli colpisce solo ed esclusivamente le «regole tecniche» eventualmente non notificate alla Commissione e non l'intero provvedimento nel quale sono contenute.

L'orientamento giurisprudenziale qui ripreso e confermato dalla Corte, quindi, ancora una volta, lascia immutato il confine entro il quale gli Stati membri rispondono in caso di mancata notifica di «regole tecniche». Infatti anche con la sentenza commentata la Corte ha deciso che resta in capo agli organi nazionali, all'interno della procedura di notifica comunitaria, così come prevista, l'obbligo di trasmettere alla Commissione sia le singole «regole tecniche» (o almeno quelle ritenute tali), contenute nel provvedimento che le prevede, sia l'intero provvedimento. Quest'ultimo, però, al solo fine di consentire all'*Esecutivo europeo* di meglio valutare i potenziali effetti lesivi del diritto dell'Unione da parte delle sole «regole tecniche» notificate. Ai singoli Stati membri resta la facoltà, comunque, di attuare, immediatamente ed anche in pendenza del giudizio di esame di fronte alla Commissione, l'intero provvedimento emanato ad eccezione delle sole «regole tecniche» notificate (clausola di c.d. *Stand still*) che, invece, dovranno necessariamente attendere il responso della Commissione europea (su cui in tal senso cfr. Corte giust., Sent. 16.9.1997, *Commissione/Italia*, causa C-279/94, EU:C:1997:396, p.to 42).

4. – Può risultare interessante, per quanto consentito dai limiti del presente lavoro, qualche accenno conclusivo all'ipotesi, ad oggi scartata dalla Corte, di interpretare in senso estensivo la normativa europea. Ciòè nel senso di applicare gli effetti della mancata notifica di «regole tecniche» anche all'intero provvedimento che le contiene.

Se tale ipotesi, infatti, avrebbe il vantaggio di rappresentare una forte pressione nei confronti degli Stati membri al più attento rispetto della normativa comunitaria vigente in materia, volta al contrasto alla creazione da parte degli Stati membri di barriere tecniche alla libera circolazione nel mercato unico dell'UE, va anche considerato che tale maggiore ingerenza negli spazi legislativi nazionali potrebbe condurre sia ad una drastica riduzione del ricorso a «regole tecniche» da parte degli Stati membri, con possibili effetti negativi sulla qualità della regolazione interna (es. minore chiarezza dei provvedimenti normativi, con conseguente traslazione di ampi margini di discrezionalità interpretativa in capo agli organi esecutivi nazionali e regionali, ma anche in capo a quelli giudiziari in caso di possibili conflitti ermeneutici); sia ad una netta diminuzione della certezza del diritto degli ordinamenti nazionali, derivante dalla inopponibilità a singoli di interi provvedimenti all'interno dei quali il giudice statale dovesse ravvisare in qualsiasi momento la presenza di una o più «regole tecniche» non sottoposte a preventiva procedura di notifica (su cui per ulteriori approfondimenti sugli effetti sull'ordinamento interno v. M. Gigante, *Obblighi procedurali comunitari e attività normativa degli Stati membri*, in *Giur. It.*, 5/2002, 910-916).

Resta inoltre da valutare, sempre all'interno di tale possibile ipotesi interpretativa, il rischio che il timore da parte degli Stati membri di così pesanti effetti sulla normativa interna possa, di riflesso, produrre un eccessivo ricorso preventivo all'attivazione della “procedura di notifica” da parte degli Stati membri, alla quale questi potrebbero essere tentati di accedere anche in caso di sola “presunta” presenza di «regole tecniche» nei provvedimenti normativi interni, ciò al fine proprio di mettersi al riparo da eventuali rischi di inopponibilità a singoli di «regole tecniche» statali non notificate, ma soprattutto dell'intero provvedimento che le contiene (su cui sia consentito G. Bellomo, *Imballaggi, regole tecniche e misure ad effetto equivalente: La Corte chiarisce il concetto di “regola tecnica”, gli obblighi derivanti e gli effetti sulle normative nazionali*, in *DPCE*, IV/2002, 1837-1842). Le conseguenze di tale repentino aggravio nell'attività di verifica da porre in essere da parte della Commissione rischierebbero di produrre una vera e propria paralisi dell'organo europeo derivante dalla mole di provvedimenti nazionali da dover esaminare. D'altra parte va rilevato, però, che seppure la Commissione riuscisse ad organizzarsi per gestire tale mole di lavoro, si produrrebbe in capo a questa un notevole effetto espansivo materiale sul proprio potere di controllo relativo ai provvedimenti legislativi nazionali coinvolti. Si avrebbe così, in tale ipotesi, un ulteriore riconfigurazione dei margini di sovranità multilivello a discapito degli Stati membri. Ad oggi, però, la Corte ha ancora una volta ritenuto, forse a ragione, che i tempi non siano ancora maturi.

Legittimazione e interesse a ricorrere dell'offerente definitivamente escluso da una gara pubblica: la CGUE si pronuncia sul caso *Technische Gebäudebetreuung*

di Giorgio Bonerba

Title: Locus standi and interest in bringing proceedings of a tenderer definitively excluded from a procurement procedure: the ECJ decides the *Technische Gebäudebetreuung* case

Keywords: Procurement procedures; Tenderer definitively excluded; Tenderer concerned.

1. – La questione della legittimazione e dell'interesse a ricorrere dei partecipanti alle gare per l'affidamento di contratti pubblici è da tempo oggetto di un'approfondita e contrastata disamina in giurisprudenza e dottrina.

Con la sentenza del 21 dicembre 2016, in causa C-355/15, *Technische Gebäudebetreuung*, la Corte di giustizia dell'Unione europea è tornata a occuparsi del tema con riferimento all'ammissibilità del ricorso di un operatore economico, già definitivamente escluso da una procedura di gara, avverso il successivo provvedimento di aggiudicazione. Si tratta di una questione ricostruita dalle parti del giudizio principale e risolta dalla Corte alla luce del pregresso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, che qui si espone per sommi capi.

Le maggiori difficoltà interpretative in materia si sono appuntate sulla portata dell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE ("direttiva ricorsi"). La disposizione impone agli Stati membri di rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità più opportune, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione. Ci si è chiesti, allora, quali siano i criteri discretivi dell'interesse richiamato dalla direttiva e, ancor più in dettaglio, se ed entro quali limiti l'interesse c.d. strumentale del ricorrente alla riedizione delle procedure di gara sia sufficiente a differenziare la sua posizione da quella di un qualsiasi altro operatore economico del settore.

La questione si è posta in special modo nell'ordinamento italiano per determinare l'ordine che il giudice deve seguire nell'esaminare il ricorso principale del soggetto non aggiudicatario e il ricorso incidentale dell'aggiudicatario che rilevi a sua volta l'illegittimità della partecipazione del ricorrente alla gara (ricorso incidentale c.d. escludente). In tal caso, infatti, il ricorso incidentale mira a contestare la legittimazione del ricorrente, perché la stazione appaltante avrebbe dovuto escluderlo dalla gara, ad esempio, per assenza dei requisiti soggettivi o per vizi dell'offerta. Per altro verso, in caso di accoglimento del ricorso incidentale la decisione di aggiudicazione diventerebbe definitiva anche ove le censure mosse dal ricorrente principale fossero fondate e, quindi, in caso di illegittimità dell'offerta dell'aggiudicatario.

Il Consiglio di Stato, dopo una prima pronuncia del 2008 (ad. plen. 10 novembre 2008, n. 11) che aveva risolto la questione in maniera differente a seconda del numero dei partecipanti alla gara, aveva poi stabilito (ad. plen. 7-4-2011, n. 4) che il ricorso incidentale

escludente dovesse essere sempre esaminato con precedenza rispetto al ricorso principale. A tanto era pervenuto per ragioni di natura processuale. In questi casi, si affermava, il ricorso incidentale attiene a una condizione dell'azione (la legittimazione a ricorrere), che deve essere sempre trattata con priorità rispetto alle questioni di merito. La sussistenza di una causa di esclusione del ricorrente principale, pertanto, deve essere logicamente esaminata prima della medesima questione sull'aggiudicatario-ricorrente incidentale, perché attiene all'esistenza stessa del titolo vantato in giudizio.

Le conclusioni della sentenza esaminata sono state successivamente oggetto del vaglio della Corte di giustizia nella sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, Fastweb. In particolare, il giudice europeo ha ritenuto che l'orientamento fin qui esposto non possa trovare applicazione ove il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente siano stati proposti per motivi identici nell'ambito del medesimo procedimento. In tale evenienza, pertanto, il ricorso principale andrà comunque esaminato anche se dall'esame del ricorso incidentale risulti che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara.

La pronuncia è stata resa nell'ambito di un giudizio principale in cui ricorrente principale e ricorrente incidentale erano le uniche due imprese partecipanti alla gara. Si comprende, dunque, il motivo per cui la successiva sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9, ha confermato l'impianto di base della precedente sentenza 4/2011 e ha ritenuto che il principio della sentenza Fastweb sia applicabile unicamente alle ipotesi in cui alla gara abbiano partecipato due operatori economici e ciascuno di loro contesti nel medesimo giudizio l'ammissione dell'offerta dell'altro per gli stessi motivi.

Anche tale decisione, tuttavia, non può essere considerata definitiva. La Corte di giustizia, infatti, nuovamente interpellata sul punto, si è recentemente pronunciata nella sentenza 5 aprile 2016, in causa C-689/13, Puligienica. La Corte ha puntualizzato in questa sede che l'applicazione dei principi contenuti nella sentenza Fastweb non è condizionata al numero dei partecipanti alla gara, né al numero dei ricorrenti, né alla divergenza dei motivi (in termini nettamente critici, v. A. Squazzoni, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 796).

La statuizione contenuta in quest'ultima pronuncia, peraltro, si presta a diverse interpretazioni. A un'esegesi più netta, che ritiene il principio applicabile in ogni caso di presentazione di un ricorso principale e di un ricorso incidentale escludente nell'ambito di un medesimo procedimento, si contrappone un altro indirizzo, più moderato, per il quale la valutazione del ricorso principale è comunque subordinata alla sussistenza di un effettivo interesse, quanto meno strumentale, alla riedizione della gara. Un simile interesse non sussisterà, ad esempio, ove alla gara abbiano partecipato più operatori economici e con il ricorso principale si contesti lo stesso motivo di illegittimità della procedura o dell'offerta nei confronti di alcuni soltanto dei partecipanti. In tal caso, infatti, gli altri partecipanti non toccati dal vizio potrebbero aggiudicarsi la gara senza un'ulteriore procedura, con conseguente inutilità dell'esame del ricorso principale (v. in termini Cons. Stato, sez. III, 26-8-2016, n. 3708; in merito, v. anche L. Bertronazzi, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1202).

2. – Le sentenze Fastweb e Puligienica, pur essendosi ampiamente soffermate sulla nozione di “offerente interessato” ai sensi dell’art. 1, par. 3, dir. 89/665/CEE, non hanno affrontato espressamente l’ipotesi di un offerente che, pur definitivamente escluso, presenti un ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di aggiudicazione del contratto all’unico concorrente rimasto in gara. Il caso alla base della decisione del 21 dicembre 2016 riguarda proprio una simile ipotesi.

L’Universität für Bodenkultur Wien (Università delle risorse naturali e delle scienze della vita di Vienna; di seguito, “BOKU Wien”) aveva avviato nell’ottobre 2012 una gara per

l'aggiudicazione di un appalto pubblico per la conclusione, con un aggiudicatario unico, di un accordo quadro relativo alla gestione, manutenzione, riparazione e assistenza tecnica degli impianti tecnici dei propri edifici e delle apparecchiature di laboratorio.

Alla gara parteciparono soltanto un'associazione temporanea d'imprese, la “Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH” (di seguito, “l'ATI”) e la “Vamed Management und Service GmbH& Co. KG in Wien” (di seguito, “Vamed”). L'ATI, tuttavia, fu esclusa dalla procedura per non aver fornito tempestivamente in originale la prova della costituzione di una garanzia bancaria; tale statuizione fu confermata anche in sede giurisdizionale dai competenti organi austriaci, a seguito del ricorso tempestivamente proposto dall'ATI esclusa.

Nel frattempo, la procedura aveva seguito il proprio corso e la BOKU Wien, con provvedimento di aggiudicazione del marzo 2014, aveva affidato il servizio alla Vamed, che aveva iniziato, pertanto, a eseguire le prestazioni dedotte nell'accordo quadro.

L'ATI, nonostante il provvedimento di esclusione dalla gara, impugnò anche la decisione di aggiudicazione, contestando la legittimità dell'offerta della Vamed.

A seguito del rigetto del ricorso in primo grado per difetto di legittimazione, l'ATI si è infine rivolta al Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa) evidenziando, tra l'altro, i profili di analogia del proprio caso con quello della sentenza Fastweb e rilevando l'incompatibilità della pronuncia appellata con la soluzione elaborata dalla Corte. Secondo l'ATI, in particolare, anche nel proprio caso vi sarebbero due offerenti egualmente interessati all'esclusione dell'altro concorrente e della sua offerta; il fatto che uno dei due sia stato già escluso dalla gara non sarebbe sufficiente a escluderne la legittimazione.

Il Verwaltungsgerichtshof, dunque, ha formulato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, pur esprimendo le proprie riserve sulla prospettazione della parte. Nella sentenza Fastweb, infatti, la reciproca contestazione sulla legittimità dell'offerta era avvenuta nel corso dello stesso giudizio e per motivi identici. Nel caso in questione, invece, l'ATI era stata già esclusa dalla gara con provvedimento ormai definitivo.

I dubbi del giudice del rinvio aumentano in considerazione di quanto previsto dall'art. 2-bis, par. 2, della stessa direttiva 89/665/CEE, ai sensi del quale si definiscono “interessati” i soli offerenti che non siano stati già definitivamente esclusi dalla gara. L'art. 331 della legge federale sull'aggiudicazione dei contratti pubblici del 2006, inoltre, subordina la ricevibilità del ricorso alla sussistenza di un interesse del ricorrente alla conclusione del contratto, oltre che di un pregiudizio, attuale o potenziale, in suo danno.

Alla luce di questi inequivocabili referenti normativi, l'estensibilità al caso di specie dei principi elaborati nella sentenza Fastweb sarebbe da escludere in radice. I dubbi del Verwaltungsgerichtshof sembrano attestarsi, dunque, non tanto sulle disposizioni fin qui menzionate, quanto sul più generale principio di parità di trattamento. In altri termini, l'operatore escluso dalla gara potrebbe essere legittimato al ricorso unicamente ove abbia partecipato alla gara soltanto un altro concorrente: in tal caso, infatti, a parità di condizioni, un offerente non potrebbe subire un trattamento diverso e deteriore rispetto a quello accordato all'altro.

3. – La situazione prospettata dal giudice del rinvio austriaco si differenzia *ictu oculi* da quella alla base della sentenza Fastweb, e la Corte di giustizia non poteva che evidenziare un simile divario. In particolare, con argomentazione sintetica la Corte osserva che i principi espressi da quest'ultima e dalla sentenza Puligienica non possono trovare applicazione nel caso che qui interessa per una duplice ragione.

Entrambe le sentenze, infatti, attengono all'ipotesi in cui nessuna delle due offerte sia stata oggetto di un espresso provvedimento di esclusione. Inoltre, le contestazioni di entrambi gli offerenti erano emerse nel corso dello stesso processo per l'annullamento dell'aggiudicazione. In altri termini, ciascuno di loro era titolare di un interesse di eguale consistenza all'esclusione dell'offerta dell'altro.

Nel caso in questione, invece, l'ATI ricorrente ha impugnato la decisione di aggiudicazione dopo essere stata esclusa con un provvedimento confermato dal giudice amministrativo in un autonomo procedimento: l'esclusione, pertanto, ha acquisito il carattere

della definitività. Tale diversità è strutturale e impedisce di ricondurre il caso in questione a quelli giudicati nelle sentenze Fastweb e Puligienica.

L'esigenza di effettività della tutela garantita in queste ultime pronunce si scontra, del resto, con il dato letterale delle norme rilevanti. L'art. 1, par. 3, e l'art. 2-bis dir. 89/665 lasciano ritenere, infatti, che l'offerente escluso possa impugnare anche gli atti successivi al provvedimento di esclusione soltanto finché sia pendente il giudizio per l'annullamento del provvedimento di esclusione, e non anche quando questo si sia concluso con una conferma dell'esclusione. Nel primo caso, l'offerente reimmesso nella gara da una pronuncia favorevole del giudice non deve subire irrimediabili pregiudizi da atti della procedura successivi e non più impugnabili. Nel secondo, invece, l'esclusione definitiva preclude in radice all'operatore la possibilità di impugnare gli atti successivi della procedura.

Così definita la questione, la Corte non si preoccupa di analizzare i profili relativi alla parità di trattamento, pure richiamati dal giudice del rinvio, evidentemente ritenendoli assorbiti nelle precedenti argomentazioni. Presumibilmente, i profili della legittimazione e dell'interesse dell'offerente assumono nel ragionamento della Corte un rilievo pregiudiziale rispetto a quello della parità di trattamento, che attiene strettamente al merito della controversia, sicché, in mancanza dei primi, il secondo perde di rilevanza.

In definitiva, nel delimitare l'ambito di applicazione delle sentenze Fastweb e Puligienica la pronuncia della Corte conferma l'orientamento, espresso anche dalla giurisprudenza italiana, per il quale l'offerente definitivamente escluso dalla gara non è legittimato a ricorrere avverso il successivo provvedimento di aggiudicazione in quanto privo di una posizione giuridica qualificata. In effetti, già nella citata ad. plen. 4/2011 il Consiglio di Stato aveva concluso nel senso del difetto di legittimazione dell'operatore escluso, nonostante alcune pronunce pregresse di segno contrario (v. ad es. Cons. Stato, sez. V, 20-10-2004, n. 6874, e sez. IV, 15-2-2002, n. 952). L'adunanza plenaria ha ritenuto, infatti, che in tali casi il provvedimento di esclusione pone l'operatore escluso nella medesima situazione di chi non abbia affatto partecipato alla gara. Da ultimo, in base alle stesse argomentazioni la sentenza Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560 ha rigettato una richiesta di rinvio pregiudiziale del tutto analoga a quella del caso esaminato, sostenendo che i principi delle sentenze Fastweb e Puligienica non fossero applicabili al caso di specie.

Con la sentenza in commento, dunque, la Corte di giustizia ha aggiunto un ulteriore tassello alla propria ricostruzione della nozione di "offerente interessato", ponendo peraltro un limite non indifferente alla rilevanza che progressivamente e problematicamente (si rinvia, sul punto, agli scritti già citati) sta assumendo in materia, proprio a seguito delle pronunce Fastweb e Puligienica, l'interesse strumentale alla riedizione delle procedure di gara.

Trasferimenti di competenze tra autorità amministrative e appalto pubblico: le condizioni della CGUE

di Francesco Campodonico

Title: Transfers of powers between administrative authorities and public procurement: the ECJ's conditions

Keywords: Public procurement; Administrative authorities; Financial autonomy.

1. – La Corte di Giustizia dell'Unione europea, intervenendo per la prima volta sulla questione, ha affermato che il mero trasferimento di competenze tra autorità amministrative non rientra nella nozione comunitaria di appalto pubblico a condizione che l'autorità ricevente disponga anche di autonomia decisionale e finanziaria oltre che delle responsabilità connesse alle competenze trasferite.

Come affermato dall'Avvocato generale, Paolo Mengozzi, nell'*incipit* delle sue Conclusioni (presentate il 30 giugno 2016), con la sentenza in commento la Corte ha avuto l'opportunità di esaminare una «delicata questione», «di notevole importanza pratica» e che «ha suscitato l'interesse della dottrina» (quella tedesca in particolare). Tuttavia, benché trattasi un tema complesso e importante come quello dell'interazione tra il potere di riorganizzazione interna agli Stati membri e la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, questa sentenza ha ricevuto, almeno in Italia, scarsa attenzione da parte della dottrina (per un'eccezione v. il breve commento di A. Santuari, *Collaborazione pubblico-pubblico: i paletti della Corte UE, in Persona e danno*, 2016).

La domanda di pronuncia pregiudiziale, rivolta alla Corte da un giudice tedesco del Tribunale regionale superiore di Celle («*Oberlandesgericht Celle*»), nasceva da una controversia tra un'impresa di smaltimento di rifiuti, la *RemondisGmbH & Co. KG Region Nord* (d'ora in avanti “la *Remondis*”), e la *Region Hannover* (la “Regione di Hannover”) in merito alla legittimità del trasferimento, da parte di quest'ultima, della competenza sul trattamento dei rifiuti a un altro organismo pubblico, lo *Zweckverband Abfakkwirthshaft Region Hannover* (ossia “il Consorzio intercomunale per la gestione dei rifiuti della Regione di Hannover”, nel seguito indicato più semplicemente come “il Consorzio”).

Il Consorzio era stato istituito a seguito dell'approvazione congiunta, da parte della Regione di Hannover e della città di Hannover, del suo «regolamento» (v. punto 13 della sentenza *de qua*). Con l'approvazione dell'atto regolamentare, i due enti “fondatori” avevano disposto a favore del nuovo ente, dotato di personalità giuridica pubblica, non solo il conferimento delle loro rispettive competenze in materia di gestione dei rifiuti ma anche – e a titolo gratuito – i propri «enti incaricati dei compiti di smaltimento dei rifiuti, di pulizia delle strade e di servizio invernale» (v. punto 14).

In virtù delle disposizioni contenute nel regolamento istitutivo, il Consorzio ha la facoltà di adottare tutte le disposizioni statutarie e regolamentari relative all'imposizione di canoni, benché per il tramite di un'assemblea composta dai responsabili delle due amministrazioni “fondatrici”, che danno istruzioni vincolanti ai propri rappresentanti. Tali

rappresentanti, peraltro, possono votare solo sulle materie che ricadono nelle competenze trasferite dall'ente rappresentato. Si noti ancora che, in caso di perdite, le istituzioni fondatrici si fanno carico di ripianare il bilancio del Consorzio.

Quanto, poi, alla competenza in materia di modifica del regolamento istitutivo e di nomina del responsabile della gestione del Consorzio, l'art. 8 del regolamento prevede – almeno secondo quanto riportato dall'Avvocato generale (v. punto 18 delle Conclusioni) – che esse spettino all'assemblea sopra indicata unitamente alla possibilità di disporre il ricorso a terzi allo scopo di espletare i propri compiti regolamentari. Sempre a tal fine, il Consorzio può anche «acquisire partecipazioni in imprese ed enti» (v. punto 15 della sentenza).

Nel proprio ricorso per verifica (*Nachprüfungsantrag*) al giudice di Celle, la *Remondis* faceva osservare che il 6% del fatturato del Consorzio, a nove anni dalla sua fondazione (nel 2011), proveniva da «transazioni commerciali effettuate con soggetti terzi» (v. punto 22). Anche per questo l'impresa privata chiedeva al giudice – e poi alla Corte europea – la qualificazione come appalto pubblico dell'intera “operazione di cessione di competenze” al Consorzio, l'applicazione della normativa comunitaria e, conseguentemente, che la stessa operazione venisse dichiarata nulla per mancata applicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

2. – Il giudice del rinvio, ritenendo che la corretta qualificazione dell'operazione (appalto pubblico o mera vicenda di riorganizzazione interna all'amministrazione?) fosse pregiudiziale per la decisione finale sul ricorso della *Remondis*, sollevava la questione innanzi alla Corte di Giustizia, evidenziando alcuni elementi di complessità della fattispecie. Anzitutto, il giudice tedesco rilevava come l'avvenuto trasferimento di competenze avrebbe comunque riguardato «prestazioni di servizi ai sensi della direttiva 2004/18». In secondo luogo, il trasferimento sarebbe avvenuto dietro il pagamento di un corrispettivo, benché quest'ultimo fosse rappresentato dal solo «rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto». Il consorzio, inoltre, avendo esercitato (ed esercitando ancora) competenze ulteriori rispetto a quelle «trasferite» dai due enti fondatori, si sarebbe distinto dai “classici” fenomeni meramente riorganizzativi interni agli Stati membri. Infine, il trasferimento di compiti non sembrerebbe riconducibile a nessuno dei due «tipi di appalto» che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, sono sottratti all'applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, cioè l'affidamento *«in house»*, di cui al *leading case Teckal* (v. sentenza CGUE del 18 novembre 1999, C-107/98), e la «cooperazione tra enti pubblici», di cui al caso della sentenza *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (v. sentenza CGUE del 19 dicembre 2012, C-159/11).

3. – Prima di trattare, nell'ordine sopra indicato, le varie questioni sollevate dal giudice del rinvio, l'Avvocato generale prendeva le mosse dalla definizione di appalto pubblico («un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della direttiva stessa»), stabilita dalla direttiva 2004/18 (v. punto 33 delle Conclusioni).

Mediante un procedimento espositivo che sarà condiviso anche dalla Corte, dopo aver escluso la rilevanza di eventuali altre definizioni “interne” di appalto pubblico, l'Avvocato generale sosteneva la necessità di considerare, ai fini della sua qualificazione giuridica, l'operazione nel suo complesso e non per parti separate (punto 35 delle Conclusioni). Egli, pur concordando con il giudice del rinvio sul carattere oneroso dell'operazione, faceva tuttavia osservare come «detti trasferimenti di competenze non riguardano “acquisizioni a titolo oneroso di beni o di servizi”, ma vanno ben aldilà di esse, dando luogo a una trasmissione degli obblighi e dei diritti di svolgere i compiti in questione, ivi compreso il potere ufficiale di stabilire il quadro normativo per lo svolgimento di tali compiti» (v. punto 43 delle Conclusioni). A sostegno di questa interpretazione – peraltro – era invocata la disposizione contenuta nell'art. 1, par. 6, della direttiva 2014/24, secondo cui sono sottratti

all'applicazione della direttiva gli «strumenti giuridici che disciplinano, senza prevedere una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale, i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici» (v. punto 44 delle Conclusioni).

La parte più interessante delle Conclusioni, tuttavia, consiste nell'analisi dei «tratti essenziali» di questi trasferimenti. L'Avvocato generale, infatti, oltre a presentare alcuni «elementi» «caratterizzanti» di questi trasferimenti – desunti dalla sentenza 20 ottobre 2005, *Commissione contro Francia* (C-264/03) – ne proponeva alcune integrazioni.

In prima battuta, l'autorità «trasferente deve spogliarsi della propria competenza» sia in termini «reali» (cioè si deve verificare una cessione effettiva – e non solo temporanea o unilateralmente revocabile, almeno secondo il ragionamento dell'Avvocatura – della specifica competenza) sia «globali» (ossia l'ente ricevente deve disporre della «totalità dei poteri e delle responsabilità necessari per svolgere pienamente e in maniera autonoma la funzione pubblica», v. punti 53 e 54 delle Conclusioni).

Da ciò dovrebbe conseguire, come “secondo elemento”, la totale spoliazione di tale competenza in capo all'ente trasferente, il quale, teoricamente, non dovrebbe avere alcuna possibilità di interferire nella gestione successiva. Tuttavia, a questo proposito, si aggiungeva, da parte ancora dell'Avvocato generale, che l'assenza di successive interferenze nella gestione non può significare l'assenza totale di «relazioni» tra l'ente trasferente e quello ricevente (v. punto 56 delle Conclusioni); al contrario, tra questi continuerebbe a sussistere un evidente rapporto di «responsabilità politica» da cui discenderebbe un «controllo politico» da parte del primo sul secondo ente.

In terza e ultima battuta, l'Avvocatura rilevava come la Corte avesse già evidenziato la necessità che l'ente ricevente goda di «autonomia finanziaria nello svolgimento del compito pubblico per il quale le competenze gli vengono trasferite». Tale condizione è intesa dall'Avvocato generale nei termini di assenza di una dipendenza finanziaria del secondo ente dal primo, per cui assieme ai “nuovi” compiti, il secondo ente, deve ricevere anche i mezzi finanziari necessari al loro espletamento (v. punto 57 delle Conclusioni).

A conclusione dell'analisi, l'Avvocato generale, pur consapevole del fatto che l'accertamento materiale dell'avvenuto «trasferimento reale» (e «globale») di competenze sia compito riservato al giudice nazionale, suggeriva comunque alla Corte di fornire a quest'ultimo «indicazioni tali da consentirgli di decidere», sulla base del *dictum* della sentenza 1° ottobre 2015, *Trijiber e Harmsen* (C-340/14 e C-341/14, punti 54 e 55).

339

4. – Facendo seguito all'invito espresso dall'Avvocato generale, la Corte ha precisato che, per avversi un trasferimento di competenze, occorra, in primo luogo, un trasferimento non limitato alle sole responsabilità connesse alla competenza trasferita ma che si estenda anche ai «poteri che sono il corollario di quest'ultima» (v. punti 49 e seguenti della sentenza). E, nello specifico, la Corte ha richiesto che l'autorità ricevente sia investita: a) del «potere di organizzare la realizzazione dei compiti» rientranti nell'ambito della competenza trasferita; b) del potere di stabilire «il quadro normativo» relativo a tali compiti e c) dell'«autonomia finanziaria che consenta di garantire il finanziamento dei suddetti compiti».

Posti tali requisiti, è divenuto più agevole – per i giudici europei – tracciare una netta separazione tra il caso in analisi e il precedente, oggetto della sentenza *Piepenbrock* (C-386/11), in cui un ente territoriale si limitava ad affidare ad un altro ente, dietro pagamento di un corrispettivo, lo svolgimento solo di alcune «mansioni materiali», inerenti, però, ad un ambito che continuava a rimanere di competenza del primo ente e sullo svolgimento delle quali lo stesso ente si riservava di esercitare tutti i controlli relativi.

D'altro canto, seguendo una soluzione già prospettata dall'Avvocato generale, la Corte ha precisato ancora che l'esercizio del “primo” potere, quello di “organizzazione autonoma”, non può essere inteso, «in linea di principio», come sottrazione *tout court* da qualsiasi controllo (anche «politico») da parte di altri enti pubblici. Tale controllo, però, non può consistere in un'ingerenza nelle modalità concrete di realizzazione dei compiti» rientranti nell'ambito della competenza trasferita. Nel caso di specie, la Corte ha rilevato come sussista

il pericolo di un'ingerenza siffatta nella gestione concreta della competenza trasferita (e, segnatamente, nella raccolta e nel trattamento dei rifiuti) da parte dell'assemblea del Consorzio, in cui siedono i rappresentanti degli enti fondatori. Dunque, sarà compito del giudice nazionale stabilire se (e in quale modo) tale assemblea eserciti un'ingerenza nella «realizzazione materiale dei compiti trasferiti».

Richiamandosi ancora a quanto suggerito dall'Avvocato generale, la Corte ha affermato poi che un trasferimento reversibile della competenza non esclude la sussistenza di un'effettiva «autonomia di azione» e spiega come il verificarsi di rimodulazioni successive attenga alla ripartizione delle competenze interne ad uno Stato membro, potestà che «non può essere ritenuta rigida» (v. punto 53).

Per quanto riguarda, infine, la possibilità per il Consorzio di svolgere attività anche sul mercato (il 6% del fatturato derivante da transazioni con i terzi), secondo la Corte essa rientra nella sfera dell'organizzazione interna degli Stati membri e non ha rilievo su un trasferimento che, comunque, rispetti le tre condizioni di autonomia viste sopra.

5. – La presente sentenza, pur offrendo un significativo contributo alla migliore definizione della nozione europea di appalto pubblico, pone condizioni piuttosto generali e poco definite, così lasciando importanti margini di autonomia decisionale ai giudici nazionali. Si pensi, infatti, alla difficoltà di enumerare i casi in cui si verifica un'«ingerenza nelle modalità concrete di realizzazione dei compiti» oppure di stabilire se il raggio della normativa nazionale o di quella locale consenta la sussistenza, in capo all'ente ricevente, di un effettivo potere di determinare il proprio «quadro normativo». Poche indicazioni, poi, sono riservate dalla Corte alla nozione di «autonomia finanziaria», limitandosi a specificare in sentenza che l'autonomia finanziaria deve consentire all'ente di svolgere i compiti che gli sono stati trasferiti. A questo proposito, l'eventuale intervento a copertura di perdite dell'ente ricevente da parte degli enti fondatori – come pure era previsto nel caso presentato alla Corte – è da ritenersi compatibile o meno con tale autonomia?

In conclusione, se l'opera ricostruttiva della Corte (con il decisivo apporto dell'Avvocatura generale) ha permesso di precisare meglio il tema – solo abbozzato in alcuni precedenti – delle condizioni per avversi un «trasferimento di competenze tra autorità amministrative», quindi sottratto all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, dall'altro occorre riconoscere che si è fatto ricorso ad una trama “a maglie larghe”, all'interno delle quali sarà possibile, per i giudici nazionali, procedere ad “inserire” (o, almeno, a tentare di farlo) fattispecie anche molto diverse tra loro.

La tutela del diritto di proprietà intellettuale in ambito UE: gli sforzi di interpretazione uniforme della Corte di Giustizia

di Marianna Di Stefano

Title: The protection of intellectual property right in the EU: a uniform interpretation of the Court of Justice

Keywords: Enforcement of intellectual property rights, Request for information in proceedings, Directive 2004/48 EC.

1. – In un procedimento separato, rispetto a quello in cui viene riconosciuta la violazione di un diritto di proprietà intellettuale, è possibile per il legittimo titolare del marchio far valere il cosiddetto “diritto d’informazione” sull’origine e sulle reti di distribuzione di merci e servizi immessi sul mercato senza il suo consenso?

Tale è il quesito per cui, partendo dall’interpretazione dell’art. 8, par. 1, della direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, cosiddetta *Direttiva Enforcement*, è stata interpellata la Corte di Giustizia europea. Proprio in relazione all’esegesi di suddetta disposizione normativa si fa spazio, nel corso del procedimento, un’ulteriore problematica non nuova per la Corte di Giustizia, derivante dalle criticità insite nella traduzione e nell’interpretazione uniforme delle norme europee nei diversi ordinamenti. Difatti, come si avrà modo di approfondire in maniera dettagliata nei paragrafi che seguono, la decisione pare assumere rilievo più sul piano interpretativo che non su quello del diritto di proprietà intellettuale.

La domanda di rinvio pregiudiziale sorge nell’ambito di un contenzioso che vede contrapposte la New Wave CZ a.s.c. e la Alltoys spol. S.r.o. per l’utilizzo illegittimo di un marchio. Nel caso di specie, la New Wave, legittima titolare del marchio MegaBabe, adisce il giudice nazionale al fine di ottenere il riconoscimento della violazione del proprio diritto di proprietà intellettuale da parte della Alltoys spol S.r.o. In particolare quest’ultima commercializza alcuni suoi prodotti usando il marchio MegaBabe, di proprietà della New Wave, senza il suo preventivo consenso, in contrasto con una giurisprudenza che ha, invece, di recente chiarito che in caso di rischio di confusione, nei cinque anni successivi alla registrazione di un marchio UE, il titolare vanta il diritto di vietare a terzi l’utilizzo commerciale di un marchio, identico o simile al proprio per prodotti o servizi identici o simili, anche in assenza della prova di uso effettivo del marchio anteriore (v., per tutte, Corte Giust., sent. 21-12-2016, causa C-654/15 *Länsförsäkringar AB c. Matek A/S*).

Nel giudizio principale, il giudice nazionale ceco riconosce la violazione del diritto di proprietà intellettuale: accertato che Alltoys ha violato i diritti che New Wave ha sul marchio MegaBabe, intima alla prima di astenersi da ulteriori violazioni nonché di ritirare i prodotti già immessi sul mercato, ma non di comunicare le informazioni richieste dalla seconda.

Dopo la conclusione del procedimento relativo all'accertamento della contraffazione del marchio, la New Wave avvia un secondo procedimento innanzi alla Corte regionale di Praga, in particolare, nella sua qualità di titolare del diritto di proprietà intellettuale (già confermato con sentenza definitiva di primo grado) per il riconoscimento del proprio "diritto d'informazione": chiede, cioè, che Alltoys comunichi tutte le informazioni sulle merci immesse nel mercato con marchio MegaBabe.

La Corte regionale di Praga, tuttavia, con sentenza del 26 aprile 2011, respinge la domanda della New Wave, ritenendo che non sia possibile far valere un diritto alle informazioni in un'azione proposta separatamente, ai sensi dell'art. 3 della legge nazionale n. 221/2006, secondo cui un siffatto diritto può esser fatto valere solo con domanda rivolta al giudice adito con un'azione riguardante una violazione di un diritto (*considerando* n. 12 sent.).

La New Wave quindi propone appello nei confronti del rigetto e ricorre alla Corte Superiore di Praga, che riforma la sentenza di primo grado. Quest'ultimo giudice, nel ritenere fondata la richiesta, riconosce il diritto di informazione ordinando alla Alltoys di comunicare alla New Wave le notizie richieste.

La Alltoys, a sua volta, propone ricorso dinanzi alla Corte Suprema contro la sentenza del giudice d'appello.

Interessanti appaiono i rilievi della Corte Suprema secondo la quale, ai fini della corretta interpretazione dell'art. 3 della legge ceca n. 221/2006, è necessaria una lettura combinata con l'art. 8 della direttiva 2004/48. Nonostante, infatti, la legge ceca abbia recepito la direttiva 2004/48, ad accorta lettura risaltano chiare divergenze sostanziali tra le due regolamentazioni normative. Nello specifico, la legge ceca, all'art. 3, prevede la possibilità di ottenere informazioni proponendo una domanda *nel* procedimento riguardante la violazione del diritto, mentre l'art. 8, par. 1, della direttiva 2004/48 nella versione in lingua ceca prevede l'obbligo per gli Stati membri di garantire la possibilità di ottenere informazioni *in relazione a* un procedimento riguardante la violazione di un diritto di proprietà intellettuale, a dimostrazione delle problematiche generate da contesti differenti i quali «hanno un ruolo fondamentale selettivo nel senso; sia quelli discorsivi sia quelli situazionali, sia quelli applicativi, sia infine quelli propriamente culturali, perché la lingua stessa è espressione di cultura e il diritto medesimo è tipico fenomeno della cultura umana» (Cfr. V. Scalisi, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in V. Scalisi, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, 353). Ciascuna normativa, in effetti, riflette potenzialmente un'indicazione di senso differente generando la necessità di un'interpretazione che tenga conto, in una prospettiva di comparazione, di tutte le versioni linguistiche (Cfr. R. Sacco, *La traduzione giuridica*, in U. Scarpelli, P. Di Lucia (cur.), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 482).

Secondo il giudice del rinvio il corretto orientamento non può prescindere da un'interpretazione conforme della norma nazionale alla direttiva europea, rilevando, tuttavia, che l'espressione riportata all'art. 8, par. 1, della *Direttiva Enforcement* non si presta agevolmente ad una definizione univoca (p.to 15).

Di conseguenza, la Corte Suprema, rilevando, tra l'altro, come il contenuto precettivo della direttiva 2004/48 si presti a diverse interpretazioni, atteso il fatto che nelle varie traduzioni della parte corrispondente all'art. 8, par. 1, vengono impiegate espressioni linguistiche differenti e spesso divergenti, decide di sospendere il procedimento e di sottoporre la questione relativa all'interpretazione dell'inciso normativo in questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

2. – Ai fini della disamina in questa sede condotta, è d'uopo rimarcare che uno degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2004/48/CE, coincide con la volontà di «riavvicinare le legislazioni degli Stati membri al fine di assicurare un livello elevato, equivalente ed omogeneo di protezione della proprietà intellettuale nel mercato interno» (*considerando* n. 10 della direttiva), garantendo così una cornice comune di regole di tutela dei beni protetti dai diritti di proprietà intellettuale, la Corte ha altresì ribadito che tale direttiva impone «l'esistenza di rimedi giurisdizionali efficaci, destinati a prevenire, a porre fine o a rimediare a qualsiasi

violazione di un diritto di proprietà intellettuale esistente» (Corte Giust., sent. 10-4-2014, C-435/12, , *Aci Adam e al.*, p.to 61; sent. 25-1-2017, causa C-367/15, *SFP c. OTK*). Allo stesso modo, rispetto all'ordinamento internazionale, occorre evidenziare l'importanza della tutela del diritto di proprietà intellettuale divenuto obbligatorio per i singoli Stati nonché condizione necessaria per l'ammissione all'Organizzazione internazionale. Si è conseguentemente ridotto lo spazio di discrezionalità applicativa in materia «mentre è notevolmente cresciuto il livello di enforcement, in particolare attraverso un nuovo sistema di risoluzione delle controversie affidato alla stessa Organizzazione, che pure è incaricata di controllare e vagliare la legislazione in materia dei paesi aderenti» (L. Moccia, *La proprietà intellettuale come “proprietà globale” tendenze e problemi*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Frignani*, Napoli, 2011, 651).

Rispetto alla *Direttiva Enforcement* – riferimento principale della sentenza in commento – e, soprattutto, agli obiettivi primari che persegue appare opportuno, altresì, sottolineare che «dal memorandum esplicativo della Commissione emerge che le disparità esistenti fra le legislazioni nazionali rendono difficile condurre una lotta efficace contro la contraffazione e la pirateria e (...) l'obiettivo dichiarato nella direttiva è di ravvicinare le legislazioni nazionali per assicurare un livello elevato, equivalente ed omogeneo di protezione della proprietà intellettuale nel mercato interno» (così P. Auteri, *Le tutele reali*, in L. Nivarra (cur.), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2005, 22). Com'è noto, difatti, l'attività legislativa dell'Unione nel settore dei diritti di proprietà intellettuale mira principalmente ad armonizzare taluni aspetti specifici di siffatti diritti attraverso la creazione di un sistema europeo unico e parallelo ai sistemi nazionali. In merito l'art. 118 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) recita, infatti, che: «nell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento Europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una procedura uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione». Anche la dottrina non manca di evidenziare che nell'agenda della Commissione europea la semplificazione assume i caratteri di procedimento in itinere «invocato per sostenere l'innovazione e la competizione in Unione Europea, in termini di mercato interno per i diritti di proprietà intellettuale tra gli Stati membri» (F. Maschio, *Il risarcimento del danno per violazione di brevetto. Prime riflessioni aggiornate alla giurisprudenza Apple v. Samsung*, 2012, 2, in www.federalismi.it).

343

Il «diritto d'informazione», sancito all'art. 8, si configura come una delle principali misure di protezione della proprietà intellettuale riconosciuta dalla *Direttiva Enforcement*, prevedendo in capo agli Stati membri il dovere di assicurare che – nel contesto dei procedimenti riguardanti la violazione di un diritto di proprietà intellettuale e in risposta a una richiesta giustificata e proporzionata del richiedente –, l'autorità giudiziaria competente abbia il potere di ordinare che le informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi lesive di un diritto di proprietà intellettuale siano fornite dall'autore della violazione e/o da ogni altra persona trovata in possesso di merci oggetto di inadempienza di un diritto su scala commerciale o sorpresa, nello stesso contesto, ad utilizzare servizi oggetto di inosservanza di un diritto o a fornire servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto, oppure, ancora, che sia stata indicata dai soggetti in precedenza designati come persona implicata nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti o nella fornitura di tali servizi.

Il giudice del rinvio chiede proprio se l'art. 8, par. 1, della direttiva 2004/48 «debba essere interpretato nel senso che ci si trova nel contesto di un procedimento riguardante la violazione di un diritto di proprietà intellettuale, anche nel caso in cui, dopo la conclusione definitiva del procedimento con cui sia stata dichiarata sussistente una violazione del diritto di proprietà intellettuale, la parte attrice richieda, in un procedimento separato, informazioni sull'origine e le reti di distribuzione di merci o di servizi con cui è violato un diritto di proprietà intellettuale», (p.to 17).

3. – Vale la pena approfondire ulteriormente i contenuti del diritto d'informazione, richiamato nella direttiva 2004/48. Rispetto al caso di specie, il suo esercizio presuppone certamente una misura istruttoria che può essere esperita nel corso di una causa, in base alla quale il giudice ordina alla controparte l'esibizione o il conferimento di informazioni, purché la richiesta dell'interrogante appaia giustificata e proporzionata.

Il diritto d'informazione di cui all'art. 8 della direttiva 2004/48 si configura a mo' di diritto strumentale teso a garantire la tutela effettiva della proprietà intellettuale. Il suo obiettivo principale è quello di parificare il diverso grado di informazione dei presunti autori di una violazione di un diritto di proprietà intellettuale con quello del titolare di siffatto diritto, avuto particolare riguardo alle ripercussioni sull'effettività della tutela giurisdizionale potenzialmente derivanti dalla carenza di informazioni minime – in possesso del titolare del diritto –, necessarie per procedere contro il presunto autore della violazione. Esso, tuttavia, non può considerarsi quale diritto assoluto: infatti, ai sensi dello stesso art. 8, gli Stati membri possono porre limiti al suo esercizio. Il suo carattere di non assolutezza è stato, altresì, opportunamente approfondito dalla dottrina che ha proprio rimarcato come «nel rilevare la necessità di un contemporamento equo e proporzionato degli interventi a tutela della proprietà intellettuale con gli altri diritti basilari, il giudice comunitario ha voluto sottolineare che il diritto di proprietà intellettuale, pur citato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (o Carta di Nizza) all'art. 17, n. 2, non è né intangibile, né assoluto (...) infatti non si desume né dalla disposizione legislativa né dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che si tratta di un diritto intangibile» (così G. Giannone Codiglione, *Corte di Giustizia e diritto d'autore*, in www.comparazionedirittocivile.it, 5). Inoltre, il diritto d'informazione, di cui può beneficiare il ricorrente nell'ambito di un procedimento relativo alla violazione del suo diritto di proprietà, mira a «rendere applicabile e a concretizzare il diritto fondamentale ad un ricorso effettivo garantito dall'articolo 47 della Carta e ad assicurare in tal modo l'esercizio effettivo del diritto fondamentale di proprietà, in cui rientra il diritto di proprietà intellettuale tutelato dall'articolo 17, paragrafo 2, di tale Carta» (Corte Giust., sent. 16-7-2015, causa C-580/13, *Huawei Technologies c. Ltd*; sent. 24-11-2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. SCRL*).

La Corte non manca, infine, di rilevare che la tutela del diritto fondamentale di proprietà, in cui sono certamente ricompresi i diritti di proprietà intellettuale, deve essere bilanciata con quella di altri diritti fondamentali (Corte Giust., sent. 29-1-2008, causa C-275/06, *Promusicae c. SAU*, p.ti 62-68).

La *ratio* di una interpretazione estensiva del diritto di informazione è quella di consentire al danneggiato di acquisire, anche mediante il coinvolgimento di soggetti terzi, il maggior numero possibile di informazioni sulla portata e sulla dinamica dell'illecito subito, al fine di poter estendere anche ad altri soggetti l'azione già intrapresa. Una disposizione nazionale “restrittiva” non rispetta certamente l'esigenza fondamentale di assicurare un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali in gioco, e al cui bilanciamento procede l'art. 8 della direttiva 2004/48, trattandosi di informazioni necessarie per garantire la tutela dei diritti fondamentali (Corte Giust., sent. 16-07-2015, causa C-580/13, *Coty Germany GmbH c. Stadtsparkasse Magdeburg*).

4. – La Corte di Giustizia, interrogata in via pregiudiziale, ha ritenuto che il concetto di diritto d'informazione ai sensi dell'art. 8 della *Direttiva Enforcement* includa il diritto di ottenere informazioni in altro procedimento separato a fronte della conclusione di quello principale che abbia dichiarato sussistente una violazione della proprietà intellettuale.

Ai fini della opportuna definizione del procedimento originario è fondamentale chiarire, rispetto alla lettera dell'art. 8, par. 1, della *Direttiva Enforcement*, cosa si intende con l'espressione “*nel contesto*”. Il giudice europeo rileva come l'art. 8 della direttiva abbia una portata differente in base alla traduzione linguistica considerata. Infatti, alcune versioni, come quella in lingua francese («*dans le cadre d'une action*»), utilizzano espressioni che potrebbero essere interpretate come aventi un ambito di applicazione più ristretto rispetto a

quelle impiegate in altre versioni linguistiche, come ad esempio quelle in lingua ceca e inglese (*«in the context of proceeding»*).

La Corte rinvia a quanto rilevato dalla Commissione europea nelle proprie osservazioni allorché ribadisce che in nessuna versione risulta che l'attore debba far valere il diritto d'informazione nell'ambito di un unico procedimento diretto alla constatazione di una violazione di un diritto di proprietà intellettuale.

Oltre a questo indice letterale, la Corte si sofferma anche sul requisito soggettivo necessario ad attuare la tutela specificando che il soggetto destinatario dell'obbligo di fornire informazioni non è esclusivamente lo stesso che ha commesso la violazione del diritto di proprietà intellettuale, ma anche "ogni altra persona" indicata alle lettere da a) a d) dell'art. 8, par. 1 della *Direttiva Enforcement* e la stessa non specifica se anche questi soggetti debbano essere coinvolti nel procedimento teso all'accertamento della contraffazione (p.to 22 sent.).

Conformemente ad una giurisprudenza consolidata della Corte, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione Europea si deve tener conto del suo tenore letterale, del suo contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (*ex multis* di recente, Corte Giust., sent. 26-5-2014, causa C-127/14, *Aktiv Kapital Portfolio Invesment*). Inoltre, la Corte ha più volte specificato che l'obbligo di conformarsi in via interpretativa al diritto UE sussiste fin dove consentito dal tenore letterale della norma interna (Corte Giust., sent. 24-1-2012, causa C-282/10, *Maribel Dominguez*; sent. 24-6-2010, causa C-98/09, *Sorge*, p.to 53; sent. 23-4-2009, cause C-378/07 e C-380/07, *Angelidaki e altri*).

Secondo l'orientamento della giurisprudenza europea, il diritto dell'Unione richiede che gli Stati membri, in occasione della trasposizione delle direttive, abbiano cura di fondarsi su un'interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione arrivando ad attribuire alle direttive un effetto orizzontale indiretto (v. sul tema V. Piccone, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in R. Cosio, R. Foglia (cur.), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano, 2013, 291 ss.).

In sede di attuazione delle misure di trasposizione di dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i suddetti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione (v. Corte Giust., sent. 29-1-2008, *Promusicae*, causa C-275/06, p.to 70; sent. 10-4-1984, C-14/83, *Sabine*, p.ti 26 ss.; sent. 5-10-2004, procedimenti riuniti C-397/01 e C-403/01, *Bernhard Pfeiffer e al.*, p.ti 113 ss.).

L'art. 8, par. 1, della direttiva in parola certamente non riconosce un autonomo diritto d'informazione che i singoli possano esercitare presso l'autore della violazione o le persone di cui all'art. 8, par. 1, lett. a), b), c) e d); tuttavia, esso impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che tale informazione possa essere conseguita nell'ambito di un'istruttoria giudiziaria.

La Corte sottolinea, inoltre, che il diritto d'informazione previsto all'art. 8 della direttiva incarna l'espressione di un più ampio diritto in base al quale ogni individuo può ricorrere alla tutela giurisdizionale di cui art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche con riferimento alla tutela della proprietà intellettuale, come declinato dall'art. 17, par. 2 della medesima Carta (p.to 25 sent.). Tuttavia, al riguardo, appare opportuno rilevare che: «l'insieme delle misure volte a reprimere le contraffazioni dei prodotti industriali e delle altre opere intellettuali, con la connessa considerazione dell'intervento del terzo, rappresenta non un microsistema di tutela capace di una tendenziale autonomia e autosufficienza nel disciplinare il fenomeno, quanto piuttosto una sorta di arcipelago, segnato da molti dei caratteri negativi di frammentarietà, incoerenza, contraddittorietà, purtroppo tipici di gran parte della legislazione penale in materia economica» (V. Militello, *Il terzo e la contraffazione: profili penalistici*, in L. Nivarra (cur.), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2005, 142).

Il caso di specie non fa che confermare le difficoltà connesse al multilinguismo dell'Unione europea e gli effetti *in primis* – ma non esclusivamente – di natura giuridica che

ne derivano, seppur al contempo è quantomeno doveroso rimarcare che tale plurilinguismo: «appare (...) non solo dettato da esigenze di trasparenza e legittimazione democratica delle istituzioni europee ma anche come l'unica soluzione possibile per salvaguardare la porzione di sovranità che gli Stati hanno deciso di sottrarre al processo d'integrazione», (F. Lisena, *La Babele (o la Pentecoste) delle lingue nell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 2010, n. 4, 9).

La Corte di Giustizia ha sempre dimostrato una specifica volontà di dirimere suddette criticità e uno degli strumenti per farlo coincide con la puntuale formulazione di precise linee guida interpretative. Nel procedimento attivato innanzi alla Corte è emerso come il raffronto tra diversi testi ma (soprattutto) la traduzione degli atti legislativi europei induce a frequenti conflitti interpretativi delle norme in grado di mettere “in pericolo” la tutela e la reale fruizione di un diritto considerando, oltretutto, che il carattere multilingue del diritto europeo impone di verificare se i criteri interpretativi possano essere applicati facendo riferimento a una sola versione linguistica, oppure l'interprete sia tenuto ad analizzare anche i testi redatti in altre lingue ufficiali. Al riguardo il giudice europeo ha da tempo specificato che «la necessità che le norme comunitarie siano interpretate in modo uniforme esclude la possibilità di prendere in considerazione un solo testo ed impone di tener conto, in caso di dubbio, dei testi redatti nelle altre tre lingue», (Corte Giust., sent. 5-12-1967, causa C-19/67, *Sociale Vezeringsbank c. J.H. van der Vech*). La dottrina, al riguardo, non manca di rimarcare che «l'interpretazione conforme reca in sé la peculiare caratteristica di imporre all'interprete di pervenire a un risultato, vale a dire di adottare una interpretazione conforme ad un'altra regola e solo a quella (...) e tende ad isolare, all'interno del sistema e talora anche al di fuori di esso, una o più regole particolari, alle quali conferisce un ruolo privilegiato rispetto alle altre» (E. Cannizzaro, *Interpretazione conforme tra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in A. Bernardi (cur.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, 5).

La sentenza in esame presenta profili estremamente interessanti, capaci di orientare la decisione della Corte di Giustizia e perfettamente in linea con la propria giurisprudenza pregressa. Ancora una volta la Corte, con la sentenza in commento, dimostra di considerare quale fulcro essenziale del proprio ragionamento, l'obiettivo posto dalla *Direttiva Enforcement* che «si propone di armonizzare le legislazioni nazionali in materia di sanzioni e soprattutto di misure o rimedi giurisdizionali volti ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale» (P. Auteri, *op. cit.*, 22) attribuendo la giusta importanza non esclusivamente al dato letterale ma, al perimetro contestuale entro il quale la stessa si colloca (Corte Giust., sent. 17-11-1983, causa C-292/82, *Verband Sozialer Wettbewerb e V c. Innova Vital GmbH*, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Finanzgericht* di Amburgo, par. 12; sent. 21-2-1984, causa C-337/82, *Nikolaus Brennerei*, p.to 10; sent. 17-10-1995, causa C-83/94, *Kreil*, p.to 22; sent. 30-7-1996, causa C-84/95, *Bosphorus*, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Supreme Court* irlandese).

La sentenza in commento, come anticipato in apertura, pur avendo ad oggetto la violazione di un diritto di proprietà intellettuale pare assumere maggiore rilievo sul piano interpretativo ed è proprio in questa cornice che si sviluppa ampia parte dell'*iter* argomentativo della Corte, del resto: «in questo processo lento e difficile di confronto (e spesso “scontro”) di istanze e tutele, libertà e diritti, occupa un ruolo fondamentale non solo la legislazione comunitaria, nella sua consolidata primazia, ma soprattutto la giurisprudenza comunitaria e la sua attività di interpretazione, strumentale alla nascita e allo sviluppo di un “nuovo” diritto d'autore, più armonizzato, efficiente, globale e condiviso» (G. Giannone Codiglione, *Corte Di Giustizia e Diritto d'autore*, cit., 21).

La Corte di Giustizia chiude senza novità l'era *Teckal*

di Giuseppe Franco Ferrari

Title: The CJEU has closed the *Teckal era* with no changes

Keywords: In house providing; Public utilities, Public services.

1. – La decisione in commento si muove nell'alveo di un filone giurisprudenziale ben noto, iniziato dalla celebre *Teckal* (sent. 18-11-1999, causa C-107/98, *Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*) e rappresentato da una dozzina di pronunce, in maggioranza concernenti casi originati nell'ordinamento italiano, concernenti il fenomeno dell'*in house providing*. Si tratta di una decisione di non altissimo profilo, che esplicita e dà attuazione a criteri già noti, forse neppure meritevoli di domanda di questione pregiudiziale. Al punto che la Corte indirizza alla V Sezione del Consiglio di Stato una sorta di garbato rimprovero (par. 22- 26) per non avere chiarito se la gara in questione avesse rilevanza sopra soglia e se riguardasse appalto di servizi o concessione. Il collegio comunque, in nome dello «spirito di cooperazione che informa i rapporti tra i giudici nazionali e la Corte» stessa (par.25), invece di statuire nel senso della irricevibilità, decide sulla base di presupposti ipotetici e da verificare in sede nazionale. L'importanza della decisione deriva dunque, piuttosto, dal suo essere di necessità l'ultima della serie, e quindi dal configurarsi come chiusura dell'indirizzo giurisprudenziale, superato ormai dall'entrata in vigore del nuovo pacchetto di direttive del 2014 e dalla conseguente modificazione normativa di due dei tre requisiti *Teckal*, formulati nel 1999 ma ribaditi, consolidati e specificati progressivamente in costanza di vigenza della Dir. 2004/18. È appena il caso di ricordare, infatti, che, con le Dir. 2014/24/UE e 20014/23/UE, è stato ammesso, ai fini dell'affidamento di servizi in deroga all'ordinario regime concorrenziale, che la società destinataria dell'assegnazione includa nel proprio capitale soci privati, purché non in posizione di controllo, pur pretendendo che la percentuale di fatturato realizzato a favore degli enti pubblici controllanti sia dell'80% anziché superiore alla metà (art. 12, Dir. 2014/24/UE; art. 17, Dir. 20014/23/UE). La Corte di giustizia, quindi, inaugurerà presto nuove linee giurisprudenziali adeguate alla mutata disciplina normativa. Ma la decisione *Cogesa*, adottata in vigenza della precedente generazione di direttive, abrogate a far data dal 18 aprile 2016, verrà ricordata quale suggello dell'indirizzo *Teckal*.

347

2. – *Cogesa*, società a capitale interamente pubblico partecipata da Comuni abruzzesi tra cui quello di Sulmona con una quota del 16.6%, diveniva affidataria del servizio di gestione del ciclo integrato dei rifiuti dei Comuni soci con delibera di fine settembre 2014, e un mese dopo, ad esecuzione dell'appalto non ancora iniziata, i Comuni definivano la convenzione per l'esercizio congiunto del controllo analogo. Sin dal 2011, peraltro, la Regione aveva imposto a *Cogesa* di trattare e smaltire rifiuti provenienti da Comuni non soci. Il Tar Abruzzo, adito da un operatore privato che lamentava la posteriorità della convenzione all'affidamento e

l'assenza del requisito del 50% del fatturato a favore dei Comuni soci, respingeva il ricorso, ritenendo adeguata la convenzione e sufficiente il fatturato reso agli enti soci, considerando a parte quello derivante da servizi resi ad altre amministrazioni locali, anche dietro ordine regionale.

Il Consiglio di Stato invece sollevava questione pregiudiziale con riferimento a due punti: se cioè per computare l'attività prevalente del soggetto *in house* si debba tenere conto dell'attività imposta da ente pubblico terzo a favore di amministrazioni non socie e degli affidamenti da parte di enti soci prima del perfezionamento del controllo analogo.

3. – La risposta della Corte di giustizia, schematica come al solito, muove dall'*acquis* sedimentato, su questa materia, lungo l'arco di oltre quindici anni, richiamando a più riprese decisioni precedenti, come *Stadt Halle e RPL Lochau* (sent. 11-1-2005, causa C-26/03, con nota di G.F. Ferrari, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 834 ss.), *Carbotermo e Consorzio Alisei* (sent. 11-5-2006, causa C-340/04, con nota di G. F. Ferrari, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1637 ss.), *Datenlotzen Informationssysteme* (sent. 8-5-2014, causa C-15/13, con nota del medesimo, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1370 ss.) ed altre ancora.

Il dato di partenza è che ogni deroga alle regole concorrenziali deve essere interpretata restrittivamente (par.29), in quanto l'eccezione si riferisce al legame interno tra amministrazione aggiudicatrice ed ente affidatario, strutturato in modo da generare identità sostanziale ed annullare o ridurre al minimo qualsiasi tipo di esternalità (par.30). Altro inderogabile vincolo, più volte enfatizzato in passato, è che le circostanze della fattispecie, abbiano esse natura qualitativa o quantitativa, devono essere tenute in piena considerazione nell'applicazione della massima in diritto (par.32). Ne deriva in via immediatamente conseguenziale che l'attività del soggetto operante *in house*, cui deve avversi riguardo per valutarne la prevalenza nei rapporti con l'amministrazione aggiudicatrice, va valutata in termini di specifica riconducibilità ai soci ovvero ai terzi, a prescindere dalla natura pubblica o privata di questi ultimi e dal titolo più o meno pubblistico a cui si imputano il servizio reso ad essi ed il correlato fatturato (par. 33-36). Le valutazioni quantitative a valle competono ovviamente al solo giudice del rinvio, ma l'imposizione di prestazioni da parte di ente pubblico terzo in via autoritativa pare alla Corte del tutto irrilevante (par.37-38).

Sempre in nome del medesimo principio, per cui il giudice nazionale deve tenere conto di tutte le circostanze fattuali del caso, il secondo punto viene risolto alquanto banalmente statuendo che le attività in corso di svolgimento all'atto della definizione del rapporto convenzionale destinato a governare i rapporti con il gestore *in house* devono essere valutate, ai fini dell'indice di prevalenza, se si protraggono dopo tale momento (par.40-41).

4. – Nulla dunque di particolarmente nuovo, né di originale, nel dispositivo e nella come sempre succinta motivazione della decisione annotata. Per certi aspetti la ripetitività insinua il dubbio della necessità stessa del rinvio pregiudiziale. La Corte stessa parte dal presupposto che il diritto italiano non presenta particolari specificità, che rendano inevitabile un chiarimento intorno alla sua compatibilità con disposizioni europee, in quanto «rinvia al riguardo al diritto dell'Unione» (par. 8). Non vi sono interposizioni di categorie concettuali nazionali che fungano da filtro all'applicazione diretta delle norme europee. Ciò premesso, il filone giurisprudenziale esistente in materia non abbisognava probabilmente di risposte scontate. Comunque, era ben difficile che la Corte, una volta adita, si esimesse, sullo scorso di un ciclo ormai definito sia nei contenuti che nella scadenza temporale, dal fare ricorso ad un certo numero di ovvietà. Il tempo per l'interpretazione della nuova disciplina, più lasca dal punto di vista della proprietà e più esigente da quello dell'attività, non è ancora venuto.

L'era *Teckal* è ormai conclusa. Peccato, in certo modo, che la sua chiusura sia affidata ad una pronuncia, per così dire, di basso profilo. Ma forse non poteva essere diversamente. In tempi di transizione tra regimi normativi diversi non c'è spazio per elaborazioni creative che riguardino la disciplina in corso di superamento.

Data retention e circolazione dei livelli di tutela dei diritti in Europa: dai giudizi di costituzionalità rivolti alla disciplina UE al giudizio della Corte di giustizia rivolto alle discipline nazionali

di Flavio Guella

Title: Data retention and the circulation of levels of rights' protection in Europe: from constitutional adjudication concerning EU rules to ECJ judgment relevant for national regulation

Keywords: Data retention; Privacy; Dialogue among courts.

1. – Con sentenza del 21 dicembre 2016 la Corte di Giustizia ha aggiunto un ulteriore passaggio nella lunga vicenda che ha avuto ad oggetto la regolazione della conservazione dei dati relativi a comunicazioni telefoniche ed informatiche (c.d. *data retention*). Con questa pronuncia la Corte chiude il cerchio attorno al quale giudici e legislatori europei si sono mossi negli ultimi quindici anni alla ricerca del giusto equilibrio tra riservatezza ed esigenze di pubblica sicurezza. La Grande Sezione, decidendo un rinvio pregiudiziale sulle cause riunite C-203/15 e C-698/15, ha infatti chiarito in che misura il diritto europeo osti a legislazioni nazionali – del tipo di quella britannica e svedese che hanno dato origine alla pronuncia – le quali permettano da un lato la conservazione generalizzata dei dati telefonici per un certo periodo di tempo e, d'altro lato, ammettano l'accesso a tali dati senza adeguate garanzie. Pronunciando in questi termini la Corte di Giustizia di fatto porta ad implementazione un nuovo standard di tutela del diritto alla riservatezza, il cui livello è emerso da un lungo dialogo normativo e giurisprudenziale tra istituzioni europee e Stati membri (sulla vicenda *data retention*, tra i numerosi commenti, si rinvia per un primo inquadramento generale a F. Bestagno, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Diritto UE*, 2015, 25 ss. e O. Pollicino, M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "reasoning" dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. informaz. informatica*, 2015, 741 ss.).

349

La Tele2 Sverige, impresa svedese fornitrice di servizi di comunicazione elettronica, a seguito della precedente invalidazione per effetto della sentenza *Digital RightsIreland* (8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238) della direttiva 2006/24/CE, che imponeva la conservazione dei dati di traffico per un periodo di tempo minimo, dismetteva la conservazione generalizzata dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche, pur se imposta direttamente dalla legge nazionale (*lagen 2003:389 omelektroniskkommunikation*); legge emanata nello spazio di discrezionalità lasciato dalla precedente direttiva 2002/58/CE, ma di contenuto analogo a quello della direttiva del 2006 di cui era stata dichiarata l'invalidità. Analogamente, alcuni cittadini inglesi ricorrevano in giudizio avverso la conservazione dei dati telefonici sulla base del *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014*, che contiene anch'esso una disciplina conforme alla direttiva del 2006, con la peculiarità – rispetto alla precedente ipotesi – che in questo ordinamento è il Ministro dell'Interno ad adottare, in assenza di qualsivoglia autorizzazione preventiva di un giudice o di un'autorità

amministrativa indipendente, un regime generale di conservazione dei dati (richiedendo l'accessibilità contestualmente alla conservazione).

In esito al giudizio la Grande Sezione del 21 dicembre 2016 ha statuito che l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (come modificata dalla direttiva 2009/136/CE), letto alla luce degli articoli 7, 8, 11 e 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso osta sia ad una normativa nazionale (come tendenzialmente quella svedese) la quale preveda, per finalità di lotta contro la criminalità, una conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti di qualunque mezzo di comunicazione elettronica, sia ad una normativa nazionale (come tendenzialmente quella britannica, oltre che per specifici profili quella svedese), la quale disciplini la protezione dei medesimi dati senza limitare l'accesso delle autorità nazionali competenti alle sole finalità di lotta contro la criminalità "grave", senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati siano conservati nel territorio dell'Unione.

2. – La vicenda è rilevante non solo per la centralità del tema della sicurezza pubblica in connessione con la riservatezza, di grande attualità in un'epoca in cui il ruolo pervasivo delle comunicazioni elettroniche nella vita di ciascuno si confronta con una contestuale difficoltà nel controllo di fenomeni criminali gravi, quali i traffici e l'associazionismo criminale di dimensione transfrontaliera, nonché il terrorismo. Un profilo di rilevanza ulteriore è infatti legato ai meccanismi istituzionali che hanno permesso la fissazione di uno standard comune di tutela della riservatezza, facendo "circolare" negli ordinamenti europei un certo livello di tutela dei diritti fondamentali mediante un costante dialogo tra le corti ed i legislatori.

La questione del *data retention* è paradigmatica di come questo modello dialogico spesso operi, negli anni, fino a costruire un'integrazione europea dei diritti fondamentali che agisce – in assenza di un chiaro disegno preventivo – su singole questioni settoriali (cfr. tra i molti contributi generali sul tema G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010). Nel caso specifico la questione di fondo cui rispondere in modo uniforme è costituita dal se sia possibile conservare in via generalizzata i dati esterni (c.d. metadati) delle comunicazioni; dati utili per perseguire i crimini, ma che sono in ipotesi raccolti agendo al di fuori di un quadro di indagini in cui è l'autorità inquirente a chiedere *ex post* di mettere sotto controllo determinate utenze, operando quindi *ex ante* una conservazione generalizzata dei dati stessi, cui attingere poi all'occorrenza in sede di indagini. Si trattava pertanto di verificare se e quanto la strumentalità alla sicurezza pubblica della ritenzione dei dati da parte delle compagnie telefoniche per un tempo ulteriore rispetto a quanto strettamente necessario alla fatturazione dei servizi prevalga sulle esigenze della riservatezza.

L'Unione europea era intervenuta nella materia dapprima con la direttiva 2002/58/CE fissando il principio secondo cui i dati relativi al traffico e i dati relativi all'ubicazione devono essere cancellati o resi anonimi qualora non siano più necessari per la trasmissione di una comunicazione. L'art. 15, par. 1, della medesima direttiva introduceva però una deroga a tale principio autorizzando gli Stati membri, ove ciò sia giustificato da uno dei motivi enunciati da tale disposizione (tra cui la sicurezza pubblica e il contrasto alla criminalità), a limitare l'obbligo di cancellazione o di anonimizzazione.

Questa direttiva era intervenuta in un contesto normativo in cui i legislatori nazionali avevano talvolta già disciplinato la materia, come ad esempio nel caso italiano dove il c.d. Codice della privacy aveva fissato in 30 mesi il periodo di conservazione generalizzata dei dati (cfr. l'art. 132 del d.lgs 30 giugno 2003, n. 196 nella sua prima formulazione). Tali opzioni, in sede di prima applicazione della direttiva del 2002, non sembravano per nulla precluse alle autorità nazionali, che potevano conservare discipline di questo genere accedendo ad un'interpretazione della direttiva che riconosceva ampia autonomia procedurale e un esteso margine di apprezzamento agli ordinamenti nazionali, omettendo di dettare più

precise prescrizioni utili per un controllo di proporzionalità (anche se il legislatore italiano stesso, nell'intento di trovare un equilibrio migliore per la tutela della riservatezza alla luce dello sviluppo tecnologico, ha ridotto il termine di conservazione a 24 mesi per i dati telefonici e a 12 mesi per i dati telematici; sulle evoluzioni della disciplina italiana precedenti alla sentenza *Digital Rights* del 2014 cfr. A. Stracuzzi, *Data retention: il faticoso percorso dell'art. 132 Codice Privacy nella disciplina della conservazione dei dati di traffico*, in *Dir. informaz. informatica*, 2008, 585 ss.; S. Aterno, A. Cisterna, *Il legislatore interviene ancora sul data retention, ma non è finita - Decreto legislativo 30 maggio 2008, 109*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 282 ss.; A. Rodolfi, *Il regime normativo della data retention nell'ordinamento italiano. Stato attuale e problematiche concrete*, in *Ciberspazio e diritto*, 2010, 147 ss.).

3. – In partenza si registra quindi l'assenza di uno standard comune di tutela per la riservatezza in ambito di dati esterni delle comunicazioni elettroniche e l'assenza iniziale – qualora entrino in gioco questioni di pubblica sicurezza – di un'intenzione forte dell'Unione europea di armonizzare la materia, sia verso l'alto (dettando termini massimi di conservazione, a tutela della riservatezza) che verso il basso (dettando termini minimi di conservazione, a tutela della sicurezza comune).

Quest'assenza di uno standard comune non trovava parametri precisi nemmeno nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che nell'applicare l'art. 8 CEDU sul rispetto della vita privata e familiare a vicende strutturalmente analoghe – fondate sulla violazione della privacy connessa a conservazione e accesso a dati la cui raccolta può essere operata in massa – hanno mantenuto la protezione su livelli necessariamente elastici, rinviando di volta in volta al controllo di proporzionalità.

Così la CEDU non impone un divieto assoluto, pur riconoscendo – sulla base dell'art. 8 – che l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati costituisce un'ingerenza “supplementare” (cfr. Corte EDU, *Leander c. Svezia*, del 26 marzo 1987, serie A n. 116, § 48; *Rotaru c. Romania* [GC], n. 28341/95, § 46, CEDU 2000-V; *Weber e Saravia c. Germania* (dec.), n. 54934/00, § 79, CEDU 2006-XI), e pertanto si devono introdurre regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura invasiva, anche imponendo requisiti minimi in modo che le persone i cui dati sono stati conservati dispongano di garanzie contro il rischio di abusi, eccessi ed usi illeciti dei dati (cfr. Corte EDU, *Liberty e altri c. Regno Unito*, n. 58243/00, §§ 62 e 63, del 1º luglio 2008; *Rotaru c. Romania*, [GC], n. 28341/95, §§ da 57 a 59). Ciò, in particolare, con un'attenzione più elevata quando i dati personali sono soggetti a trattamento “automatico” (sentenze Corte EDU, *S e Marper c. Regno Unito*, nn. 30562/04 e 30566/04, § 102, CEDU 2008-V, § 103; *M.K. c. Francia*, n. 19522/09, § 35, del 18 aprile 2013), e quindi nelle ipotesi di raccolta generalizzata dei metadati di traffico telefonico, senza però che la raccolta generalizzata sia necessariamente vietata.

L'Unione europea è quindi libera di porre regole che consentano di operare la conservazione e l'accesso a dati sensibili, eventualmente anche con modalità automatizzate e “di massa”, ma dettando quelle garanzie (almeno) procedurali che la CEDU esige come standard minimo di tutela della privacy (standard minimo che vale anche per il diritto UE, secondo l'art. 52, par. 3, prima frase della Carta di Nizza). D'altro lato, l'Unione europea è anche libera di porre uno standard più alto di tutela, restringendo in modo più drastico il trattamento *ex ante* dei dati, da conservare cioè a fini non attuali di tutela della pubblica sicurezza (come disposto dalla seconda frase del citato paragrafo della Carta di Nizza)

4. – A fronte di questo contesto, in prima battuta l'Unione europea ha voluto armonizzare uno standard di tutela della pubblica sicurezza, operando essa stessa un bilanciamento di massima con le esigenze di riservatezza. Se la Direttiva del 2002 continuava infatti a riconoscere un'ampia autonomia procedurale agli Stati e una regola generale di non conservazione fuori delle ipotesi di esigenze di contrasto alla criminalità, proprio per tali fini una nuova direttiva nel 2006 interveniva a ridurre quel margine di discrezionalità

imponendo – in modo uniforme – un termine minimo e massimo di conservazione, nello spazio del quale l'autonomia procedurale degli Stati membri risultava quindi compresa.

La direttiva 2006/24/EC – approvata dopo gli attentati di Londra e di Madrid – ha così imposto che i dati esterni delle telecomunicazioni degli utenti non fossero cancellati dai database dei fornitori del servizio per un minimo di sei mesi, mentre il termine massimi di conservazione veniva fissato a ventiquattro mesi. A tale termine massimo si è conformato il legislatore italiano (come tutt'ora disposto dall'art. 132 del Codice della privacy) e, peraltro, la maggior parte degli ordinamenti europei ha scelto di fissare il termine di conservazione nella fascia alta, tra i dodici e i ventiquattro mesi (mentre in alcuni ordinamenti la direttiva è rimasta inapplicata per ciò che riguarda il termine massimo, ove il legislatore nazionale abbia optato per periodi più lunghi come i tre anni di Irlanda, Lituania e Romania, i cinque anni della Grecia, e i dieci anni della Polonia).

Non in tutti gli Stati membri, tuttavia, il recepimento del termine minimo è stato accettato e non sono mancate le ipotesi in cui istituzioni degli Stati membri ne hanno rilevato il contrasto con il livello nazionale di tutela costituzionale della riservatezza. Particolarmente importante è stato il caso tedesco, in cui la Corte costituzionale con sentenza del 2 marzo 2010, n. 11 (1 BvR 256/08, 1 BvR 586/08, 1 BvR 263/08) ha dichiarato l'illegittimità delle norme che prevedevano l'obbligo di conservazione dei dati delle telecomunicazioni per un periodo di sei mesi, al di fuori di qualunque richiesta emersa in sede di indagini preliminari. Il contrasto con la Costituzione nazionale porta quindi all'annullamento della disciplina pur se attuativa della direttiva UE, con una soluzione che è poi stata seguita anche dalla Corte costituzionale della Bulgaria con sentenza 11 dicembre 2008, n. 13627, dalla *Curtea Constituțională* rumena con sentenza del 8 ottobre 2009, dalla Corte Costituzionale della Repubblica Ceca con sentenza del 31 marzo 2011, e dalla Corte Suprema di Cipro con sentenza 1 febbraio 2011 (cfr. A. Di Martino, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara l'incostituzionalità della data retention e torna sul rapporto tra libertà e sicurezza*, in *Giur. cost.*, 2010, 4059 ss.; E. Falletti, *Germania: normativa tedesca sull'archiviazione di dati personali e normativa comunitaria*, in *Foro it.*, fasc. 1, pt. 4, 2011, 60 ss. e R. Flor, *Data retention e limiti al potere coercitivo dello Stato in materia penale: le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională*, in *Cass. penale*, 2011, 1952 ss.).

Le pronunce di incostituzionalità citate sono particolarmente significative perché si pongono in diretto dialogo con la Corte di Giustizia, che in precedenza aveva giudicato non illegittimo il bilanciamento degli interessi raggiunto dalla direttiva del 2006. Le corti costituzionali nazionali chiedono quindi in sostanza alle istituzioni europee di rivedere la posizione assunta con sentenza del 25 febbraio 2009 (C-301/06, *Irlanda c. Parlamento europeo e Consiglio*, su cui cfr. F. Fabbrini, *Lotta al terrorismo e tutela dei dati personali alla luce della sentenza Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, in *Quad. cost.*, 2009, 419 ss.), la quale aveva fatto salva la conservazione generalizzata dei dati richiesta dal diritto comunitario in quanto rinverrebbe un'adeguata base giuridica nell'art. 95 TCE.

La giurisprudenza costituzionale ceca e tedesca citata si pone così in continuità con le posizioni già assunte in precedenza in tema di mandato di arresto europeo (*BVerfGE*, 113, 273, *Darkanzali*, del 18 luglio 2005), intervenendo sui provvedimenti di recepimento affermando nel caso specifico la rilevanza esclusivamente interna, considerati da un lato i margini di apprezzamento lasciati dalla direttiva stessa e dall'altro il quadro normativo costituzionale (mentre più drastica è stata la sentenza rumena – n. 1.258/2009, 8 ottobre 2009 – che prende diretta posizione sulla direttiva). Come logica conseguenza, nelle vicende citate non vi è stato rinvio pregiudiziale sulla materia e si è proceduto all'annullamento diretto delle norme interne restrittive del diritto costituzionale alla riservatezza.

5. – Proprio dialogando con queste posizioni assunte dalla giurisprudenza di alcune corti costituzionali nazionali, e in un nuovo giudizio avente ad oggetto la disciplina irlandese e quella austriaca (dove il giudice sceglie di non bypassare il rinvio pregiudiziale), la Corte di Giustizia muta il proprio precedente che aveva affermato la legittimità della direttiva *data retention*. È la Corte di Giustizia quindi a modificare in positivo lo standard di protezione

della riservatezza accolto nella normativa dell’Unione, agendo sul piano giurisprudenziale nell’ambito di un rinvio pregiudiziale di validità e accogliendo lo standard di giudizio già fatto proprio dalle corti costituzionali citate.

Con sentenza dell’8 aprile 2014 (cause riunite C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, *Digital RightsIreland e a.*, su cui tra l’ampia dottrina cfr. L. Trucco, “Data retention”: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali, in *Giur. it.*, 2014, 1850 ss.; G. Tiberi, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: la protezione dei diritti fondamentali nel “dopo-Lisbona”*, in *Quad. cost.*, 2014, 719 ss.; S. Scagliarini, *La Corte di Giustizia bilancia il diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni “pro” e alcuni “contra”*, in *Dir. informaz. informatica*, 2014, 873 ss.; E. Colombo, “Data retention” e Corte di giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della Direttiva 2006/24/CE, in *Cass. penale*, 2014, 2705 ss.; C.M. Cascione, *I diritti fondamentali prevalgono sull’interesse alla sicurezza: la decisione “data retention” della Corte di giustizia e gli echi del “Datagate”*, in *Nuova giur. civ. commentata*, pt. 1, 2014, 1044 ss.; M. Nino, *L’annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell’Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di “data retention”*, in *Dir. U.E.*, 2014, 803 ss.; E. Rossi, *Il diritto alla “privacy” nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2014, 331 ss.), la Grande Sezione ha dichiarato l’invalidità della direttiva 2006/24/CE per contrasto dell’obbligo dei gestori di servizi di telecomunicazione di conservare tutti i dati connessi alle comunicazioni elettroniche (e, su richiesta, di fornirli alle pubbliche autorità) con gli art. 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali; ciò in quanto la conservazione dei dati di traffico, sebbene non riguardi il contenuto delle comunicazioni, nondimeno interferisce con la libertà di espressione, la riservatezza della vita privata e la protezione dei dati personali. Ciò non per una violazione del contenuto essenziale di tali diritti, ma per una mancanza di proporzionalità nelle misure prescritte.

Il nucleo essenziale del diritto alla riservatezza delle proprie espressioni non pubbliche – identificato nella conservazione del contenuto delle comunicazioni – non è intaccato, così come non è lesso nel suo nucleo essenziale il diritto alla tutela dei dati personali, posto che già la direttiva 1995/46/CE (e poi la direttiva 2002/58/CE) garantisce modalità di trattamento comprensive di garanzie procedurali minime. La legittimità dell’interferenza, al di là del contenuto essenziale, deve però fondarsi su misure in concreto ragionevoli e proporzionate.

353

A tale ultimo riguardo, la sentenza *Digital Rights* del 2014 riscontra nella direttiva un livello inadeguato di protezione, posto che l’obiettivo di interesse generale alla base della limitazione dei diritti (ovvero le esigenze di lotta contro il crimine e il terrorismo, bilanciabili con il diritto alla riservatezza in quanto strumentali al diritto alla sicurezza di cui all’art. 6 della Carta) è perseguito dalla direttiva del 2006 con misure adeguate ma non strettamente necessarie. Le norme denunciate hanno infatti ecceduto i limiti della necessarietà in quanto a parere della Corte di Giustizia – che modifica il proprio precedente orientamento mutuando queste osservazioni dalla giurisprudenza costituzionale nazionale tedesca, ceca e rumena – sono altrettanto idonee procedure di conservazione che evitino però un monitoraggio indiscriminato *ex ante*. La raccolta in massa dei metadati sarebbe in particolare una misura eccessiva in quanto idonea ad ingenerare nello spirito delle persone riguardate la sensazione che la loro vita privata costituisca l’oggetto di una sorveglianza continua, evitabile con procedure maggiormente selettive (per una specifica analisi del test di proporzionalità in questa sentenza cfr. A. Vedaschi, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La “data retention” al test di legittimità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1224 ss., in particolare il par. 5.2, e il par. 4. per l’analisi delle sentenze nazionali).

Posta tale presa di posizione della Corte di Giustizia sulla direttiva del 2006, e viste le argomentazioni che l’hanno fondata, rimane la questione del valore che tali argomentazioni assumono rispetto ai diritti nazionali. La sentenza del 2016 qui annotata richiama a fondamento del percorso interpretativo della diversa direttiva del 2002 numerosi passaggi della sentenza *Digital Rights*, qualificando espressamente l’opportunità argomentativa di tali richiami in una logica “per analogia”. Sebbene la Grande Sezione del 2014 non abbia inteso enunciare prescrizioni imperative applicabili alle normative nazionali, la pronuncia *Tele2 Sverige* del 2016 rileva quindi come il ragionamento da svolgere rispetto alla direttiva 2002 –

che continua a fissare i confini dell'autonomia procedurale degli Stati membri in materia – sia strettamente legato all'obiettivo perseguito dalla direttiva invalidata, che condiziona quindi l'interpretazione della residua disciplina europea.

6. – Nella sentenza annotata si conclude quindi quella transizione dal giudizio “indiretto” di alcune corti costituzionali nazionali sulla disciplina dell'Unione al giudizio invece operato dalla Corte di Giustizia – dopo aver recepito il nuovo standard di tutela della riservatezza suggerito dal basso – sugli spazi per le discipline nazionali, in un refluxo dell'armonizzazione del livello di tutela verso gli ordinamenti che in precedenza si erano invece conformati alla direttiva del 2006. Se infatti è vero che non vi può essere un'automatica illegittimità del diritto nazionale derivata dalle sentenze della Corte di Giustizia, nella pronuncia del 2016 la Grande Sezione fornisce le necessarie indicazioni su quali strumenti nazionali siano proporzionati ed adeguati per conformarsi al nuovo standard (cfr. per un primo commento alla sentenza O. Pollicino, M. Bassini, *La Corte di Giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *penalecontemporaneo.it*, 9-1-2017).

Si tratta quindi di un rinvio pregiudiziale di interpretazione attuativo del precedente rinvio pregiudiziale di validità, il quale colpisce l'autonomia procedurale degli Stati membri che la direttiva del 2002 aveva lasciato residuare in materia di pubblica sicurezza, riducendo la discrezionalità alla luce delle argomentazioni della pronuncia *Digital Rights*.

Più in particolare, la sentenza *Tele2 Sverige* conferisce un contenuto operativo più preciso di quanto consolidato in precedenza alla regola per cui – come confermato dai considerando 22 e 26 della direttiva 2002/58/CE – il trattamento e la memorizzazione dei dati relativi al traffico sono autorizzati, ai sensi dell'art. 6 della direttiva stessa, soltanto nella misura e per la durata necessaria per la fatturazione dei servizi, per la commercializzazione di questi ultimi e per la fornitura di servizi a valore aggiunto (cfr. sentenza del 29 gennaio 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, punti 47 e 48). Tale contenuto operativo più preciso è definito restringendo gli spazi per le eccezioni *ex art.* 15, par. 1, imponendo che tali deroghe assumano appunto portata eccezionale (sui cui ambiti cfr. già sentenza del 22 novembre 2012, *Probst*, C-119/12, EU:C:2012:748, punto 23). Si tratta di un'interpretazione restrittiva per cui non solo l'art. 15, par. 1, prima frase, della direttiva 2002/58/CE stabilisce obiettivi di carattere tassativo, in modo che gli Stati non potranno addurre ragioni atipiche rispetto alla pubblica sicurezza – o alle altre ipotesi codificate dalla direttiva – per restringere ragionevolmente la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta (tra cui ovviamente la riservatezza cfr. sentenze del 20 maggio 2003, *Österreichischer Rundfunk e a.*, C-465/00, C-138/01 e C-139/01, EU:C:2003:294, punto 68; del 13 maggio 2014, *Google Spain*, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 68; 6 ottobre 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, punto 38), ma soprattutto si afferma che è necessario un bilanciamento con tali diritti che segua livelli di tutela e modalità operative proporzionate ora delineate dalla Corte di Giustizia stessa.

La sentenza proprio al fine di definire questa proporzionalità riproduce quindi i ragionamenti della pronuncia *Digital Rights* del 2014, per riempire di contenuto la portata delle eccezioni al principio di non conservazione dei dati contenendole – per come previste dalla direttiva 2002 – entro i limiti del rispetto dei diritti fondamentali. Lo standard di tutela accolto ammette quindi che soltanto la lotta contro la criminalità “grave” è idonea a giustificare una misura di eccezione (cfr. sentenza *Digital Rights*, punto 60), ed quindi non violano il diritto dell'Unione solo quelle norme nazionali che conducono ad una conservazione avente ad oggetto dati relativi ad un periodo di tempo e/o a una zona geografica e/o una cerchia di persone suscettibili di essere implicate in una violazione grave, oppure persone che potrebbero, per altri motivi, contribuire, mediante la conservazione dei loro dati, alla lotta contro la criminalità (cfr. ancora per analogia la sentenza *Digital Rights*, punto 59).

Anche se quindi l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta, non osti a che uno Stato membro adotti una

normativa la quale consenta, a titolo preventivo, la conservazione “mirata” dei dati relativi al traffico per finalità di lotta contro la criminalità grave, ciò deve avvenire appunto a condizione che la conservazione sia selettiva (e quindi strettamente necessaria) per quanto riguarda le categorie di dati da conservare, i mezzi di comunicazione interessati, le persone riguardate, nonché la durata della raccolta.

Il livello di proporzionalità fissato con il precedente del 2014 viene peraltro applicato agli spazi di discrezionalità nazionale non solo riguardanti la conservazione dei dati, ma anche l’accesso da parte delle autorità nazionali competenti. Si afferma quindi che viola il diritto dell’Unione quella normativa nazionale che non limiti tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, o che non sottoponga l’accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un’autorità amministrativa indipendente (cfr. sentenza *Digital Rights*, punto 62, ma anche Corte EDU, 12 gennaio 2016, *Szabó e Vissy c. Ungheria*, CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, §§ 77 e 80), o non esiga che i dati siano conservati nel territorio dell’Unione, o non imponga di comunicare appena possibile all’interessato l’avvenuto accesso (cfr. sentenze del 7 maggio 2009, *Rijkeboer*, C-553/07, EU:C:2009:293, punto 52; 6 ottobre 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, punto 95), o non fondi su elementi oggettivi le circostanze in presenza delle quali l’accesso è ammesso (cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2015, *Zakharov c. Russia*, CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, § 260).

7. – A fronte di questi contenuti, la sentenza *Tele2 Sverige* assume una specifica rilevanza non perché innovativa dei principi della sentenza *Digital Rights*, ma in quanto con questa pronuncia la Corte di Giustizia completa quel ciclo che – attraverso il dialogo con alcune giurisdizioni costituzionali nazionali – ha portato un certo livello di tutela, prima negato dall’Unione europea stessa, ad essere imposto uniformemente a tutti gli Stati membri.

Se infatti ad una fase di forte autonomia procedurale nel porre eccezioni alla regola della non conservazione dei dati per ragioni di pubblica sicurezza era poi succeduta un’armonizzazione verso il basso con la direttiva *data retention*, che imponeva una conservazione generalizzata ed indifferenziata per almeno sei mesi, in direzione contraria – successivamente – la giurisprudenza nazionale di Germania, Repubblica Ceca e Romania aveva contestato la costituzionalità di tali misure, portando la Grande Sezione del 2014 a mutare il proprio orientamento precedente recependo questo diverso standard di tutela della riservatezza nel proprio giudizio di proporzionalità e dichiarando così l’invalidità della direttiva del 2006. Questo punto di approdo riguardante il diritto UE ha posto quindi le premesse per una reinterpretazione del diritto dell’Unione precedente alla direttiva del 2006, in particolare della direttiva 2002 che in passato non era stata applicata in materia di pubblica sicurezza con quella portata limitativa dell’autonomia e discrezionalità degli Stati membri, liberi nel sacrificare fortemente il livello di tutela della riservatezza, che oggi si è invece uniformemente affermata – quasi per un’eterogenesi dei fini – in esito al susseguirsi delle citate vicende.

Il giudizio interpretativo in via pregiudiziale qui annotato è peraltro importante anche su un piano più propriamente giuridico-formale, perché dalla pronuncia pregiudiziale di validità del caso *Digital Rights* relativa alla direttiva del 2006 non è derivata un’automatica ed inevitabile armonizzazione degli ordinamenti nazionali, lo strumento appropriato a tale scopo essendo invece quello del rinvio pregiudiziale interpretativo del residuo diritto dell’Unione vigente dopo l’eliminazione della direttiva invalidata, e quindi le regole e le eccezioni formulate dalla direttiva 2002. Successivamente alla sentenza del 2014 non è infatti sorprendente registrare una forte disomogeneità negli approcci nazionali all’adeguamento, dato che lo strumento del rinvio pregiudiziale di validità non ha potuto fissare con sufficiente puntualità quelle misure adeguate ad una proporzionata conservazione dei dati che solo l’interpretazione del diritto UE di risulta dopo la sentenza *Digital Rights* può enucleare; in altri termini, ragionare esclusivamente sull’eliminazione della direttiva del 2006 produceva rischi di un vuoto normativo, essendo appunto la *data retention* sì sproporzionata ma non radicalmente vietata (ed anzi essenziale per tutelare il diritto alla sicurezza, anch’esso tutelato peraltro dalla Carta di Nizza), di modo che la scelta di numerosi ordinamenti

nazionali è stata quella di non armonizzarsi al nuovo bilanciamento dei diritti operato nel 2014.

Nel panorama europeo possiamo quindi registrare la presenza di ordinamenti che già prima della sentenza 2014 avevano seguito un'interpretazione di maggior tutela della riservatezza per mezzo delle proprie corti costituzionali, il che ha portato al recepimento del livello di tutela oggi accolto in materia anche dall'Unione (Germania, Repubblica Ceca, Romania, Bulgaria e Cipro). D'altra parte, altri Stati membri hanno annullato le norme sulla *data retention* successivamente dalla sentenza *Digital Rights* del 2014, recependo il nuovo orientamento della Corte di Giustizia, come avvenuto ad esempio per l'Austria o la Slovacchia, operando talvolta in via legislativa, talaltra per l'azione diretta della magistratura che ha proceduto a disapplicare od annullare la normativa interna, dando prevalenza al nuovo diritto dell'Unione (come nel caso dei Paesi Bassi, dell'Irlanda, del Belgio e della Slovenia). Altri Stati membri, infine, come i due ordinamenti parte nel giudizio annotato (Svezia e Regno Unito), ma anche ad esempio la Danimarca e l'Italia, hanno conservato fino ad oggi discipline nazionali disarmoniche rispetto ai principi recepiti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia del 2014 (in Italia tra l'altro la Corte costituzionale non ha avuto occasione di affrontare la questione, ed anzi in un giudizio incidentale si è posta la problematica opposta dell'eventuale illegittimità per irragionevolezza dell'imposizione di un vaglio giudiziale preventivo per l'accesso del pubblico ministero alle informazioni concernenti il traffico telefonico; cfr. la sentenza 14 novembre 2006, n. 372 che rimette gli atti ai giudici *a quibus* per una nuova valutazione dopo la novella di cui all'art. 6 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, vicenda su cui si rinvia a E. Bassoli, *Acquisizione dei tabulati vs. privacy: la data retentional vaglio della consulta*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 237 ss.).

Si tratta quindi di definire quali condotte attuative debbano essere assunte in tale ultimo gruppo di Stati membri, in particolare per stabilire cosa sia tenuto a rispettare – nella perdurante inerzia dei legislatori nazionali – il singolo operatore delle telecomunicazioni. Da un lato la questione è cioè quella del se il privato fornitore del servizio, destinatario di un diritto nazionale vigente che ancora obbliga a conservare i dati esterni del traffico telefonico e internet, sia tenuto a disapplicare tale obbligo, incorrendo in caso contrario in una responsabilità per violazione della privacy dei propri utenti. D'altra parte, posto che il perdurante onere di conservazione dei dati affligge non solo il diritto alla riservatezza, ma ostacola anche la libera circolazione dei servizi (ponendo costi di servizio aggiuntivi agli operatori, gravati della conservazione e delle relative spese) ci si può chiedere se anche il gestore stesso – non remunerato dall'ordinamento per un onere gestionale illegittimo – possa essere interessato a dismettere la conservazione o proseguirla con richiesta di un risarcimento per il danno economico patito.

La disciplina italiana è senz'altro esposta a tali questioni, posto che è stato mantenuto un obbligo generale di conservazione all'art. 132 del Codice della privacy (circa gli effetti del diritto dell'Unione su tale disposizione, tra i vari contributi cfr. F. Iovene, "Data retention" *tra passato e futuro. Ma quale presente?*, in *Cass. penale*, 2014, 4274 ss.; A. Arena, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?*, in *Quad. cost.*, 2014, 722 ss.; R. Flor, *Dalla "data retention" al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive "de jure condendo"?*, in *Dir. 'informaz. informatica*, 2014, 775 ss.; S. Crespi, *Diritti fondamentali, Corte di Giustizia e riforma del sistema UE di protezione dei dati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 819 ss., e in particolare il par. 6 per gli effetti sugli ordinamenti nazionali). A fronte di tale obbligo, da un lato la pubblica amministrazione ed i giudici – nelle situazioni in cui può emergere un'esigenza di applicazione o una controversia – devono procedere a disapplicazione per quanto le sentenze del 2014 e (soprattutto) del 2016 consentono di riconoscere effetto diretto alla regola generale di non conservazione dei dati, e quindi facendo salve le regole che ammettono la conservazione per non generali ed indifferenziate esigenze di contrasto alla criminalità (profilo sul quale si rinvia alla valutazione dell'idoneità dell'art 4 bis del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, come anche modificato dal d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, a porsi come misura adeguatamente selettiva; cfr. P. Caputo, *La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella normativa antiterrorismo*,

in *Archivio penale*, 2016, 28 ss.). D’altro lato, ferma la portata estremamente rilevante della giurisprudenza europea citata, l’operatore delle telecomunicazioni – in quanto attore economico privato destinatario di obblighi di leale collaborazione diversi rispetto alle pubbliche autorità – continua ad essere soggetto al diritto vigente nel proprio ordinamento e, quindi, verrà eventualmente sì a causare materialmente un danno alla riservatezza degli utenti, ma tale danno – pur se effettivamente prodotto – nondimeno non sarà qualificabile come ingiusto; ciò in quanto danno non *contra ius* nella misura in cui si richiede al privato di conformare la propria azione all’ordinamento positivo, residuando per lo stesso una mera facoltà di disapplicazione “a proprio rischio”, spettando poi al giudice nazionale la valutazione dell’effettiva giustezza di tale scelta.

Proprio grazie a tale ultima sentenza *Tele2 Sverige* la questione pare invece oggi essere certamente risolvibile per le pubbliche autorità nel senso dell’obbligo da parte loro di disapplicare. La sentenza annotata infatti fonda lo standard di tutela della privacy sull’interpretazione delle direttive, consentendo la pacifica qualificazione come diritto dell’Unione della scelta di non ammettere una conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati. Dopo la dichiarazione di invalidità della direttiva *data retention* nel 2014, e prima dell’annotata sentenza del 2016, invece, la disapplicabilità del diritto nazionale che continuava ad imporre la conservazione dei dati appariva più problematica (o quantomeno non così immediata). Ciò perché l’art. 132 del Codice della privacy non può essere inteso come vincolato in senso stretto al diritto europeo (in quanto non solo approvato prima dell’adozione della direttiva 2006, ma perché comunque non strutturato come una disposizione direttamente attuativa di scelte europee bensì come disposizione assunta nell’ambito dell’ampia autonomia procedurale riconosciuta dalla direttiva 2002 nel fissare le eccezioni alla non conservazione fondate su esigenze di pubblica sicurezza; sugli orientamenti della giurisprudenza italiana cfr. ad esempio Trib. Padova, ord. 15-3-2017, Pres. Marassi su cui R. Flor, *Data retentioned art. 132 Cod. privacy: vexata quaestio, in penalecontemporaneo.it*, 29-3-2017).

Peraltro, nonostante tale carattere non attuativo, si poteva già affermare che la disciplina italiana vigente dopo la sentenza *Digital Rights* cadesse comunque in un ambito materiale di competenza dell’Unione in quanto – secondo la formula usata dalla Corte di Giustizia – presenterebbe un “collegamento di certa consistenza” con l’ordinamento dell’Unione. In questa prospettiva si poteva quindi già disapplicare la norma italiana dando rilevanza all’art. 51 della Carta nella sua interpretazione più ampia (cfr. le decisioni *Åkerberg, Siragusa e Pelckmans*, su cui sia consentito rinviare a F. Guella, *Il “collegamento sufficiente” tra disposizione nazionale e ordinamento UE quale perdurante condizione di applicabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1161 ss. e ai più ampi riferimenti ivi riportati), con la quale si legittima l’utilizzo dei diritti fondamentali dell’Unione non solo per sindacare atti interni formalmente vincolati al diritto derivato europeo da un immediato rapporto di attuazione, ma anche quelli che si pongono come comunque strumentali all’implementazione di scelte normative europee operate in ambiti materiali di competenza dell’Unione.

In altri termini, la sentenza del 2014 aveva eliminato una direttiva per ragioni di tutela dei diritti fondamentali della Carta di Nizza, e il diritto interno poteva essere disapplicato solo riconoscendo che lo stesso – cadendo nell’ambito di operatività del diritto dell’Unione ampiamente inteso – si poneva in diretto contrasto con lo standard di tutela fissato dalla Carta, come interpretata dalla sentenza *Digital Rights*. Al contrario, dopo la sentenza del 2016 qui annotata, tale dubbio interpretativo non ha ragione di sussistere, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia avendo risolto la questione riconducendo ad una direttiva tutt’ora vigente il medesimo standard di tutela, restringendo così uno spazio discrezionale – di autonomia procedurale per gli Stati membri – che la direttiva del 2002 invece in origine dava per sotteso a tutti i casi in cui gli ordinamenti nazionali avessero introdotto eccezioni fondate su ragioni di pubblica sicurezza.

Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti la protezione sussidiaria: la Corte di Giustizia torna sul caso irlandese

di Maria Chiara Locchi

Title: The right to be heard of applicants for subsidiary protection: the Court of Justice rules again on the Irish case

Keywords: Subsidiary protection; Right to be heard; Right to an interview.

1. – La pronuncia che qui si commenta aggiunge un importante tassello alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sul “diritto di essere ascoltato” nel diritto dell’Unione, con particolare riferimento al riconoscimento della protezione sussidiaria prevista dalla Dir. 2004/83/CE (applicabile *ratione temporis* nel presente caso e poi abrogata, nel 2011, dalla Dir. 2011/95/UE relativa ad uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e al contenuto della protezione riconosciuta, la cd. nuova “Direttiva qualifiche”). La protezione sussidiaria, come è noto, rappresenta una forma di protezione «complementare e supplementare» rispetto allo *status* di rifugiato (v. cons. 33 della Dir. 2011/95), da riconoscersi al cittadino di un paese terzo o all’apolido «che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolido, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno [...] e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese» (art. 2 lett. f) Dir. 2011). Alla luce del nuovo approccio formalizzato con la Direttiva del 2011, i diritti e i benefici che spettano ai titolari di protezione sussidiaria sono stati parificati a quelli previsti a favore dei rifugiati, con l’istituzione di uno *status* uniforme di aente diritto alla protezione internazionale (sulla costruzione del sistema comune europeo dell’asilo v. F. Cherubini, *Asylum Law in the European Union*, Abingdon, 2014).

359

Il caso irlandese ha fornito alla Corte molteplici occasioni per affrontare il nodo problematico rappresentato dal rispetto dei diritti fondamentali del richiedente la protezione internazionale e, in particolare, del suo diritto di essere ascoltato; fino al 2015, infatti, l’Irlanda prevedeva un peculiare sistema “biforcato” che consentiva di richiedere la protezione sussidiaria, con un autonomo procedimento amministrativo, solo in seguito al rigetto della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato (sul sistema irlandese v. le sentenze del 22 novembre 2012, C-277/11, M.M.; del 31 gennaio 2013, C-175/11, H.I.D. e B.A.; dell’8 maggio 2014, C-604/12, N.; e del 20 ottobre 2016, C-429/15, *Danqua*).

Con la presente pronuncia, in particolare, la Corte ha chiarito che dal diritto di essere ascoltato nell’ambito del procedimento relativo al riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi della Dir. 2004/83/CE – qualora siano previsti due procedimenti distinti, uno successivo all’altro, per l’ottenimento dello *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria – non derivi, in linea di principio, il diritto del richiedente ad un colloquio orale concernente la sua domanda e il diritto di chiamare testimoni o di esaminarli in contraddittorio; tale colloquio

orale potrebbe tuttavia rendersi necessario in relazione ad eventuali circostanze specifiche, legate alla necessità per l'autorità competente di acquisire ulteriori elementi oppure alla situazione personale o generale nella quale si inserisce la domanda di protezione sussidiaria.

2. – Il caso di specie all'origine della sentenza riguarda il Sig. M., cittadino ruandese di etnia Tutsi che nel 2008 si era visto negare dalle autorità irlandesi, in un primo momento, lo *status* di rifugiato e, successivamente, la protezione sussidiaria, richiesta nell'ambito dello specifico e distinto procedimento amministrativo così come previsto dalla normativa all'epoca in vigore. Poiché il provvedimento di rigetto della domanda di protezione sussidiaria era stato adottato senza alcuna audizione orale del Sig. M. – rinviandosi semplicemente ai motivi alla base del rigetto della richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato, che il Sig. M. aveva potuto esporre nell'ambito di un colloquio orale – quest'ultimo aveva impugnato detto provvedimento di fronte alla *High Court*, la quale aveva sottoposto alla Corte di Giustizia una prima pronuncia pregiudiziale riguardante l'esatta interpretazione della Dir. 2004/83. Nella sua sentenza del 22 novembre 2012 (*M.M.*, cit.) la Prima Sezione della Corte aveva chiarito che l'"obbligo di cooperare" con il richiedente la protezione internazionale, imposto agli Stati membri dall'art. 4 della Dir., comporta la necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, del diritto di essere ascoltato, prima di un'eventuale decisione negativa sulla richiesta. In un sistema quale quello vigente in Irlanda all'epoca dei fatti il diritto ad essere ascoltato, secondo la Corte, doveva quindi essere garantito in entrambi i procedimenti.

La pronuncia del 2012, tuttavia, non si è rivelata risolutiva, dando adito ad interpretazioni divergenti circa la portata del diritto di essere ascoltato, con particolare riferimento alla forma (orale o anche soltanto scritta) con la quale il richiedente deve potersi esprimere rispetto alle ragioni alla base della sua domanda di protezione internazionale. Di conseguenza la stessa *Supreme Court* irlandese – investita della questione a seguito del ricorso contro la pronuncia con cui la *High Court* aveva dato ragione al Sig. M. – ha ritenuto necessario presentare domanda di pronuncia pregiudiziale volta a comprendere se tale diritto di essere ascoltato, nel contesto di cui qui si discute, esiga che al richiedente venga accordata un'audizione orale, incluso il diritto di chiamare testimoni o di esaminarli in contraddittorio.

3. – La Corte sviluppa la propria argomentazione ribadendo che il diritto di essere ascoltato deve essere garantito anche nell'ambito del procedimento volto al riconoscimento della (sola) protezione sussidiaria. La base giuridica di tale riconoscimento non va ricollegata alla cd. "direttiva procedure" (Dir. 2005/85, applicabile *ratione temporis* e poi abrogata dalla Dir. 2013/32/UE) – la quale si applica alla protezione sussidiaria solo nel caso in cui lo Stato membro abbia istituito un unico procedimento amministrativo nell'ambito del quale la domanda viene presentata alla luce delle due forme di protezione internazionale: *status* di rifugiato e protezione sussidiaria – ma alla circostanza che il diritto di essere ascoltato, in quanto «parte integrante del rispetto dei diritti della difesa, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione» (§ 25), è invocabile ognqualvolta un'amministrazione adotti un provvedimento rientrante nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione. Il diritto di essere ascoltato è in realtà espressamente sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che all'art. 41 par. 2 lo prevede quale profilo del diritto ad una buona amministrazione: ogni individuo, sulla base di tale norma, ha infatti il diritto «di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio». La portata applicativa di questo articolo è da tempo oggetto di una controversia giurisprudenziale, richiamata dall'Avvocato generale Mengozzi nelle sue Conclusioni (v. § 27, nel quale si ricorda come, secondo una prima corrente giurisprudenziale, l'art. 41 della Carta si applica anche agli Stati membri qualora essi adottino misure attuative del diritto dell'Unione, mentre un diverso orientamento, fedele al dato letterale, ricollega tale disposizione ai soli "organi", "organismi" e "istituzioni" dell'Unione, e non agli Stati membri); tale controversia, del resto, non inficia l'incidenza di tale diritto nella materia di cui qui si discute, in quanto in

ogni caso esso risulta radicato, come già detto, nel rispetto dei diritti della difesa quale principio generale di diritto dell’Unione.

Il secondo passaggio dell’*iter* argomentativo dei giudici è relativo alla modalità con la quale il diritto di essere ascoltato, in una situazione quale quella di cui al procedimento principale, deve essere garantito. A questo proposito, la Corte arriva ad escludere che tale modalità debba necessariamente consistere in un’audizione orale.

In un primo momento i giudici osservano che – vista l’assenza di una normativa dell’UE applicabile in materia in Irlanda – rientra nelle competenze dello Stato irlandese decidere le modalità con le quali assicurare la garanzia del diritto di essere ascoltato nel procedimento volto al riconoscimento della protezione sussidiaria. Rispetto alla portata di tale diritto, d’altra parte, si chiarisce altresì che «il richiedente deve poter manifestare, utilmente ed efficacemente, il proprio punto di vista in merito alla sua domanda di protezione sussidiaria ed ai motivi in grado di giustificare che l’autorità competente si astenga dall’adottare una decisione favorevole», anche in vista del diritto di ricorso eventualmente esercitabile in un momento successivo (§ 31-32; a questo proposito v. sentenza del 18 dicembre 2008, C-349/07, *Sopropé*; sentenza dell’11 dicembre 2014, C-249/13, *Boudjlida*; sentenza del 17 marzo 2016, C-161/15, *Bensada Benalla*).

L’operazione delicata è quindi quella di identificare i parametri di valutazione delle modalità con le quali il diritto di essere ascoltato viene garantito.

Tali parametri, in particolare, devono essere ricollegati alle norme giuridiche che disciplinano la materia in esame e, quindi, all’art. 2 lett. e) della Dir. 2004/83/CE, che stabilisce i requisiti per l’accesso al beneficio della protezione sussidiaria (ovvero: esistenza di fondati motivi di ritenere che il richiedente correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno se ritornasse nel paese di origine; impossibilità di o indisponibilità ad avvalersi della protezione del paese di origine a causa di tale rischio). Al fine di accertare tali requisiti le autorità competenti devono tener conto di molteplici elementi, citati all’art. 4.2 della Dir. 2004/83, ovvero: «le dichiarazioni del richiedente e tutta la documentazione in possesso del richiedente in merito alla sua età, estrazione [...], identità, cittadinanza/e, paese/i e luogo/luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d’asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di identità e di viaggio nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale».

Il diritto di essere ascoltato, quindi, deve considerarsi strumentale rispetto alla necessità, per il richiedente, di produrre quanti più elementi possibile a supporto della propria domanda. Inquadrato in tale prospettiva, è necessario chiedersi se il diritto di essere ascoltato comporti l’illegittimità, in via generale, di un procedimento amministrativo volto al riconoscimento della protezione sussidiaria che prevede la possibilità di illustrare le proprie ragioni mediante la sola forma scritta.

Nel rispondere negativamente a tale quesito, i giudici di Lussemburgo hanno però specificato che devono sussistere alcune condizioni affinché, in un procedimento amministrativo “biforcato” quale quello irlandese all’epoca dei fatti, il diritto di essere ascoltato del richiedente la protezione sussidiaria possa considerarsi garantito: il richiedente, in particolare, deve avere un «margine di manovra sufficiente ad esprimere il proprio punto di vista» e beneficiare, se necessario, di un’«adeguata assistenza», deve inoltre potersi esprimere in maniera circostanziata sugli elementi a supporto dalle propria domanda e produrne di nuovi rispetto a quelli già esaminati in sede di richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato (se le autorità competenti al riconoscimento della protezione sussidiaria potrebbero infatti utilizzare alcuni elementi emersi durante il colloquio orale relativo alla richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato, il richiedente, dal canto suo, potrebbe avere l’interesse ad esprimersi sulla valutazione negativa che, proprio in quella sede, era stata effettuata sugli elementi presentati).

La conclusione della Corte ammette tuttavia delle eccezioni, nella misura in cui possono darsi circostanze specifiche che rendano necessaria l’organizzazione di un colloquio orale affinché il diritto di essere ascoltato possa considerarsi rispettato. Tali circostanze hanno a che fare, da un lato, con esigenze di approfondimento dell’autorità competente (la quale, a seguito del colloquio orale svoltosi nell’ambito del procedimento relativo allo *status*

di rifugiato e alle dichiarazioni scritte rese dal richiedente in relazione alla domanda di protezione sussidiaria, potrebbe non essere soddisfatta degli elementi acquisiti al fine di determinare, con piena cognizione di causa, l'esistenza dei requisiti di cui all'art. 2 lett. e) della Dir.) e, dall'altro, alle condizioni personali o generali relative alla presentazione della domanda di protezione sussidiaria (es. vulnerabilità del richiedente per motivi legati all'età, allo stato di salute, ad eventuali violenze subite). Nel caso in cui un tale colloquio si renda necessario alla luce di tali considerazioni, d'altra parte, la Corte esclude che ciò implichi il diritto del richiedente di chiamare testimoni o di esaminarli in contraddittorio, sia perché ciò supera i requisiti procedurali normalmente associati al diritto di essere ascoltato nei procedimenti amministrativi, sia perché, in tema di esame delle domande di protezione sussidiaria, non si attribuisce particolare rilevanza alle testimonianze.

4. – Con la presente pronuncia, come già ricordato, la Corte ha avuto modo di ribadire il carattere fondamentale del “diritto di essere ascoltato” nell'ambito di una materia che è venuta acquisendo una grande rilevanza sociale e umanitaria nell'Europa contemporanea, ovvero la protezione internazionale dei richiedenti asilo (nelle due forme disciplinate dal diritto dell'Unione, ovvero lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria, a cui si aggiungono le forme di protezione umanitaria previste a livello nazionale).

I dati statistici aiutano a comprendere la posta in gioco delle questioni di cui qui si discute: nel 2016 sono state più di 1 milione e 200 mila le domande di protezione internazionale presentate nell'Unione europea; di queste i tre quinti (il 61%) hanno avuto un esito positivo, con il riconoscimento dello *status* di rifugiato, della protezione umanitaria o dell'autorizzazione al soggiorno per ragioni umanitarie. Mentre in alcuni paesi europei i tassi di accoglimento delle domande di protezione sono stati particolarmente alti (es. l'84% in Slovacchia e l'83% a Malta), Grecia, Irlanda, Polonia e Ungheria hanno fatto registrare tassi di rigetto delle richieste di protezione al di sopra del 75% (Dati Eurostat). In alcuni paesi europei, più esposti, per ragioni geografiche, all'arrivo dei migranti e richiedenti asilo, la situazione è particolarmente delicata: il caso italiano, sotto questo aspetto, è indicativo dell'estrema difficoltà, per le istituzioni, di “reggere”, sul piano dell'efficienza amministrativa e della garanzia dei fondamentali diritti di difesa dei richiedenti, l'impatto di numeri in crescita esponenziale. Nel 2016 il numero di richiedenti asilo e protezione internazionale ha raggiunto la cifra più alta mai registrata in un ventennio, oltre 123 mila (il 47% in più rispetto all'anno precedente). Dai dati ISTAT e del Ministero dell'Interno emerge come la richiesta di asilo sia oggi la principale modalità di ingresso in Italia, con un superamento del numero di permessi di soggiorno rilasciati per ragioni familiari e per motivi di lavoro. A fronte di un aumento delle richieste di protezione internazionale (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria) e protezione umanitaria, diminuisce il numero di richieste accolte: nel corso del 2016 gli esiti negativi hanno riguardato i due terzi delle richieste (cioè oltre 55 mila persone). In particolare, è molto bassa la quota di coloro a cui viene riconosciuto lo *status* di rifugiato (5,5% del totale nel 2016 e il 5% nel 2015) così come quella relativa alla protezione sussidiaria (12,4% nel 2016 e 14,4% nel 2015), in diminuzione rispetto agli anni 2013-2014 (v. Fondazione ISMU, *Richiedenti asilo e protezione internazionale: il 2016 è l'anno dei record*, comunicato stampa, Milano, 8 febbraio 2017).

In questo scenario si profila evidentemente un potenziale conflitto tra l'esigenza di apprestare procedure di esame delle domande di protezione internazionale veloci ed efficaci, a fronte di numeri imponenti che mettono indubbiamente sotto stress le autorità amministrative degli Stati membri, e il fondamentale diritto del richiedente di essere ascoltato prima che l'autorità amministrativa si pronunci negativamente sulla sua richiesta. Pur tenendo conto della complessità di detto scenario, nel quale sembra tanto decisivo quando difficile individuare un punto di equilibrio, la soluzione individuata dalla Corte risulta discutibile, nella misura in cui non concepisce l'audizione personale del richiedente come “regola”, in un sistema “biforcato” nel quale il colloquio orale si è pur svolto, precedentemente, nel procedimento relativo allo *status* di rifugiato; i due procedimenti, infatti, devono essere considerati autonomi l'uno dall'altro, con la conseguenza che il diritto

di essere ascoltato deve essere pienamente garantito nell’ambito di ciascuno di essi. Alla luce della particolarità e della rilevanza degli obiettivi e della natura del procedimento relativo al riconoscimento della protezione sussidiaria, infatti, lo stesso principio di effettività dell’accesso ai diritti richiede, in tale contesto, che l’interessato sia messo in condizione di esercitare il suo diritto di essere ascoltato «*in modo particolarmente effettivo*» (in questo senso v. l’Avv. Generale nelle sue Conclusioni, § 48, con le quali si suggeriva, infatti, alla Corte di interpretare il diritto di essere ascoltato «nel senso che tale diritto esige, in principio, un’audizione personale del richiedente la quale può essere omessa solo in casi eccezionali», § 68). La Corte aveva già valutato la legittimità della normativa irlandese alla luce del principio di effettività con il caso *Danqua*, cit., nel quale si era riconosciuta l’”importanza particolare” del procedimento di esame delle domande di protezione sussidiaria al fine della tutela dei diritti essenziali dei richiedenti, arrivando a concludere che il termine di decadenza di quindici giorni per presentare domanda di protezione sussidiaria, decorrente dalla notifica del rigetto dello *status* di rifugiato, risultava essere particolarmente breve e non garantiva, in concreto, l’”effettiva” possibilità di accedere alla protezione (sulla sentenza nel caso *Danqua* v. E. Sorda, *Principio di effettività e protezione internazionale del richiedente asilo fra norme europee e disciplina nazionale: la CGUE si pronuncia sul caso Danqua*, in questa Rivista, 2017/1).

Gli sviluppi normativi recenti, tanto nel diritto dell’Unione quanto nell’ordinamento giuridico irlandese, hanno sostanzialmente superato alcuni profili della pronuncia qui in esame. Da un lato, infatti, il legislatore irlandese ha, dapprima (nel 2013), introdotto l’obbligo del colloquio personale del richiedente anche nella procedura di esame della domanda di protezione sussidiaria e, successivamente (nel 2015), superato definitivamente il sistema “biforcato” con la previsione di un sistema unico per il trattamento della domanda di protezione internazionale (v., su questi aspetti, S. Gillan, *Court of Justice gives judgment on Irish procedure for determining claims for Subsidiary Protection*, in *EU Law Analysis*, 15 February 2017). Dall’altro lato, lo stesso diritto dell’Unione si è orientato decisamente nel senso di prevedere il colloquio personale del richiedente la protezione internazionale come la “regola”: la nuova “direttiva procedure” del 2013, nel disciplinare il procedimento, ormai unico, relativo alle domande di protezione internazionale, ammette deroghe all’obbligo del colloquio personale soltanto in due casi (qualora l’autorità accertante sia in grado di prendere una decisione positiva riguardo allo *status* di rifugiato basandosi sulle prove già acquisite oppure se reputa che il richiedente sia incapace o non sia in grado di sostenere un colloquio personale a causa di circostanze persistenti che sfuggono al suo controllo); il Reg. 604/2013 (cd. “Dublino III”) ha poi istituito l’obbligo, per gli Stati membri, di condurre un colloquio personale nell’ambito del procedimento di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale.

Al di là dell’avvenuto superamento di alcuni profili affrontati dalla pronuncia, tuttavia, è certo che il tema dei diritti fondamentali del richiedente la protezione internazionale – di fronte tanto all’autorità amministrativa competente a decidere sul suo *status* quanto all’autorità giurisdizionale in sede di eventuale ricorso – continuerà ad essere al centro del dibattito dottrinale e dell’attività giurisprudenziale in Europa.

In un’altra causa tuttora pendente presso la Corte di Giustizia, ad esempio, è stata sollevata una questione problematica connessa al tema di cui qui si è discusso, e anch’essa particolarmente delicata, ovvero il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva del richiedente asilo la cui domanda di protezione internazionale sia stata rigettata dall’autorità amministrativa e il cui ricorso giurisdizionale avverso tale provvedimento amministrativo di segno negativo venga poi respinto *de plano*, per manifesta infondatezza, senza procedere ad una sua nuova audizione (C-348/16, *Moussa Sacko*). Sul caso, sollevato dal Tribunale di Milano in via pregiudiziale, ha già formulato le proprie Conclusioni l’Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, il quale ha distinto tra “diritto di essere ascoltato personalmente” – aspetto specifico del “diritto all’audizione”, che si situa nell’ambito della fase amministrativa della procedura di asilo e che risulta ormai pacifico anche alla luce della nuova “direttiva procedure” – e diritto della parte ricorrente, nella fase giurisdizionale, di esporre dinanzi al giudice gli argomenti a difesa della sua pretesa (§ 39). Senza poter entrare nel merito di questa nuova causa, è evidente l’importanza dell’operazione di chiarificazione del diritto ad

un ricorso effettivo (in quanto espressione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva) nella materia della protezione internazionale, rispetto al quale la Corte ha già statuito che «il giudice nazionale deve poter verificare la fondatezza dei motivi che hanno indotto l'autorità amministrativa competente a considerare la domanda di protezione internazionale infondata o abusiva, senza che detti motivi beneficino di una presunzione inconfutabile di legittimità» (sentenza del 28 luglio 2011, *Samba Diouf*, C-69/10).

La situazione italiana, in effetti, merita di essere monitorata anche alla luce dei recenti sviluppi normativi (d.l. 13/2017, convertito dalla l. 46/2017), che hanno riguardato, tra gli altri, il tema dei procedimenti relativi alla protezione internazionale. In particolare, a presentare profili di dubbia legittimità, anche rispetto ai diritti di difesa del richiedente, così come garantiti dal diritto dell'Unione, sono gli artt. 14 e 35-bis della legge, con particolare riferimento alla videoregistrazione del colloquio con la Commissione territoriale e all'uso di tale videoregistrazione in funzione sostitutiva della possibilità del richiedente di presenziare in udienza, così come alla trasformazione del giudizio di primo grado in materia di protezione internazionale e all'eliminazione del grado di appello.

Corte di Giustizia: la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico diventa causa ostativa all'attribuzione dello *status* di rifugiato

di Giuseppe Mantica

Title: Court of Justice: The participation to a terroristic group's activities becomes an obstacle to the attribution of refugee status

Keywords: Refugee status; Purposes and principles of the UN; Involvement in terroristic activities.

1. – Con sentenza pronunciata il 31 gennaio 2017, la Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affrontato diverse questioni pregiudiziali (ai sensi dell'art. 267 TFUE) sollevate dal Consiglio di Stato belga, vertenti sull'interpretazione degli artt. 12, par. 2, lett. c) e 12, par. 3, della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta. Segnatamente, si è pronunciata sui requisiti che a tal fine deve possedere un soggetto che ha partecipato alle attività di un gruppo terroristico. La controversia dalla quale sono originate le questioni pregiudiziali vedeva contrapposti il signor Lounani ed il Commissario generale per i rifugiati e gli apolidi (d'ora in poi Commissario generale) a seguito di una vicenda che si va meglio a precisare.

365

2. – Il giudice del rinvio – *Conseil d'Etat* belga – rappresenta il punto di arrivo di un lungo contenzioso, che ha come presupposto la condanna penale riportata dal sig. Lounani il 16 febbraio 2006 per aver partecipato, in veste di membro dirigente, alle attività della cellula belga del “gruppo islamico dei combattenti marocchini”, offrendo servizi materiali e intellettuali, tramite la contraffazione e cessione fraudolenta di passaporti e l’organizzazione di una filiera per l’invio di volontari in Iraq. Il contenzioso ha avuto inizio il 16 marzo 2010 quando, temendo persecuzioni nel proprio Paese per il rischio di essere considerato un islamista radicale e jihadista, Lounani ha presentato domanda di asilo al Commissario generale, che ha negato lo *status* di rifugiato con decisione dell’8 dicembre 2010, in applicazione dell’art. 55/2 della legge belga del 15 dicembre 1980 in materia di accesso al territorio, soggiorno, stabilimento e allontanamento degli stranieri. Tale disposizione, infatti, richiamando l’art. 1, sez. F della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo *status* dei rifugiati, ne prevede l’esclusione nei casi in cui vi sia un serio motivo di ritenerne che il richiedente si sia reso colpevole di “atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite”. Lounani ha proposto allora un ricorso di annullamento presso la Commissione per il contenzioso in materia di stranieri (d’ora innanzi Commissione). Da qui la Commissione ha rimesso due volte gli atti al Commissario generale, prima poiché ha constatato l’esigenza di un’istruttoria complementare per poter decidere e poi in quanto non riteneva adeguata tale

istruttoria. Anche a seguito di entrambe le remissioni degli atti il Commissario ha deciso, per la seconda e terza volta, di respingere la domanda. Ricorrendo anche contro la terza decisione, questa volta Lounani ha ottenuto dalla Commissione lo *status* di rifugiato, ma il Consiglio di Stato, adito tramite un ricorso amministrativo per cassazione, ha annullato la relativa sentenza, rinviando alla Commissione in diversa composizione. Anche questa Commissione ha riconosciuto lo *status* di rifugiato poiché i fatti per cui era stato condannato Lounani non avrebbero raggiunto quella soglia di gravità che consente di qualificarli come atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, non essendogli addebitata la commissione o partecipazione a un atto terroristico, come prescritto dall'art. 137 del codice penale belga. Il Consiglio di Stato, nuovamente adito mediante ricorso amministrativo per cassazione, ha deciso di sospendere il processo prospettando alla Corte di Giustizia, in sostanza, un duplice ordine di questioni. In primo luogo, se l'art. 12, par. 2, lett. c) della direttiva in questione vada interpretato – come sostenuto da Lounani – nel senso che, per ammettere l'esclusione dello *status* di rifugiato, il richiedente debba necessariamente essere stato condannato per uno dei reati terroristici di cui all'art. 1, par. 1 della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo (“reati terroristici e diritti e principi giuridici fondamentali”). In secondo e terzo luogo, rispettivamente, se le condotte per cui è stato condannato Lounani integrino la fattispecie di atti contrari a finalità e principi delle Nazioni Unite e, in caso di risposta negativa, se la condanna per la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico in qualità di membro dirigente integri la fattispecie di istigazione o concorso al compimento degli stessi, il tutto in base al combinato disposto tra gli artt. 12, par. 2, lett. c) e 12, par. 3 della direttiva 2004/83/CE. Entrambe le fattispecie, infatti, legittimerebbero l'esclusione del riconoscimento dello *status* di rifugiato.

3. – Nel rispondere alla prima questione, la Corte instaura un parallelismo tra l'art. 12, par. 2, lett. c) della direttiva in questione e l'art. 1, sez. F, lett. c) della Convenzione di Ginevra, poiché entrambi dispongono l'esclusione dello *status* di rifugiato per atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite. La Corte, poi, non manca di precisare che tali atti, stando al considerando 22 della direttiva, si rispecchiano, tra le altre cose, nelle risoluzioni delle Nazioni Unite relative alle misure di lotta al terrorismo, nelle quali è dichiarato che “atti, metodi e pratiche di terrorismo sono contrari ai fini e ai principi delle Nazioni unite” e che parimenti contrarie sono le attività di “chiunque inciti, pianifichi, finanzi deliberatamente atti di terrorismo”. In proposito, dunque, la Corte richiama le risoluzioni 1377 (2001) e 1624 (2005) del Consiglio di sicurezza, che dispongono la suddetta contrarietà con riguardo non solo alla commissione materiale di atti e pratiche di terrorismo ma anche a ogni forma di sostegno o concorso al fine di finanziare, pianificare e preparare atti di terrorismo o istigarne la commissione. Da ciò la Corte fa conseguire al punto 48 che la nozione di “atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite” non può limitarsi alla commissione di atti di terrorismo quali precisati nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza e di conseguenza, *a fortiori*, nell'art. 1, par. 1 della decisione quadro 2002/475 (punto 49). La Corte afferma, infatti, che se il legislatore dell'Unione avesse voluto intendere diversamente, ben avrebbe potuto menzionare espressamente solo i reati ivi elencati ma, non avendolo fatto, l'art. 12, par. 2, lett. c) della direttiva non si intende come riferito né alla decisione quadro 2002/475 né ad altro strumento dell'Unione adottato per contrastare il terrorismo e, dunque, è da interpretare nel senso che, per ritenere sussistente la causa di esclusione dallo *status* di rifugiato, non occorre che il richiedente sia stato condannato per uno dei reati di cui all'art. 1, par. 1, di detta decisione quadro.

La seconda e terza questione sono analizzate congiuntamente dalla Corte, che ha dovuto qualificare le condotte di Lounani in relazione alle disposizioni di cui ai parr. 2, lett. c), da un lato, e 3, dall'altro lato, dell'art. 12 della direttiva, onde stabilire se gli atti di cui si è reso partecipe implichino l'esclusione dallo *status* di rifugiato. Nel far luce sul punto, la Corte prende atto, da una parte, della condotta di supporto logistico offerta da Lounani in favore del movimento terroristico di cui era dirigente così come emerge dalla sentenza di condanna

del Tribunale penale di Bruxelles e, dall'altra, che la risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di sicurezza sui cosiddetti combattenti stranieri - *foreign fighters* - invita gli Stati a prevenire e reprimere le attività di reclutamento, organizzazione, trasporto o equipaggiamento d'individui che si recano in uno Stato diverso da quello di residenza o di cittadinanza allo scopo di commettere, organizzare o preparare atti di terrorismo. In un tale quadro la Corte afferma (al punto 69) che a essere esclusi dallo *status* di rifugiato non sono solo gli autori effettivi di atti di terrorismo (punto 66) e ribadisce che dalle risoluzioni pertinenti del Consiglio di sicurezza emerge che la nozione di "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite" non si limita ai soli atti di terrorismo. Da ciò la Corte prende le mosse per affermare che, pur non avendo Lounani commesso personalmente atti di terrorismo né istigato tali atti o concorso alla loro commissione, le sue condotte sono idonee a essere qualificate come contrarie alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite. E ciò anche laddove si dimostrasse che l'organizzazione di cui è dirigente non ha commesso atti terroristici o che i volontari non erano intenzionati a recarsi in Iraq. Invero, dal combinato tra le due disposizioni sottoposte all'attenzione della Corte, emerge che l'esclusione dallo *status* di rifugiato prevista dalla prima è valida anche per coloro per i quali si ritiene, sulla scorta di fondati motivi, che abbiano istigato o altrimenti concorso alla commissioni di atti contrari a finalità e principi delle Nazioni Unite, in virtù del fatto che la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico può coprire un ampio alveo di comportamenti dalla gravità variabile. Così, pur rimettendo alle competenti autorità statali la valutazione finale della domanda di protezione internazionale, la Corte ritiene che il supporto logistico di respiro internazionale apportato da Lounani al gruppo terroristico di riferimento possa giustificare l'esclusione dallo *status* di rifugiato. Tanto più tenuto conto di due elementi di particolare importanza, come individuati dall'Avvocato Generale nelle conclusioni presentate all'udienza del 31 maggio 2016: (i) l'inserimento di Lounani nell'elenco delle Nazioni Unite che identifica determinate persone ed entità oggetto di sanzioni; (ii) il fatto che la sentenza di condanna per partecipazione ad attività del gruppo terroristico sia divenuta definitiva.

4. – La sentenza della Corte appare, per certi versi, innovativa, se si guarda alla sua precedente pronuncia nella stessa materia (sentenza n. 111 del 9 novembre 2010). Con quest'ultima, infatti, la Corte di Giustizia, pur ammettendo allora come ora l'esame individuale dei fatti precisi al fine di valutare la sussistenza dei "fondati motivi" di cui all'art. 12, par. 2 della direttiva, aveva ritenuto che l'esclusione operasse qualora fosse effettivamente ascrivibile al ricorrente una responsabilità individuale per atti commessi dall'organizzazione durante il periodo in cui ne era parte, esaminando il ruolo effettivamente svolto dalla persona nella partecipazione ad atti terroristici, la sua posizione all'interno dell'organizzazione, il grado di consapevolezza che aveva rispetto alle attività dell'organizzazione stessa e l'eventualità che fosse sottoposta a pressioni o ad altre forme di condizionamento. Come s'intuisce, una serie di considerazioni e requisiti più stringenti stavano alla base dell'esclusione dallo *status* di rifugiato. La sentenza annotata, invece, va oltre, ammettendo che l'esclusione dal beneficio dello *status* di rifugiato, precisato che non necessariamente passa attraverso la condanna per aver commesso reati terroristici, opera anche solo per aver partecipato a vario titolo alle attività connesse ad una organizzazione terroristica: nella fattispecie, il supporto logistico fornito da Lounani all'organizzazione implica per ciò solo che può aver certamente agevolato atti terroristici e consentito ad altri di parteciparvi o di commetterli. L'adozione di tali maglie larghe non stupisce, evidentemente, se si pensa che la pronuncia in esame è resa in un contesto, rispetto a sette anni prima, di un'accresciuta minaccia terroristica. A tale riguardo non è un caso che il governo francese, a lungo confrontatosi sul campo con tale tema, abbia sostenuto nelle proprie osservazioni che quando il richiedente sia stato condannato per un reato quale la partecipazione a un'organizzazione terroristica debba sorgere una presunzione relativa di esclusione per i motivi di cui all'articolo 12, paragrafo 2. Con questa pronuncia la Corte ha avallato le conclusioni dell'Avvocato Generale, secondo cui la formulazione dell'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva non indica che gli «atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite»

debbano essere limitati o definiti mediante rinvio ad altri atti dell'Unione come la decisione quadro, poiché limitare in tal modo l'applicazione dei motivi di esclusione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, lettera c) della direttiva risulterebbe in contrasto con l'affermazione secondo la quale la Convenzione di Ginevra costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati (considerando 3 della direttiva). La direttiva 2004/83/CE ha essenzialmente un contenuto umanitario, rientrante nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mentre la decisione quadro impone agli Stati membri di punire le violazioni e gli attentati gravi ad alcuni valori comuni dell'Unione europea, nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. Pertanto l'ambito di applicazione e le finalità delle due misure non coincidono. Con tale sentenza, dunque, la Corte di Giustizia ha cercato di soddisfare la *ratio* della clausola di esclusione, salvaguardandone gli obiettivi, senza lasciare "scoperti" gli atti connessi al terrorismo che nell'articolo 1, paragrafo 1 di detta decisione quadro non sono elencati, come la direzione di un'organizzazione terroristica o la partecipazione alle sue attività (successivo articolo 2, paragrafo 2), al fine di non limitare la nozione di "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite" a un'unica sottocategoria di tali atti.

Sistema di promozione a carattere piramidale e nesso indiretto

di Giulia Orusa

Title: Pyramid promotional system and indirect link

Keywords: Unfair commercial practices; Direct and indirect link; Lucky 4All system.

1. – Con la Sentenza del 15 dicembre 2016, relativa alla causa C-667/15, la Sesta Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dichiarato che l'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, consente di considerare all'interno di tale categoria anche un sistema di promozione a carattere piramidale in cui vi sia solo un legame indiretto tra le partecipazioni versate dai nuovi aderenti al sistema ed i corrispettivi percepiti dagli aderenti già esistenti.

La vicenda trae origine dal ricorso presentato dalla Loterie Nationale, società di diritto pubblico situata in Belgio che si occupa dell'organizzazione delle lotterie pubbliche, dinanzi al giudice commerciale di Anversa, con l'obiettivo di far dichiarare sistema di promozione a carattere piramidale vietato, o almeno pratica commerciale ingannevole, il sistema Lucky 4 All. Quest'ultimo ha come obiettivo l'aumento reciproco delle possibilità di vittoria per coloro che partecipano alle estrazioni alla lotteria proposte da Loterie Nationale, tramite la costituzione di gruppi di giocatori. In particolare, all'iscrizione al sistema Lucky 4 All ogni nuovo partecipante effettua un pagamento di € 10,00 per ricevere un "pacchetto di avvio" di circa € 43,00, che consente l'acquisto dei biglietti della lotteria. Le cartelle dei partecipanti vengono depositate da un rappresentante del sistema presso un punto vendita, e in caso di vittoria chi ha scelto la combinazione giusta riceve il 50% della vittoria, mentre il 40% è attribuito agli otto livelli al di sopra, considerando però che i giocatori sono ammessi solo dal livello cinque poiché i primi quattro di ogni gruppo sono occupati dallo stesso sistema; il restante 10%, infine, è reinvestito nell'acquisto di nuove combinazioni.

Con sentenza del 07.10.2014 il giudice commerciale di Anversa ha stabilito che l'attuazione del Lucky 4 All costituisce una pratica commerciale ingannevole, ma non un sistema di promozione a carattere piramidale, non essendo soddisfatto uno dei presupposti stabiliti dalla sentenza della Corte di Giustizia Ue del 3 aprile 2014 (in causa C-515/12, 4finance) ai sensi dell'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29 CE. Al proposito è stato rilevato come non risultasse acclarato che il finanziamento del corrispettivo versato agli aderenti già esistenti nel sistema dipendesse "essenzialmente" o "principalmente" dalla partecipazione finanziaria dei nuovi aderenti (c.d. nesso diretto).

Loterie Nationale ha allora proposto appello dinanzi alla Corte d'Appello di Anversa, che a sua volta ha sottolineato come solo due delle tre condizioni cumulative enucleate dalla ricorda sentenza del giudice europeo del 3 aprile 2014 (e precisamente la realizzazione di un beneficio economico consistente in accresciute possibilità di vittoria ed il fatto che ciò dipenda dall'accesso al sistema di un numero sempre maggiore di partecipanti) risultassero sussistenti. Per quanto concerne la terza, infatti, nel caso di specie il nesso finanziario tra i

contributi pagati ed il corrispettivo versato è soltanto indiretto, dal momento che la parte più conspicua delle entrate che finanziano il sistema non risulta da un'attività economica reale.

Conseguentemente, la Corte d'Appello ha sospeso il procedimento e sottoposto la questione alla Corte di Giustizia, affinché stabilisse se il punto 14 dell'allegato I della direttiva 2005/29 possa trovare applicazione anche nel caso in cui il corrispettivo dei membri già esistenti non derivi direttamente dalla vendita/consumo di loro beni o servizi, bensì dall'entrata e dai contributi derivanti dall'ingresso nel sistema di nuovi partecipanti (c.d. nesso indiretto).

2. – Al riguardo, occorre considerare preliminarmente come le modifiche apportate negli ultimi decenni alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette (si consideri, a livello esemplificativo, l'emanazione del Libro Verde sulla tutela dei consumatori dell'Unione Europea, del 2 ottobre 2000) siano state tutte conformi al medesimo principio: garantire la maggior protezione possibile per il consumatore verso tutte le pratiche commerciali sleali. In questa prospettiva si pone in particolare l'art. 1 della direttiva 2005/29 CE, che stabilisce che «la presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori». Numerose interpretazioni dottrinali (tra cui C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette in Obbligazioni e contratti*, 2010, 408 ss.) aventi ad oggetto discipline concernenti la tutela del consumatore e quella della concorrenza, hanno inoltre rilevato come esse finiscano per convergere, poiché la seconda si ottiene proprio impedendo che la concorrenza sia falsata nel mercato interno; «e, viceversa, la concorrenza viene effettivamente preservata solo laddove sia garantita una tutela della libera e consapevole scelta dei consumatori» (P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 148 ss.).

Per raggiungere i medesimi obiettivi, il legislatore europeo ha individuato, nel citato allegato I della direttiva 2005/29 CE, un elenco, applicabile a tutti gli Stati membri, di pratiche commerciali da considerarsi in ogni caso (ed a prescindere da qualsivoglia diversa interpretazione) come sleali (sul tema, con particolare riguardo al modello della cd. *black list* come riaffermata dal legislatore italiano nel codice del consumo in attuazione della direttiva comunitaria, si rinvia a D. Lamanna Di Salvo, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. merito*, 2013, 2658 ss.). Il considerando 17 della medesima direttiva, infatti, pone la certezza del diritto come elemento essenziale per il corretto funzionamento del mercato interno, sicché è stato ritenuto utile raggruppare le pratiche commerciali considerate particolarmente gravi e che, pertanto, non richiedono una valutazione caso per caso (cfr. V. Montani, *A caval donato non si guarda in bocca? Pratiche commerciali scorrette al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 827, e sentenza Kock, in causa C-206/11). In tali ipotesi, perciò, il riscontro della scorrettezza prescinde da valutazioni circa la sussistenza dei requisiti previsti per la valutazione generale di scorrettezza, ingannevolezza, aggressività e segnatamente dell'idoneità ad influenzare il comportamento economico del consumatore medio (in tema G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in Id., a cura di, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, 140 ss.). Il punto 14 dell'allegato I, in particolare, vietando i sistemi di promozione a carattere piramidale, trattandosi di pratiche in ogni caso sleali, fonda tale divieto su tre condizioni, comuni a tutte le versioni linguistiche della normativa, che sono state enucleate dalla già ricordata sentenza del 3 aprile 2014, della Seconda Sezione della Corte di Giustizia. La prima condizione attiene alla promessa di realizzare un beneficio economico che deriva dall'accrescimento delle possibilità di vincita in connessione con l'elevato numero dei soggetti che giocano insieme in un gruppo che va a costituire una piramide ad otto livelli. La seconda, al contempo, nell'ottica dell'artificiale auto-alimentazione del sistema, riguarda la circostanza per la quale promessa di realizzare il richiamato beneficio economico è condizionata dall'accesso di un numero sempre maggiore di nuovi giocatori. Infine, la terza attiene al cd. nesso finanziario tra contributi pagati e corrispettivo versato e deriva dalla considerazione per cui i contributi dei nuovi partecipanti

finanziano essenzialmente il corrispettivo dei soggetti precedentemente entrati all'interno del sistema

Per ciò che interessa nel caso di specie, la Corte di giustizia aveva chiarito nel 2014 che il sistema di promozione a carattere piramidale «postula l'esistenza di un nesso tra i contributi versati da nuovi aderenti e i corrispettivi percepiti dagli aderenti già esistenti», sicché «costituisce una pratica commerciale sleale in tutte le circostanze unicamente quando esso richiede al consumatore un contributo finanziario, a prescindere dal suo importo, in cambio della possibilità da parte di quest'ultimo di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti».

Tale interpretazione ha costituito la base a partire dalla quale i giudici di Lussemburgo hanno svolto il proprio ragionamento nella sentenza del 15.12.2016 (in causa C-667/15), evidenziando un ulteriore e fondamentale profilo.

3. – In tale pronuncia la Sesta Sezione della Corte di Giustizia, ribadisce innanzitutto che in assenza di una reale attività economica che consenta di generare entrate a sufficienza per finanziare il corrispettivo promesso ai consumatori, il sistema piramidale inevitabilmente si fonda sul contributo economico dei suoi partecipanti, ed in particolare da quanto versato dagli ulteriori aderenti (cfr. L. Biffaro, F.P. Russo, *Sistemi di promozione a carattere piramidale e tutela del consumatore*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, 533 ss.). In tale contesto, dalla lettura della sentenza in commento, emerge con maggiore chiarezza la *ratio* sottesa al sistema piramidale, osservandosi come all'interno di quest'ultimo il “bene” oggetto di vendita passi in secondo piano dal punto di vista della remunerazione dell'investimento effettuato dall'investitore aderente in prima battuta. Ciò in quanto il riferimento alla vendita rappresenta solo una *occasio*, ossia un pretesto per “reclutare” altri consumatori che entrino a far parte della piramide e vi rimangano, andando così ad alimentare artificialmente l'intero sistema (sul punto si rinvia a F. Bortolotti, *Contratti di distribuzione*, Milano, 2016, *passim*). Si comprende in tal modo anche il riferimento alla verticalità del modello in questione, che deriva essenzialmente dalla circostanza per la quale all'atto di entrare a far parte del sistema di promozione il neo-entrato sarà interessato a sviluppare un percorso *bottom-up* di alimentazione continua del sistema medesimo. In tal modo si perseguitranno due obiettivi strettamente consequenziali: da un lato l'alimentazione artificiale del sistema per effetto di una costante ricerca di nuove adesioni; dall'altro la finalizzazione dell'investimento in vista di una remunerazione che deriva esclusivamente dalla corresponsione di un diritto di accesso alla catena che così viene costruendosi (in dottrina il tema è stato ripreso, con particolare riguardo all'ambito assicurativo, da ultimo in M. Hazan, S. Taurini (a cura di), *Assicurazioni private*, Milano, 2015, ove l'inquadramento dei sistemi di promozione a carattere piramidale è operato attraverso il richiamo a modelli che prefigurano un possibile guadagno attraverso il puro e semplice reclutamento di altre persone, configurandosi una vera e propria “catena di Sant'Antonio” in cui il diritto a reclutare si trasferisce all'infinito).

Su tali basi la Corte richiama l'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29: posto che la norma stabilisce che “il finanziamento del corrispettivo che un consumatore può percepire dipende ‘essenzialmente’ o ‘principalmente’ dai contributi versati in seguito dai nuovi partecipanti al sistema”, viene fatta chiarezza riconoscendosi la circostanza per la quale il nesso finanziario imposto non deve essere necessariamente diretto. Dal tenore letterale della ricordata disposizione, infatti, si deduce come ad assumere rilevanza non sia il tipo di nesso tra il corrispettivo del consumatore ed i contributi versati dai nuovi aderenti al sistema, bensì soltanto «la qualificazione come “essenziale” o “principale” delle partecipazioni versate dai nuovi partecipanti».

La Corte conferisce, pertanto, alla norma un'interpretazione che tiene conto tanto del criterio letterale quanto di quello sistematico, in considerazione del fatto che una diversa interpretazione della stessa “rischierebbe di privarla del suo effetto utile, dato che l'esigenza di un nesso diretto consentirebbe di eludere facilmente il divieto assoluto dei sistemi di promozione a carattere piramidale”, ponendo in secondo piano il particolare disvalore che il

legislatore comunitario ha ricondotto in capo a siffatta tecnica della moltiplicazione dei livelli di vendita fondata sul reclutamento “a catena” (per tutti in dottrina M. Dona, *L’elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell’allegato I della direttiva 2005/29/CE*, in E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, 206-207). In considerazione del fatto che la possibilità di vincita è inevitabilmente connessa, in tale sistema, all’ingresso nello stesso di nuovi partecipanti che devono effettuare un pagamento iniziale e successivamente compiere puntate regolari, e che al finanziamento generale contribuisce anche l’esistenza di un tetto massimo alle vincite dei giocatori stessi, il nesso finanziario, pur essendo indiretto, è al tempo stesso certo.

In conclusione, il sistema Lucky 4All alla luce di tali elementi attentamente esaminati dalla Corte, rientra nel *genus* delle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori e costituisce un sistema a carattere piramidale, nonostante il fatto che il nesso tra le partecipazioni dei nuovi giocatori ed i corrispettivi ottenuti dagli altri aderenti risulti essere soltanto indiretto.

La Corte di Giustizia definisce il concetto di «figlio» ai fini del diritto dell'Unione Europea

di Andrea Perelli

Title: The Court of Justice of the European Union defines the concept of «child» for the purposes of European Union's law

Keywords: Freedom of movement; Family in the EU Law; Grant for the right to study.

1. – La Corte di Giustizia ha emesso la sentenza in commento nelle Cause riunite da C-401/15 a C-403/15, ai sensi dell'art. 267 TFUE a seguito di rinvio pregiudiziale effettuato dalla *Cour Administrative* del Lussemburgo.

Le domande di pronuncia pregiudiziale vertevano sull'interpretazione degli artt. 45 TFUE e 7, par. 2, del reg. (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione. Le suindicate domande sono state presentate nell'ambito di tre controversie di cui erano parti, rispettivamente, la sig.ra Noémie Depesme unitamente al sig. Saïd Kerrou, il sig. Adrien Kauffmann e il sig. Maxime Lefort, da un lato, e, dall'altro, il *Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche* (Ministro dell'Istruzione superiore e della Ricerca, Lussemburgo; in seguito, per brevità: il «ministro»), vertenti sul diniego da parte di quest'ultimo di concedere, alla sig.ra Depesme e ai sigg. Kaufmann e Lefort, il sussidio finanziario di Stato per il compimento di studi superiori per l'anno accademico 2013/2014.

373

Le controversie *de quibus* sono nate in quanto il Granducato di Lussemburgo non ha riconosciuto ai signori Depesme, Kaufmann e Lefort il citato sussidio finanziario di Stato per il compimento degli studi superiori, dal momento che nessuno dei ricorrenti risultava essere figlio naturale di un lavoratore dell'Unione residente per ragioni di lavoro in Lussemburgo. In altre parole, ai fini della procedura per la concessione del detto sussidio il Granducato accoglieva una nozione restrittiva di “figlio” e di “familiare”, limitandola – di fatto – ai soggetti che fossero legati tra loro da un vincolo di sangue o da adozione, escludendo i figli del coniuge o del *partner* registrato.

2. – Con la questione sollevata, la Corte è stata chiamata ad accertare se la nozione di «figlio» di un lavoratore migrante contenuta nel nuovo art. 2 *bis* della l. del 22 giugno 2000 relativa al sussidio economico dello Stato per studi superiori, come modificata dalla l. del 19 luglio 2013, adottata a seguito della sentenza del 20 giugno 2013, Giersch e a. (C-20/12, EU:C:2013:411), includa anche i figli acquisiti del lavoratore in questione.

Giova, pertanto, ricostruire il contesto normativo lussemburghese ed eurounitario.

L'art. 7 del reg. 492/2011 sancisce il principio di non discriminazione a vantaggio dei cittadini dell'unione che lavorino in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza. In particolare il c. 2 afferma che tali lavoratori godono degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali.

L'art. 2, punto 2, della dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il reg. (CEE) n. 1612/68 ed abroga le dirr. 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE definisce come «familiare»:

- a) il coniuge;
- b) il *partner* che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante;
- c) i discendenti diretti di età inferiore a ventuno anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);
- d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b).

In merito al diritto lussemburghese si osserva quanto segue.

L'art. 2 della legge (lussemburghese) 22 giugno 2000 relativa al sussidio economico dello Stato per studi superiori, come modificata dalla legge 26 luglio 2010 disponeva che potessero beneficiare del sussidio economico dello Stato per studi superiori gli studenti ammessi a seguire studi superiori e che soddisfacessero uno dei seguenti requisiti:

- a) essere cittadini lussemburghesi o familiari di un cittadino lussemburghese e risiedere nel Granducato di Lussemburgo;
- b) essere cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea [...] e soggiornare nel Granducato di Lussemburgo, conformemente al capitolo 2 della legge del 29 agosto 2008, modificata, sulla libera circolazione delle persone e sull'immigrazione, in qualità di lavoratore subordinato, di lavoratore autonomo, di persona che conserva tale *status* o di familiare di una delle categorie di persone precedentemente menzionate, oppure aver acquisito il diritto di soggiorno permanente.

Per effetto della sentenza 20 giugno 2013 Giersch (C-20/12, EU:C:2013:411) l'art. 1, punto 1, della l. 19 luglio 2013 ha introdotto nella citata legge del 2000 l'art. 2 bis che recita:

«Uno studente non residente nel Granducato del Lussemburgo può parimenti beneficiare di sussidio economico per studi superiori purché sia figlio di un lavoratore subordinato o autonomo cittadino lussemburghese o cittadino dell'Unione europea [...] occupato o esercente la propria attività in Lussemburgo, e detto lavoratore sia stato occupato o abbia esercitato la propria attività in Lussemburgo per un periodo ininterrotto di almeno cinque anni al momento in cui lo studente presenta la domanda di sussidio economico per studi superiori».

Tuttavia, la l. del 22 giugno 2000, come modificata dalla legge del 19 giugno 2013, è stata abrogata, poco dopo la citata novella, dalla l. del 24 luglio 2014 relativa al sussidio economico dello Stato per gli studi superiori. L'art. 3 di tale legge dispone – ai fini del presente commento – che possano beneficiare del sussidio economico dello Stato per studi superiori, gli studenti – pur non residenti nel Granducato – che siano «figlio di un lavoratore cittadino lussemburghese o cittadino dell'Unione europea [...] che sia occupato o eserciti la propria attività nel Granducato del Lussemburgo al momento in cui lo studente presenta la domanda di sussidio economico per studi superiori, a condizione che il lavoratore in questione continui a contribuire al mantenimento dello studente».

3. – Gli studenti ricorrenti sono tutti figli acquisiti di lavoratori frontalieri che lavorano in Lussemburgo, in quanto in due casi i propri genitori sono legalmente separati o divorziati ed i figli sono affidati in via esclusiva ad uno di essi, che ha instaurato una convivenza con il lavoratore frontaliero, il quale – in virtù di siffatto rapporto di convivenza – si prende cura del giovane; nel terzo caso il rapporto tra il giovane ed il lavoratore frontaliero trova la propria giustificazione nel fatto che uno dei due genitori “naturali” è deceduto ed il superstite

ha instaurato il citato rapporto con il lavoratore frontaliero. Il Granducato, a fronte della richiesta degli studenti di poter usufruire del suddetto sussidio, ha rigettato le domande ritenendo che – ai sensi della citata legge del 2000 – essi non potessero essere definiti figli dei lavoratori.

Gli interessati hanno impugnato tale rigetto e dal giudizio sono scaturiti i tre rinvii pregiudiziali, riuniti nella presente causa.

4. – L'avvocato generale Wathelet, considerato che in base all'art. 2, punto 2), lett. c), della direttiva 2004/38, sono considerati familiari del cittadino dell'Unione «i discendenti diretti di età inferiore a ventuno anni o a carico e quelli del coniuge o *partner*», che la giurisprudenza ha sempre ritenuto che limitare i sussidi allo studio ai soli discendenti diretti del lavoratore ne limiti la libertà di circolazione e che la direttiva 2014/54 ha esteso la nozione di familiare di cui alla direttiva 38/2004 proprio all'ambito della libertà di circolazione dei lavoratori, ha suggerito alla Corte di risolvere la questione nel senso di ritenere che l'art. 45 TFUE e l'art. 7, par. 2, del reg. (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione dovessero essere interpretati nel senso che un figlio che non è unito da un legame giuridico con un lavoratore migrante ma che è il discendente del coniuge (o del convivente registrato) di detto lavoratore deve essere considerato come figlio del lavoratore in parola. In quanto tale, egli è il beneficiario indiretto dei vantaggi sociali di cui all'art. 7, par. 2, del reg. n. 492/2011, a condizione che il lavoratore provveda al suo mantenimento.

5. – La Corte ha esaminato la propria consolidata giurisprudenza ed ha rilevato che l'art. 7, par. 2, reg. 1612/68 – oggi sostituito dall'art. 7, par. 2, reg. 491/2011, avente lo stesso ambito materiale – consacra il principio di non discriminazione a favore dei lavoratori cittadini dell'Unione e si applica sia ai lavoratori nazionali che ai frontalieri; ha evidenziato inoltre che il finanziamento degli studi concesso ai figli dei lavoratori migranti costituisce un vantaggio sociale a favore del lavoratore stesso e ricade nell'ambito di applicazione del citato art. 7; ha sottolineato che anche i familiari del lavoratore frontaliero sono beneficiari indiretti del suddetto principio di non discriminazione; infine ha posto in risalto che la propria consolidata giurisprudenza ha affermato che l'art. 10, par. 1 lett. a), reg. 1612/68 – oggi abrogato dalla dir. 2004/38 e che prevedeva che il coniuge di un lavoratore cittadino di uno Stato membro «e i loro discendenti minori di ventuno anni o a carico» avevano il diritto di stabilirsi con il lavoratore sul territorio di un altro Stato membro, a prescindere dalla loro cittadinanza – è sempre stato interpretato nel senso che il diritto di stabilirsi con tale lavoratore spetta tanto ai discendenti del lavoratore quanto a quelli del coniuge. Difatti, interpretare restrittivamente tale disposizione nel senso che unicamente i figli in comune del lavoratore migrante e del coniuge avrebbero avuto il diritto di stabilirsi con i medesimi si porrebbe in contrasto con l'obiettivo del regolamento stesso.

La Corte ha preso atto che l'art. 2, punto 2 lett. c), dir. 2004/38 ha ripreso la citata nozione di «familiare», come definita dalla Corte, aggiungendovi il riferimento anche ai figli del *partner*, riconosciuto dal diritto nazionale, in ossequio alle recenti evoluzioni che il diritto di famiglia ha avuto in tutta l'Unione. Pertanto, al par. 49 della sentenza, la Corte afferma «risulta, quindi, che i termini “figlio di un lavoratore migrante”, nel senso in cui essi sono usati nella giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1612/68, devono essere interpretati come comprensivi dei figli del coniuge di tale lavoratore o del suo partner riconosciuto dal diritto nazionale».

La Corte quindi ha accolto la posizione fatta propria dall'Avvocato generale, ritenendo che – ai fini del diritto dell'Unione Europea – la nozione di «figlio» si estenda anche ai discendenti diretti del coniuge (o del *partner* registrato) del lavoratore frontaliero.

6. – La sentenza qui brevemente compendiata, pur collocandosi in un alveo già tracciato dalla Corte di Giustizia, conferma – ancora una volta – la natura sempre più proteiforme del concetto di famiglia, che secondo la felice espressione di Carlo Arturo Jemolo è un’isola che il diritto può soltanto lambire.

Se in un primo tempo questa natura proteiforme è stata assunta mediante il riconoscimento delle unioni diverse dal matrimonio e delle unioni tra persone dello stesso sesso – seppur limitatamente alle materie di diretta competenza dell’Unione Europea, in ossequio al principio di attribuzione di cui all’art. 5 TUE – oggi essa si estende anche ai figli, i quali sono considerati tali – al di là del mero dato biologico o normativo – sulla base della constatazione che si sia creato un rapporto di natura familiare con un adulto, dimostrata dal fatto che quest’ultimo si prende cura del figlio acquisito provvedendo al suo mantenimento. Non sfugge, infatti, che la Corte è giunta alla pronuncia oggi commentata sulla base della considerazione che il lavoratore si prenda effettivamente cura del figlio che sia discendente diretto del proprio coniuge o del proprio *partner* registrato.

Il diritto alla salute e la richiesta di protezione internazionale nel “Sistema Dublino”

di Ilaria Rivera

Title: The right to health and the request for international protection in the Dublin system

Keywords: Dublin system; Inhuman or degrading treatment; Right to health.

1. – Con la sentenza annotata, la Corte di giustizia analizza la tematica della protezione internazionale e dell'individuazione dello Stato competente ad esaminare la relativa richiesta, nel caso in cui sussistano particolari condizioni di salute, che giustificano il differimento del trasferimento così come stabilito dal Regolamento Dublino.

La vicenda oggetto della pronuncia ha origine dal rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte Suprema slovena al fine di ottenere la corretta interpretazione dell'art. 3, paragrafo 2 (“Quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla base dei criteri enumerati nel presente regolamento, è competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata”), del Regolamento Dublino III (Regolamento 604/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013). Quest'ultimo sostituisce il Regolamento Dublino II (Regolamento n. 343/2003/CE del Consiglio, del 18 febbraio 2003), relativo all'Accesso alla procedura di esame di una domanda di protezione internazionale e dell'articolo 17 del suddetto Regolamento (“In deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento”), sulle clausole discrezionali di esame delle domande di asilo.

Nella fattispecie, la domanda di protezione internazionale veniva proposta da due coniugi arabi che avevano ottenuto il visto di soggiorno - validamente emesso - dalle autorità croate e che si erano successivamente trasferiti in Slovenia con documenti d'identità greci falsi. Una volta depositata da parte di entrambi la domanda di asilo alle autorità slovene, l'istanza veniva rigettata sulla considerazione che la competenza ad esaminare la relativa domanda avrebbe dovuto essere attribuita allo Stato croato, in base all'emissione del titolo di soggiorno sul proprio territorio.

I due coniugi ricorrevano dunque dinanzi all'autorità giudiziaria slovena per il fatto che il trasferimento verso il territorio croato avrebbe creato un pregiudizio per la signora C.K., in stato interessante, compromettendo il suo stato di salute e incidendo, di conseguenza, sul benessere del feto. Erano stati prodotti infatti alcuni pareri medici in cui si attestava la tendenza suicida della paziente e lo stato gravidico a rischio. In particolare, i ricorrenti lamentavano la violazione degli artt. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 3 della CEDU, qualificando il trasferimento come una forma di trattamento inumano e degradante.

Giunta la questione all'attenzione della Corte costituzionale slovena, il giudice delle leggi concludeva nel senso di escludere carenze sistemiche in Croazia, tali da rendere il trasferimento pericoloso per la donna e da configuralo come trattamento inumano e degradante, in violazione delle citate disposizioni.

A seguito del rinvio della questione da parte della Corte costituzionale slovena alla Corte suprema, quest'ultima proponeva domanda pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia, in particolare chiedendo se l'articolo 4 della Carta di Nizza dovesse essere interpretato nel senso che, «... in circostanze nelle quali il trasferimento di un richiedente asilo che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave comporterebbe il rischio concreto e acclarato di deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato ...», questo potesse essere considerato trattamento inumano e degradante.

2. – Scorrendo le argomentazioni della Corte di giustizia, dopo un'attenta ricostruzione del quadro giuridico europeo e internazionale nel cui contesto è possibile sussumere la vicenda, si chiarisce innanzitutto che spetta allo Stato membro richiedente la decisione di non procedere al trasferimento nel Paese di primo ingresso nel caso in cui vengano accertate carenze sistemiche dell'ordinamento nazionale che impediscono l'esame della domanda di protezione internazionale.

Proseguendo nel ragionamento proposto, il giudice europeo sottolinea che, non potendosi escludere *ictu oculi* la circostanza che il trasferimento possa configurarsi come trattamento inumano e degradante, occorre verificare in concreto se nello Stato membro competente lo stato di salute del soggetto interessato rischi di essere - o sia effettivamente - compromesso dal provvedimento di espulsione o da provvedimenti similari.

Infatti, dai documenti prodotti – osserva la Corte europea – non emergono in alcun modo elementi o prove fattuali che giustifichino il mancato trasferimento per l'insufficienza dei livelli di prestazioni sanitarie nello Stato croato.

Ben osserva poi la Corte che è naturale che, nel caso in cui sia accertato un disturbo psichiatrico, andranno valutate non solo le conseguenze fisiche del relativo trasferimento ma anche tutte le potenziali ricadute sul benessere psichico del soggetto. Nell'ipotesi in cui questi produca adeguata documentazione circa la particolare gravità dello stato di salute, lo Stato membro richiedente dovrà adottare tutte le precauzioni necessarie al trasferimento, conformemente a quanto prescritto dal Regolamento Dublino III, e, se del caso «... accompagnandolo, durante il trasporto, da personale medico adeguato, che disponga del materiale, delle risorse e dei medicinali necessari, in modo da prevenire ogni aggravamento della sua salute o qualsivoglia suo atto di violenza verso se stesso o terzi».

D'altra parte, nel caso in cui le precauzioni adottate non dovessero risultare sufficienti, spetterebbe allo Stato membro in questione valutare la possibile sospensione del trasferimento per il tempo necessario a far rientrare la situazione di rischio, rinviando il momento della sua esecuzione al miglioramento dello stato di salute.

Ad ogni modo, nell'ipotesi in cui, a seguito della rivalutazione dello stato di salute, il trasferimento risulti impossibile, lo Stato membro richiedente potrebbe esaminare da sé la domanda di protezione internazionale in luogo di quello competente, in ossequio alla clausola discrezionale di cui all'art. 17 del Regolamento Dublino III. Difatti, se il trasferimento avesse luogo in costanza di situazioni critiche, la responsabilità ricadrebbe non già sullo Stato che sarebbe astrattamente competente ma esclusivamente su quello richiedente.

Il giudice di Lussemburgo conclude nel senso di ritenere che nel caso di specie il trasferimento, come prescritto dal Regolamento Dublino III, è precluso nell'ipotesi in cui questo potrebbe comportare «un rischio reale e acclarato che l'interessato subisca trattamenti inumani e degradanti» ai sensi dell'art. 4 della Carta di Nizza e dell'art. 3 della Convenzione di Strasburgo. Di conseguenza, spetta allo Stato membro richiedente valutare la gravità del disturbo psichico e fisico del soggetto interessato, che costituirebbe l'elemento discretivo per la sospensione dell'esecuzione del trasferimento per il tempo necessario a ripristinare le condizioni di normalità o, quanto meno, di possibile riduzione dei danni.

3. – Nelle argomentazioni addotte, assume rilievo la connessione tra il sistema di richiesta di protezione internazionale e la tutela dei diritti fondamentali, tra cui, nel caso in esame, il diritto alla salute, declinato nel diritto a ricevere le cure sanitarie necessarie alla preservazione dell'integrità psico-fisica.

Nella fattispecie, la previsione del trasferimento nello Stato competente ad esaminare la richiesta di protezione internazionale deve essere valutata alla luce delle circostanze concrete, che riguardano lo stato di salute della donna e del feto. Infatti, la donna lamenta una situazione particolarmente delicata, peraltro debitamente certificata, che molto probabilmente sarebbe compromessa dall'attuazione del provvedimento di trasferimento.

Lo stato di salute risulta, quindi, dirimente nella determinazione della competenza statale a conoscere della domanda d'asilo.

Quello che la Corte di giustizia chiarisce è che l'applicazione della normativa europea in materia di asilo deve trovare ragionevole bilanciamento con l'esigenza di garantire la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo.

La necessità di tutelare il benessere psico-fisico della donna attraverso i necessari presidi medici giustifica la *modulazione* dell'applicazione della normativa europea affinché il trasferimento previsto non trasmodi in un trattamento inumano e degradante, nella definizione elaborata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia.

La clausola di discrezionalità prevista dal Sistema Dublino persegue proprio la finalità di verificare le condizioni che legittimano lo Stato membro a derogare alla previsione dell'art. 3, par. 2. E in questo caso il diritto alla salute della gestante – nella duplice dimensione fisica e psichica – è la cifra caratteristica della decisione statale finale circa la richiesta di asilo.

La Corte di giustizia europea rimette alla discrezionalità statale, in piena aderenza con il dettato dell'art. 17 del Regolamento, la possibilità di saggiare praticamente gli aspetti critici della situazione e di porvi rimedio finché sussista la necessità.

In buona sostanza, la debita attestazione di una condizione di particolare rischio per la salute della donna – e di conseguenza del feto – può determinare la sospensione o addirittura la non perseguitabilità del trasferimento, sempre nell'interesse della protezione dello straniero, soprattutto in condizioni di vulnerabilità.

379

4. – Come evidente, la vicenda pone il problema di individuare l'interazione tra la tutela del diritto alla salute e la regolamentazione del diritto di asilo nell'Unione europea.

La tutela della salute, intesa non solo secondo un profilo “negativo” di assenza di malattia o di uno stato morboso, ma anche secondo un profilo “positivo”, inteso quale perseguitimento di una condizione di benessere psicofisico, costituisce indubbiamente il precipitato logico di un'ottica informata alla preservazione della dignità umana.

In questo senso, l'azione dell'Unione europea deve trovare il giusto contemporamento con quella degli Stati membri per assicurare un livello di tutela omogeneo ed effettivo. Come stabilito, infatti, dall'art. 168 TFUE, “L'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale” (par.1). Analogamente, l'art. 2, par. 1, della Carta europea dei diritti fondamentali statuisce che “Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica”.

Nella prospettiva eurounitaria, il diritto alla salute ha trovato opportuno riconoscimento anche a livello convenzionale nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare con riguardo ai parametri di cui agli artt. 1 Prot. 1 CEDU (diritto di proprietà) e art. 14 CEDU (principio di non discriminazione). Ed è proprio in relazione a quest'ultima disposizione che il giudice di Strasburgo è arrivato ad attribuire pari tutela agli stranieri nell'accesso alle prestazioni sociali e alle cure nei Paesi diversi da quelli di appartenenza.

L'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce la cartina al tornasole della rilevanza assunta dal diritto alla salute nel riconoscimento di standard di tutela adeguati dei soggetti interessati a prescindere dalla cittadinanza o dalla nazionalità possedute.

Ciò posto, essa, nelle diverse sfaccettature che vengono in rilievo e in ordine ai soggetti che ne sono titolari, si inserisce nel processo di integrazione europea e nel rapporto cooperativo tra i livelli istituzionali nazionali e sovranazionali.

In questo senso, la tutela della salute viene in rilievo nella sentenza non quale prestazione sociale di cui si impone il soddisfacimento nell'ordinamento nazionale, bensì in stretta relazione all'applicazione delle disposizioni del Regolamento quale elemento discrezivo nella valutazione e nella messa in pratica del trasferimento consequenziale all'individuazione dello Stato di primo ingresso. La salute nel suo composito prisma operativo pone in considerazione la questione di assicurare un delicato bilanciamento nella preservazione dei diritti fondamentali, i quali costituiscono scaturigine della dignità dell'individuo e del suo benessere complessivo.

Ciò premesso, la tendenza a perseguire un'operazione di armonizzazione delle legislazioni statali in materia di asilo e di immigrazione, soprattutto in ordine all'accesso ai diritti sociali, ha dato prova della sussistenza di una struttura reticolare nella quale è rimessa, in ultima analisi, alla discrezionalità statale la considerazione e la disamina delle condizioni di effettiva applicabilità della normativa in materia.

La competenza dell'Unione in materia di immigrazione è quindi condivisa con gli Stati membri, i quali hanno la facoltà di "determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo" (art. 79, punto 5, TFUE). D'altra parte, i singoli Stati possono adottare un approccio ragionevolmente discrezionale in materia di integrazione. L'art. 79, punto 4, TFUE, prevede infatti che siano adottate misure di incentivazione e di sostegno dell'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio.

In sintesi, come emerge dagli artt. 78-80 TFUE, l'Unione europea persegue un'azione di coordinamento delle discipline nazionali in materia di asilo e di immigrazione al fine di garantire un equo trattamento dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti. Più in particolare, l'art. 80 TFUE sancisce il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità degli Stati membri, anche da punto di vista finanziario. Ciò tende a ribadire lo sforzo sempre più evidente di comporre in modo sinergico le istanze di protezione dei migranti nell'ottica, in ogni caso, della sostenibilità statale.

5. – Senza alcuna pretesa di completezza e al fine di consentire un più organico inquadramento, giova sottolineare che la sentenza annotata si inserisce nella problematica del fenomeno migratorio per quanto riguarda la domanda di protezione internazionale e, di conseguenza, la determinazione dello Stato competente a prendere in carico la relativa richiesta.

L'esigenza di affrontare in modo sistematico l'attuale emergenza migratoria pone in evidenza la contraddittorietà del sistema di accoglienza disciplinato dal Regolamento Dublino III - che va a sostituire il dettato del Regolamento Dublino II - considerato ormai del tutto inadatto di fronte all'importanza dei flussi di migranti che stanno interessando l'Europa.

In questa prospettiva del tutto eccezionale, si inquadra la proposta di riforma del Regolamento Dublino III per la semplificazione della procedura di individuazione dello Stato destinatario della richiesta di asilo. Il pacchetto comprende anche una proposta di revisione del regolamento n. 603/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 "Eurodac" per il confronto delle impronte digitali e una proposta relativa all'istituzione di un'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo.

L'attuale sistema Dublino ha rivelato la sua inefficacia nella corretta gestione dei flussi migratori, non consentendo spesse volte una equa ripartizione delle quote dei migranti tra i diversi Stati UE.

Lo scopo della riforma è quello quindi di rendere maggiormente efficiente il sistema della richiesta d'asilo, attraverso una strutturazione condivisa della responsabilità degli Stati membri e con l'adozione di una serie di strumenti atti ad evitare l'elusione dell'obbligo di presentare la richiesta d'asilo nello Stato di primo ingresso.

La proposta – in attuazione dell’Agenda europea sulla migrazione per quanto riguarda l’obiettivo di rafforzare la politica di asilo dell’Unione – si inserisce nel contesto della politica dell’UE di costruzione di un sistema organico per una gestione sostenibile della migrazione. Viene previsto l’obbligo per il richiedente asilo di presentare la domanda di protezione internazionale nello Stato membro in cui è entrato per la prima volta irregolarmente. In questo modo, il richiedente non può scegliere arbitrariamente lo Stato cui presentare la domanda di asilo e cui compete esaminarla.

Peraltro, su tale proposta di riforma si è pronunciato lo *European Council on Refugees and Exiles*, il quale, nel Rapporto predisposto nell’ottobre 2016, ha evidenziato l’esigenza di sostituire l’attuale sistema Dublino con un apparato che rispetti i diritti fondamentali dei richiedenti asilo e che sia basato sul principio di solidarietà tra gli Stati membri, anche alla luce dei dati statistici che si sono registrati negli ultimi anni e che hanno visto aumentare le richieste d’asilo da 200 a 1200% nel periodo compreso tra 2006-2016.

È indubbio che un approccio efficace e proporzionato debba tener conto della tenuta degli ordinamenti nazionali, i quali dovrebbero, a loro volta, adottare misure idonee per il controllo del fenomeno. Questo risulta particolarmente critico proprio perché porta alla luce l’incapacità dell’Unione europea di affrontare compiutamente la questione, con le misure più opportune per consentire una piena responsabilizzazione degli Stati nella ridistribuzione dei migranti e nell’accoglienza presso i centri appositamente preposti.

Solo una struttura inter-cooperativa che investa i diversi attori istituzionali può risultare efficace. Da qui la proposta di una riforma, la cui buona riuscita – sia consentito sottolineare – potrà essere verificata solo in condizioni di omogenea applicazione nel territorio europeo, nel tentativo di superare visioni nazionalistiche e di porre le basi per un’accoglienza più consapevole.

In conclusione, volendo riprendere il titolo del contributo, il diritto alla salute nel caso di specie rappresenta l’elemento valutativo e il limite operativo dell’autorità statale nella applicazione della disciplina in materia di riconoscimento e di attribuzione della protezione internazionale prevista dall’articolato del Regolamento Dublino III. L’esigenza di tutela dei diritti sociali si intreccia con il dettato europeo e ne condiziona le mosse, che ragionevolmente però debbono calibrarsi – come detto – alla luce della situazione ordinamentale contingente.

La competenza giurisdizionale in materia di responsabilità e obblighi dei genitori: il criterio della residenza abituale del minore come garanzia del suo migliore interesse

di Francesco Santolini

Title: The jurisdiction about parents' responsibility and obligations: the criterion of the child's habitual residence as a guarantee of his best interest

Keywords: Maintenance obligations; Jurisdiction; Child's habitual residence.

1. – Con sentenza del 15 febbraio 2017, la Prima Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa circa la competenza giudiziaria in materia di decisioni concernenti diritti e doveri dei genitori nei confronti del minore.

Nello specifico, oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale era l'interpretazione del regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

383

2. – Particolarmente complesso, anche in relazione al numero di Stati coinvolti, è il caso che ha originato il rinvio pregiudiziale. W, cittadino lituano, e X, cittadina olandese e argentina, si sono sposati negli Stati Uniti nel dicembre 2003, hanno avuto un figlio, V, che è nato nei Paesi Bassi nell'aprile 2006 e ha la cittadinanza lituana e italiana; i tre hanno vissuto nei Paesi Bassi dal 2004 al 2006, in Italia per un breve periodo, in Canada dal 2007. Nel dicembre 2010 W e X si sono separati: W ha preso abituale residenza in Lituania, X e il figlio V hanno soggiornato in Italia nel luglio 2011 e dal novembre dello stesso anno si sono stabiliti nei Paesi Bassi.

X ha presentato domanda di divorzio a un giudice canadese, che dopo varie pronunce (la prima del maggio 2011), nell'aprile 2012 ha dichiarato il divorzio tra i due coniugi e ha attribuito l'affidamento esclusivo del minore alla madre. Né l'autorità giudiziaria lituana né quella olandese hanno però riconosciuto le decisioni dell'omologo canadese.

I giudici lituani, aditi da W per la prima volta nell'aprile 2011, con decisione dell'ottobre 2013 (passata in giudicato nel settembre 2014) hanno pronunciato il divorzio tra i due coniugi per colpa congiunta, la collocazione del bambino presso la madre, le modalità di esercizio da parte di W del diritto di visita al figlio e l'importo delle obbligazioni alimentari a suo carico in favore di quest'ultimo. Il Tribunale dei Paesi Bassi competente per la suddetta causa, con pronunce del gennaio e dell'agosto 2014, ha fissato le obbligazioni alimentari a di W nei confronti di X e V e ha attribuito a X l'affidamento esclusivo del minore. Da rilevare che le competenti autorità giudiziarie dei Paesi Bassi e della Lituania hanno entrambe rifiutato di riconoscere la decisione dell'altra, rispettivamente con pronunce dell'ottobre 2014 e del febbraio 2015.

Nell'agosto 2014, W ha presentato al Tribunale del distretto di Vilnius (quello che si era pronunciato nell'ottobre 2013) domande per modificare il luogo di residenza del figlio V, l'importo delle obbligazioni alimentari e le modalità del diritto di visita fissate in precedenza. Dopo aver inizialmente ritenuto irricevibili le richieste, la suddetta autorità giudiziaria – trovatisi nuovamente ad affrontare la questione per volontà del Tribunale regionale di Vilnius, che in secondo grado aveva annullato parzialmente la prima decisione – nel dicembre 2014 si è dichiarata incompetente in merito alle domande di W. Ha infatti sostenuto che, sulla base di quanto previsto dal reg. CE n. 2201/2003, la decisione su di esse spetterebbe ai giudici dello Stato membro in cui il minore ha la propria residenza abituale, nel caso di specie i Paesi Bassi.

Nel marzo 2015, il Tribunale regionale di Vilnius, dinanzi a cui W aveva fatto ricorso, ha annullato la pronuncia del dicembre 2014, argomentando che per W sarebbe impossibile proporre ai giudici dei Paesi Bassi domanda di modifica dei propri diritti e degli obblighi previsti dalla sentenza lituana dell'ottobre 2013 poiché essi non l'hanno voluta riconoscere. Ha quindi rinviato la causa al Tribunale del distretto di Vilnius, che, nel settembre 2015, ha deciso, previa sospensione del procedimento, di chiedere alla Corte di giustizia dell'Unione «in base agli articoli da 8 a 14 del regolamento n. 2201/2003, in quale Stato membro (ossia la Repubblica di Lituania o il Regno dei Paesi Bassi) si radichi la competenza giurisdizionale a conoscere della causa vertente sulla modifica del luogo di residenza, dell'importo degli alimenti e degli accordi in materia di diritto di visita al figlio minorenne, V, che risiede abitualmente nel Regno dei Paesi Bassi».

Nelle more del giudizio dinnanzi alla Corte UE, nel maggio 2016, il Tribunale olandese adito da W ha ribadito di non potersi pronunciare sulla modifica della decisione del giudice lituano e di non poter riconoscere e rendere esecutiva la parte relativa al diritto di visita del padre al figlio.

3. – La Corte di giustizia ha preliminarmente osservato che il giudice del rinvio ha sollevato la questione solo con riferimento al reg. CE n. 2201/2003, che però riguarda esclusivamente la responsabilità genitoriale, e non anche il secondo oggetto del procedimento principale, cioè le obbligazioni alimentari, le quali sono affrontate dal reg. CE n. 4/2009.

Ha quindi affermato al proposito che, come risulta anche da propri precedenti (tra gli ultimi: Corte giust. UE, sentt. 29-09-2016, C-492/14, *Essent Belgium*, pt. 43; 27-10-2009, C-115/08, *Čez*, pt. 81; 21-02-2006, C-152/03, *Ritter-Coulais*, pt. 29; 15-09-2005, C-258/04, *Ioannidis*, pt. 20), «la circostanza che, formalmente, il giudice nazionale abbia formulato la sua domanda di pronuncia pregiudiziale facendo riferimento a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a tale giudice tutti gli elementi di interpretazione che possono essere utili per la soluzione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto o meno riferimento nella formulazione delle sue questioni».

Per questi motivi, la questione posta all'attenzione dei Giudici di Lussemburgo risultava la seguente: l'art. 8 del reg. CE n. 2201/2003 e l'art. 3 del reg. CE n. 4/2009 devono essere interpretati «nel senso che i giudici dello Stato membro che hanno adottato una decisione passata in giudicato in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari riguardanti un figlio minore restino competenti a pronunciarsi su una domanda di modifica dei provvedimenti adottati con tale decisione, anche quando la residenza abituale di tale minore si trovi nel territorio di un altro Stato membro»?

Ai fini di una migliore comprensione della vicenda giuridica, ricordiamo il contenuto delle disposizioni normative coinvolte. L'art. 8 del reg. CE n. 2201/2003 – che disciplina la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (definita dall'art. 2 l'insieme dei «diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita») – prevede che «le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla

responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono adite».

L'art. 3 del reg. CE n. 4/2009 – relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari – statuisce: «Sono competenti a pronunciarsi in materia di obbligazioni alimentari negli Stati membri: [...] d) l'autorità giurisdizionale competente secondo la legge del foro a conoscere di un'azione relativa alla responsabilità genitoriale qualora la domanda relativa a un'obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione, salvo che tale competenza sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti».

4. – Dal momento che la disposizione testé citata riconnette la competenza circa le obbligazioni alimentari a quella riguardante la responsabilità genitoriale, la Corte di giustizia si focalizza su quest'ultima. Il reg. CE n. 2201/2003 – che si fonda sulla cooperazione e sulla fiducia reciproca tra le autorità giurisdizionali e mira a creare un autentico spazio giudiziario mediante il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie (Corte giust. UE, sentt. 15-07-2010, C-256/09, *Purrucker*; 09-11-2010, C-296/10, *Purrucker*) – ha l'obiettivo di rispondere all'interesse superiore del minore. Per fare ciò è stato adottato il criterio di vicinanza, in base al quale si preferisce che i provvedimenti relativi al minore vengano adottati dal giudice del luogo in cui esso ha la residenza abituale; pertanto, «la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della sua residenza o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale» (considerando 12 del regolamento).

La competenza viene quindi determinata, per ogni caso specifico, sulla base della residenza abituale del minore alla data in cui la domanda giudiziale è depositata presso l'autorità giurisdizionale. Solo in alcune situazioni si può derogare a questa regola generale: sono i casi di ultrattattività della competenza della precedente residenza abituale del minore e di proroga della competenza previsti rispettivamente dagli artt. 9 e 12 del reg. CE n. 2201/2003.

Nel caso oggetto della sentenza che qui si commenta, la modifica dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale e obbligazioni alimentari di W nei confronti del figlio V è stata chiesta ad un Tribunale della Lituania, Stato in cui il bambino non si è mai recato né ha mai risieduto, ma di cui ha la cittadinanza. Come risulta anche dalla pregressa giurisprudenza in materia (Corte giust. UE, sentt. 09-10-2014, C-376/14 PPU, C, pt. 50; 22-12-2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, pt. 46-49; 02-04-2009, C-523/07, A), la nozione di residenza abituale va interpretata in funzione dell'interesse superiore del minore e, in particolare, del criterio di vicinanza e va intesa come luogo in cui esso soggiorna in modo non temporaneo né occasionale e che denota una certa sua integrazione in un ambiente sociale e familiare, non essendo sufficiente il requisito della cittadinanza. I Giudici di Lussemburgo hanno rilevato che la presenza fisica di V nei Paesi Bassi, attestata tra l'altro da varie sentenze, anche lituane, «è idonea a dimostrare che il minore V vi risiede abitualmente e ad attribuire ai giudici di tale Stato membro competenza a conoscere delle azioni in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari riguardanti detto minore». Hanno inoltre osservato che non sussiste nessun elemento di fatto che giustifichi una deroga alla regola della competenza generale del luogo di residenza abituale.

Per questi motivi, la Corte di giustizia UE ha affermato che competenti a modificare i provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale e obbligazioni alimentari sono i giudici dei Paesi Bassi e che a ciò non osta la circostanza che la decisione del Tribunale lituano di cui si chiede la modifica non sia stata riconosciuta in detto Stato.

Ha quindi concluso enunciando il principio secondo cui l'art. 8 del reg. CE n. 2201/2003 e l'art. 3 del reg. CE n. 4/2009 devono essere interpretati nel senso che «i giudici dello Stato membro che hanno adottato una decisione passata in giudicato in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari riguardanti un figlio minore non sono più competenti a pronunciarsi su una domanda di modifica dei provvedimenti adottati con tale decisione, qualora la residenza abituale del minore si trovi nel territorio di un altro Stato

membro. La competenza a pronunciarsi su tale domanda spetta ai giudici di quest'ultimo Stato membro».

5. – La sentenza oggetto del presente commento merita qualche ulteriore osservazione, volta a meglio comprendere l'intervento della normativa UE in materia di diritto di famiglia (al proposito, alcuni riferimenti dottrinali utili: I. Queirolo, L. Schiano di Pepe, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2014; E. Bergamini, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; S.M. Carbone, I. Queirolo (cur.), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008; J. Long, *Regolamenti CE: tra diritto internazionale privati e diritto sostanziale*, in V. Roppo, G. Savorani (cur.), *Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nell'Unione europea*, Torino, 2008, 141 ss.).

Il diritto materiale di famiglia è di competenza dei singoli ordinamenti statali, i quali, a seconda del proprio contesto socio-culturale, elaborano discipline talvolta molto differenti le une dalle altre. L'aumento delle relazioni personali tra individui di diversa nazionalità e della mobilità delle persone tra gli Stati ha comportato la crescita di situazioni familiari che presentano elementi di collegamento con più ordinamenti giuridici. Per questi motivi, anche l'Unione europea, oltre ai singoli Stati, si è occupata di individuare criteri per la risoluzione di controversie transnazionali relative a tali ambiti.

Pur non essendo competente ad approvare atti di diritto materiale di famiglia, l'Unione può incidere sui rapporti familiari sulla base delle disposizioni attualmente contenute nel capo III del titolo V del Trattato sul funzionamento dell'UE «cooperazione giudiziaria in materia civile» (e in precedenza nel titolo IV del TCE). Il par. 1 dell'art. 81 TFUE afferma, infatti, che «L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Il par. 3 del medesimo articolo, in particolare, dispone che «le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo».

Tre sono i regolamenti UE fino ad ora adottati (e in parte già esaminati): il n. 2201/2003 recante norme di diritto processuale civile internazionale, il n. 4/2009 riguardante competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, il n. 1259/2010 circa l'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore applicabile al divorzio e alla separazione personale. Essi si collocano a metà strada tra il diritto internazionale privato e processuale e il diritto materiale uniforme, in quanto, pur prevedendo regole circa la legge applicabile, la giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze, hanno altresì rilevanza di diritto sostanziale.

Non si può quindi negare l'importanza degli interventi normativi europei in materia di diritto di famiglia, i quali determinano una progressiva erosione delle aree di sovranità nazionali anche in un settore in cui, relativamente al profilo sostanziale, gli Stati membri hanno deciso di non attribuire competenze all'Unione e un avvicinamento delle singole normative statali.

Si può, inoltre, notare come questo processo venga realizzato, in ambito europeo, al fine di perseguire obiettivi ritenuti meritevoli, tra cui vi è anche la tutela dell'interesse superiore del minore, il quale trova attualmente protezione sia nella CDF dell'UE (art. 24) sia nella CEDU (art. 8 come interpretato dai giudici di Strasburgo), entrambe espressamente richiamate dall'art. 6 TUE come parte integrante del diritto UE. A dispetto delle originarie finalità prettamente economiche delle Comunità europee, la tutela dei diritti fondamentali costituisce sempre di più motivo e giustificazione per interventi normativi dell'UE e contribuisce ad armonizzare il diritto materiale dei singoli Stati membri anche in settori che tradizionalmente presentano discipline divergenti.

L'impiego degli strumenti informatici nella pubblica amministrazione è sempre sinonimo di maggiori diritti?

di Laura Uccello Barretta

Title: Does digitisation process always turn into a more intense protection of people's rights?

Keywords: Digitisation process; Right of access to documents; Notion of "existing document".

1. – La sentenza qui annotata, emessa l'11 gennaio 2017 all'esito della causa C-491/15, ha ad oggetto una richiesta di annullamento di una pronuncia del Tribunale dell'Unione europea vertente su una richiesta di accesso a taluni documenti relativi ai test di preselezione, celebrati in occasione di un concorso per l'accesso alle carriere delle istituzioni europee.

La controversia verteva essenzialmente sulla individuazione dei confini della nozione di "documento", quando, in particolare, le informazioni alle quali la richiesta di accesso è rivolta siano detenute in una banca dati informatizzata.

Al fine di comprendere il significato della richiamata pronunzia, giova ricostruire brevemente il quadro normativo vigente.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi costituisce uno degli strumenti attraverso i quali l'operato della pubblica amministrazione si rende trasparente all'esterno.

Pur essendosi, negli ultimi anni, affiancati ad esso altre forme di accesso, essa resta centrale nel garantire tutela ai cittadini avverso l'illegittimità dell'attività istituzionale dell'amministrazione pubblica.

Di tale circostanza, ha mostrato di aver consapevolezza anche l'Unione europea, la quale ha regolamentato la materia mediante il regolamento n. 1049 del 2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, adottato il 30 maggio 2001, disciplinando l'istituto dell'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (Sul diritto di accesso, F. Donati, *L'accesso ai documenti nel diritto dell'Unione*, in *Giustamm.it*, 2010).

Esso rimarca, nei primi *considerando*, da un lato la centralità del concetto di trasparenza fissato dall'articolo 1, comma 2 del TUE, dall'altro la funzionalità di tale politica della trasparenza rispetto alla partecipazione dei cittadini al processo decisionale e ad una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini, che contribuisce, così, a rafforzare i principi di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali.

Il sistema introdotto dal richiamato regolamento ruota attorno al principio di massima attuazione del diritto di accesso del pubblico ai documenti.

Tale principio ha, secondo il legislatore, ampia estensione, che deve essere garantita attraverso un'attività rivolta verso due diverse direzioni.

Da un lato, infatti, sotto il profilo oggettivo, esso deve applicarsi anche ai documenti che le istituzioni elaborano nell'ambito della propria attività legislativa, contemplando tale esigenza con l'efficienza e la speditezza del processo decisionale, nonché ai documenti formati e detenuti dalle agenzie create dalle istituzioni.

Dall'altro, sotto l'aspetto soggettivo, ciascuna istituzione deve adoperarsi affinché il diritto di accesso possa essere utilmente esercitato; ciò attraverso l'adozione dei necessari provvedimenti per informare il pubblico sulla normativa vigente, per formare il proprio personale affinché possa dare assistenza ai cittadini, per elaborare e rendere accessibile un registro dei documenti detenuti.

Il legislatore europeo, tuttavia, riconosce che debbano essere previsti dei limiti all'esercizio di tale diritto; limiti che si sono incarnati in un insieme di eccezioni, volte a tutelare contrapposti interessi ritenuti sensibili (L. Baroni, *Le eccezioni al diritto di accesso nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 312 ss.).

Il regime giuridico rintracciabile nel regolamento, dunque, è costituito dall'affermazione di un principio generale di ampia portata – quello, appunto, dell'accesso documentale – accompagnato da una serie di deroghe. Queste ultime possono essere raggruppate in base alla natura pubblica o privata dell'interesse che intendono tutelare. Alla prima ipotesi sono ricondotte la sicurezza pubblica, la difesa e le questioni militari, le relazioni internazionali, la politica finanziaria, monetaria o economica dell'UE o di uno Stato. Alla seconda, invece, la vita privata e l'integrità dell'individuo, gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, le procedure giurisdizionali e la consulenza legale nonché gli obiettivi di attività ispettive, di indagine e di revisione contabile. Questi ultimi tre casi ammettono l'estensione del documento nel caso in cui la protezione dell'interesse privato si scontri con l'esistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione.

Il descritto regime appare, dunque, analogo a quello nazionale italiano.

Esso piuttosto diverge da quest'ultimo per un'importante circostanza, che induce a riflettere sulla diversa finalità perseguita dall'Unione europea e sulla maggiore prossimità dell'istituto in analisi rispetto ad altre forme di accesso che l'ordinamento italiano conosce, differenti da quella tradizionale disciplinata agli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990.

Il Regolamento sancisce che la domanda di accesso non necessiti di motivazione. Da ciò si deduce che la finalità del diritto di accesso, come disegnato nella fonte normativa europea, ha una vocazione più ampia e generale di quello nazionale, essendo volto, sostanzialmente, a rendere l'amministrazione europea una “casa di vetro”. Il diritto di accesso disciplinato dalla legge n. 241/1990, invece, ha l'obiettivo di consentire la tutela di specifiche posizioni giuridiche individuali, che devono essere rappresentate all'amministrazione in sede di presentazione dell'istanza.

2. – I fatti di causa hanno consentito alla Corte di Giustizia di soffermarsi sulla nozione di “documento” ai fini del richiamato regolamento.

La pronunzia si innesta su un primo diniego, formulato dall'EPSO e confermato dalla Commissione europea, che era stato oggetto di impugnazione da parte del ricorrente, ma era stato ribadito dal Tribunale di prime cure.

Il ricorrente, in qualità di partecipante ad una procedura di reclutamento di personale presso le istituzioni europee, aveva chiesto l'accesso ad una “tabella” contenente alcuni dati anonimi relativi ai test di accesso celebrati in occasione della menzionata procedura.

Il diniego ricevuto dal ricorrente, sia dall'ESPO che dalla Commissione, si fondava sul fatto che questa “tabella” non fosse già esistente ma dovesse essere formata dall'amministrazione, dovendo contenere dati che non era possibile estrarre contestualmente mediante una delle interrogazioni pre-programmate (denominate SQL). Essa, in altri termini, non avrebbe potuto essere considerata quale “documento esistente” ma avrebbe imposto all'amministrazione un *fare* volto alla creazione di un nuovo documento.

Il ricorrente nega che la sua richiesta comporti la creazione di un nuovo documento, argomentando anche sulla base del principio dell'effetto utile (In merito al principio dell'effetto utile, M.G. Scorrano, *Il principio dell'effetto utile*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 349 ss.).

Egli, infatti, articola le proprie argomentazioni attorno a tre motivi.

In primo luogo, afferma che una banca dati, come quella che detiene le informazioni alle quali era stata rivolta la domanda di accesso, dovrebbe essere considerata come un documento unico. A sostegno di tale tesi, egli invoca una precedente pronunzia del Tribunale UE, che si era espressa proprio in questi termini (Tribunale UE, 26 ottobre 2011, T-436/09, *Dufour/BCE*, sulla quale si veda M. Larchè, *Acces aux documents, Europe*, 2011, Décembre Comm. 12, 14-15). Ogni combinazione di dati estratti dalla banca dati, dunque, dovrebbe essere considerata un documento, stante la possibilità di effettuare, in una banca dati quale quella in oggetto, ogni tipo di ricerca.

In secondo luogo, il ricorrente si sofferma ancora sulla nozione di “documento” ai sensi del regolamento, evidenziando come, in relazione ad una banca dati informatizza, ogni domanda inerente le informazioni in essa contenute riguardi un “documento esistente” se la relativa ricerca possa essere effettuata con gli strumenti di ricerca messi a disposizione per tale banca dati. In questo senso, quindi, dovrebbero essere considerate “documento esistente” non solo le informazioni che possono essere estratte mediante interrogazioni pre-programmate (SQL) ma anche quelle estraibile mediante interrogazioni non pre-programmate ma comunque suscettibili di essere elaborate.

Da ultimo, il ricorrente rimarca come l’impostazione sostenuta in primo grado rischierebbe di privare il regolamento n. 1049/2001 del suo “effetto utile”. Sarebbe infatti precluso l’accesso a tutte le informazioni che non siano estraibili mediante un’interrogazione pre-programmata (SQL); circostanza che faciliterebbe l’occultamento di informazioni e dati.

La Corte di Giustizia, nel disattendere tale dogianza, ribadisce invece la posizione già espressa dal giudice di primo grado.

Richiamando un proprio precedente (CGUE, 2 ottobre 2014, C-127/13 P, *Strack/Commissione*), chiarisce che la nozione di “documento” contenuta nel regolamento del 2001 si riferisce solo a documenti già esistenti. E che tale ultima espressione deve essere intesa nel senso che debbano considerarsi “esistenti” solo i documenti già in possesso dell’amministrazione e non anche quelli che l’amministrazione potrebbe creare estrapolando dati da altri documenti.

Tradotto in linguaggio informatico, ciò significa, secondo il Giudice europeo, che solo i documenti estraibili mediante interrogazioni pre-programmate debbano considerarsi “documento” ai sensi del regolamento n. 1049/2001, dovendo verificarsi l’esistenza o meno di un documento in base alle specificità tecniche di ogni banca dati.

L’elaborazione di uno strumento di ricerca diverso da quelli pre-programmati, che imporrebbe un intervento sostanziale da parte dei funzionari amministrativi, condurrebbe alla creazione di un nuovo documento, che esula dal campo di applicazione del richiamato regolamento.

Quanto alla dogianza incentrata sul principio dell’effetto utile, le argomentazioni della Corte di Giustizia sono piuttosto scarne e non si rivelano, a parere di chi scrive, soddisfacenti.

La Corte afferma apoditticamente che la nozione di documento da essa sposata sia conforme a garantire al pubblico l’accesso più ampio possibile ai documenti detenuti dalle istituzioni; che le informazioni alle quali può accedere il pubblico sono analoghe a quelle per le quali è consentito l’accesso ai funzionari delle istituzioni stesse; che il fatto che un documento possa essere distrutto od occultato riguardi similmente documenti cartacei e documenti informatici.

Proprio queste ultime affermazioni meritano una lettura critica.

3. – Il crescente impiego degli strumenti informatici nella pubblica amministrazione, promosso dai governi di molti Paesi europei e dall’Unione europea stessa, è un’occasione non solo per rendere maggiormente efficiente l’operato dei pubblici uffici ma anche per tutelare, con sempre maggiore intensità, i diritti dei cittadini.

In quest’ottica, deve essere valutata criticamente la posizione espressa dalla Corte di Giustizia. Ciò, sia nella parte in cui, fornendo una nozione di “documento esistente” limitata alle informazioni estraibili mediante interrogazione pre-programmata, mostra di non valorizzare le più ampie possibilità di ricerca dei dati (e quindi di accesso) derivanti

dall'impiego di strumenti informatici; sia, ancor più, ove, trattando del principio dell'effetto utile, essa afferma che l'interpretazione della nozione di "documento esistente" sia idonea a garantire che il pubblico abbia "*l'accesso più ampio possibile ai documenti delle istituzioni*", senza argomentare tale affermazione in alcun modo nonché ove rimarca che le possibilità di distruzione e occultamento dei documenti informatici sono le medesime rispetto a quelli cartacei.

Siffatta ricostruzione, si ribadisce, non sembra valorizzare le potenzialità dello strumento informatico, quanto piuttosto livellare il grado di tutela dei diritti verso "il basso".

Un approccio maggiormente sensibile alle istanze di tutela del pubblico, pur coniugato con le esigenze di speditezza ed efficienza dell'amministrazione, sarebbe stato auspicabile.

La sicurezza alimentare tra Unione europea e regimi nazionali. Brevi notazioni su una recente pronunzia della Corte di Giustizia

di Laura Uccello Barretta

Title: Food safety between the European Union and the national legislations. Brief thoughts on a recent pronouncement of the European Court of Justice

Keywords: Food safety; public health; principle of precaution.

1. – La sentenza *Queisser Pharma* del 19 gennaio 2017, emessa all'esito della causa C-282/15, ha ad oggetto una domanda di pronunzia pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia UE dal Tribunale amministrativo tedesco di Braunschweig, inerente la compatibilità di alcune disposizioni del Codice degli alimenti e dei mangimi rispetto al quadro normativo europeo in materia di sicurezza alimentare.

Al fine di comprendere il contesto normativo nel quale si colloca la pronunzia in commento, giova richiamare in questa sede i connotati essenziali del diritto alimentare e, in particolare, della sicurezza alimentare.

Il sistema normativo in questione si caratterizza per la sua natura “multilivello”. Allo stato attuale, la fonte che ospita il *corpus* normativo organico in materia alimentare è il regolamento n. 178/2002. Pur non essendo espressamente menzionata la materia “alimentazione” tra le materie elencate nel TFUE, si è ritenuto che essa possa essere annoverata tra le materie di competenza concorrente, stante, da un lato, l’espresso richiamo alla materia agricoltura, essa sì esplicitamente inclusa tra le materie di competenza concorrente, e dall’altro, il suo legame con altre materie aventi la medesima natura, quali la sanità pubblica e la tutela dei consumatori. Questo regolamento costituisce l’esito di un processo evolutivo che, nel campo dell’agricoltura e, più in dettaglio, in quello dell’alimentazione, ha condotto ad un mutamento di segno della normativa europea, da legislazione meramente promozionale a strumento di centralizzazione regolativa (L. Costato, *Principi e requisiti generali della legislazione alimentare*, in L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile (diretto da), *Trattato di diritto agrario*, vol. 3, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, 19). E che ha visto trasformarsi anche il fine di detta legislazione, da *food security*, ossia garanzia di approvvigionamento degli alimenti, a *food safety*, ossia protezione dei consumatori da rischi derivanti dalla circolazione di alimenti non sicuri; circostanza che attesta, peraltro, come il valore della tutela della salute in campo alimentare sia prioritario rispetto a tutti gli altri in gioco (A. Forti, *Il (doppio) valore della salute nel diritto alimentare (La trasformazione dei diritti sociali nel diritto comunitario)*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, I, 599).

Nel contesto europeo, la legislazione in materia di sicurezza alimentare risente indubbiamente della doppia natura dell’alimento, ad un tempo vera e propria “merce” suscettibile di valutazione economica, e dunque soggetta agli obblighi di libera circolazione, ma anche bene destinato a soddisfare le esigenze alimentari delle popolazioni, potenzialmente

pericoloso, appunto, per la salute umana se non sicuro (A. Jannarelli, *I prodotti agricoli tra alimenti e merci: alle radici moderne della “eccezionalità” agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, I, 407).

Il “pericolo” è definito dal regolamento medesimo come “*a) l’agente (biologico, chimico o fisico) contenuto nell’alimento o nel mangime, o b) la condizione in cui si trova l’alimento o il mangime, quando tale agente o siffatta condizione siano in grado di dar luogo ad effetti nocivi alla salute*”. Tale pericolo, quando sussiste la probabilità che esso generi un grave effetto nocivo per la salute, diviene “rischio”, e deve essere valutato da parte di un soggetto tecnico nonché, successivamente, gestito ad opera delle autorità politiche sulla base delle risultanze di detta valutazione. I soggetti pubblici che, rispettivamente, svolgono la funzione di valutatore e di gestore del rischio sono, in sede europea, l’Agenzia europea per la Sicurezza Alimentare e la Commissione europea. La legislazione sulla sicurezza alimentare ha proprio la finalità di dettare le prescrizioni utili a minimizzare il “rischio”, non potendo quest’ultimo essere eliminato completamente in una società, quale quella attuale, caratterizzata dalla sistematica produzione di situazioni di pericolo non limitabili *a priori* (U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000).

La prima fase, ossia la valutazione del rischio, avviene attraverso l’analisi del rischio, disciplinata all’articolo 6 del regolamento del 2002. I criteri che, secondo il disposto normativo, devono orientare la valutazione sono la scientificità, l’indipendenza, l’obiettività e la trasparenza.

Essa è rimessa in via generale all’EFSA e si fonda sui dati scientifici disponibili in un dato momento storico (A. Macrì, G. Scavia, L. Busani, *La valutazione scientifica del rischio. I criteri di valutazione del rischio alimentare*, in *Alimenta*, 2009, nn. 11-12, 227).

La seconda fase, quella della gestione del rischio, incarna un momento nevralgico, nel quale la valutazione scientifica deve essere tradotta in misure concrete. In questo contesto, che è affidato alla Commissione europea, possono disvelarsi due scenari. Può accadere che i rischi derivanti da un determinato fattore causale siano ben determinabili e conoscibili. In questo caso, le decisioni adottate nell’ambito della gestione del rischio dovranno essere ispirate al principio di prevenzione, che impone alle autorità di adottare misure che impediscono il verificarsi del rischio. Oppure, può accadere che, in ragione del progresso scientifico ancora parziale, i rischi non siano individuabili con certezza. Quest’ultima ipotesi costituisce, tra le due, quella maggiormente critica. Il legislatore, tuttavia, ha dettato un criterio che deve orientare il decisore in questa evenienza. Si tratta del principio di precauzione, disciplinato all’art. 7 del regolamento in discorso (F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, 2005).

Il principio di precauzione è comparso per la prima volta nel diritto europeo in materia ambientale. Ancora oggi, infatti, esso trova fondamento positivo nell’art. 191 paragrafo 2 del TFUE, collocato proprio nel titolo che disciplina la politica ambientale dell’Unione.

Successivamente, la sua *vis espansiva* ha fatto sì che la sua applicazione si estendesse oltre tali confini, divenendo un principio di applicazione generale. Così, esso ha iniziato a spiegare i propri effetti anche in altre materie, quale, ad esempio, quella alimentare, nella quale è stato cristallizzato positivamente proprio nel regolamento n. 178/2002.

Eso, diversamente dal principio di prevenzione, si applica quando, all’esito della valutazione del rischio, permanga una situazione di incertezza scientifica, nel senso che non sia possibile determinare in modo sicuro le conseguenze sulla salute di una determinata azione. E impone alle autorità preposte di adottare misure adeguate per la protezione della salute, che devono necessariamente essere provvisorie e necessarie nonché proporzionate. Eso, infatti, impone una valutazione comparativa delle soluzioni percorribili dalla Commissione e la scelta, tra di esse, di quella meno sacrificevole per gli altri interessi in gioco.

Si tratta, in sostanza, di un principio che conferisce rilevanza giuridica all’incertezza e anticipa la soglia di divieto al fine di evitare che possa rimanere leso il bene giuridico protetto (ossia la salute), senza che sia necessaria una puntuale dimostrazione del nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente dannoso e il pregiudizio che da esso possa derivare.

2. – Così ricostruita la cornice normativa pertinente, occorre ora focalizzare l'attenzione sul caso sottoposto all'attenzione del giudice europeo.

L'oggetto del sindacato della Corte di Giustizia è costituito dalla normativa tedesca, applicabile sia agli alimenti che agli additivi ed alle sostanze equiparate (tra di esse, anche gli amminoacidi), la quale vieta di impiegare additivi non autorizzati (quali anche gli amminoacidi), puri o mescolati ad altri prodotti, in prodotti alimentari destinati alla vendita. Il divieto è accompagnato da un regime derogatorio, che individua nell'Ufficio federale della protezione dei consumatori e della sicurezza alimentare l'autorità titolare del potere di riconoscere delle eccezioni, anche condizionate e comunque di durata non superiore a tre anni, purché esse rientrino in uno dei casi enumerati dal legislatore e non sussistano motivi imperativi di tutela della salute.

La società *Queisser Pharma* aveva richiesto una deroga per la commercializzazione di un integratore alimentare contenente 10 mg di ferro e 100 mg di L-istidina per ogni dose.

L'Ufficio federale, nel rigettare tale richiesta, aveva motivato la propria posizione sollevando dubbi sulla innocuità dell'assunzione di un tale dosaggio quotidiano di ferro, ma nulla aggiungendo circa la presenza di amminoacidi.

A seguito di tale pronuncia, impugnata dalla società dinanzi al Tribunale amministrativo tedesco di Braunschweig in ragione del fatto che la valutazione avrebbe dovuto essere limitata alla presenza dell'amminoacido, con esclusione di ogni sindacato sul ferro, quest'ultima aveva presentato un ricorso diretto volto a far constatare che comunque non fosse necessaria alcuna deroga per produrre e commercializzare tale prodotto.

Nonostante, in pendenza del ricorso giurisdizionale, l'Ufficio federale abbia accordato la deroga richiesta, tornando sui suoi passi ed riconoscendo la fondatezza del motivo di ricorso prospettato dinanzi al Tribunale amministrativo tedesco di Braunschweig, quest'ultimo ha dato seguito al procedimento, affermando come sussistessem comunque un interesse della *Queisser Pharma* far constatare che non fosse necessaria alcuna deroga.

Ritenendo, però, che sussistessero dubbi sulla compatibilità delle norme tedesche rispetto al diritto europeo, esso ha sollevato la relativa questione dinanzi alla Corte di Giustizia, in particolare per contrasto con gli articoli 34 e 36 del TFUE nonché con alcune disposizioni del regolamento n. 178/2002 e del regolamento n. 1925/2006. L'attrito con le norme del trattato sussisterebbe per violazione del principio di proporzionalità, mentre le previsioni contenute nelle due fonti regolamentari ospiterebbero una normativa esaustiva del settore della sicurezza alimentare, con la conseguenza che i legislatori nazionali non potrebbero che conformarsi ad esse, senza poter imporre regole più restrittive.

393

3. – Il Giudice europeo, in prima battuta, ha escluso l'applicabilità delle previsioni del regolamento del 2006, dedicato all'aggiunta di vitamine e minerali nonché altre sostanze agli alimenti, nonché quella delle previsioni pattizie.

Con riferimento alle prime, essa ha rimarcato come, in relazione alla fattispecie posta alla sua attenzione, il regolamento prevedesse un rinvio alla disciplina nazionale. Esso, infatti, avrebbe dovuto trovare applicazione soltanto se gli amminoacidi fossero stati oggetto di divieti o restrizioni specifiche a livello europeo. Tuttavia, non essendo esse previste, il regolamento n. 1925/2006 non può trovare applicazione.

Relativamente alle seconde, la Corte ha ritenuto di valorizzare la circostanza che tutti gli elementi della controversia fossero limitati al territorio di un solo Stato membro, senza alcun pregiudizio per le esportazioni rispetto al mercato nazionale. Non essendovi, dunque, alcun elemento transfrontaliero, gli articoli 34 e 36 del TFUE non possono trovare applicazione, né rileva che essi siano espressamente richiamati dal regolamento n. 178/2002, non potendo un mero richiamo condurre all'ampliamento del loro campo di applicazione.

4. – Invece, la Corte di Giustizia si è soffermata sulla portata degli articoli 6 e 7 del regolamento n. 178/2002, dedicati rispettivamente all'analisi del rischio e al principio di precauzione, nonché all'articolo 14 del medesimo. Quest'ultimo prevede che, nella materia

della sicurezza alimentare, la quale non è oggetto di armonizzazione a livello europeo, gli Stati membri possano normare autonomamente, decidendo dunque il livello di tutela della salute che intendono garantire, ma devono comunque rispettare i richiamati principi di analisi del rischio e di precauzione.

In altri termini, ciascuno Stato può determinare le proprie norme a tutela della sicurezza alimentare, ma l'appartenenza all'Unione europea impone di garantire la conformità della legislazione nazionale rispetto ai due principi appena ricordati, essendo ciò espressamente previsto sia dall'articolo 1 paragrafo 2 del regolamento, ove si specifica che il regolamento reca i principi generali da applicare, anche in sede nazionale, agli alimenti sia dall'articolo 4 paragrafo 2, ove si sancisce che i principi dettati dagli articoli da 5 a 10, tra i quali l'analisi del rischio e la precauzione, siano un "quadro generale di natura orizzontale al quale conformarsi nell'adozione di misure".

Dunque, una legislazione nazionale in materia di sicurezza alimentare è conforme al diritto europeo solo se, come già riportato più in alto, la valutazione del rischio sia effettuata sulla base dei dati scientifici esistenti e sia condotta, ai sensi dell'articolo 6 del regolamento, in modo indipendente, obiettivo e trasparente. E se il principio di precauzione sia applicato, ai sensi dell'articolo 7, sulla base di una situazione di incertezza scientifica, non meramente ipotetica, e conduca all'applicazione di misure provvisorie, soggette a riesame frequente, proporzionate e non discriminatorie.

In ragione di quanto affermato, il Giudice europeo ha concluso che, fermo restando il compito del giudice del rinvio di valutare in concreto il sistema tedesco, quest'ultimo, fondato su un regime di autorizzazione preventiva con deroghe, debba considerarsi non conforme al diritto europeo sotto due profili.

In primo luogo, la normativa tedesca prevede l'applicazione di tale regime a tutti gli alimenti che contengano amminoacidi, quando invece l'analisi del rischio condotta dalle autorità tedesche riguarda solamente alcune tipologie di amminoacidi. Il regime nazionale, dunque, limitativo della libera circolazione di una merce-alimento, non è giustificabile poiché non vi è corrispondenza tra le risultanze dell'analisi del rischio e le previsioni normative nazionali.

In secondo luogo, la Corte di Giustizia stigmatizza la previsione nazionale che prevede che le deroghe al divieto previsto dal regime nazionale possano essere accordate solo per un periodo di tempo determinato, senza che possa avere alcun rilievo la dimostrazione dell'innocuità della sostanza che compone il prodotto.

5. – La sentenza in commento offre lo spunto per una riflessione sull'effetto che i principi, nella fattispecie europei, possono spiegare sulle legislazioni nazionali, anche in materie che non sono state devolute alla competenza delle istituzioni comunitarie.

La Corte di Giustizia rimarca in più punti (si vedano il punto 51 e il punto 63 della pronunzia) che sussiste un potere discrezionale degli Stati membri relativo al livello cui intendono tutelare la salute pubblica.

La salute pubblica, infatti, non rientra tra le materie di competenza dell'Unione ma è lasciata alla gestione degli Stati membri. Di ciò, si ha evidenza leggendo le pertinenti previsioni contenute nel TFUE e nella Carta dei diritti dell'Unione europea. Con riguardo al Trattato, la tutela della salute è menzionata in quattro disposizioni. La prima, l'art. 6, qualifica la "*tutela e miglioramento della salute umana*" quale materia "complementare", nella quale cioè l'azione dell'Unione europea si declina quale completamento delle normative nazionali, senza alcuna possibilità di armonizzazione. La seconda, l'art. 9, sancisce il principio secondo il quale l'Unione deve promuovere un elevato livello di tutela della salute umana nella definizione di tutte le politiche e le azioni pubbliche, noto come principio "Health in all policies" (HIAP) (T. Stahl, M. Wismar, E. Ollila, E. Lahtinen, K. Leppo, *Health in All Policies. Prospects and potentials*, Ministry of social affairs and health, Finland, 2006, XIII-XIV), comune invero anche alle legislazioni nazionali (P. Puska, *Health in all policies*, in *European Journal of Public Health*, 2007, n. 4, 238). Entrambe le affermazioni contenute nelle due previsioni precedenti sono ribadite nell'art. 168 del Trattato. La seconda anche nell'art. 114

nonché nell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Quest'ultimo, inoltre, ancor più manifestamente rispetto al Trattato, rimarca come l'accesso alla prevenzione sanitaria e alle cure sia garantito a ciascuno solamente alle condizioni previste dalle legislazioni nazionali, esplicitando dunque il ruolo centrale degli Stati membri nelle decisioni in materia di salute.

La pronunzia in commento costituisce, ad avviso di chi scrive, un esempio di come, attraverso i principi, il diritto europeo riesca ad incidere in modo rilevante sulla legislazione nazionale anche sulla materia della salute pubblica.

I principi di analisi del rischio e precauzione, in quanto tali, hanno un contenuto abbastanza generico e indeterminato.

I principi, infatti, si differenziano dalle norme sul piano quantitativo, nel senso che sono gradazioni diverse di una medesima tecnica regolatoria rispetto alle norme (N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, cap. IX), secondo la nota teoria della distinzione debole tra principi e norme (J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 1972, 81, 823 ss.), alla quale si ritiene di aderire, non ritenendosi condivisibile la tesi della distinzione forte (R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London, 1978, 14 ss. nonché 81 ss.). Quest'ultima, infatti, afferma che regole e principi si differenzino perché posseggono caratteristiche diverse, che li rendono ontologicamente diversi. Ad esempio, i principi presenterebbero un notevole grado di genericità, vaghezza e indeterminatezza mentre le norme riconducono conseguenze giuridiche ad una data fattispecie; i principi incorporerebbero un valore, mentre le norme non specificano il valore che persegono, limitandosi a ad associare la prescrizione di un determinato comportamento; i principi sarebbero soggetti a eccezioni implicite, contrariamente alle norme; sarebbero valori fondanti e costitutivi dell'ordinamento, ai quali i consociati aderiscono, mentre alle regole essi obbediscono, a prescindere dalla condivisione del contenuto. La tesi della distinzione debole, invece, sostiene che tutte le caratteristiche sopra richiamate siano proprie sia dei principi che delle regole, solo che con intensità diversa. In questo senso, non sussisterebbe alcuna distinzione ontologica tra le due categorie, essendo sostanzialmente "la stessa cosa", con caratteristiche comuni pur se diversamente graduate.

La connotazione principale dei principi è la genericità, intesa come possibilità di più modalità di applicazione (J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 1972, 81, 836) ma anche, e soprattutto, come indeterminatezza delle conseguenze derivanti dall'applicazione del principio (G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 213 ss.).

I principi di analisi del rischio e di precauzione, che sembrano rispettare questi canoni, spiegano un'incidenza notevole sul diritto nazionale. Essi, infatti, pur incarnando uno specifico valore, ossia quello della tutela della salute umana, e pur avendo conseguenze effettivamente generiche, poiché sono gli Stati membri a tradurre in concreto – nella disciplina nazionale – le conseguenze derivanti dal mancato rispetto degli stessi, dettano modalità operative che, pur se espresse anch'esse in modo generico (fondamento scientifico, proporzionalità, temporaneità), vincolano in modo piuttosto puntuale il legislatore nazionale, la cui produzione normativa è soggetta ad un sindacato di compatibilità comunitaria rispetto a quei principi.

La decisione in commento, dunque, costituisce esempio di come, attraverso meri principi, in una materia riservata alla competenza degli Stati membri, l'Unione europea riesca comunque ad imporsi.

E questa è la dimostrazione che, nonostante la tradizione europea fosse in origine limitata alla sola creazione di un mercato comune, l'apertura verso la tutela dei diritti sia inarrestabile e trovi spazio anche nelle materie riservate al livello nazionale.

Un intervento chiarificatore in materia di doppia incriminabilità nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale

di Anna Camilla Visconti

Title: A clarifying intervention on matter of double criminality within the context of judicial cooperation in penal matters

Keywords: Mutual recognition, Double criminality, Judicial cooperation.

1. – La Corte di giustizia si è pronunciata l’11 gennaio 2017 in via pregiudiziale sull’interpretazione dell’articolo 7, paragrafo 3 e dell’articolo 9, paragrafo 1, lettera d) della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio (relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell’Unione europea), come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI. La pronuncia trae origine da un rinvio pregiudiziale del Tribunale regionale di Prešov, Slovacchia (*Krajský súd v Prešove*), richiesto di riconoscere una sentenza definitiva emessa dall’autorità giudiziaria della Repubblica Ceca nei confronti del cittadino slovacco Jozef Grundza.

397

Il sig. Grundza veniva condannato, il 3 ottobre 2014, a una pena cumulativa di quindici mesi di detenzione per furto con effrazione e per inosservanza di una decisione di un’autorità pubblica ceca, consistente – nel caso di specie – nel divieto temporaneo di guidare ingiuntogli dal Magistrato del comune di Přerov (*Magistrát mesta Přerov*), il 12 febbraio 2014. L’autorità giudiziaria ceca competente, il Tribunale circoscrizionale di Cheb (*Okresní soud v Chebu*), richiedeva, ai sensi dell’art. 4 della decisione quadro 2008/909/GAI, il riconoscimento della sentenza definitiva emessa nei confronti del sig. Grundza e l’esecuzione della pena in Slovacchia. Pertanto, la sentenza veniva trasmessa al Tribunale regionale di Prešov, Slovacchia (*Krajský súd v Prešove*) corredata dal certificato di cui all’allegato I della decisione quadro.

Non essendo gli illeciti oggetto del procedimento principale riconducibili ai reati di cui all’articolo 7, paragrafo 1 della decisione quadro 2008/909/GAI, l’esecuzione della pena risulta subordinata alla conclusione che i fatti oggetto della sentenza del giudice dello Stato di emissione (Repubblica Ceca) costituiscono reato anche per l’ordinamento giuridico dello Stato di esecuzione (Slovacchia). L’articolo 7, paragrafo 3 prevede, infatti, la possibilità in capo agli Stati di esecuzione di subordinare il riconoscimento di una sentenza e l’esecuzione della pena da essa comminata alla condizione che venga rispettata la doppia incriminabilità, la cui verifica è stata, viceversa, abolita con riferimento ai trentadue reati di cui al paragrafo 1 di detto articolo. Al ricorrere dell’ipotesi di cui all’art. 7, par. 3, la decisione quadro ammette, altresì, *sub art. 9, par. 1, lett. d)*, la possibilità di opporre rifiuto alla richiesta di riconoscimento.

Nel caso di specie, l’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione nutre dubbi circa la sussistenza della condizione della doppia incriminabilità con riferimento al <<reato di inosservanza di una decisione formale>>, per la configurabilità del quale il codice penale

slovacco [art. 348, par. 1, lett. d)] richiede che la decisione sia emessa da un'autorità pubblica slovacca e sia esecutiva nel territorio slovacco. Pertanto, il Tribunale regionale di Prešov rileva che, in concreto, il reato per il quale il sig. Grundza è stato condannato in Repubblica Ceca non corrisponderebbe alla fattispecie prevista dal codice penale slovacco.

Il caso oggetto del presente commento riflette e ripropone l'incertezza in materia di accertamento della doppia incriminabilità già manifestata dalla Corte suprema slovacca (*Najvyšší súd Slovenskej republiky*, NS). Sebbene nell'ambito del regime giuridico precedente alla decisione quadro 2008/909/GAI (recepita nell'ordinamento slovacco con legge n. 549/2011), detta condizione era già stata esaminata dal NS in due circostanze di fatto analoghe a quella che qui interessa: il riconoscimento di una sentenza emessa nella Repubblica Ceca in relazione al reato di inosservanza di una decisione formale.

In tali precedenti occasioni, nella valutazione della doppia incriminabilità, il NS ha, infatti, adottato approcci di senso opposto, addivenendo a conclusioni antitetiche (si vedano, NS, sentenza, 26.01.2010, sp. Zn. 2 Urto 1/2011 e NS, ordinanza, 05.09.2012, sp. zn. 3 Urto 1/2012). A fronte della contraddittorietà della giurisprudenza interna, il Tribunale regionale di Prešov ha ritenuto di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia lumi circa la corretta interpretazione delle disposizioni di cui agli articoli 7, paragrafo 3 e 9, paragrafo 1, lettera d). Fulcro della questione è se, in considerazione dello scopo di favorire il reinserimento sociale del condannato (considerando 9, decisione quadro), l'accertamento della doppia incriminabilità richieda una valutazione in concreto dei fatti cui si riferisce la decisione da riconoscere o se sia sufficiente una valutazione *in abstracto*.

2. – La questione proposta dal giudice nazionale slovacco si evidenzia sotto un duplice versante: quello della valutazione in concreto o in astratto della condizione della doppia incriminabilità, da un lato, e quello della portata di detta condizione nell'ambito del contesto intracomunitario della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Con riferimento al primo profilo, il giudice del rinvio impone la questione pregiudiziale sulla base della distinzione terminologica tra valutazione *in abstracto* e valutazione in concreto della condizione di doppia incriminabilità. Come sottolineato dall'Avvocato generale al paragrafo 27 delle conclusioni, tale distinzione, ben lungi dal comportare una scelta binaria, si basa – lungo una scala progressiva – sul livello di astrazione scelto per analizzare la doppia incriminabilità. La forbice si apre tra un livello massimo di astrazione, ove si richiede che gli elementi di fatto alla base della sentenza integrino un reato nello Stato di esecuzione, ed un livello minimo, fondato sulla virtuale identità dell'atto e della sua valutazione giuridica in entrambi gli ordinamenti coinvolti. Orbene, date le notevoli divergenze in merito all'esatto significato di dette nozioni tra i diversi Stati membri, la Corte di giustizia evita di incentrare il proprio argomentare su “etichette” terminologiche potenzialmente fuorvianti o foriere di letture divergenti in seno ai singoli Stati membri. Essa, al contrario, interviene a chiarificare quale debba essere la corretta interpretazione della doppia incriminabilità, definendone portata e *ratio* alla luce del contesto intracomunitario della cooperazione giudiziaria in materia penale e, segnatamente, della decisione quadro 2008/909/GAI, fornendo, così, utili indicazioni circa il criterio applicabile alla valutazione della condizione della doppia incriminabilità.

3. – In linea con la propria costante giurisprudenza (sentenze 16 luglio 2015, C-237/15, *Lanigan*, § 35; 8 novembre 2016, C-554/14, *Ognyanov*, § 31), la Corte di giustizia fornisce un'interpretazione della doppia incriminabilità coerente con scopi e contesto della normativa di riferimento, ben aldilà e al di sopra del mero dato testuale, il quale, tuttavia, basterebbe di per sé solo a suggerire la necessità di un approccio flessibile nell'accertamento di suddetta condizione.

Come emerge dalla formulazione stessa dell'articolo 7, paragrafo 3, condizione necessaria e sufficiente per la valutazione della doppia incriminabilità è la circostanza che i fatti che hanno condotto alla sentenza di condanna pronunciata nello Stato di emissione

costituiscano reato anche nello Stato di esecuzione. Come ben sottolineato nelle conclusioni dell’Avvocato generale ai paragrafi 47 e seguenti, la formulazione dell’articolo non sembra dare adito a dubbi laddove, ai fini della valutazione della doppia incriminabilità, statuisce che “lo Stato di esecuzione può subordinare il riconoscimento della sentenza e l’esecuzione della pena alla condizione che essa si riferisca a fatti che costituiscono reato anche ai sensi della legge dello Stato di esecuzione, indipendentemente dai suoi elementi costitutivi o dalla denominazione del reato stesso”.

Ad opinione della Corte di giustizia, la norma sancisce, dunque, un approccio flessibile sotto il duplice versante degli elementi costitutivi del reato e della denominazione o tassonomia dello stesso, non richiedendo – ai fini del riconoscimento – una esatta e “rigida” corrispondenza. La valutazione della doppia incriminabilità implica pertanto una “operazione mentale” articolata in due passaggi: la delocalizzazione e la sussunzione. In virtù della prima, occorre esaminare le caratteristiche essenziali del fatto commesso nello Stato di emissione, considerando tale fatto come se si fosse verificato nello Stato di esecuzione; in virtù della seconda, occorre sussumere i fatti nella fattispecie di reato corrispondente, quale definita dalla legge dello Stato di esecuzione.

Le questioni che l’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione si deve porre sono se gli elementi di fatto, quali risultano dalla sentenza pronunciata dall’autorità competente dello Stato di emissione, possano essere sussunti in una fattispecie di reato prevista dalla legge penale dello Stato di esecuzione e se, qualora si fossero verificati nel suo territorio, sarebbero considerati penalmente perseguitibili in sé.

Pertanto, nell’esaminare la richiesta di riconoscimento della sentenza, l’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione (il Tribunale regionale di Prešov) deve verificare se, nel caso in cui si fosse verificato nel suo territorio (delocalizzazione), il reato di inosservanza di una decisione formale sarebbe penalmente perseguitibile di per sé, a prescindere dal tipo di ordine disatteso (sussunzione). Come evidenziato dalla Corte di giustizia, la circostanza che il reato sia stato commesso in violazione di una decisione formale emessa da un’autorità pubblica ceca, non osta al riconoscimento della sussistenza della doppia incriminabilità. Chiara la Corte laddove afferma, al paragrafo 49, che l’autorità competente dello Stato di esecuzione deve verificare non se l’interesse tutelato dallo Stato di emissione sia stato leso, ma se, nell’ipotesi in cui il reato in questione fosse stato commesso sul territorio dello Stato membro di detta autorità, si sarebbe ritenuto leso un interesse analogo, tutelato dal diritto nazionale di quest’ultimo Stato.

Ad avvalorare una simile interpretazione dell’articolo 7, paragrafo 3 della decisione quadro 2008/909/GAI – laddove non si fosse sufficientemente persuasi dal dato letterale – interviene il contesto generale nel cui ambito tale decisione quadro si inscrive.

Coerentemente con quanto stabilito dall’articolo 82, paragrafo 1 del TFUE in tema di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, la decisione quadro 2008/909/GAI persegue l’obiettivo di implementare la fiducia reciproca tra gli Stati membri nell’ambito della cooperazione giudiziaria, di cui i diritti processuali nei procedimenti penali rappresentano un elemento cruciale (considerando 5, decisione quadro). La fiducia reciproca rappresenta la precondizione del reciproco riconoscimento, da collocarsi tra i principi ispiratori del sistema, capace di orientare l’operato degli autori coinvolti.

La Corte di giustizia chiama, pertanto, gli Stati a leggere l’intero tessuto della decisione quadro attraverso il prisma del principio di reciproco riconoscimento. Detto principio impone – quale regola generale – che l’autorità competente dello Stato di esecuzione riconosca le sentenze trasmesse e adotti immediatamente tutti i provvedimenti necessari alla loro esecuzione, come se fossero decisioni nazionali (art. 8, par. 1, decisione quadro; v. M. Plachta, *Cooperation in Criminal Matters in Europe*, in M. C. Bassiouni (Ed.), *International Criminal Law, Vol. II: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, 2008, 458). È alla luce del medesimo principio che l’articolo 7, paragrafo 1 prevede un elenco di reati sottratti all’accertamento della condizione di doppia incriminabilità, per i quali, dunque, il riconoscimento opera in via automatica.

Anche con riferimento ai reati non rientranti nel suindicato elenco, la Corte di giustizia evidenza come l’articolo 7, paragrafo 3 configuri una mera facoltà (e non l’obbligo), in capo allo Stato di esecuzione, di subordinare il riconoscimento della sentenza e

l'esecuzione della pena alla circostanza che sia rispettata la condizione della doppia incriminabilità. Detta facoltà permette agli Stati membri di rifiutare il riconoscimento della sentenza di condanna per un comportamento che – afferma la Corte al paragrafo 45 – non integri una fattispecie criminosa nei rispettivi ordinamenti. Tuttavia, la condizione della doppia incriminabilità costituisce – ad opinione della Corte – un'eccezione alla regola del principio di reciproco riconoscimento, di tal ché si impone un'interpretazione restrittiva del motivo di rifiuto di riconoscimento della sentenza e di esecuzione della pena previsto dall'articolo 9, paragrafo 1, lettera d).

4. – Sulla base della ricostruzione operata, la Corte di giustizia conclude affermando che gli articoli 7, paragrafo 3, e l'articolo 9, paragrafo 1, lettera d), della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, devono essere interpretati nel senso di doversi ritenere soddisfatta la condizione della doppia incriminabilità in una fattispecie come quella oggetto del procedimento principale, allorché gli elementi di fatto constitutivi del reato sarebbero di per sé perseguitibili penalmente anche nello Stato di esecuzione, qualora si fossero verificati nel territorio di quest'ultimo.

Aldilà della singola fattispecie concreta, dunque, la pronuncia in commento offre un'utile risposta circa portata e interpretazione della condizione della doppia incriminabilità. Con essa, i giudici di Lussemburgo richiamano la Repubblica Slovacca, e gli Stati tutti, ad un approccio flessibile nell'accertamento della doppia incriminabilità. Un approccio, quest'ultimo, che si ponga lungo il sentiero – tracciato a partire dalla decisione quadro 2002/584/GAI in materia di Mandato di arresto europeo – di un rafforzamento della fiducia reciproca sull'operato delle autorità giudiziarie degli Stati membri e di un ridimensionamento delle condizioni formali alla base dell'applicazione della doppia incriminabilità. Una lettura in senso restrittivo dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera d) di tale decisione quadro, oltreché contribuire a realizzare lo scopo del reinserimento sociale della persona condannata, è funzionale alla cooperazione tra Stati mediante meccanismi improntati, quanto più possibile, a rapidità, automaticità ed efficacia, com'è necessario che sia nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale. In tale contesto, come rilevato dall'Avvocato generale al paragrafo 68 delle conclusioni, la condizione della doppia incriminabilità funge da valvola di sicurezza residuale, cui lo Stato di esecuzione può (e non deve) ricorrere al fine di rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di una pena comminata per un fatto non penalmente perseguito in quanto tale in detto Stato.

Khlaifia e altri c. Italia: l'accogliimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo

di Davide Bacis

Title: *Khlaifia and others v. Italy*: the Strasbourg Court's decision on the reception of immigrants

Keywords: Immigration; Unlawful detention; Degrading and inhuman treatments.

1. – Il 15 dicembre 2016, la Grande Camera della Corte EDU si è pronunciata sul caso *Khlaifia e a. c. Italia*. La sentenza oggetto della presente trattazione origina dal ricorso presentato dal Governo italiano contro la pronuncia del 1 settembre 2015, con cui la seconda sezione della Corte aveva condannato l'Italia per la violazione degli artt. 3, 5, 13 della Convenzione e dell'art. 4 del Protocollo n. 4 nei confronti di tre cittadini tunisini, giunti irregolarmente a Lampedusa e inizialmente trattenuti nel Centro di soccorso e prima accoglienza (CSPA), per poi essere rimpatriati (cfr. *Khlaifia e altri c. Italia*, sent. 1-09-2015, ric. n. 16483/12, v. M. Savino, *L'"amministrativizzazione" della libertà personale dei migranti e del due processi dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, n. 3-4, 50 ss.).

401

Con la sentenza in esame, di parziale riforma della decisione impugnata, la Grande Camera ha riconosciuto la responsabilità dell'Italia per aver violato i diritti sanciti dall'art. 5 e dall'art. 13 letto in combinato disposto con l'art. 3 della Convenzione. Contrariamente a quanto deciso dalla seconda sezione, la pronuncia in commento ha tuttavia negato che la condotta del Governo italiano avesse potuto integrare, date le circostanze di fatto di cui si dirà, una violazione dell'art. 3 sotto il suo profilo sostanziale.

La decisione della Grande Camera, di cui si andrà a trattare, merita di essere oggetto di riflessione, soprattutto in quanto è plausibile – e in qualche modo anche auspicabile – che costituirà un precedente, a cui i Paesi Membri della Convenzione dovranno attenersi nel gestire il sempre più gravoso flusso di migranti. Tuttavia, sebbene il *reasoning* della Corte presenti punti di forza, meritevoli di encomio (*infra* par.3), sono molteplici gli aspetti controversi per i quali è auspicabile un *revirement* in senso più garantista.

2. – I fatti oggetto del contendere, su cui i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a pronunciarsi, risalgono al settembre del 2011, quando, nell'ambito dei flussi migratori provocati dalla c.d. Primavera araba, tre cittadini tunisini hanno raggiunto in modo irregolare le coste italiane, a bordo di un'imbarcazione di fortuna. Giunti sull'isola di Lampedusa, i tre individui sono stati trasferiti presso il CSPA dove le autorità hanno dato avvio alle ordinarie procedure d'identificazione. In ragione delle discutibili condizioni in cui coloro che alloggiavano nel centro erano detenuti, gli "ospiti" hanno scatenato una rivolta in segno di protesta. Approfittando dei disordini ingenerati dagli scontri, i ricorrenti sono stati in grado di eludere la sorveglianza delle forze dell'ordine e quindi di recarsi nel centro

abitato dell'isola, dove hanno preso parte ad una lunga manifestazione di protesta volta a rivendicare un trattamento meno indecoroso di quello a cui erano stati sottoposti. Fermati dalle forze dell'ordine, i ricorrenti sono stati dunque trasferiti a Palermo, per poi essere trattenuti a bordo di due navi ormeggiate nel porto della città – *i.e.* Vincent e Audace. Trascorsi pochi giorni, si è proceduto al trasferimento dei cittadini tunisini presso l'aeroporto di Palermo e, da lì, al rimpatrio verso la Tunisia, in conformità con quanto previsto dall'ordinamento in materia di espulsione dello straniero (v. L. Cordì, *L'espulsione dello straniero*, Milano, 2011 e R. Cerchi, *L'allontanamento dall'Italia dello straniero e del cittadino europeo*, in P. Morozzo della Rocca (cur.) *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Milano, 2015, 229 ss.).

Nel marzo del 2012, i tre cittadini tunisini hanno adito la Corte di Strasburgo, lamentando, anzi tutto, che le condizioni in cui erano stati detenuti nel centro, prima, e sulle navi nel porto di Palermo, poi, costituissero una seria violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della Convenzione. Inoltre, la permanenza nel CSPA di Lampedusa poteva essere equiparata a tutti gli effetti ad una forma di detenzione in violazione delle garanzie stabilite dall'art. 5, con specifico riferimento ai commi primo (diritto alla libertà e alla sicurezza), secondo (diritto ad essere informati, tempestivamente e in una lingua conosciuta, dei motivi dell'arresto) e quarto (diritto al riesame della detenzione da parte di un tribunale). I ricorrenti hanno inoltre lamentato la violazione dell'art. 13, sostenendo che fosse stato loro precluso l'accesso a qualsivoglia rimedio giurisdizionale proprio dell'ordinamento nazionale, che potesse garantire una soddisfacente riparazione per le violazioni subite. Da ultimo, l'Italia avrebbe dato luogo ad una procedura, di fatto assimilabile alle espulsioni collettive, esplicitamente vietate ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione.

La seconda sezione della Corte ha accolto le doglianze dei ricorrenti, riconoscendo le responsabilità del Governo italiano.

In questa sede, proprio in ragione del fatto che la Grande Camera ha riconosciuto la responsabilità dell'Esecutivo della Repubblica per la violazione dell'art. 5 e dell'art. 13, riprendendo alcuni aspetti fondamentali della decisione della seconda sezione (v. B. Cortés Cabrera, C. Jara Villalobos, Affaire Khlaifia et autres v. Italie: *Estándares del debido proceso aplicados al procedimiento administrativo de migraciones y expulsión*, in *Revista Tribuna Internacional*, 2015, n. 4, 239 ss. e Savino, *L'"amministrativizzazione" della libertà personale dei migranti e del due processi dei migranti*, cit.), non ci si soffermerà sulle argomentazioni di quest'ultima che la Corte ha recentemente ripreso e approfondito con la sentenza in commento. È interessante, invece, ripercorrere brevemente il *reasoning* dei giudici di prima istanza, che ha portato al riconoscimento di una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti e del divieto di espulsioni di massa. Come precedentemente accennato, le argomentazioni in materia non hanno trovato conferma nel *decisum* del dicembre 2016.

Ebbene, con specifico riferimento all'art. 3, i giudici di Strasburgo non hanno mancato di tener conto della difficile prova a cui le autorità italiane sono state sottoposte a seguito della c.d. Primavera araba; tuttavia, pur tenendo in debita considerazione la gravosa situazione in cui vertevano l'isola di Lampedusa e, più in generale, il sistema d'accoglienza della Repubblica, la Corte non ha individuato ragioni sufficientemente convincenti da spingerla a superare la propria giurisprudenza (v. *Soering v. United Kingdom*, Grande Chambre, sent. 7-07-1989, ric. n. 14038/88 e *M.S. v. Belgium*, sent. 31-1-2012, ric. n. 50012/08), ormai ben più che consolidata, sull'inderogabilità, senza eccezione, del divieto sancito dall'art. 3 della Convenzione (p.ti 127, 128). Alla luce delle precarie condizioni del CSPA dell'isola (ampiamente documentate dalla *risoluzione sui Centri d'identificazione*, del 6 marzo 2012, della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica, a cui si rimanda) la Corte ha ritenuto che la permanenza dei ricorrenti, seppur estremamente breve (di soli quattro giorni), ma successiva ad una pericolosa traversata del Mediterraneo, fosse stata sufficiente da integrare un trattamento lesivo della dignità umana e, pertanto, contrario alle norme internazionali in materia (p.ti 134, 135, 136). Non vi è stata, invece, alcuna violazione dell'art. 3 nel corso della permanenza a bordo delle navi nel porto di Palermo.

Sulla questione dell'espulsione collettiva, la Corte ha preso atto dell'avvio, da parte delle autorità italiane, della procedura di identificazione che, tuttavia, da sola non sarebbe sufficiente ad escludere la sussistenza di un'espulsione di carattere collettivo. Inoltre, i giudici hanno evidenziato la compresenza di una pluralità di elementi che, considerati congiuntamente, si sono rivelati idonei a determinarne il convincimento circa la fondatezza delle doglianze dei ricorrenti. Questi, infatti, sono stati sì oggetto di provvedimenti individuali, ma redatti in termini identici e senza che venisse fatto alcun riferimento alla situazione personale degli interessati. Inoltre, i tre ricorrenti non sono stati i soli ad essere stati oggetto di decreti d'espulsione che, come riporta la Corte, sono stati emessi nei confronti di un nutrito gruppo di individui (p.ti 156, 157, 158). Pertanto, nell'opinione della seconda sezione, ci sarebbe stata una violazione del divieto di cui all'art. 4 del Protocollo n. 4.

Il percorso argomentativo a cui si è fatto un breve cenno non ha trovato unanime condivisione in seno alla seconda sezione. Invero, i giudici Sajó e Vučnić, pur condividendo le determinazioni della Corte in relazione ai profili di responsabilità del Governo italiano circa le violazioni dell'art. 5, si sono trovati in parziale dissenso con la maggioranza. Anzi tutto, quanto alla presunta violazione dell'art. 3, l'opinione dissidente si concentra sul fattore della durata dei maltrattamenti; è consolidata giurisprudenza (v. *Tarakhel v. Switzerland*, Grande Chambre, sent. 4-11-2014, ric. n. 29217/12) che, affinché una condotta possa ritenersi lesiva dei diritti tutelati dalla previsione dell'art. 3, questa debba protrarsi per un periodo di tempo tale da portarla a superare la c.d. soglia minima di gravità. Non v'è dubbio che più volte la Corte abbia constatato la violazione dell'art. 3 pur con riferimento a periodi estremamente brevi; tuttavia, in ciascuno di quei casi coesistevano fattori ulteriori e di gravità maggiore rispetto alla mera durata (op. diss. p.to 5). Pertanto, vista la breve durata della permanenza presso il centro e considerate le condizioni specifiche dei tre ricorrenti, è opinione dei due giudici che non possa sussistere una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti.

In secondo luogo, non sarebbe possibile ritenere integrata la violazione del divieto di espulsioni collettive, in quanto con l'espressione "espulsioni collettive" si starebbe ad indicare il trasferimento forzato di un conspicuo gruppo di individui in quanto stranieri (op. diss. p.to 9, 10). La Corte avrebbe, infatti, individuato due circostanze precise – l'espulsione di un gruppo di individui sulla base della loro mera appartenenza a un determinato gruppo o il respingimento di più individui senza tenere conto delle specifiche caratteristiche individuali di ciascuno – in cui l'art. 4 del Protocollo n. 4 troverebbe applicazione, nessuna delle quali sembrerebbe sussistere nel caso di specie (op. diss. p.to 12).

403

3. – Venendo ora all'esame della decisione in commento, va fin da subito evidenziato come, se da un lato il trattamento degli stranieri da parte delle autorità statali sia sempre stato oggetto di un attento scrutinio da parte della Corte, dall'altro, la detenzione di migranti irregolari in centri d'accoglienza rappresenta un *thema decidendum* relativamente recente. Del resto, quest'ultimo è giunto all'attenzione dei giudici di Strasburgo solo come conseguenza dell'istituzione di centri d'accoglienza come strumento di controllo degli ingenti flussi migratori, dovuti all'instabilità provocata dalla Primavera araba (v. *Suso Musa v. Malta*, sent. 23-7-2013, ric. n. 42337/12). Nel decidere *in subiecta materia*, la Corte ha sempre tenuto in debita considerazione le gravose circostanze di fatto a cui i Paesi dell'area mediterranea sono andati incontro; ciononostante, qualsivoglia situazione di crisi non è di per sé sufficiente a giustificare l'istituzione di regimi detentivi informali, in palese contraddizione con le disposizioni della Convenzione (v. M. Pichou, *Reception or Detention Centres? The detention of migrants and the EU "Hotspot" Approach in the light of the European Convention on Human Rights*, in *Critical Quarterly for Legislation and Law*, 2016, n. 2, 114 ss. e L. Masera, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistematica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. umani dir. internaz.*, 2014, n. 1, 83 ss.).

Orbene, i giudici europei hanno colto l'occasione fornita dal caso *Khlaifia* per interrogarsi sulla compatibilità del sistema dei centri d'accoglienza con i principi tutelati dalla Convenzione. A tal proposito, viene in rilievo il percorso argomentativo svolto dalla

Corte nel decidere sulla presunta violazione dell'art. 5, c. 1 (p.to 88 e ss.). Nel ribadire l'imprescindibilità della tutela assicurata dal primo comma della norma citata – *i.e.* il diritto a non essere sottoposti ad arbitraria detenzione – i giudici hanno ricordato che la norma prevede la possibilità di deroga nei soli casi inclusi in un elenco tassativo e le cui voci devono essere interpretate in senso restrittivo (v. *Giulia Manzoni v. Italy*, sent. 1-7-1997, ric. n. 19218/91 e *Velinov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, sent. 19-9-2013, ric. n. 16880/08). Tra le eccezioni previste, alla lettera (f) è contemplata la possibilità di ricorrere allo strumento detentivo al fine di impedire l'accesso illegale al territorio o nell'attesa dell'esecuzione di un procedimento d'allontanamento dallo stesso. Dunque, sulla base delle circostanze di fatto ed in virtù dell'ammissione dei ricorrenti, secondo i quali la detenzione era funzionale ad impedire l'accesso irregolare nel territorio italiano, la Grande Camera è pervenuta alla conclusione, esattamente come la seconda sezione, che il caso in esame fosse sussumibile nella fattispecie di cui alla lettera (f) dell'art. 5, c. 1 (p.to 96).

Benché la privazione della libertà personale dei tre ricorrenti fosse stata ritenuta ricadere nel campo d'applicazione di una delle clausole di deroga elencate dall'art. 5, la tutela di cui al primo comma non si è potuta ritenere pienamente integrata a meno che la detenzione non trovi fondamento nella legge. La liceità della detenzione, tuttavia, non si esaurisce nella mera previsione legislativa di una procedura da seguire, bensì è necessario che venga soddisfatto il più generale principio della certezza del diritto (v. S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 106 ss. e M. Pisani, *Sub art. 5*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (cur.) *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 116 ss.).

Nel caso di specie, è opinione della Corte che la privazione della libertà personale dei ricorrenti sia avvenuta in un contesto di incertezza e ambiguità normativa. Non v'è dubbio che l'art. 14 del d. lgs. 286/1998, – Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero – (v. R. Cerchi, *L'allontanamento dall'Italia dello straniero e del cittadino europeo*, cit.), sia l'unica norma di diritto interno a consentire la detenzione dei migranti; tuttavia, il campo d'applicazione della disposizione è limitato ai soli casi in cui l'espulsione dello straniero non possa avvenire tempestivamente. Di conseguenza, nelle more dell'espatrio, i migranti vengono trattenuti nei Centri di identificazione ed espulsione, ben diversi dai CSPA in cui sono stati trattenuti i ricorrenti. È evidente, affermano i giudici, che suddetta norma non abbia potuto costituire la base giuridica della privazione della libertà dei ricorrenti. Tantomeno può considerarsi applicabile al caso in esame l'art. 10 del summenzionato decreto. La norma, recante la disciplina in materia di respingimento dello straniero, non fa riferimento ad alcun tipo di provvedimento volto a restringere la libertà personale dell'individuo. Nemmeno la posizione del Governo, secondo cui la detenzione era prevista dall'accordo bilaterale con il Governo tunisino, può trovare accoglimento. Il citato accordo, infatti, non è mai stato reso pubblico e, dunque, era inaccessibile ai ricorrenti che non potevano ragionevolmente prevedere le conseguenze della sua applicazione (p.to 102). Da ultimo, la Corte ha rimarcato che la confusione normativa a cui si è andati incontro nel caso in esame ha portato alla disapplicazione delle garanzie costituzionali previste dall'art. 13 Cost., privando i ricorrenti delle garanzie tipiche dell'*habeas corpus* (p.to 105). Tutto ciò considerato, la Grande Camera ha ritenuto integrata la violazione dell'art. 5, c. 1 avendo l'Italia, in ragione della scarsa precisione dell'impianto normativo in materia, *de facto* dato luogo ad arbitrarie privazioni della libertà personale, incompatibili con lo spirito dell'art. 5 della Convenzione.

Con riguardo poi all'art. 5, c. 2 – *i.e.* il diritto ad essere informati dei motivi dell'arresto – la Corte è poco propensa a ritenere, in considerazione di quanto premesso circa l'assenza di una base giuridica su cui fondare la detenzione, che le autorità abbiano fornito ai ricorrenti informazioni sufficientemente chiare e tempestive relativamente le ragioni del loro trattenimento presso il CSPA. Non v'è ragione, sostengono i giudici, di dubitare che le autorità locali dell'isola abbiano informato i ricorrenti che il loro accesso in territorio italiano fosse limitato a finalità di tipo assistenziale e, in ogni caso, volto al rimpatrio. Tuttavia, informazioni circa lo *status* di migrante o relative alla possibilità dell'avvio di procedimenti di

espulsione non possono ritenersi idonee a soddisfare l'obbligo di cui all'art. 5, c. 2 della Convenzione. Né l'obbligo d'informazione può ritenersi assolto dalle ordinanze di respingimento emesse dal questore di Agrigento (p.ti 19 e 119), nelle quali, tardivamente notificate, si dava conto unicamente del mero ingresso irregolare in territorio italiano da parte dei tre cittadini tunisini.

La medesima Corte ha riscontrato, inoltre, la palese violazione dell'art. 5, c. 4 della Convenzione. La norma prevede che chiunque è titolare del diritto di adire un tribunale per la celere revisione della legittimità della detenzione a cui è stato sottoposto. Sebbene sia opinione comune che la revisione esercitata dal tribunale adito possa non essere estesa ad ogni aspetto della causa, è da tempo consolidato in giurisprudenza l'orientamento che il *test* debba essere sufficientemente ampio da ricoprendere gli aspetti essenziali affinché la detenzione possa considerarsi legittima (v. *E. v. Norway*, sent. 29-8-1990, ric. n. 11701/85). Inoltre, con riferimento alle competenze dell'organo incaricato della revisione, quest'ultimo non deve avere mere funzioni consultive, ma deve poter disporre la scarcerazione degli individui per i quali ritiene che la privazione della libertà sia illegittima (v. *Chahal v. The United Kingdom*, sent. 11-11-1996, ric. n. 70/1995/576/662, e *A. and Others v. the United Kingdom*, Grande Chambre, sent. 19-2-2009, ric. n. 3455/05).

Nel caso di specie, in ragione della pressoché totale carenza di informazioni circa le motivazioni della detenzione, i ricorrenti sono *de facto* stati privati del rimedio previsto dall'art. 5, c. 4. Essendo ignari dei motivi in base ai quali erano trattenuti presso il centro, è evidente come non potessero essere nelle condizioni di richiedere efficacemente che un tribunale determinasse la legittimità della loro detenzione.

4. – Parallelamente, la Corte si è interrogata sulla violazione della dimensione sostanziale dell'art. 3, arrivando, come anticipato, ad una conclusione opposta – e oltremodo discutibile – rispetto a quella a cui è giunta la seconda sezione, di cui si è dato conto in precedenza.

Anzi tutto, prima di procedere all'analisi dei fatti di causa, va brevemente ricordato che una condotta, affinché possa integrare un trattamento contrario all'art. 3, deve superare una soglia minima di gravità, che varia al modificarsi delle specifiche circostanze di fatto di ciascun caso e che dipende, principalmente, dalla durata della condotta lesiva, dai suoi effetti fisici e psichici, dal sesso, dall'età e dalle condizioni di salute della vittima (p.to 159). Inoltre, ove il rischio per l'incolumità fisica e psichica dell'individuo sia posto dal suo essere in stato di detenzione, saranno proprio le condizioni di quest'ultima a dover essere esaminate al fine di comprendere se i criteri stabiliti dalla Convenzione e dalla giurisprudenza della Corte siano stati rispettati (v. S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit. e A. Esposito, *Sub art. 3*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (cur.), *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit.).

Venendo ora al caso di specie, un'ulteriore premessa è doverosa. Sebbene l'art. 3 costituisca *sic et simpliciter* una norma di carattere assoluto e, di conseguenza, un crescente flusso migratorio, per quanto gravoso, non assolva lo Stato dall'adempiere le obbligazioni ivi contenute, non si può prescindere dall'attribuire il giusto peso alla situazione di fatto in cui le condotte denunciate dai ricorrenti hanno avuto luogo (p.ti 184, 185). In questo quadro, la Corte ha proceduto ad analizzare le condizioni di permanenza dei ricorrenti nel CSPA, prima, e sulle imbarcazioni nel porto di Palermo, poi. In entrambi i casi, i giudici hanno ritenuto infondate le argomentazioni dei ricorrenti. Quanto al tempo trascorso presso il centro, i giudici di Strasburgo hanno dato atto delle precarie condizioni dello stesso, pur non potendo accettare con certezza le condizioni di sovraffollamento. Nell'ipotesi in cui i ricorrenti avessero potuto provare al di là di ogni ragionevole dubbio che il numero di individui trattenuti presso il centro forse ben al di sopra della sua capienza massima, la situazione non sarebbe in alcun modo assimilabile alla detenzione in carcere, dal momento che i ricorrenti potevano muoversi entro i confini del centro e comunicare con l'esterno. Inoltre, la Corte ha considerato che la durata della permanenza presso il CSPA è stata estremamente breve. Se è vero che in casi precedenti la medesima Corte aveva ritenuto integrata la violazione dell'art.

3 anche nel contesto di detenzioni brevi, la situazione concreta sottoposta allo scrutinio dei giudici europei non è ad essi equiparabile. Trattandosi, poi, di un centro predisposto per il transito, le autorità avrebbero dovuto adoperarsi per individuare altri luoghi in cui trasferire i soggetti ivi detenuti. Sul punto, però, la Corte non si è potuta pronunciare, poiché la rivolta scoppiata solo due giorni dopo l'arrivo dei ricorrenti presso il centro e la loro conseguente fuga hanno reso impossibile conoscere le intenzioni delle autorità circa un potenziale trasferimento (p.to 197). Tutto ciò considerato, a cui deve aggiungersi che i ricorrenti non hanno lamentato di aver subito trattamenti da parte delle autorità (p.to 198), ha portato a ritenere non integrata la violazione dell'art. 3 per il tempo trascorso presso il centro d'accoglienza.

Con riguardo, invece, al tempo trascorso a bordo delle navi Vincent e Audace, la Corte ha riscontrato che quanto affermato dai ricorrenti si basava in via esclusiva sulle loro testimonianze, mancando qualsivoglia mezzo di prova alternativo in ragione dell'inaccessibilità dei luoghi. In casi come questi, è consolidata giurisprudenza della Corte che l'onere della prova ricada sul Governo (v. *Rivas v. France*, sent. 1-4-2004, ric. n. 59584/00 e *Mete and Others v. Turkey*, sent. 4-10-2012, ric. n. 294/08). A tal proposito, la Corte ha ritenuto di dar piena attendibilità alla decisione del Giudice per le indagini preliminari (GIP) di Palermo, organo la cui terzietà ed imparzialità non sono messe in dubbio dai giudici di Strasburgo. Con una decisione del giugno 2012, il GIP aveva determinato, contraddicendo quanto sostenuto dai ricorrenti, che a questi fosse stata fornita tutto ciò di cui avevano bisogno durante la loro permanenza a bordo.

Orbene, in senso contrario rispetto a quanto statuito dalla seconda sezione, la Grande Camera ha rigettato anche la denunciata violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 in materia di espulsioni collettive (v. F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012). A tal proposito, va evidenziato come lo scopo della norma citata sia quello di evitare che gli Stati procedano ad espulsioni di gruppi di stranieri senza dare la possibilità ai singoli individui di ricorrere contro la decisione delle autorità. Il mero fatto che un gruppo di individui sia stato oggetto di decisioni di espulsione simili tra loro non è di per sé sufficiente ad integrare una violazione dell'art. 4, fintantoché è dimostrabile che a ciascun individuo colpito da tale decisione sia stata data la possibilità di opporsi dinanzi le autorità competenti (v. *M.A. v. Cyprus*, sent. 23-7-2013, ric. n. 41872/10).

Nel caso di specie, non v'è dubbio che ci si trovi dinanzi un'avvenuta espulsione, sebbene il Governo italiano abbia qualificato l'avvenimento come un respingimento alla frontiera. Ciò su cui la Corte si interroga, quindi, è se l'espulsione abbia o meno avuto il carattere della collettività. A questo riguardo, va notato che la norma ritenuta violata non pone in capo al singolo il diritto di ottenere un colloquio individuale in ogni caso e a prescindere dalle circostanze. Affinché la disposizione si possa considerare correttamente applicata, infatti, è sufficiente che il singolo sia messo in condizione di contestare l'ordine di espulsione e che tale contestazione venga propriamente esaminata dalle autorità. È opinione della Corte che i ricorrenti abbiano avuto ben più di un'occasione di sottoporre all'attenzione delle autorità competenti le motivazioni idonee a giustificare la loro permanenza in territorio italiano. Inoltre, la Corte ha evidenziato come i ricorrenti non siano stati in grado di addurre argomentazioni, giuridiche o di mero fatto, tali da indicare l'impossibilità di un loro rientro in territorio tunisino (p.to 253). In breve, in virtù del fatto che i ricorrenti sono stati prontamente identificati e che gli è stata offerta la concreta possibilità di adire gli organi competenti per fornire tutti gli elementi ritenuti idonei a mutare il convincimento circa il loro rimpatrio, non può ritenersi integrato il carattere della collettività dell'espulsione; pertanto, non v'è stata violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4.

Infine, sebbene non sia stata riscontrata una violazione dell'art. 3, la Corte ha ritenuto integrata la violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3, in quanto i ricorrenti non sono stati messi nella condizione di esperire i rimedi adatti al fine di lamentare, dinanzi le autorità competenti, la presunta violazione denunciata (p.to 270).

5. – Dopo aver ripercorso i passi fondamentali della decisione in commento, è importante notare come la Corte di Strasburgo abbia più volte ribadito, nel corso della pronuncia esaminata, uno degli aspetti fondamentali della propria giurisprudenza. I giudici hanno, infatti, precisato, ribadendo per l'ennesima volta una giurisprudenza ben più che consolidata, che i diritti tutelati dall'art. 3 della Convenzione non possono andare incontro a restrizioni anche qualora lo Stato si trovi a dover affrontare situazioni di grave crisi. Tuttavia, sebbene i giudici di Strasburgo non esitino a ricordare il carattere assoluto della disposizione di cui all'art.3, la conclusione a cui giungono pare essere di segno relativamente diverso. Ammettendo, infatti, che il rispetto della norma citata vada calibrato alle circostanze di fatto – pur gravi e di natura eccezionale – la Corte sembra affermare che l'inderogabilità del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti non sia, a tutti gli effetti, inderogabile in senso assoluto. Né sembra convincente l'argomento per cui l'Italia non sarebbe responsabile di alcun trattamento degradante in ragione della brevità del periodo di permanenza presso il centro. Vero è che la Corte ha sempre individuato una soglia *de minimis*, al di sotto della quale la tutela dell'art. 3 non poteva trovare applicazione, così come è vero che nella nutrita giurisprudenza in materia di trattamento dei detenuti, la Corte ha sempre condannato situazioni di particolare disagio, ben al di là di quelle vissute dai ricorrenti. Va però fatto notare che nella ricca giurisprudenza in materia di trattamento dei detenuti, la permanenza in carcere era sempre disposta sulla base di una norma di legge, a cui l'autorità giudiziaria aveva dato applicazione. Nel caso di specie, è la permanenza presso il CSPA ad essere illegittima, come ben evidenziato dalla Corte stessa; pertanto, proprio in ragione dell'illegittimità della situazione iniziale, lo *standard* applicato dalla Corte alle autorità nazionali dovrebbe essere maggiormente severo.

Senza soffermarsi ulteriormente su quanto si è già ampiamente osservato nel ripercorrere il *reasoning* della Corte, è utile evidenziare che i giudici di Strasburgo non hanno esitato nel richiamare il Governo italiano alle proprie responsabilità circa le plurime violazioni dell'art. 5. Sì, la temporanea privazione della libertà personale può essere uno strumento per contenere gli eccessivi flussi migratori, ciononostante le azioni dell'Esecutivo non devono essere tali da svuotare di contenuto le garanzie poste a favore del singolo contro arbitrarie forme di detenzione.

Per quanto la Corte non proceda ad una condanna dell'Esecutivo, circa la dedotta violazione dell'art. 3, questa non è da considerarsi come un'autorizzazione in bianco a derogare alla disposizione citata, cosa che, anzi, è esclusa in maniera categorica in più passaggi della sentenza. *Rebus sic stantibus* non è impensabile – è anzi auspicabile – che in futuro la Corte ritorni sui suoi passi e censuri un sistema su cui, con la sentenza commentata, ha già sollevato numerose perplessità.

Corte europea dei diritti umani e gender bender: una sovversione mite

di Carla Maria Reale

Title: The European Court of Human Rights and gender bender: a moderate subversion

Keywords: Gender identity; Gender recognition; Forced sterilisation.

1. – Con la sentenza *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, la Corte europea dei diritti umani torna a pronunciarsi sulle procedure degli Stati volte al riconoscimento dell'identità di genere delle persona transgender, dichiarando incompatibile con la CEDU il requisito dell'incapacità procreativa ai fini dell'ottenimento della riattribuzione del genere anagrafico. Questa trattazione desidera essere un commento critico alla sentenza e si strutturerà nel seguente modo: dapprima si riassumeranno brevemente i contenuti del ricorso e la situazione legislativa e giurisprudenziale francese in materia, poi si posizioneranno i fatti di causa in un contesto giurisprudenziale più ampio, per poi procedere ad analizzare la coerenza e la validità intrinseca degli argomenti e delle soluzioni proposte dalla Corte.

409

2. – La decisione trae origine da tre differenti ricorsi che la Corte esamina congiuntamente. Le doglianze venivano presentate da tre donne transgender francesi, con tre differenti percorsi di vita, accomunate dall'aver visto rigettata la propria domanda di rettificazione di genere davanti alle autorità giudiziarie francesi.

Le ricorrenti lamentavano una violazione dell'art. 8 CEDU derivante dai requisiti imposti dai tribunali al fine di accedere alla rettificazione delle risultanze anagrafiche: nello specifico si trattava dell'irreversibilità della trasformazione dell'aspetto e della necessità di dimostrare la veridicità della "sindrome di transessualismo". AP sosteneva inoltre la necessità di considerare la violazione dell'art. 8 anche in combinato disposto con il divieto di trattamenti disumani e degradanti all'art. 3 della CEDU, di cui lamentava poi l'autonoma violazione, derivante dal fatto che il riconoscimento della sua identità di genere fosse stato subordinato all'accettazione di sottoporsi ad una perizia medica definita traumatizzante. Garçon denunciava invece, nello specifico, che il requisito di comprovare la veridicità della sindrome di transessualismo, tramite diagnosi medica, costituiva autonoma violazione dell'art. 8, poiché lesiva della dignità dell'individuo che veniva in questo modo identificato come affetto da una patologia mentale. Gli altri parametri sollevati erano l'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della CEDU: Garçon e Nicot asserivano infatti l'esistenza di un trattamento differenziale fra persone transessuali e persone transgender, a chiaro discapito della seconde.

Poiché i termini "transessuale" e "transgender" torneranno spesso nel corso della trattazione si desidera brevemente fornirne una spiegazione. Le nozioni hanno un forte sostrato comune, definendo entrambe la condizione di una persona che non si identifica e non

percepisce di appartenere al sesso biologico assegnatole/gli alla nascita. La persona transessuale però seguirà un iter medico, ai più noto, desiderando intervenire fortemente sul proprio corpo, fino a modificarne i genitali. La persona transgender invece potrebbe essere una persona che non si sottopone ad alcun trattamento medico-chirurgico o che sceglie di sottopersi solamente ad alcuni di questi. Per correttezza si aggiunge inoltre che il termine transgender può essere usato anche come termine ombrello, capace dunque di ricoprendere in sé molteplici identità e pratiche che attraversano e rompono i confini socialmente costruiti di sesso e genere. Questa definizione inclusiva, molto fortunata ed ampiamente in uso oggi, è stata inizialmente formulata da Stryker (S. Stryker, *My words to Victor Frankenstein above the Village of Camounix: Performing Gender*, in *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 3, 1994, 250-251).

3. – Per comprende il significato dei fatti e delle domande oggetto della presente sentenza dovrà farsi breve cenno alla condizione giuridica delle persone transgender in Francia. All'epoca dei fatti il sistema normativo francese (le vicende interne si sono svolte fra il 2008 ed il 2013) non prevedeva disposizioni legislative in merito alla riattribuzione del genere anagrafico. Questa era possibile tuttavia per prassi giurisprudenziale già a partire dal 1992, con una pronuncia in cui la *Cour de cassation* riconosceva la possibilità di accoglimento di una domanda di modifica di risultanze di Stato civile sulla base di cinque condizioni: 1. presentare una sindrome di transessualismo, 2. aver subito un trattamento medico-chirurgico a scopi terapeutici, 3. non avere più le caratteristiche del sesso di origine, 4. avere apparenze fisiche dell'altro sesso, 5. aver adottato un comportamento sociale corrispondente all'altro sesso. A queste si aggiungeva poi il requisito dell'irreversibilità della trasformazione, che trova la propria origine in una circolare del 2010 del Ministero di giustizia e delle libertà. Tale requisito veniva poi chiarito pochi mesi dopo l'emanazione della circolare, in seguito a una questione posta dal Senato. Si affermava che la nozione di irreversibilità era da intendersi in senso medico e composta da alcuni aspetti fisiologici, fra cui veniva menzionata l'incapacità procreativa. Come viene accertato dalla Corte EDU in questa pronuncia, di fatto, per prassi costante dei tribunali di merito, il requisito dell'irreversibilità dettato dall'ordinamento francese coincideva meramente con il raggiungimento di una incapacità procreativa, principalmente ottenuta tramite operazione chirurgica ai genitali.

Allo stato attuale la situazione in materia di riconoscimento dell'identità di genere risulta molto differente. Si segnala infatti che, a seguito delle vicende processuali interne che vedono coinvolte le ricorrenti, con un parere del 2013 la *Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCHD)*, condannava il requisito dell'incapacità procreativa ed in generale del soddisfacimento di condizioni mediche (fra cui la diagnosi di disforia di genere) per l'ottenimento del riconoscimento dell'identità di genere di una persona transessuale/transgender. In fine nel 2016, con la *loi de modernisation de la justice du XXI siècle*, venivano inseriti degli articoli *ad hoc* nel codice civile per la modifica del sesso nelle risultanze dello Stato civile, prevedendo la possibilità di presentare la domanda ai tribunali di merito al soddisfacimento di due condizioni: 1) che la persona si presenti pubblicamente come appartenente al sesso rivendicato 2) che la stessa così sia conosciuta nell'ambito familiare, amicale o professionale. Viene ora esplicitamente prevista l'impossibilità di subordinare l'accoglimento di tale domanda alla sottoposizione a trattamenti medici ed operazioni chirurgiche di qualsiasi genere o di sterilizzazione.

4. – Tale menzione esplicita trova la sua ragione proprio nel fatto che questi erano gli argomenti frequentemente usati dalle corti francesi per rigettare le domande di rettificazione delle risultanze di stato civile di persone transgender. Così infatti anche nei casi di AP, Garçon e Nicot, che si pongono nel solco di un filone giurisprudenziale non sconosciuto a diversi Paesi europei, fra cui sicuramente l'Italia. Si tratta di orientamenti giurisprudenziali che riconoscono l'identità di genere della persona transessuale (non invece della persona transgender) che ha intrapreso un percorso di transizione di tipo medico e vanta determinate

caratteristiche. Fra queste spicca la sottoposizione ad intervento chirurgico sui genitali, che viene concepito come grimaldello per rendere nuovamente il soggetto pienamente ascrivibile alle categorie del maschile e del femminile (S. Whittle, *Respect and Equality: Transsexual and Transgender Rights*, Londra, 2002). Così sarebbe garantita la certezza nelle relazioni giuridiche e rispettati i principi di ordine pubblico: interessi di fronte ai quali ogni istanza individuale non può che essere sacrificata, come chiaramente affermato dalle corti francesi. In particolare in Francia la questione viene ancorata all'indisponibilità del sesso come componente dello status delle persone. Viene sì riconosciuto il diritto al rispetto della vita privata della persona transessuale, ma un corretto bilanciamento con gli interessi collettivi richiede che la stessa provi l'irreversibilità della propria trasformazione che, come già visto, coincide con il raggiungimento dell'incapacità procreativa, tendenzialmente discendente da una operazione chirurgica sui genitali. Con queste ripetute affermazioni le corti francesi a più livelli, sottolineando come il sesso non possa essere nella disponibilità dei soggetti e negando dunque il principio dell'autodeterminazione degli individui, si ergono a garanti del "vero" sesso delle persone (per ricostruire questa impostazione giurisprudenziale si guardi al caso *Corbett v. Corbett* [1971], discusso nel Regno Unito e si affianchi a questo la lettura dell'introduzione di Foucault dal titolo *Abbiamo veramente bisogno di un vero sesso?* al testo A.H. Barbin, *Herculine Barbin detta Alexina B: una strana confessione: memorie di un ermafrodito*, Torino, 1979). Il criterio utilizzato a tal fine è quello che guarda ai genitali del soggetto: sono questi, anche se artificialmente costruiti, a determinare il sesso, nel solco di una giurisprudenza già definita come improntata al *genitocentrism* (A. Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of the Law*, Londra, 2006, 108). Inoltre, l'intero assetto giurisprudenziale francese risente fortemente di una visione binaria dei generi, percepita come elemento fondante ed allo stesso tempo perentorio degli ordinamenti giuridici (si veda D. Borillo, *Le sexe et le Droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi*, in *Jurisprudence critique*, 2, 2011, 257-288), nei confronti della quale la persona transgender, nella sua corporeità, si erge come minaccia. Spesso infatti viene evocato, alle richieste di riconoscimento giuridico da parte di persone transgender, lo spettro di un terzo genere. Così infatti si legge nella pronuncia del *Tribunal de grande istance* di Nancy riguardo al ricorso di A.P. Un equivalente noto alla dottrina italiana è la pronuncia della Corte di Appello di Bologna del 2013 (App. Bologna, 22-2-2013, testo disponibile in Articolo 29, www.articolo29.it/decisioni/corte-di-appello-di-bologna-prima-sezione-civile-sentenza-del-22-febbraio-2013/) ed un simile argomentare viene ripreso dalla recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della l. 164/82 da parte del Tribunale di Avezzano (Tribunale di Avezzano, 25-1-2017, ordinanza 58/2017, disponibile nel sito web della Corte costituzionale [al link](http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2017&numero=58&numero_parte=1) [link](http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2017&numero=58&numero_parte=1)) in cui addirittura il terzo genere viene paventato come paradosso logico della recente apertura della Corte costituzionale (prima della Corte di cassazione) alla rettifica del genere anagrafico senza necessità di intervento chirurgico sui genitali.

411

5. – Concluse le articolate considerazioni preliminari reputate necessarie, sarà possibile arrivare al fulcro delle questioni affrontate dalla Corte, partendo da quella che è stata accolta.

Nelle questioni preliminari la Corte qualifica l'eventuale responsabilità in capo allo Stato francese come obbligazione positiva di rispetto dell'art. 8, sostenendo dunque la necessità di procedere alla verifica di due fondamentali questioni: 1. Se, in virtù dell'art. 8, lo Stato debba porre in essere una procedura che consenta il riconoscimento dell'identità di genere dei soggetti senza che gli stessi abbiano subito sterilizzazione 2. Se il fatto di aver negato la riattribuzione delle risultanze anagrafiche alle ricorrenti abbia comportato una violazione dell'obbligazione positiva rispetto all'art. 8.

Le ricorrenti sostengono che la prassi francese si ponga in violazione del diritto fondamentale, come previsto dall'art. 8 della CEDU, di determinarsi nella propria identità di genere e vedere la stessa riconosciuta nelle risultanze dello stato civile. Sostengono inoltre che il requisito della sterilità violi la dignità delle persone ed il rispetto del corpo e della vita

privata degli individui. Il Governo sostiene che il rigetto delle domande delle richiedenti persegua uno scopo legittimo: quello di tutelare il principio francese dell'indisponibilità dello status delle persone e con ciò l'affidabilità e la coerenza delle risultanze di stato civile. Aggiunge peraltro l'argomento della prassi minoritaria, facendo notare come siano in minoranza i paesi del Consiglio che non prevedono dei requisiti attinenti a trattamenti medico-chirurgici ed il raggiungimento di incapacità procreativa.

La Corte risponde sostenendo che, essendo coinvolti aspetti essenziali dell'identità degli individui ed anche l'integrità fisica degli stessi, il margine di discrezionalità esistente nell'ambito delle obbligazioni positive in capo agli Stati nel caso di specie debba essere alquanto ristretto. Osserva un progressivo abbandono del criterio della sterilità da parte degli Stati e le nette prese di posizione in senso contrario a tale pratica di istituzioni internazionali ed europee. Nel procedere, la Corte osserva che il requisito della sterilità pone questioni attinenti all'integrità fisica dei soggetti. Rileva come, in differenti contesti, si sia già espressa su questa materia, affermando la contrarietà alla Convenzione di pratiche di sterilizzazione che non vedano il pieno consenso dei soggetti coinvolti. Tali pratiche infatti erano state reputate contrarie a valori quali la libertà e la dignità della persona, centrali nel sistema convenzionale. Andando ai casi di specie, la Corte afferma che nel momento in cui, al fine di veder riconosciuta la propria identità di genere (art. 8), il soggetto deve sottoporsi a trattamenti medici che ne ledano l'integrità fisica (art. 8 ed anche art. 3), il consenso a tali pratiche non può essere considerato pieno ed effettivo. Gli argomenti portati dal Governo intorno all'indisponibilità dello status delle persone possono rilevare come argomenti di interesse generale da bilanciare con interessi dei singoli, ma l'operazione di bilanciamento è stata condotta erroneamente a sfavore delle persone transessuali, costrette a scegliere fra la propria integrità fisica e la propria identità sessuale, dunque fra due diritti fondamentali che hanno copertura negli articoli 8 e 3 della Convenzione.

6. – Contrariamente a quanto espresso dal giudice Razi nella sua *dissenting opinion*, non pare che tale pronuncia si configuri come un azzardo della Corte. Al contrario, si pone in perfetta continuità con i precedenti riguardanti l'identità di genere ed appare anche coerente con l'approccio complessivo adottato dalla Corte in materia di sterilizzazione non volontaria. Infatti la Corte già a partire dal 2002 con il caso *Pretty c. Regno Unito* aveva gettato le basi per una piena tutela dell'identità di genere all'interno dell'ordinamento convenzionale. Progressivamente poi è entrata nel merito delle procedure degli Stati membri previsti per la modifica delle risultanze anagrafiche, asserendo che le i requisiti dettati in materia dagli Stati non debbano essere sproporzionati e ingiusti (si vedano ad esempio *Van Kück c. Germania e L. c. Lituania*). Nell'ultimo caso in materia giunto innanzi alla Corte, *YY c. Turchia*, nella *dissenting opinion* i giudici Keller e Spano, con riguardo al requisito della sterilizzazione imposta alle persone transgender, affermavano la necessità di ridurre al minimo i margini di discrezionalità in capo agli Stati, in ragione della natura ingerente della pratica, capace di generare conseguenze gravi ed irreversibili, incidente su aspetti fondamentali del diritto alla propria vita privata.

La pronuncia odierna, oltre ad avere alle sue spalle questa stratificazione, si staglia in un contesto internazionale compatto nell'affermare la contrarietà ai diritti umani fondamentali di questo requisito, un contesto in cui questo viene qualificato come pratica di sterilizzazione forzata *de facto*, pratica disumana e degradante assimilata alla tortura (così il Relatore Speciale sulla tortura delle Nazioni Unite J. Mendez nel Rapporto A/HCR/22/53). Negli ultimi anni inoltre molti paesi hanno riaperto la discussione sulle procedure di riconoscimento dell'identità di genere, spesso dando vita a legislazioni marcatamente incentrate sull'autodeterminazione degli individui (ad esempio Belgio, Danimarca, Irlanda, Malta, Norvegia in cui il riconoscimento dell'identità di genere non è subordinato né a trattamenti medico-chirurgici, né a diagnosi di disforia di genere). Inoltre, ove le Corti costituzionali siano state chiamate a pronunciarsi sul requisito del raggiungimento dell'incapacità procreativa, lo stesso è risultato elemento incompatibile con l'assetto costituzionale (ad esempio Corte costituzionale n. 215/2014 o precedentemente

Bundesverfassungsgericht, 1 Bvl 3295/07). Tutto ciò comunque in un quadro di precedenti interni in cui la Corte prende chiaramente posizione in senso contrario alla sterilizzazione di soggetti non consenzienti, si pensi alla giurisprudenza in merito alla sterilizzazione di fatto imposta alle donne rom, (ad esempio *C.C. c. Slovacchia*) in cui la Corte non aveva mostrato esitazioni nell'affermare una grave violazione della dignità e libertà della persona, privata della propria integrità psicofisica e della possibilità di autodeterminarsi. Dalla somma di tutte queste variabili non si vede come la Corte avrebbe potuto giustificare una compatibilità con la Convenzione del requisito del raggiungimento di una incapacità procreativa. Un esito dunque che non solo si reputava certo, ma anche, in un certo senso, dovuto.

7. – Circa la domanda che porta al vaglio la necessità di una diagnosi medica la Corte si pronuncia brevemente, affermando la presenza di un più ampio margine di discrezionalità degli Stati al riguardo. Osserva come nella maggior parte degli stati del Consiglio questo requisito sia previsto. Nonostante le criticità sollevate dalle parti, il richiedere una diagnosi serve a preservare l'interesse delle persone coinvolte affinché non intraprendano erroneamente percorsi medici o medico-chirurgici. Inoltre la Corte afferma che un simile requisito ben garantisce le esigenze di certezza giuridica, affidabilità e coerenza delle risultanze di stato civile. Ciò che appare maggiormente criticabile di questo capo della sentenza non è tanto l'approdo finale, rientrante in una logica tipica di un organismo di diritto internazionale ed in generale nel *modus operandi* tipico della Corte di Strasburgo, ma l'*iter argumentativo* seguito dalla Corte e le sue affermazioni. La Corte infatti, non si limita a constatare la mancata violazione della Convenzione per sussistenza di un margine di apprezzamento da parte degli Stati, ma afferma la condivisibilità del requisito della diagnosi medica, legittimato da una visione fortemente paternalistica-statalista. La Corte avalla e promuove una visione per cui l'identità di genere degli individui, lungi dal rientrare in un processo di mera autodeterminazione, ha bisogno di essere appurata e validata da terzi: lo Stato tramite l'ausilio di medici psichiatri, con ciò sancendo la sostituzione dello stesso al singolo nelle valutazioni attinenti la sua sfera soggettiva.

Tale impostazione, oltre a costituire una sovradeterminazione dell'individuo nella sua sfera intangibile, quale quella identitaria, contrasta in modo evidente con le ultime impostazioni scientifiche su identità di genere e disforia di genere. Se l'identità di genere pacificamente (già da R. J. Stoller, *Sex and Gender*, New York, 1968) attiene all'intima e profonda percezione di sé come appartenente ad un certo genere (o nessuno, ndr), non si vede come la stessa possa essere stabilita da un soggetto terzo rispetto al diretto interessato. Inoltre la condizione transgenere, sebbene ancora presente all'interno del Manuale Diagnostico redatto dall'*American Psychiatric Association* (APA), significativamente nell'ultima versione del DSM, redatto nel 2013, è stata rimossa dal capitolo raggruppante i *Disordini sessuali*, costituendo un capitolo a parte e mutando la sua dicitura da *Disordine dell'identità di genere* a *Disforia di genere*. Con ciò si è voluto sottrarre le persone transgender allo stereotipo che le vedrebbe come malate e disturbate, sottolineando come la *Disforia di genere* sia una condizione di stress clinicamente significativa associata alla non conformità di genere e non di per sé una condizione mentale patologica (Si veda il rapporto stilato dall'APA sulla Disforia di genere, disponibile al link www.dsm5.org/Documents/Gender%20Dysphoria%20Fact%20Sheet.pdf). Si tratta infatti del fenomeno del c.d. *Minority stress*, derivante da uno stigma sociale, che certo l'impostazione patologizzante, adottata anche dalla Corte EDU in questa sentenza, non aiuta a superare. All'implicazione fortemente politica (del diritto) di una tale impostazione, si accompagnano significative ripercussioni sul piano sociale, che si inverano in ostacoli alla realizzazione del principio di egualanza nelle sue molteplici sfaccettature, prima fra tutte quella di non discriminazione (potrebbe essere utile rievocare al riguardo il concetto di discriminazione “secondo natura” basato su assunti dicotomici quali ad esempio sano-patologico, si veda V. Pocar., *La discriminazione “secondo natura”: un paradigma da superare*, in M. Cartabia, T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della facoltà di giurisprudenza, Università degli studi di Milano-Bicocca 15-16 maggio 2008*, Milano, 2009, 268).

Si dubita fortemente del fatto che la diagnosi medica, con queste sue implicazioni, possa costituire una garanzia per le persone coinvolte, come invece vorrebbe affermare la Corte.

Inoltre, anche seguendo il ragionamento abbozzato dalla Corte, si arriverebbe al paradosso per cui uno Stato impone alla persona transgenere la diagnosi di disforia di genere per garantire che la stessa non si sottoponga con leggerezza a trattamenti medico-chirurgici invasivi e/o irreversibili, interventi che però spesso è lo Stato stesso a imporre. L'unico modo in cui lo Stato può perseguire il benessere del singolo è abbracciando, al contrario, una visione che pone l'accento sull'autodeterminazione nella propria identità di genere e nella scelta e modulazione di eventuale percorso di transizione connesso, impostazione che sembra essere peraltro stata abbracciata dalla nostra Corte costituzionale con la sentenza 221/2015, in cui parla di *irriducibilità delle singole situazioni soggettive*. Fortemente criticabile è anche l'affermazione per cui la diagnosi servirebbe a garantire una migliore tenuta del principio di affidabilità e coerenza delle risultanze di stato civile. Si reputa più coerente con questo interesse il non aggravio delle procedure di rettificazione delle risultanze anagrafiche, al fine ultimo di non prostrarre nel tempo quelle situazioni per cui le stesse non siano coincidenti con il modo in cui la persona si relaziona all'esterno. In questo modo si eviterebbero gli spiacevoli episodi, che tali sono in primis per la persona *trans*, in cui diventa evidente la non congruità fra il modo in cui la persona si presenta socialmente a le sue risultanze anagrafiche (a cui accenna anche F. Bilotta, voce *Transessualismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, diretto da R. Sacco R., Torino, 2013, 758), creando proprio le situazioni di incertezza e inaffidabilità sopra evocate.

8. – Anche la domanda della ricorrente AP, riguardante la richiesta di perizia medica considerata come violazione della propria sfera intima, non viene accolta. La Corte motiva affermando la possibilità in capo agli Stati di apprezzare liberamente gli elementi di prova forniti nel corso di un procedimento. Inoltre sostiene che, sebbene la perizia richiesta riguardasse anche l'esame dei genitali, questa non possa considerarsi significativamente lesiva del diritto al rispetto della vita privata. Per quanto riguarda le necessarie considerazioni con riguardo alla patologizzazione dell'identità transgenere si rimanda a quanto detto sopra, ma un'altra osservazione è dovuta. Il fatto che la Corte reputi una perizia medica che implichi esami medici sui genitali una pratica non sufficientemente invasiva non è condivisibile. Questa appare un'ingerenza statale di portata notevole che non dovrebbe potersi sottrarre al principio del consenso in ambito medico che è pacifico approdo di tutti gli ordinamenti costituzionali. Allo stesso modo sarebbe semplice applicare la logica del consenso viziato di cui la Corte parla in questa stessa sentenza. Attuale non è quel consenso che è risultato di una scelta fra due diritti fondamentali. Peraltro potrebbe essere possibile tracciare un parallelismo con le vicende relative al c.d. *phallometric test*. Si tratta di prassi nate con lo scopo di vagliare la fondatezza di domande d'asilo presentate da soggetti di sesso biologico maschile, sulla base di persecuzioni per orientamento sessuale. Queste pratiche muovono dalla convinzione che sia necessario, ma soprattutto possibile, stabilire con criteri oggettivi l'orientamento sessuale di una persona e lo si possa fare monitorando la risposta dei genitali esterni di questa a determinati input visivi. Il *phallometric test* e pratiche affini sono state dichiarate contrarie all'art. 1 Carta di Nizza e ritenute lesive della dignità delle persone (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 2-12-2014, cause riunite da C-148/13 a C-150/13, *A, B, C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justice*). L'orientamento sessuale, come l'identità di genere, rientra fra quelle caratteristiche dell'individuo che non possono essere oggetto di accertamento e validazione da parte di terzi, essendo attinenti ad una percezione e conoscenza strettamente individuale del sé. In entrambi i casi invece si pretende di stabilire una caratteristica strettamente personale di un soggetto tramite esami di tipo medico altamente invasivi, nello specifico coinvolgenti i genitali della persona. Non si vede come possa essere considerato lesivo dei diritti umani stabilire l'orientamento sessuale di un soggetto sulla base della risposta dei suoi genitali a determinati stimoli e legittimo invece stabilire l'identità di genere di un'altra persona esaminando l'aspetto esterno e la funzionalità dei suoi genitali. Tale affermazione è ancora più valida se si considera che nell'identità di

genere la questione rimane ancor più confinata nella sfera individuale, (al contrario dell'orientamento sessuale, che si fonda sull'elemento relazionale) e pertanto questa è ancor più complessa da verificare da parte di un terzo con criteri di natura scientifica. In ogni caso, a prescindere dal diverso scopo per cui tali esami ai genitali vengono posti in essere, entrambe le pratiche sono degradanti e lesive della dignità e autodeterminazione degli individui ed è fortemente criticabile l'affermazione di proporzionalità che invece effettua la Corte.

9. – In fine la Corte reputa assorbita la questione sull'art. 14 della CEDU, riguardante il trattamento deteriore subito da persone transgender rispetto a persone transessuali, sebbene riconosca un fondamento nella domanda. Anche questa è un'occasione sprecata per la Corte, che avrebbe potuto affermare l'ampiezza della tutela dell'identità di genere nell'ordinamento convenzionale, tale da non cedere neppure a pretese di diktat di genere da parte degli Stati membri. Riconoscere la mancata tutela delle persone transgender a scapito dalle persone transessuali ed affermare una violazione dell'art. 14 della CEDU derivante da un simile stato di cose, non solo avrebbe avuto un alto valore simbolico, ma avrebbe potuto costituire un precedente su cui poter fare appiglio in futuro per dichiarazioni di contrarietà alla Convenzione di altri requisiti nazionali che comportassero tale discriminazione, quali l'imposizione di trattamenti medici in senso lato (ad esempio trattamenti ormonali) o anche la stessa diagnosi di disforia di genere.

10. – Al termine di questa analisi sono dovute delle brevissime considerazioni finali. Si è in passato parlato di un ruolo sovversivo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di questioni LGBT (A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in Schuster A. (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011, 37). Ci si domanda se, alla luce di questa sentenza, possa dirsi che la Corte mantenga questo suo ruolo, con particolare riguardo alle questioni transgenere. Sicuramente la pronuncia appare positiva nella misura in cui determinerà l'erosione della sterilizzazione *de facto* delle persone transgenere, prassi che rievocava la lunga ombra di non lontane pratiche eugenetiche, inaccettabile in uno spazio costituzionale europeo improntato ai principi di libertà, egualanza, dignità (C. Casonato, *Diritto, Diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 4, 2004, 842). In relazione alle sue conseguenze quindi, che si ripercuteranno sui 47 stati membri del Consiglio d'Europa, anche con questa pronuncia la Corte riesce a mantenere la sua posizione di baluardo promotore dei diritti umani. Tuttavia, si è argomentato come poco di imprevedibile e rivoluzionario ci sia nel cuore di questa pronuncia, che si pone in continuità con un percorso già tracciato ed ormai dovuto. Al contrario, dove avrebbe potuto osare, la Corte ha scelto di non lasciare cadere neppure qualche piccolo seme, mostrandosi incline a legittimare e perpetuare impostazioni patologizzanti e normalizzanti della condizione transgenere, pure ove un'avvenuta lesione dei diritti umani dei soggetti coinvolti non risulti una bizzarra interpretazione dei fatti di causa. Una mite sovversione dunque, da salutare comunque con un certo favore, guardando però al futuro.

The Transformative Effect of Social Media: Preliminary Lessons from the Supreme Court Argument in *Packingham v. North Carolina*

di Oleg Soldatov

Title: L'effetto trasformatore dei *social media*: lezioni preliminari della Corte Suprema in *Packingham v. North Carolina*

Keywords: Internet; Social media; Freedom of speech.

1. – This note focuses on preliminary analysis of the oral argument held on 27 February 2017 in Case 15-1194 *Packingham v. North Carolina* before the Supreme Court of the United States. At the time of writing, the US Supreme Court did not release its opinion (on 19 June 2017, while this issue was being finalised, the US Supreme Court issued its ruling, unanimously determining the impugned law to be unconstitutional; the author of the present publication intends to analyse this decision in the near future). The positions of the justices expressed in the course of the argument may somewhat lift the curtain to show the way how the US Supreme Court currently sees the Internet and its role in society. It is not the purpose of this note to explore the doctrinal choices of the US Supreme Court in the case under consideration or to take sides in the debate over the level of scrutiny the Court should apply in its analysis – after all, any conclusions regarding this matter would be premature – rather, the purpose is to draw readers' attention to the particular weight the Court ascribes to the value of online communication in modern life.

417

2. – The First Amendment to the United States Constitution forbids Congress and, following case-law developments, the states (*Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 368 (1931); *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666 (1925)) to abridge «the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances». American researchers point out that probably no other provision of the Constitution has given rise to so many divergent views with respect to its proper interpretive framework, as has the guarantee of freedom of expression (J.H. Killian et al. eds., *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*, Washington, 2004, 1025).

While the First Amendment protects and fosters individual self-expression, it also affords the public access to discussion, debate, and the dissemination of information and ideas (Killian *op.cit.*, 1028). In this regard, the legal framework of the First Amendment is similar to that of Article 10 of the European Convention on Human Rights, which similarly protects the public's right to receive information and the right of access to information (Council of Europe, *Freedom of Expression in Europe*, Strasbourg, 2007, 75). Article 10 of the Convention also applies to the various forms and means in which it is transmitted and received, since any restriction imposed on the means necessarily interferes with the right to receive and impart

information (European Court of Human Rights, *Internet: Case-Law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2015, 40).

At the same time, the prohibition on abridgment of the freedom of speech is not absolute: certain types of speech may be prohibited outright; some types of speech may get more constrained than others; furthermore, speech may be regulated depending upon the location at which it takes place. In 1919, the United States Supreme Court delivered its first opinion concerning the freedom of expression (*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919)). Over the last 100 years, within the context of the United States First Amendment jurisprudence, courts have constructed a powerful body of procedural law which defines the manner in which free speech claims must be evaluated and resolved (D.C. Nunziato, *The Beginning of the End of Internet Freedom*, in 45 *Geo. J. Int'l L.*, 2014, 398).

3. – The invention of the Internet offered an opportunity to access an unprecedented corpus of information, alongside with the benefits of electronic communication, to millions of users. In 1997, *Reno v. American Civil Liberties Union* (521 U.S. 844 (1997)) was the first major United States Supreme Court case that dealt with regulation of the Internet, but certainly not the last – recently the body of case-law dealing with the Internet regulation has rapidly grown, both in the US and in Europe (Nunziato, *op. cit.*). The so-called Web 2.0 then marked a shift towards mass participation in content creation and social networking, fostering novel means of knowledge exchange (D. Kilburn and J. Earley, *Disqus Website-Based Commenting as an E-research Method: Engaging Doctoral and Early-Career Academic Learners in Educational Research*, 38 *Int. J. Res. & Met. Education*, 2015, 288) and posing new dilemmas before the judges.

4. – In 2008, the North Carolina General Assembly enacted N.C.G.S. §14-202.5, which banned the use of commercial social networking Web sites by registered sex offenders. This law makes it a felony for any person on the State's registry of former sex offenders to "access" a wide array of Web sites — including Facebook and YouTube — that enable communication, expression, and the exchange of information among their users, if the site is known to allow minors to have accounts. The relevant provision defines a «commercial social networking Web site» as the one that meets all of the following requirements:

- (1) Is operated by a person who derives revenue from membership fees, advertising, or other sources related to the operation of the Web site.
- (2) Facilitates the social introduction between two or more persons for the purposes of friendship, meeting other persons, or information exchanges.
- (3) Allows users to create Web pages or personal profiles that contain information such as the name or nickname of the user, photographs placed on the personal Web page by the user, other personal information about the user, and links to other personal Web pages on the commercial social networking Web site of friends or associates of the user that may be accessed by other users or visitors to the Web site.
- (4) Provides users or visitors to the commercial social networking Web site mechanisms to communicate with other users, such as a message board, chat room, electronic mail, or instant messenger.

Excluded are the Web sites that either:

- (1) Provide only one of the following discrete services: photo sharing, electronic mail, instant messenger, or chat room or message board platform; or
- (2) Have as their primary purpose the facilitation of commercial transactions involving goods or services between its members or visitors.

The law covers people who have completed all criminal justice supervision and applies automatically, that is, it does not require the State to prove that the accused had contact with (or gathered information about) a minor, or intended to do so, or accessed a Web site for any

illicit or improper purpose. It should be noted that North Carolina is not the only state that passed the law banning access of social media for certain categories of sex offenders – similar statutory provisions can be found in Indiana, Louisiana and Nebraska (J. Hitz, *Removing Disfavored Faces from Facebook: The Freedom of Speech Implications of Banning Sex Offenders from Social Media*, 89 Ind. L.J., 2014, 1239).

5. – In April 2010 the local police started an investigation to detect those sex offenders who were illegally accessing commercial social networking Web sites. As a result, the police identified Mr Packingham, who, despite being aware of the prohibition, was making use of his Facebook account at the time of the investigation. The defendant was subsequently indicted for violating N.C.G.S § 14-202.5. The North Carolina Supreme Court (368 N.C. 380 (2015)) sustained his conviction and upheld the constitutionality of the disputed provision on the grounds that the state had a sufficient interest in «forestalling the illicit lurking and contact» of registered sex offenders and their potential future victims, facilitating «the legitimate and important aim of the protection of minors».

6. – The dispute eventually reached the US Supreme Court posing the following question: «whether, under this Court's First Amendment precedents, such a law is permissible, both on its face and as applied to petitioner — who was convicted based on a Facebook “post” in which he celebrated dismissal of a traffic ticket». In the author's view, what is so special with regard to the oral argument in Packingham is the proportion of time the justices spent discussing the technological aspects of commercial social media and the availability of viable communication alternatives to commercial social media for a person that wishes to function normally in today's world.

7. – Firstly, it was acknowledged by Justice Roberts that in terms of the black law there is not “a lot of history” to draw upon concerning access to Web sites in general and those Web sites, which provide broad access to minors, in particular (Supreme Court of the United States, *Packingham v. North Carolina Proceedings*, available at: <www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2016/15-1194_0861.pdf>, visited on 5 May 2017, 6).

Secondly, Justice Kennedy contemplated whether there could be other technological means to preclude registered sex-offenders from communicating with minors online with the help of specifically tailored software monitoring the latter's cyber equipment and “disclose” the instances of communication with minors to the law enforcement (*ibid.*, 11-12). Justice Kennedy took this argument further by pondering over the point of the State's capacity to monitor online behaviors and to check «message-by-message or click-by-click» what a person is doing.

Thirdly, quite a while was spent discussing the differences between traditional social media and dating sites. In the course of this discussion an interesting concept relating to «core social networking sites» surfaced, which embraced such sites as Facebook and Google Plus (*ibid.*, 17-19). Moreover, a role of LinkedIn and Facebook for commercial and professional communication was also touched upon – in particular, Justice Sotomayor acknowledged that “many people in our society today” look for jobs on LinkedIn and “many businesses” use Facebook for commercial advertising (*ibid.*, 20). In this regard, the question of verifiability of end-user's age on the Internet was also mentioned (*ibid.*, 23).

Fourthly, Justice Kagan pointed out that a person banned from social media would not be able to “go onto the President's Twitter account to find out what the President is saying today” (*ibid.*, 27). He elaborated his line of thinking by drawing attention that «in fact, everybody uses Twitter. All 50 governors, all 100 senators, every member of the House has a Twitter account. So this has become a crucial – crucially important – channel of political communication» (*ibid.*, 28).

Justice Kennedy supported this point of view, asserting that the extent of the utility and extent of coverage are «greater than the communication you could ever have, even in the paradigm of public square» (*ibid.*, 28). Furthering this thought, Justice Kagan contended that, increasingly, interactions on social media are the way people, especially those under 35 years of age, «structure their civic community life» (*ibid.*, 46). Justice Alito humorously noted that «there are people who think that life is not possible without Twitter and Facebook and [...] that 2003 was the Dark Ages» (*ibid.*, 54-55).

Finally, Justice Sotomayor went as far as printing out a page from nytimes.com to demonstrate that even “traditional” media Web pages now feature social networking component in their comment sections and that it might be hard to draw the line between social networks and other Web sites (*ibid.*, 47).

Taking into account these discussion points made by the Supreme Court justices, it is clear that the final decision in *Packingham* would be quite detailed on particularities of online communication and the value society places on this mode of interaction (this is indeed true after having a glance at the decision, which was delivered on 19 June 2017).

8. – For obvious reasons, any conclusion with regard to this case note can only be tentative. At the same time, the range of arguments pursued by the Justices makes it clear that we are stepping into a new era – the era in which the judiciary is aware of the crucial function of social media in a contemporary society. Indeed, «the role of the judge in the twenty-first century cannot be understood without due consideration of the place of science and technology» (D.L. Faigman, *Judges as “Amateur Scientists”*, 86 *B.U.L. Rev.*, 2006, 1207).

Back in 2010 a study showed that in the United States «judges at all levels of technical knowledge appear to recognize that they need additional training in computer and Internet technology» (G.C. Kessler, *Judges’ Awareness, Understanding, and Application of Digital Evidence* (Doctoral dissertation), 2010, available at: <www.garykessler.net/library/kessler_judges&de.pdf>, visited on 5 May 2017), thereby acknowledging gaps in their knowledge of the subject. Given the eagerness of the US Supreme Court judges to discuss repercussions of cutting the person from the social networks and the depth of the arguments presented, one can conclude that the modern judiciary is finally catching up with online communication.

A volte ritornano: la Corte Suprema USA alle prese col *gerrymandering*

di Lara Trucco

Title: The US Supreme Court still dealing with racial gerrymandering: decide everything to decide what?

Keywords: United States Presidential Election; Apportionment; Racial gerrymandering.

1. – Nella decisione dello scorso I marzo 2017, resa nel caso *Bethune-Hill v. Virginia State Bd. of Elections*, la Corte Suprema americana è stata chiamata ad affrontare una delicata questione concernente il disegno dei collegi elettorali (cd. *apportionment*) nello Stato della Virginia, di cui si era lamentato il carattere discriminatorio, in quanto sarebbe stato deliberatamente volto a favorire certe candidature a scapito di altre in base a considerazioni di carattere razziale (cd. “*racial gerrymandering*”).

Più precisamente, il contenzioso è stato originato dal ricorso con cui alcuni elettori avevano denunciato la violazione della *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo Emendamento, da parte dalla previsione legislativa che – all’indomani del censimento del 2010 ed in vista dell’elezione dei “grandi elettori” nei dodici collegi elettorali, per l’appunto, dello Stato della Virginia – aveva stabilito che, in ciascuno, almeno il 55% della popolazione votante sarebbe dovuta essere di colore (cd. BVAP: *black voting-age population*). Ebbene, come vedremo nel prosieguo, più che per la novità in sé dei suoi contenuti, la pronuncia si segnala soprattutto per il fatto di potersi ritenerе il punto di approdo ed emersione di dinamiche che affondano le radici indietro nel tempo, quando determinate vicende e situazioni hanno segnato indebolibilmente la democrazia americana.

In particolare, si nota che il riconoscimento del suffragio “esteso” ai coloni giunti sul nuovo continente sia qui avvenuto senza soverchie difficoltà rispetto al vecchio continente (M.S. Piretti, *I sistemi elettorali in Europa*, Roma-Bari, 1997, 229 ss.), dove l’esclusione politica della massima parte del *demos* ha costituito una “debolezza genetica” dei moderni ordinamenti democratici europei (D. Fisichella, *Elezioni e democrazia*, Bologna, 2003, riv. nel 2008, 23 e 25, partic. la nota 16). Per cui, se può dirsi che in Europa, ancora nel XIX secolo, il diritto di voto era “l’eccezione” ed il fatto, invece, di non votare, “la regola” (con tutte le conseguenze che ciò avrebbe determinato, con riguardo, tra l’altro, ai partiti, ai sistemi di elezione, e financo alla stessa giustizia elettorale politica: si rinvia, volendo, al riguardo, a L. Trucco, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, *passim*), negli *States*, all’opposto, sarebbe stato il possesso del suffragio a rappresentare “la regola” ed il fatto di non averlo, “l’eccezione”. Eccezione, tuttavia – e con questo veniamo al punto – di cui, storicamente, il non voto ai cd. “neri d’America” ha costituito una componente macroscopica e clamorosa.

La menzionata previsione della Virginia va pertanto inquadrata nell’ambito di una vicenda che, ancora nel corso degli anni Sessanta del XX secolo, vedeva la richiesta pressante nella popolazione americana di colore di fornire “a tutti gli americani”, senza discriminazione

di razza, “maggiore tutela per il diritto di voto”...questione che il Presidente Kennedy, qualche mese prima di essere assassinato, aveva tentato di affrontare presentando il *Civil Rights Act* (del 1964), dopo che in materia di voto era già intervenuto, su impulso della precedente Presidenza Eisenhower, il *Civil Rights Act* del 1957. Il tutto a distanza di tempo, ormai, dall’attuazione degli emendamenti XIV (1868) e XV (1870) alla Costituzione americana data dalla cd. “triade” legislativa degli anni Settanta del XIX secolo (rappresentata dallo *“Enforcement Act”* del maggio 1870, dal *“Force Act”* del febbraio 1871, e dal *“Ku Klux Klan Act”* dell’aprile 1871).

2. – Come si è in parte anticipato, la decisione della Corte Suprema del caso *Bethune-Hill* va inquadrata proprio nell’ambito dell’elezione di secondo grado che con 65.915.795 voti popolari (corrispondenti al 51,1% dei voti, 332 grandi elettori e 27 Stati vinti) avrebbe portato, il 6 novembre 2012, Barack Obama per la seconda volta alla Casa Bianca.

La Virginia era stata considerata uno dei cd. “swing States” (contrapposti ai cd. “safe States”): uno di quegli Stati, cioè, “incerti” e particolarmente contesi, non godendovi nessun candidato e/o partito di un sostegno politico tale da poter essere considerato favorito (di qui la denominazione, anche, di “purple States”, ovvero “Stati viola”: né rossi né blu). Ed in effetti sarebbe stato così, dato che un siffatto Stato che, peraltro, si sarebbe rivelato decisivo (insieme a Florida ed Ohio) per la vittoria finale dei democratici, fu “in bilico” (con Nevada, Colorado, New Hampshire, Minnesota, Wisconsin, Iowa, Florida e Pennsylvania) sino alla fine (lo spoglio vide inizialmente il primato del candidato repubblicano e solo quando, ormai, il numero di grandi elettori poteva bastare per la rielezione, giunse la notizia del sorpasso e, quindi, del successo finale del candidato democratico con appena il 50,8% dei voti).

Non v’è dunque da stupirsi se, come si diceva in apertura, in questo “battleground State”, sono stati i giudici ad essere, alla fine, chiamati a sindacare la compatibilità coi principi costituzionali della menzionata norma sul “black voting-age population”, del relativo e conseguente *apportionment* dei collegi elettorali della Virginia. Mentre, infatti, una tale previsione normativa era stata vista, da parte di alcuni, come una misura necessaria al fine di garantire pari opportunità di elezione a tutti i candidati in lizza, da parte di altri (tra cui i ricorrenti) vi si era scorta una forma di discriminazione “a rovescio”, datane l’idoneità (per sua stessa ragion d’essere) di favorire le candidature di colore rispetto alle altre, assicurando loro un certo vantaggio in vista della vittoria finale.

Tuttavia, i tre giudici della Corte distrettuale (di “primo grado”) “for the Eastern district of Virginia”, muovendo dalla considerazione della necessità, in vista di una possibile pronuncia d’incostituzionalità, della dimostrazione della “preminenza”, all’atto di definire i collegi, dell’applicazione di criteri di tipo razziale, hanno rigettato tutti i ricorsi. Per la precisione, con riguardo ad undici dei dodici collegi elettorali, essi, seguendo un approccio che potrebbe dirsi “oggettivo”, secondo cui «race predominates only where there is an “actual conflict between traditional redistricting criteria and race”», hanno ritenuto che i ricorrenti non fossero riusciti a dimostrare «that race was the predominant factor motivating the legislature’s decision to place a significant number of voters within or without a particular district» (rifacendosi al riguardo, alla dec. della Corte Sup. *Miller v. Johnson*, 515 U. S. 900, 916).

Orientata, quindi, l’attenzione (solo ed esclusivamente) sull’applicazione di parametri di tipo razziale, i giudici distrettuali hanno alla fine appurato in un solo collegio, e cioè a dire il “District 75”, «that race did predominate». Anche se poi, pure con riguardo a questo dodicesimo collegio i ricorsi sono stati alla fine rigettati, ritenendosi (in linea con la giurisprudenza prevalente) che «the lines were constitutional because the legislature’s use of race was narrowly tailored to a compelling state interest». Ovvero che, al di là della tecnica legislativa impiegata, lo stesso legislatore avesse delle “buone ragioni” per ritenere che l’applicazione li del 55% «racial target» fosse necessario «to avoid diminishing the ability of black voters to elect their preferred candidates», e dunque al fine di scongiurare un arretramento – se non la vera e propria violazione – del §5 del *Voting Rights Act* del 1965

(richiamandosi, sul punto, Corte Sup. U.S., *Alabama legislativo Black Caucus v. Alabama*, 575 U.S.).

3. – Dinnanzi all’impugnativa del suddetto rigetto delle questioni da parte dei giudici distrettuali, la Corte Suprema ha confermato, ritenendola conforme alla propria giurisprudenza e dunque consolidando di questa gli assunti, la parte della decisione della Corte distrettuale (v. *supra*) relativa all’*apportionment* operato nel “Distretto 75” (con l’opinione dissidente su questo punto del solo giudice Thomas). La stessa però ha dimostrato di non condividere la posizione seguita dai giudici della Virginia «in determining that race did not predominate», con riguardo agli undici dei dodici collegi elettorali di cui si è detto (*supra*).

Punto di partenza condiviso dai vari giudici è stato quello per cui «The Equal Protection Clause prohibits a State, without sufficient justification, from “separat[ing] its citizens into different voting districts on the basis of race» (*Miller*, cit., 911). Ciò posto, i punti di vista hanno preso a divergere specie nel passaggio in cui la Corte Suprema (rifacendosi al caso *Shaw v. Reno*, 509 U. S. 630, 646 (*Shaw I*)) ha avvertito i giudici circa l’«extraordinary caution» da avere «in adjudicating claims of racial gerrymandering» (e questo non solo e non tanto, si osserva, a motivo del riconoscimento dell’ampia discrezionalità in materia, quanto, soprattutto, della collocazione privilegiata del legislatore, il quale, su di un tale terreno, sarebbe messo nelle condizioni di essere «always aware of race when it draws district lines, just as it is aware of [...] other demographic factors»). Una simile “presunzione di razionalità” di chi dispone delle modalità di disegno dei collegi elettorali, ha portato, infatti, la Corte a mettere in secondo piano l’idea – seguita dai giudici distrettuali – di ipotesi di *gerrymandering* razziale derivanti, “oggettivamente”, da erronie definizioni dei collegi elettorali, a tutto vantaggio di un approccio di tipo “soggettivo”, muovente dal presupposto della sussistenza, che sempre e comunque soggiacerebbe alla fenomenologia in questione, di una volontà fraudolenta di chi opera l’*apportionment* del formato circoscrizionale.

Di qui, dunque, la centralità, nella prospettiva della Corte Suprema, della dimostrazione, da parte di chi intenda denunciare una qualche forma di *gerrymandering* (anche di tipo) razziale, «that race was the predominant factor motivating the legislature’s [districting] decision» (con la conseguente “riforma”, come si diceva, di quella parte della decisione in cui la Corte distrettuale ha considerato la sussistenza di «an actual conflict between the enacted plan and traditional redistricting principles» indispensabile al fine di provare la predominanza del fattore razziale nel disegno dei collegi elettorali). Ciò, sebbene, come chiarito (nel riportare l’opinione di maggioranza) dallo stesso giudice Kennedy, una tale dimostrazione dell’elemento soggettivo e finalistico (al fine, per l’appunto, di comprovare la preminenza delle «racial considerations») pur conferendo «more direct evidence» alla messa a fuoco degli intenti del legislatore, non privi di rilievo la «circumstantial evidence» da riconoscersi, comunque, là dove riscontrato, al sacrificio dei (tradizionali) «race-neutral districting principles» e, più in generale, al *malapportionment* delle circoscrizioni elettorali (essendo, del resto, più unici che rari, come osserva il giudice, i casi di *gerrymandering* operati nell’ambito di collegi scrupolosamente *well apportioned*).

Per concludere sul punto, si osserva come la predilezione per un tipo di approccio sensibile (oltre che all’elemento “soggettivo” in luogo di quello “oggettivo”), al dato “sostanziale” (più che a quello “formale”) – nel perseguito del quale, pertanto, ogni indizio può essere importante – abbia portato la Corte Suprema ad auspicare (nel quadro del ridetto esame dei criteri di definizione dei collegi) l’adozione di un metodo “olistico”, ritenendolo il meglio in grado di mettere a fuoco l’impatto delle norme indubbiamente in rapporto non solo alle caratteristiche e peculiarità del disegno del collegio *sub iudice*, ma anche in rapporto a porzioni più ampie di territorio (venendo la «holistic analysis» reputata «necessary to give the proper weight to district wide evidence»).

Peraltro, proprio dalla decisione in commento, emerge, ci pare (spec. là dove si afferma che «“the constitutional violation” in racial gerrymandering cases stems from the “racial

purpose of state action, not its stark manifestation»), il rischio che una valorizzazione incondizionata dell'elemento teleologico (in luogo delle caratteristiche e degli effetti) del dato normativo finisce per produrre un allentamento del requisito della “concretezza” e l’“evaporazione” di quello dell’“attualità” della violazione, posta, per l'appunto, la sufficienza della dimostrazione – forse semplice sul piano teorico ma che può rivelarsi diabolica all'atto pratico – della “volontà” lesiva della normativa (nel nostro caso, dei principi costituzionali da parte della legge sul voto). Tutto questo, si noti, con l'apparente paradosso di un allontanamento – e nei casi estremi del distacco – dagli stessi elementi fattuali presi in considerazione, col possibile presentarsi di ipotesi (come si legge nella decisione in esame) di «racial predominance without evidence of an actual conflict».

4. – Infine, la considerazione della Corte Suprema dei giudici distrettuali come quelli «best positioned to determine on remand the extent to which, under the proper standard, race directed the shape of these 11 districts, and if race did predominate, whether strict scrutiny is satisfied» ha condotto la medesima a disporvi il rinvio per la definizione del contenzioso.

I giudici distrettuali sono quindi ora nuovamente chiamati a pronunciarsi al riguardo, facendo applicazione dei principi indicati dalla stessa Corte Suprema...la quale, peraltro, come spesso avviene quando si abbia a che fare con “politically sensitive matters” (anche qui) si è limitata all'essenziale (si noti che la vaghezza delle indicazioni fornite dal giudice è stata prontamente sottolineata dagli stessi *media* americani, considerando come «[the] decision tried to bring some clarity to the tangled question of what role race can play in drawing voting districts», e tuttavia «the Supreme Court decided very little, leaving it to the trial court to apply a slightly refined definition of racial gerrymandering»: www.nytimes.com, 1-3-2017).

Secondo quanto rilevato, tra l'altro, dal giudice Alito (nella sua “opinion concurring in part and concurring in the judgment”) sarebbe stata invece auspicabile una più scrupolosa definizione dei principi enucleati nella decisione, sia in una prospettiva di lungo periodo, sia più nell'immediato, al fine di vincolare la Corte inferiore ad applicare lo “strict scrutiny” (così, ad es., non risulta irrilevante l'interrogativo, non del tutto chiarito, circa la sufficienza della dimostrazione, in questi casi, di una “generica” volontà di favorire determinate candidature, o, invece, la necessità di provare un più specifico intento discriminatorio nei confronti di certe categorie di persone...).

Se non sembra quindi di potersi escludere una decisione di segno diverso rispetto al passato, specie là dove si consideri la posizione (“soggettiva” e “sostanziale”) affatto differente seguita dalla Corte Suprema rispetto a quella (“oggettiva” e “formale”) della Virginia, non pare nemmeno possibile scartare l'ipotesi che una tale rinnovata situazione conduca, all'opposto, ad esiti non troppo differenti dai precedenti, se solo i giudici distrettuali riterranno (e perché mai non dovrebbero?) non adeguatamente comprovato l'intento fraudolento del legislatore (del resto, nei giudizi precedenti non vi è nulla di significativo sul punto...).

Ad ogni modo, al di là dei futuri sviluppi della vicenda – che, peraltro, si osserva, potrebbero vedere la stessa Corte Suprema ancora interpellata e, quindi, chiamata a meglio dettagliare taluni assunti della pronuncia in esame –, certo è che ormai anche il secondo mandato di Obama si è concluso, portando via con sé oltre che un qualche possibile sovvertimento dello stato di cose uscito dalle presidenziali del 2012, anche la possibilità d'uscita da quell'*impasse* di cui si è qui ragionato, che sarebbe stato auspicabile superare in tempo utile per le elezioni presidenziali del 2016.

Un Crisantemo per il XXI secolo: brevi considerazioni sulla Famiglia Imperiale nipponica, tra abdicazione e successione femminile

di Elisa Bertolini

Title: A Chrysanthemum for the XXI Century: Some Consideration on the Japanese Imperial Family, between Abdication and Feminine Succession

Keywords: Abdication, Posthumous succession, Special legislation

1. – Che le monarchie si siano sempre fondate su un'aura mistico-divina e abbiano cercato di fondare le proprie origini nel mito non è cosa nuova. Purtuttavia, benché questa affermazione risponda generalmente a verità, è ancora più vera per quel che concerne il Trono del crisantemo. Il suo carattere divino e mistico non cessa di essere occasione di fascinazione e discussione a settant'anni dalla Dichiarazione della natura umana dell'Imperatore (*Ningen sengen*-人間宣言), prima tappa sulla via della de-mitizzazione e de-mistificazione del fascismo imperiale (c.d. *tennosei fashizumu*- 天皇制ファシズム; si v. M. Maruyama, *Thought and Behaviour in Modern Japanese Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1963, e F. Gatti, *Il fascismo giapponese*, Venezia, Cafoscarina, 1997). La riprova è rappresentata dal dibattito sulla Famiglia Imperiale e sulla successione imperiale che ha trovato nuova linfa a seguito dello straordinario discorso dell'Imperatore dell'agosto scorso e la riflessione sul ruolo e sulla natura del Signore del cielo (*Tennō*-天皇) ha ancora molti spunti da offrire.

425

Ogniqualvolta ci si approcci alla Monarchia del Sol Levante è però opportuno distinguere il mito imperiale dalla mistificazione che ne è stata fatta negli anni trenta: mito e mistificazione sono dunque due facce della stessa medaglia e ne rappresentano aspetti ben definiti. La mistificazione si ancora al mito e, al contempo, contribuisce a renderlo ancora più forte. Mito e mistificazione si compenetranano e confondono ancora oggi e conseguentemente non è sempre agevole spogliare il monarca nipponico della patina mistificatoria per restituirlo al mito; mito che è comunque stato esso stesso manipolato, quasi de-mitizzato, proprio nel tentativo di destrutturare la mistica imperiale.

Cercare dunque di identificare ciò che è mistificazione e ciò che invece è mito non può che essere il punto di partenza per meglio comprendere il dibattito sull'abdicazione che ha caratterizzato l'ultimo anno della scena politica nipponica. Seppure, dunque, il commento sul dibattito in tema di abdicazione (e il suo corollario in tema di successione) sia il *focus* del presente contributo, pare tuttavia propedeutico fornire alcune coordinate di massima sul mito imperiale che, ancora oggi, sembra influenzare l'approccio del governo a ogni questione che abbia per oggetto la Famiglia Imperiale.

2. – Dunque, mito e mistificazione del mito.

Il mito riguarda le origini mitiche - nel senso di non storiche - che caratterizzano la Famiglia Imperiale nipponica e che ne fanno un *unicum* nel panorama monarchico mondiale.

La mistificazione riguarda invece l'esasperazione del mito, portato talmente al parossismo da istituzionalizzare un sistema imperiale altamente ideologizzato, in cui i tratti mitici hanno fornito la base ideologica a un sistema liberticida, totalitario e guerrafondaio.

In questo quadro in cui mito e mistificazione si compenetran, è opportuno marcire alcuni punti fermi.

Innanzitutto, il mito imperiale, seppure di formazione tutt'altro che recente, ha iniziato ad acquisire importanza e a diventare l'elemento distintivo della Monarchia nipponica a partire dal XVIII secolo, con la scuola filosofica detta Mitogaku (水戸学-Scuola di Mito).

Secondariamente, una parte consistente della mistica imperiale su cui ha fatto perno il fascismo imperiale degli anni trenta e quaranta riflette solo parzialmente la tradizionale mitologia imperiale.

In terzo luogo, la mistificazione, in chiave revisionistica, riaffiora periodicamente, tanto da viziare ideologicamente qualunque dibattito politico che abbia per oggetto l'istituzione imperiale.

I due elementi mitici che hanno fondato la mistica imperiale sono il carattere divino da un lato e il carattere eterno e ininterrotto della monarchia nipponica dall'altro, caratteri che non sono posseduti da nessun'altra monarchia al mondo.

Il primo carattere riguarda dunque la divinità dell'Imperatore, il quale è divino in quanto discendente della dea del sole Amaterasu. Il primo imperatore, Jinmu, è infatti nipote della dea del sole e sale al trono nel 660 a.C. (v. le due prime cronache del Paese, risalenti entrambe ai primi anni del VIII secolo, il *Kojiki*-古事記 e il *Nihon shoki*-日本書紀). Il *Kojiki* indica addirittura una data precisa, l'11 febbraio. In virtù della ascendenza divina, l'Imperatore è considerato un ponte tra il mondo umano e quello divino e, conseguentemente, è considerato il sacerdote supremo dello *Shintō*, la religione autoctona.

Il secondo carattere, invece, si fonda sul fatto che, dal 660 a.C., la successione imperiale non ha subito interruzioni né cambi dinastici, fatto unico nella storia monarchica mondiale, dove invece i passaggi dinastici sono stati piuttosto frequenti. Il fatto che la Famiglia Imperiale non sia dotata di un cognome è considerato come una prova ulteriore delle sue origini mitiche e divine.

Questi due tratti sono sanciti nella Costituzione Meiji del 1889 (art. 1 e 3) e da lì diventeranno le basi della venerazione mistica che attraverserà gli anni trenta fino alla sconfitta bellica. Non sorprendentemente, dunque, la democratizzazione del biennio 1945-1946, che nella nuova Carta costituzionale ha la sua acme, passa per lo smantellamento del sistema imperiale tradizionale, spogliando l'Imperatore della sua natura divina (*Dichiarazione della natura umana dell'Imperatore*, 1 gennaio 1946) e della sovranità, nonché rimuovendo qualunque riferimento al carattere eterno della monarchia.

La Costituzione del 1946 (in vigore dal 1947) si rivela piuttosto sintetica nel tratteggiare il ruolo, rigorosamente non politico, dell'Imperatore, demandando la disciplina della successione e di quanto attinente alla Famiglia Imperiale alla Legge sulla Casa Imperiale (art. 2).

La Legge sulla Casa Imperiale (anch'essa in vigore dal 1947) tace sulla possibilità per l'Imperatore in carica di abdicare, chiude alla successione femminile e riduce le dimensioni della Famiglia Imperiale ai soli discendenti diretti dell'Imperatore Taishō (1879-1926, di cui l'attuale Imperatore è il nipote), prevedendo al contempo regole molto strette circa la qualifica di membro.

3. – Il dibattito che ha interessato opinione pubblica e governo nell'ultimo anno ha avuto per oggetto l'abdicazione imperiale, richiesta in maniera indiretta dall'Imperatore Akihito nel suo messaggio alla nazione dell'8 agosto 2016 (video e traduzione inglese disponibili all'[url](http://www.japantimes.co.jp/news/2016/08/08/national/text-emperor-akihitos-unprecedented-video-message/)). Più precisamente, il dibattito si è strutturato attorno a due punti nodali: se l'abdicazione dovesse essere concessa e, se sì, secondo quali modalità.

Il messaggio, doppiamente straordinario – sia per la rarità dei messaggi imperiali

indirizzati alla nazione che per il contenuto –, ha dunque costretto il governo a confrontarsi con l'abdicazione, non prevista né dalla Costituzione né, tantomeno, dalla fonte da quest'ultima legittimata a regolare la successione imperiale, la Legge sulla Casa Imperiale.

Inoltre, l'ipotesi dell'abdicazione, così strettamente connessa a un altro profilo chiave, quello della successione, ha riportato alla luce l'esiguità numerica della Famiglia Imperiale e, più precisamente, dei membri legittimati alla successione, sollevando nuovamente la questione circa l'opportunità di aprire alla successione femminile. In aggiunta, il recentissimo annuncio del fidanzamento fuori dalla Famiglia Imperiale della Principessa Mako, la figlia maggiore dei Principi Akishino (il Principe Akishino è il secondogenito dell'attuale Imperatore e dunque il secondo in linea di successione) ha fornito un ulteriore spunto di riflessione in merito alla opportunità di disporre la perdita dello status di membro per i membri femminili che sposino un cittadino comune (*ex art. 12* della Legge sulla Casa Imperiale).

3.1. – L'abdicazione non è dunque prevista dall'attuale Legge sulla Casa Imperiale, così come non era prevista dall'omologa legge del 1889. Questa assenza non è da imputarsi alla volontà di perpetuare una tradizione di non abdicazione (che non esiste), quanto, al contrario, di dare maggiore stabilità all'istituzione imperiale. Itō Hirobumi, il padre della Costituzione del 1889, alla luce delle allora recenti vicende di instabilità politica, chiuse alla ipotesi abdicazione temendo che potesse essere utilizzata in modo improprio da parte dell'Imperatore per interferire nella vita politica del Paese. E questa nuova tradizione Meiji è stata perpetuata nel secondo dopoguerra. Ciononostante, in sede di discussione della nuova Legge sulla Casa Imperiale, nel dicembre 1946, il filosofo politico Nanbara Shigeru aveva invocato a gran voce l'inserimento di una disposizione in favore dell'abdicazione, in quanto negare all'Imperatore questa possibilità sarebbe equivalso a negargli un diritto umano, violando il principio di uguaglianza e la libertà di scelta.

Seppure con la nascita del governo shogunale (che dal 1185 al 1867 ha visto succedersi tre famiglie, i Minamoto nel Periodo Kamakura, 1189-1333, gli Ashikaga nel Periodo Muromachi, 1336-1573) e i Tokugawa nel Periodo Edo, 1600 ma formalmente 1603-1868) l'Imperatore avesse perso il proprio rilievo politico (ma non quello sacrale e ceremoniale) e dunque la pratica dell'abdicazione non fosse frequente (l'ultimo imperatore ad aver abdicato è stato l'Imperatore Kōkaku nel 1817), nel periodo Heian (794-1185) la pratica dell'abdicazione era molto frequente e l'Imperatore si ritirava in un tempio buddhista da cui continuava a tirare le fila della vita politica assieme ai propri fidati consiglieri. In questo modo veniva chiaramente minata l'indipendenza, ma in un certo senso anche l'autorevolezza, del neo-Imperatore. Peraltra, attorno all'Imperatore "ritirato" si creava una vera e propria corte e inoltre, in momenti di particolare instabilità, accanto all'Imperatore regnante, si potevano annoverare più di un Imperatore "ritirato". Questa pratica era talmente frequente da essere stata codificata e istituzionalizzata (c.d. *insei*-院政). La pratica è diventata sempre più rara nel periodo shogunale, fino a scomparire con l'Imperatore Reigen, l'ultimo a farne uso nel 1686. In ogni caso, la storia nipponica conta 85 abdicazioni su 125 imperatori, pari al 64%. Itō vedeva nell'abdicazione una malsana tradizione buddista da sradicare; implicitamente dunque Itō sosteneva che prima che il Buddismo arrivasse in Giappone questa tradizione non esisteva (non a caso la prima abdicazione risale alla Imperatrice Kōgyoku, nel 645 d.C., quando il Buddismo è arrivato ufficialmente nel 552 d.C.).

In questo quadro, dunque, di vuoto normativo e di una tradizione moderna/contemporanea che ha conosciuto poche abdicazioni, è da calarsi lo straordinario messaggio alla nazione dell'8 agosto 2016. L'Imperatore, infatti, non è solito indirizzare messaggi alla nazione, soprattutto televisivi (per quanto questo fosse registrato). Inoltre, l'Imperatore afferma di non sentirsi più al passo coi tempi e di trovare difficile continuare a esercitare le funzioni che la Costituzione gli attribuisce. In poche parole, l'Imperatore esprime la propria volontà di ritirarsi a vita privata e di lasciare la carica a una persona che sarà in grado di svolgere meglio le funzioni imperiali perché anagraficamente più vicina al

popolo.

L'Imperatore ha dunque presentato al popolo e al governo un problema, senza fornire, però, nel rispetto del proprio ruolo, una possibile soluzione, anzi, escludendone una: la reggenza. Dice infatti l'Imperatore che una reggenza non cambierebbe il fatto che l'Imperatore rimarrebbe sempre l'Imperatore... Ne consegue che la soluzione possibile (tralasciando l'abbandono completo del sistema monarchico proposto da qualche giurista) a questo punto si è di per sé presentata come evidente: consentire cioè all'Imperatore di abdicare. La soluzione, nella sua semplicità, si è però rivelata foriera di diverse criticità. La prima, a monte, per così dire, verte sulla concreta possibilità di consentire l'abdicazione. La seconda, che succede a una risposta positiva alla prima, concerne il tipo di apertura nei confronti dell'abdicazione: *ad hoc* oppure istituzionalizzata. La terza, infine, riguarda le modalità con cui essa deve essere concessa: emendamento della Legge sulla Casa Imperiale o legge *ad personam*.

Se il governo avesse potuto scegliere in totale autonomia, senza cioè doversi confrontare con una opinione pubblica e una Famiglia Imperiale totalmente a sostegno del desiderio imperiale, non avrebbe sicuramente dato seguito al messaggio, avendo sostenuto, tutt'altro che velatamente, di essere contrario all'ipotesi di concedere ai sovrani il diritto di abdicare. Se è vero, come poco sopra rilevato, che storicamente l'abdicazione ha notevolmente complicato la gestione del potere, è altrettanto vero che si deve risalire molto indietro nel tempo, a situazioni assolutamente non comparabili con quella odierna. Sembra dunque più corretto affermare che le resistenze siano di matrice prettamente ideologica. Concedere all'Imperatore del Giappone di abdicare, come un monarca qualunque, equivale a infliggere un nuovo colpo al prestigio mistico di cui la classe dirigente ama circondare ancora l'ex Figlio del Sole. *L'élite* politico-burocratica non è infatti ancora riuscita a digerire la Costituzione imposta (c.d. *oshitsuske Kenpō*-押し付け憲法), l'art. 9 sulla rinuncia alla guerra e alle forze armate e l'umanizzazione imperiale. Ne consegue che, non appena ne intraveda la possibilità, si adoperi per riaffermare la straordinarietà del Sovrano, che non è un essere umano come tutti gli altri (o che, più semplicemente, forse dovremmo dire non è un essere umano). Se però non si è rivelato possibile per il governo non raccogliere l'appello imperiale, e dunque intervenire in maniera concreta sulla questione, le perplessità non si sono dissipate ma sono state espresse al fine di meglio sostenere l'opzione scelta: non istituzionalizzare l'abdicazione ma concederla solo in questa occasione. Cercando di riassumere le problematiche individuate dal governo nella istituzionalizzazione dell'abdicazione, non si può non rilevare come esse siano di natura esclusivamente formale e, come tali, assolutamente superabili.

In primo luogo, il governo teme che l'abdicazione diventi una pratica frequente in futuro, agevolata anche dalla longevità che caratterizza il popolo nipponico e ciò sarebbe un fattore di instabilità e di destabilizzazione. Il fatto che l'Imperatore non eserciti alcun sostanziale potere politico sicuramente ridimensiona questa prima criticità. Connesso, però, è il rischio, evidenziato sempre dal governo, che l'Imperatore "ritirato" possa influenzare indebitamente il nuovo Imperatore, ma anche in questo caso, in considerazione del ruolo assolutamente non politico, ma meramente simbolico e di rappresentanza, pare difficile considerare questa obiezione come particolarmente fondata.

La seconda rappresenta l'altra faccia della medaglia della instabilità ed è collegata al c.d. *gengō* (元号), cioè il nome dell'era. Tradizionalmente, la cronologia nipponica è suddivisa in ere (o periodi) che possono corrispondere al regno di un imperatore, alla durata della carica di uno *shōgun* o identificare micro-periodi caratterizzati da accadimenti straordinari o particolari, da collocarsi all'interno di altre ere/periodi di maggiore durata. Il fatto che la suddivisione cronologica usata identifichi i periodi Jōmon (縄文, 14000-300 a.C.), Yayoi (弥生, 300 a.C.-250 d.C.), Kofun (古墳, 250-538), Asuka (飛鳥, 538-710), Nara (奈良, 710-794), Heian (平安, 794-1185), Kamakura (鎌倉, 1185-1333), Muromachi (室町, 1336-1573), Azuchi-Momoyama (安土桃山, 1573-1603), Tokugawa (1603-1868), Meiji (regno illuminato-明治, 1868-1912), Taishō (grande rettitudine-大正, 1912-1926), Shōwa (pace illuminata-昭和, 1926-1989) e Heisei (pace ovunque-平成, 1989) non deve indurre a credere

la periodizzazione più semplice di quanto storicamente non sia stata. La prassi del c.d. un regno-un'era (*issei ichigen*—一世一元) è stata una delle rivoluzioni del Periodo Meiji; solo da quel momento, dunque, è possibile associare al regno di un imperatore un'era ben definita. Precedentemente non era così; nel senso che al regno di un imperatore o di uno *shōgun* corrispondevano più ere. La scelta del nome dell'era – che diventerà poi il nome postumo dell'Imperatore – ha un altissimo valore simbolico, perché racchiude sia una sorta di auspicio che di programma del regno, quasi una sorta di motto. E conseguentemente, anche la scelta dei *kanji* che vanno a comporre il nome dell'era è di fondamentale importanza. Il calendario tradizionale, dunque basato sul sistema delle ere, è tutt'ora utilizzato, accanto a quello occidentale. Quanto sin qui richiamato non consente però di capire per quale motivo questa periodizzazione possa effettivamente rappresentare una criticità in termini di abdicazione. Innanzitutto perché deve già essere pronto il nome della nuova era e secondariamente perché il passaggio da un'era all'altra (passaggio che, lo ricordiamo, non è legato all'anno solare) possa creare problemi ai sistemi informatici. Ora, entrambe le obiezioni paiono piuttosto deboli, in quanto le problematiche richiamate dal governo, ammesso e non concesso che siano davvero tali, si verificherebbero non solo in caso di abdicazione, ma anche di successione postuma. Inoltre, il nome dell'era che definirà il regno del futuro imperatore è sicuramente già stato scelto dal governo (cui spetta la competenza, sulla base di una legge del 1979, e non più, dunque, all'Imperatore) e da un panel di esperti, in modo da non correre il rischio di farsi trovare impreparati.

La terza problematica, forse quella più fondata ma tutt'altro che insormontabile, riguarda lo status, in senso lato, dell'Imperatore “ritirato”: il titolo con cui ci si deve rivolgere, la residenza (già è iniziata un'opera di *lobbying* da parte della città di Kyōto), l'appannaggio, la corte. Sicuramente tutto ciò necessita di essere regolamentato nel dettaglio, ma sfugge il nesso rispetto alla istituzionalizzazione dell'abdicazione. Consentendo all'Imperatore Akihito di abdicare, il suo status va comunque regolamentato, ed è quello che fa il disegno di legge governativo. All'Imperatore Akihito sarà assegnato il titolo onorifico di *jōkō*-上皇 (abbreviazione di *daijōtennō*-太上天皇), titolo tradizionale assegnato agli imperatori che abbiano abdicato, dunque il linea con la prassi imperiale. All'Imperatrice Michiko sarà invece assegnato il titolo di *jōkōgō* (上皇后), cioè moglie del *jōkō*, titolo appositamente creato per questa occasione. Inoltre, per quanto riguarda funerali e sepoltura, all'Imperatore sarà riservato il medesimo trattamento riservato agli imperatori regnanti. Dal punto di vista del ceremoniale, un altro titolo è stato creato in questa occasione, a vantaggio del Principe Akishino, che sarà il nuovo erede, non in quanto figlio dell'Imperatore regnante, ma fratello. Al suo titolo di Principe Akishino sarà aggiunto il titolo di *kōshi* (後嗣), usualmente utilizzato per indicare l'erede al Trono; ugualmente aggiunto sarà anche il titolo di *denka* (殿下), cioè di sua altezza.

429

La scelta di concedere *una tantum* la possibilità di abdicare ha una diretta influenza sul terzo punto dell'analisi, e cioè la modalità con cui questa possibilità debba essere concessa. Le opzioni, in origine, erano due: legge *ad hoc*, che consentisse quindi l'abdicazione al solo Imperatore Akihito, ovvero emendamento della Legge sulla Casa Imperiale. L'aver scelto l'abdicazione *una tantum* porta con sé la scelta della legge *ad hoc*, scelta questa, però, non scevra di problematiche costituzionali. Sebbene la Costituzione non apra né chiuda all'abdicazione, afferma però che la successione al Trono Imperiale debba avvenire secondo quanto disposto dalla Legge sulla Casa Imperiale, la quale, come più volte ricordato, non dispone l'abdicazione. L'art. 2 va dunque a qualificare la Legge sulla Casa Imperiale come un parametro interposto. Nel momento, quindi, in cui, probabilmente nel dicembre 2018, l'Imperatore Akihito abdicherà, assisteremo a una successione imperiale che avviene non secondo quanto disposto dalla Legge sulla Casa Imperiale, ma sulla base di una legge speciale.

Il governo ha piuttosto sbrigativamente liquidato la questione asserendo che il messaggio imperiale esigeva una risposta tempestiva e che non sarebbe stata possibile se si fosse deciso di percorrere la via dell'emendamento della Legge sulla Casa Imperiale. Per quanto questa giustificazione non paia giuridicamente molto fondata, sembra alquanto

improbabile che la Corte Suprema – peraltro notoriamente passiva – possa, non solo essere adita sulla questione, ma addirittura pronunciarsi per la costituzionalità della legge. La vera ragione per rifiutare la revisione della Legge sulla Casa Imperiale è invece di natura prettamente politica, in quanto il governo teme che la Dieta, trovandosi a dover procedere a un emendamento, allarghi la discussione alla successione femminile. Una ulteriore giustificazione fornita dal governo si basa sul fatto che la legge speciale vincoli meno il Legislatore futuro di un emendamento della Legge sulla Casa Imperiale. Inoltre, la legge speciale verrebbe a creare un precedente, non chiudendo dunque a possibili future abdicazioni. È opportuno rilevare come questa scelta del governo Abe – fortemente contestata dalle opposizioni che infatti si sono astenute durante il passaggio in Dieta – abbia rappresentato un *overruling* della propria tradizionale opinione per cui una abdicazione imperiale avrebbe richiesto l'emendamento della Legge sulla Casa Imperiale (in questa direzione il parere consegnato alla Dieta nel 1971 dal Cabinet Legislation Bureau, organo ausiliario del governo e *drafter* dei maggiori disegni di legge governativi). A sostegno però di questo nuovo orientamento governativo sono dei pareri e dei commenti alla Legge del 1947 secondo cui questa, pur non ammettendo l'abdicazione, la consentisse sulla base di una legislazione speciale. La ragione sarebbe stato impedire che l'Imperatore potesse essere costretto ad abdicare contro la sua volontà, indi per cui, in quei casi in cui un Imperatore avesse coscientemente espresso il desiderio di abdicare, questo sarebbe stato esaudito sulla base appunto di una disposizione *ad hoc*. Dubbi sorgono su questo orientamento, in quanto sembra fondarsi su una ricostruzione dell'Imperatore in possibile ostaggio di consiglieri e cortigiani, ricostruzione decisamente appartenente ad altri tempi.

Il 19 maggio 2017 il governo ha dunque licenziato un progetto di legge, approvato dalla Camera bassa il 2 giugno e dalla Camera alta il 9 giugno, entrambe dopo una discussione di soli due giorni e in entrambi i casi nonostante l'astensione delle opposizioni, la legge speciale che concede all'Imperatore Akihito la possibilità di abdicare entro tre anni dalla promulgazione della legge. Molto probabilmente, l'abdicazione avrà luogo alla fine del mese di dicembre 2018, consentendo così alla nuova era di iniziare con il mese di gennaio 2019. In caso contrario, una parte del 2018 sarebbe da rubricarsi sotto l'era Heisei e i mesi restanti sotto la nuova era (è infatti prassi, nel momento della successione postuma, che un medesimo anno solare appartenga a due diverse ere). Sarà comunque il governo deputato a indicare con ordinanza la data esatta dell'abdicazione.

3.2. – Il dibattito sull'abdicazione ha portato nuovamente in auge quello sulla successione, più precisamente sulla successione femminile, in ragione sia dell'esiguo numero di componenti della Famiglia Imperiale che, soprattutto, dei membri maschi rispetto alle femmine.

La mancata apertura alla successione femminile riflette la tradizione successoria dell'Impero del Sole. Sebbene nella storia nipponica vi siano state imperatrici, seppur molto risalenti nel tempo (6 su 10 tra il 593 e il 770 e due nei primissimi anni del Periodo Edo), la successione è comunque sempre avvenuta seguendo la linea maschile e mai quella femminile. In altre parole, le imperatrici (non consorti) non sono mai state anche madri di imperatori. Il Giappone ha dunque tradizionalmente accolto il principio successorio della c.d. *aînessse intégrale* (primogenitura integrale, dunque successione del primogenito, indipendentemente dal sesso), con la variante però che le sovrane non possono trasmettere la corona. Questo è quello che si può ricavare dalla prassi successoria pre-Meiji, che è appunto una prassi, in quanto non vi è mai stata codificazione delle regole successorie. Nel momento in cui questa codificazione è avvenuta, nel 1889, la Legge sulla Casa Imperiale ha accolto la legge salica (o primogenitura patrilineare), affermando come a succedere al trono debbano essere i discendenti maschi in linea maschile (art. 1) e, più precisamente, il figlio maschio maggiore (art. 2). Questi due articoli sono stati sostanzialmente trasposti nella Legge sulla Casa Imperiale del 1947 (art. 1 e 2).

Sicuramente, poi, il fatto che, stante l'estensione della Famiglia Imperiale, mai il Trono

del Crisantemo si fosse trovato in mancanza di successori maschi, contribuì a non far percepire la questione come rilevante e meritevole di attenzione.

Ciononostante, due accadimenti, verificatisi in tempi recenti, si sono rilevati fattori di criticità successoria. Il primo, da collocarsi nell'immediato dopoguerra, riguarda la ristrutturazione della Famiglia Imperiale, la cui composizione è stata ridotta e strettamente regolamentata. Il secondo, invece, è da imputarsi alla bassa natalità in seno alla Famiglia Imperiale e, più nello specifico, alla bassa natalità maschile, specialmente nell'ultima generazione.

Il rimpicciolimento della Famiglia Imperiale, voluta dall'occupante statunitense, ha drammaticamente ridotto il bacino dei possibili successori, avendo privato dello status di membro ben 11 rami collaterali. Dal secondo dopoguerra, godono quindi dello status di membri della Famiglia Imperiale i soli discendenti diretti dell'Imperatore Taishō, riducendo così al rango di comuni cittadini tutti i rami collaterali. Attualmente, dunque, la Famiglia Imperiale si compone di 19 membri (a breve 18, con l'uscita della Principessa Mako di Akishino), divisi in cinque rami: principale (5 membri: la Coppia Imperiale, i Principi della Corona e la loro figlia Principessa Toshi, più nota in occidente con il nome di battesimo Aiko), Akishino (5 membri: i Principi Akishino e i loro tre figli, le Principesse Mako e Kako e il Principe Hisahito), Hitachi (2 membri: i Principi Hitachi, senza figli), Mikasa (4 membri: la Principessa vedova Mikasa, vedova del primo Principe Mikasa fondatore del ramo, la Principessa vedova di Mikasa, vedova del Principe di Mikasa, figlio del fondatore del ramo, e le due Principesse di Mikasa, figlie del Principe di Mikasa) e Takamado (3 membri: la principessa vedova Takamado e le due figlie, le Principesse di Takamado; questo ramo è destinato all'estinzione in questa generazione).

La natalità in negativo che caratterizza il Giappone colpisce dunque anche la Famiglia Imperiale, ma, dato ancora più preoccupante, l'ultima generazione conta un solo maschio (il Principe Hisahito di Akishino) a fronte di sette femmine (la Principessa Toshi, le Principesse Mako e Kako di Akishino, le due Principesse di Mikasa e le due Principesse di Takamado). La generazione precedente aveva contato due maschi (il Principe della Corona e il Principe Akishino), così come quella dell'Imperatore Akihito (lui stesso e il fratello, il Principe Hitachi) e ben quattro in quella dell'Imperatore Hirohito (di cui è sopravvissuto, ovviamente assieme al ramo principale, il solo ramo Mikasa).

Nel decennio scorso il dibattito aveva quasi portato all'introduzione della successione femminile, finché la nascita del Principe Hisahito, nel 2006, ha rimandato la crisi di un'altra generazione, congelando (e non risolvendo) il problema. Va comunque specificato che sono diversi i principi successori che accolgono la successione femminile e, conseguentemente, è estremamente riduttivo parlare di successione femminile *tout court*. La scelta del principio è dunque tutt'altro che irrilevante, in quanto esso regola l'eventuale precedenza, o uguaglianza, della linea maschile rispetto alla linea femminile. Sicuramente l'opzione che più efficacemente realizzerebbe l'uguaglianza dei sessi (peraltro costituzionalmente affermata all'art. 14) sarebbe quella a favore della *aînesse intégrale* pura. Un'altra opzione, più in linea con la tradizione, sarebbe accogliere la *aînesse intégrale* con variante, come nel periodo pre-Meiji; purtuttavia, non sembrerebbe una scelta ottimale perché bloccando la trasmissione dinastica per via femminile, si ritorna alla necessità di avere un erede maschio patrilineare, che è appunto il problema che si vuole risolvere. Alternative, e più vicine alla soluzione attuale in quanto prediligono la linea maschile, sono la legge semi-salica e la successione mista. La legge semi-salica ammette la successione femminile, inclusa la trasmissione della corona, solo qualora la linea maschile sia estinta (con prevalenza della vicinanza al monarca sulla primogenitura). La seconda, invece, ammette la successione femminile quando non vi siano più fratelli, anche più giovani, in vita. Ad ogni modo, il dibattito del decennio scorso non si era spinto così avanti da indicare il principio successorio che avrebbe dovuto sostituire quello attuale.

Un ulteriore accenno merita nuovamente la composizione della Famiglia Imperiale, la quale, si è detto, è variabile, nel senso che accoglie nuovi membri – nuovi nati e consorti dei membri maschi – ma al contempo ne espunge i membri femminili che sposino comuni

cittadini. Ognuno di questi matrimoni rappresenta quindi una ulteriore riduzione dei membri. E la pratica matrimoniale verso l'esterno è sempre più frequente e destinata ad aumentare. Così è infatti avvenuto nella scorsa generazione per la Principessa Nori (ora semplicemente Kuroda Sayako), ultimogenita dell'Imperatore, e per Yasuko e Masako, ex Principesse di Mikasa; in questa generazione è già avvenuto per Noriko, ex Principessa di Takamado e prossimamente avverrà per la Principessa Mako di Akishino. In sostanza, non viene consentito alle donne di creare un proprio ramo all'interno della Famiglia Imperiale; possibilità che invece è garantita ai membri maschi, che possono dunque trasmettere lo status di membro alle proprie mogli, siano esse membri della aristocrazia(come tradizionalmente avveniva) che, cosa attualmente più frequente, dell'alta borghesia (l'Imperatrice Michiko, proveniente dall'alta borghesia, è stata la prima cittadina comune a entrare nella Famiglia Imperiale; dopo di lei, la futura Imperatrice Masako, la Principessa Akishino, la Principessa vedova di Mikasa e la Principessa vedova Takamado). La differenza di trattamento attinente al passaggio del Trono a una famiglia esterna. La Commissione parlamentare che ha redatto la proposta di legislazione sull'abdicazione ad uso del governo, conteneva un parere, come tale non vincolante, in cui si esortava il governo a considerare l'ipotesi di consentire la creazione di nuovi rami anche ai membri femminili della Famiglia. Il *premier*Abe – non seguito però sul punto da tutto il suo partito – si è dimostrato fortemente contrario all'opzione (che potrebbe portare poi non necessariamente alla successione femminile, ma più probabilmente a quella in linea femminile) e il governo nel suo complesso ha suggerito di attendere il matrimonio del Principe Hisahito per verificare la capacità della sua futura consorte di produrre tanti figli maschi...

Al progressivo ridursi della Famiglia Imperiale sono state proposte tre soluzioni. La prima non è concretamente applicabile nel XXI secolo, consistendo nel ripristino del sistema del concubinaggio, ufficialmente abolito dall'Imperatore Shōwa (Hirohito). Un'altra presenta profili di incostituzionalità, proponendo l'obbligo di matrimonio endogamico per i membri femminili, laddove l'art. 24 afferma che il matrimonio debba essere basato «on the mutual consent of both sexes». Infine, la terza consiste nel riammettere in seno alla Famiglia Imperiale gli 11 rami collaterali “tagliati” nel secondo dopoguerra. Purtuttavia, neppure quest'ultima soluzione è scevra di criticità, specialmente di natura finanziaria.

4. – Seppure dunque la questione successoria paia sostanzialmente risolta, almeno in questa generazione, non sfugge l'incapacità del governo di affrontare in maniera sistematica quelle che sono le due grandi problematiche imperiali attuali: abdicazione e successione. In entrambi i casi si è assistito a una sorta intervento “straordinario” che non risolve il problema, ma semplicemente lo pospone di una, due generazioni al massimo. Concedere all'Imperatore Akihito e solo a lui di abdicare non propone una soluzione per richieste analoghe che potranno presentare i futuri imperatori. Non modificare il principio successorio a seguito della nascita dell'erede maschio (le due prossime generazioni imperiali sono assicurate) non risolve l'oggettiva penuria di eredi.

La storia ha fornito per due volte al governo l'occasione di intervenire su queste due questioni fondamentali per l'istituzione imperiale e di farlo, peraltro, con un forte supporto dell'opinione pubblica. Nessuna delle due occasioni è stata colta. Per quale motivo? La risposta sembra doversi ricercare in un non meglio definito rispetto della tradizione, tradizione che è stata talmente cristallizzata da diventare un ostacolo alla sopravvivenza stessa della linea imperiale. Il punto nodale, però, è che questa cristallizzazione è tutto sommato piuttosto recente, è iniziata infatti in epoca Meiji per poi essere potenziata con il fascismo degli anni trenta e quaranta. La tradizione è ormai diventata mistica e mistificazione. E nonostante lo smantellamento del secondo dopoguerra della mistica imperiale, il revisionismo che permea la classe dirigente affiora non appena ne intravede l'occasione. Negare l'abdicazione e la successione femminile diventa quindi un modo per riaffermare l'unicità e la straordinarietà del Sovrano del cielo e del suo sangue, per distinguergli non solo dai “normali” sovrani ma anche dal Papa, scelto dallo Spirito Santo.

Questo atteggiamento delle *élite* genera però una sorta di cortocircuito, in quanto ad esso non ne corrisponde uno analogo né in seno alla Famiglia Imperiale né presso l'opinione pubblica. Si assiste dunque a uno scollamento, assolutamente evidente, nella interpretazione e nella percezione del ruolo imperiale. E questo solco, che potrebbe essere colmato, viene invece reso sempre più profondo.

I collaboratori del presente fascicolo

Paolo ADDIS, Università di Pisa – Davide BACIS, Università di Pavia – Guido BEFANI, Università degli Studi della Calabria – Gianluca BELLOMO, Università degli Studi G. D’Annunzio di Chieti e Pescara – Elisa BERTOLINI, Università comm.le L. Bocconi – Giorgio BONERBA, Università degli Studi di Bari Aldo Moro – Francesco CAMPODONICO, Università degli Studi di Genova – Giuseppe DE VERGOTTINI, Università di Bologna – Marianna DI STEFANO, Università degli Studi di Teramo – Giuseppe Franco FERRARI, Università comm.le L. Bocconi – Carolus GRÜTTERS, Radboud University – Flavio GUELLA, Università degli Studi di Trento – İbrahim Özden KABOĞLU, Université de Marmara – Aldo LIGUSTRO, Università degli Studi di Foggia – Maria Chiara LOCCHI, Università degli Studi di Perugia – Matteo MANFREDI, Università Cattolica del Sacro Cuore – Giuseppe MANTICA, Università degli Studi di Firenze – Mauro MAZZA, Università degli Studi di Bergamo – Edmondo MOSTACCI, Università comm.le L. Bocconi – Giulia ORUSA, Università degli Studi di Torino – Andrea PERELLI, Università degli Studi di Genova – Ilaria RIVERA, Università LUISS – Carla Maria REALE, Università degli studi di Trento – Francesco SANTOLINI, Università degli Studi di Genova – Mario SAVINO, Università degli Studi della Tuscia – Peter H. SCHUCK, Yale University – Valentina Rita SCOTTI, Koç Üniversitesi – Oleg SOLDATOV, Università comm.le L. Bocconi – Rolando TARCHI, Università di Pisa – Lara TRUCCO, Università degli Studi di Genova – Laura UCCELLO BARRETTA, Università di Pisa – Vincenzo VARANO, Università degli Studi di Firenze – Anna Camilla VISCONTI, Università di Bologna.

